

LA GUARDIA DE RETÉN EN EL DERECHO LABORAL URUGUAYO

DANIEL RIVAS⁽¹⁾

PRÓLOGO

Entre las actividades que desarrolló Mario Pasco Cosmópolis durante su fructífera y generosa vida, estuvo la de servidor público. Durante su gestión como ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, se aprobó el Reglamento de la Ley N° 28.4566 del Trabajo del Profesional de la Salud Tecnólogo Médico que, naturalmente, incluyó el trabajo de guardia de retén⁽²⁾.

Este artículo, que recoge buena parte de la exposición realizada en el Grupo de los Miércoles en julio de 2012, existe gracias al amigo.

I. DENOMINACIÓN

Con las denominaciones “trabajo sobre llamada” o “en periodo de disponibilidad inmediata a petición”⁽³⁾, “turnos de guardia y disponibilidad”⁽⁴⁾,

(1) Profesor adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay) Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Economía de la Universidad de Montevideo. Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(2) Título III, De la jornada laboral y del trabajo del Tecnólogo Médico, Capítulo II, Del trabajo de guardia, artículos 33 a 37.

(3) OIT. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Horas de Trabajo ¿De lo fijo a lo flexible?, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2005, Informe III (Parte 1B), Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2005, párrafo 48, p. 20 (en adelante se citará: CEARC, Horas de trabajo)

(4) OIT, Medición del tiempo de trabajo, Informe II, 18ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, 2008, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008, párrafo 61, p. 19.

“reperibilità”⁽⁵⁾, “l’astreinte”⁽⁶⁾, “guardia de retén”⁽⁷⁾, se distingue una modalidad de trabajo en la que el trabajador está en su domicilio o en otro lugar distinto del lugar de trabajo, y puede ser fácilmente ubicable si se necesitara que concurriera a la empresa para ejecutar la prestación laboral⁽⁸⁾.

Esta modalidad de trabajo se presenta en actividades en las que es necesario asegurar la continuidad de servicios que no pueden interrumpirse o hacer frente a eventos o exigencias que pueden presentarse en horas o días en que la actividad es reducida y no pueden ser solucionados por el personal que se encuentra trabajando.

Tradicional entre el personal médico y paramédico de las instituciones asistenciales⁽⁹⁾ se va extendiendo a otras actividades industriales, comerciales y de servicios⁽¹⁰⁾.

(5) En Italia esa denominación es utilizada, por ejemplo, en el Regolamento del servizio di reperibilità, aprobado por la Giunta comunale de Vicenza n. 404 del 13.12.2006. Véase: Wikilabour, voz al cuidado de Giampaolo Furlan e Ylenia Vasini, <[http://www.wolo.abpir.it/Reperibilit%C3%A0%20\(orario%20di%20laboro\).ashx](http://www.wolo.abpir.it/Reperibilit%C3%A0%20(orario%20di%20laboro).ashx)>. También en la jurisprudencia italiana se utiliza esa denominación.

(6) En Francia, PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. “Código de Trabajo, art. L3121-5”. En: *Droit du travail*. 23ª ed., Précis Dalloz, Paris, 2006, p. 1048.

(7) En Perú, el Decreto Supremo N° 024-2001-SA que reglamenta la ley de trabajo médico y regula dicho trabajo en el Sector Público Nacional, y en el Sector Privado en lo que fuere aplicable, artículos 22 y 26, y el Decreto Supremo N° 012-2008-SA que reguló e trabajo del profesional de la salud tecnólogo médico, arts. 33 a 37, se refieren a la guardia y al servicio de retén.

En Uruguay, la denominación guardia de retén es de uso habitual en los laudos del Consejo de Salarios y decretos sobre salarios del personal médico y paramédico, y en la jurisprudencia.

(8) GARMENDIA, Mario. “Sistematización de jurisprudencia sobre horas extras”. In: Giuzio, Graciela (coord.). *Temas prácticos de Derecho Laboral*, Montevideo, FCU, 1999, p. 51, señala que “consiste en que el trabajador, si bien dispone relativamente de su voluntad, –pudiendo desarrollar con cierta soltura otras actividades– permanece alerta a los llamados o convocatorias de la empresa o de clientes de esta, a los que debe atender en las mismas condiciones que lo haría en un día de trabajo normal”.

GANDINI, Ana Laura y RODRÍGUEZ GUSTÁ, Rafael. “El ‘guardia de retén’: contribución al estudio del ‘tiempo efectivo de trabajo’, monografía para el curso de Postgrado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre ‘Regulación en el tiempo de trabajo’, dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en el año 2011, Montevideo, (inédito), señalan que “Se conoce como ‘guardia de retén’ o servicios de localización, aquellos en los que el trabajador, aún cuando no esté presente en su lugar y puesto de trabajo, se encuentra en situación de disponibilidad que hace posible su localización y presencia inmediata cuando fuese requerido”.

(9) Cuya jornada no está limitada legalmente. La limitación surge de disposiciones contenidas en decisiones de los Consejos de Salarios (que si bien se referían a la medida de la remuneración, han sido interpretadas como límites de la jornada o ciclo semanal de trabajo), decretos del Poder Ejecutivo sobre categorías salariales y convenios colectivos de trabajo.

(10) Alcanzados por las leyes sobre jornada de trabajo y los convenios internacionales de trabajo N°s 1 y 30.

II. EL TRABAJO EN RÉGIMEN DE GUARDIA DE RETÉN

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones al describir el periodo de trabajo “sobre llamada”, señala que comprende, en general, las situaciones en que el empleador exige que **el trabajador permanezca en su hogar o en un lugar determinado, o que pueda ser contactado telefónicamente en el caso en que se requiera que concorra a trabajar**⁽¹¹⁾.

El Código de Trabajo francés define a *L'astreinte* como un periodo durante el cual el empleado, **sin estar a disposición permanente e inmediata** del empleador tiene la **obligación de permanecer en su domicilio o en sus cercanías para poder intervenir para realizar un trabajo** al servicio de la empresa⁽¹²⁾.

En Italia, en el ámbito de la negociación colectiva nacional en la administración pública aplicable al personal universitario, se define la *reperibilità*⁽¹³⁾ como la obligación del trabajador de **estar en condiciones de ser fácilmente ubicable, fuera de su horario de trabajo, en vista de una eventual prestación de trabajo y de llegar en un lapso breve, al lugar de trabajo** para realizar el trabajo requerido⁽¹⁴⁾.

(11) CEACR, Horas de trabajo..., párrafo 48, p. 20. En nota 3 incluye las siguientes variantes: Por ejemplo, puede exigirse que: (a) un trabajador se encuentre comprendido en la tarea sobre llamada en los locales del empleador (como los médicos en instalaciones de alojamiento cercana), o (b) el trabajador permanezca en su hogar u otro lugar designado (que limita las actividades que puede realizar el trabajador durante ese tiempo), o (c) el trabajador puede desplazarse libremente y llevar a cabo diversas actividades ordinarias en la medida en que se encuentre en contacto telefónico y pueda responder a la llamada para acudir al trabajo.

(12) Article L3121-5. “Un période d’astreinte s’entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l’employeur, a l’obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d’être en mesure d’intervenir pour effectuer un travail au service de l’entreprise”.

“La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif”

Article L3121-6. “Exception faite de la durée d’intervention, la période d’astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l’article L. 3131-1 et des durées de repos hebdomadaire prévues aux articles L. 3132-2 et L. 3164-2”.

Article L3121-7. “Les astreintes sont mises en place par convention ou accord collectif de travail étendu ou par accord d’entreprise ou d’établissement, qui en fixe le mode d’organisation ainsi que la compensation financière ou sous forme de repos à laquelle elles donnent lieu. A défaut de conclusion d’une convention ou d’un accord, les conditions dans lesquelles les astreintes sont organisées et les compensations financières ou en repos auxquelles elles donnent lieu sont fixées par l’employeur après information et consultation du comité d’entreprise ou, en l’absence de comité d’entreprise, des délégués du personnel s’il en existe, et après information de l’inspecteur du travail”.

Article L3121-8 “La programmation individuelle des périodes d’astreinte est portée à la connaissance de chaque salarié concerné quinze jours à l’avance, sauf circonstances exceptionnelles et sous réserve que le salarié en soit averti au moins un jour franc à l’avance”.

(13) Traduzco como disponibilidad.

(14) En aplicación del artículo 56 del Convenio Colectivo nacional de Trabajo de 16/10/2008, en el reglamento sobre la “reperibilità” de la Università degli Studi di Milano (decreto del Director Administrativo no. 25632 de 25 de mayo de 2009), se dispone que: “La reperibilità è una prestazione di carattere strumen-

El Reglamento de la Ley de trabajo médico peruano dispone que la guardia de retén tiene una duración de 12 horas y se efectúa por médico-cirujanos cuya especialidad no está comprendida en el equipo básico. El médico “programado en guardia de retén” está “exceptuado de presencia física permanente” y debe permanecer “en disposición de ser llamado por el Jefe del Equipo de Guardia durante el turno correspondiente”⁽¹⁵⁾.

En Uruguay, el Laudo del Consejo de Salarios para el Grupo No. 15, Servicios de Salud y Anexos, de 23 de abril de 2014, que fijó el régimen de guardia de retén del personal de enfermería y de los conductores de automóviles o ambulancias, “entiende por retén, la situación de **disponibilidad para acudir al trabajo a requerimiento** de la empresa, a cualquier hora en las siguientes situaciones: (...)” “El trabajador **debe permanecer ubicable en todo momento**, disponiendo para ello de los medios técnicos que la empresa le proporcione” (numeral 23),

Para la Suprema Corte de Justicia la guardia de retén consiste en la obligación del trabajador de “**no poder ausentarse, permanecer ubicable en caso de ser necesario su servicio, y estar preparado para la eventualidad de salir a trabajar** a causa de un llamado **urgente**”⁽¹⁶⁾.

III. LOS CARACTERES DE LA GUARDIA DE RETÉN

1. El lugar de permanencia del trabajador

1.1. El trabajador permanece en su domicilio o en un lugar determinado

Durante la guardia de retén el trabajador puede estar en su domicilio o en un lugar determinado y debe haber reasumido su libertad en relación con la

tale ed accessorio che consiste nell'obbligo del lavoratore di porsi in condizione di essere prontamente rintracciabile, fuori dall'ordinario orario di lavoro, e di poter raggiungere in un breve lasso di tempo il proprio luogo di lavoro per seguirvi la prestazione richiesta, qualora si presenti una effettiva ragione di necessità”.

Véase también, Furlan y Vasini, Reperibilità ... cit.: “La reperibilità è l'obbligo del lavoratore di porsi in condizione di essere prontamente rintracciato, fuori dal proprio orario di lavoro, in vista di una eventuale prestazione lavorativa e di raggiungere, in breve tempo, il luogo di lavoro per eseguire la prestazione richiesta”.

(15) Decreto Supremo N° 024-2001-SA, artículos 18 y 22.

(16) Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 198, 21/9/98, en Anuario de Jurisprudencia Laboral 1998, caso 476.

obligación de ejecutar las tareas, aunque en forma parcial, pues está obligado a responder a las eventuales convocatorias para realizar el trabajo.

Por eso, no es guardia de retén la situación en que la permanencia del trabajador en su domicilio no le permita reasumir su libertad en la medida en que continúe desempeñando sus tareas en forma normal, aun cuando lo haga en los tiempos que elija.

En los casos en que el domicilio del trabajador consiste en una vivienda contigua al establecimiento proporcionada por el empleador o en una habitación, cocina y baño ubicados dentro del establecimiento o en una vivienda ubicada en una plantación, se deberá examinar si el trabajador está obligado o no a ejecutar sus tareas.

La permanencia del trabajador en el domicilio o en lugar determinado debe estar inexorablemente acompañada de la libertad en relación con la obligación de ejecutar las tareas, con el límite referido (atender las eventuales convocatorias).

1.2. La permanencia del trabajador en el establecimiento del empleador no se califica como guardia de retén

Si el trabajador permanece en el establecimiento del empleador o un lugar impuesto por este, aunque no realice tareas y se encuentre esperando una eventual convocatoria, la jurisprudencia ha considerado que no se trata de una guardia de retén⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, no es la mera permanencia del trabajador en el establecimiento el dato relevante para excluir la situación concreta del régimen de guardia de retén, sino que **dicha permanencia debe serle impuesta por el empleador**.

(17) Ese ha sido el criterio de la Suprema Corte de Justicia, cuando resolvió el caso de los trabajadores forestales, que integraban la cuadrilla de prevención y combate de incendios, además, de la ejecución de tareas de fertilización, de limpieza y colocación de herbicidas, y pernoctaban en el establecimiento, y “(...) no podían regresar a sus respectivos hogares, ya que debían permanecer en el establecimiento listos para intervenir en caso de peligro” (resaltado agregado).

“De esta forma, independientemente de que si los trabajadores eran llamados o no para extinguir algún foco igneo, cabe destacar que la disponibilidad de su fuerza de trabajo a la orden de su empleadora, no puede parangonarse con la que se da, por ejemplo, en los servicios médicos, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en dicha hipótesis, los componentes de la cuadrilla no aguardaban en sus casas la llamada para acudir a trabajar, sino que estaban a la orden de la empresa en su propio lugar de trabajo. (Sentencia N° 4001 de 17/10/2011. En: *Anuario de Jurisprudencia Laboral*. 2011, caso 359 (resaltado agregado).

En Francia, la jurisprudencia ha interpretado literalmente el artículo L 3121-5: cuando los trabajadores están obligados a permanecer en los locales impuestos por el empleador, sea que se trate del lugar de trabajo o de una vivienda próxima a aquel, son considerados en tiempo de trabajo efectivo incluso cuando solamente estén disponibles para responder a un llamado de intervención eventual (PELISSIER, et ál., Ob. cit., p. 1048).

Si la permanencia del trabajador en el establecimiento del empleador o en otro lugar determinado, no estuviera impuesta por el empleador y fuera un modo de satisfacer el interés del trabajador⁽¹⁸⁾, no parecería razonable excluir la situación del régimen de la guardia de retén⁽¹⁹⁾.

1.3. El trabajador debe estar fácilmente ubicable

La permanencia del trabajador en su hogar o en un lugar el lugar determinado no es suficiente para caracterizar a la guardia de retén. En efecto, si durante la guardia de retén reasume parcialmente su libertad respecto de la ejecución de las tareas, va de suyo que puede no estar en su domicilio ni en un lugar determinado, sino paseando, en el cine o realizando cualquier otra privada. Por eso, cualquiera sea el lugar donde se encuentre, es fundamental que el trabajador pueda ser ubicado fácilmente.

De manera que aparece como un elemento característico de la guardia de retén, que el trabajador, cualquiera sea el lugar donde se encuentre o permanezca, esté **en condiciones de ser ubicado**, para realizar el trabajo que se le requiera⁽²⁰⁾.

(18) Sería, por ejemplo, el caso común de un médico que vive en Montevideo y cuando debe realizar una guardia de retén en otro departamento de la República, con el fin de no pagar un alquiler o un hospedaje, le pide autorización a la institución médica para pernoctar en el “cuarto médico” ubicado en el Sanatorio.

(19) Al menos, en el caso del personal que no está comprendido en el ámbito de aplicación de las normas sobre limitación de la jornada en la industria, el comercio y los servicios.

(20) El criterio se encuentra en varias sentencias. Así, para el Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 4 turno, “Surge de autos en que consiste la guardia de retén, y la forma en que se cumplen estas 128 horas, debiendo la actora estar ubicable, en su domicilio o donde quiera estar, debiendo concurrir al Sanatorio si se requieren sus servicios, y siendo normal que pase días sin que se la llame si no se la necesita. (...)”

“(...) el trabajador cumplía estas horas que reclama como extras, fuera de la empresa, en su domicilio o en un lugar ubicable” (JLT 4, Sentencia N° 100, 17/09/1996, AJL 1996-1997, c. 962).

El Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2 turno, en la Sentencia N° 63, 11/3/97, consideró el caso de una trabajadora que “(...) desempeñaba en la demandada dos cargos, A) el de técnico en radiología en la Clínica Radiológica de lunes a viernes de 12.30 a 16.30 horas por un total de 80 horas mensuales, y B) el de técnico en radiología en guardia de retén por 128 horas mensuales, incluyendo días feriados. Por este último cargo se le abonaba de acuerdo a lo previsto por el Decreto N° 258/87 del 26/05/1987”.

“De acuerdo con el decreto citado y a lo que emana de autos, los denominados guardias de retén poseen características especiales, donde el trabajador no tiene obligación de permanecer en un determinado lugar, pero sí de estar en comunicación de forma tal que si es llamado puede ser ubicado y concurrir a la convocatoria” (AJL 1996-1997, c.).

La Suprema Corte de Justicia, en la sentencia N° 198, 21/09/98 consideró que: “Estar de “guardia de retén” implica no poder ausentarse, permanecer ubicable en caso de ser necesario su servicio, y estar preparado para la eventualidad de salir a trabajar a causa de un llamado urgente” (AJL 1998, c. 476).

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3 turno, en el caso de una trabajadora en la sección Coordinación Administrativa del Servicio de Internación Domiciliaria de la demandada, que desde 1996 realiza ciertas guardias domiciliarias, mediante la utilización de un celular proporcionado por la empresa, las cuales le son abonadas a razón de \$17 la hora de acuerdo a lo convenido, y reclama la diferencia que corresponde al recargo de la hora extra, considero que: “(...) la tarea cumplida por la actora durante las guardias de retén, en las que permanece en su casa o donde la plazca atenta a las llamadas que puedan

2. El tiempo de la guardia de retén

En relación con el tiempo, la guardia de retén puede coincidir con el periodo de actividad normal de la empresa, o desarrollarse durante los periodos en que dicha actividad disminuye o cesa totalmente.

Durante el periodo de actividad normal de la empresa, es posible que además del personal que trabaja en su jornada habitual y de aquel que realiza horas extras, algunos trabajadores realicen, como única actividad, guardia de retén.

En los periodos en que la actividad empresarial disminuye o cesa totalmente, puede haber trabajadores que después de cumplir su jornada habitual o ciclo semanal de trabajo realicen guardia de retén⁽²¹⁾ y trabajadores que únicamente realizan guardias de retén.

De manera que no es una característica de la guardia de retén que sea realizada fuera del horario habitual de trabajo, aunque en algunas actividades y profesiones, esta circunstancia aparezca en la definición⁽²²⁾.

La distinción entre la situación del trabajador que solamente realiza guardia de retén y la del trabajador que además de trabajar durante su horario habitual o ciclo semanal de trabajo, realiza la guardia de retén, es necesaria para la calificación del tiempo que a ella dedica: “horas de disponibilidad pasiva”, “horas normales de trabajo”, “horas extras”, “trabajo en día de descanso”, “horas extras en días de descanso”⁽²³⁾.

producirse al celular para evacuar alguna consulta, no es la misma que desarrolla dentro de la institución en su horario normal de trabajo de 7 a 14 horas, por obvio que ello resulte. Y como dice, en las guardias de retén se le está remunerando la eventualidad de que tenga que atender algún llamado. No es lo mismo estar en la casa con la posibilidad de atender un llamado telefónico que en las que estar efectivamente trabajando en la sede de la institución determinada cantidad de horas” (TAT 3 Sent. N° 136, 25/04/2007, AJL 2007, c. 341)

- (21) Así, en el caso de los técnicos en oftalmología, por necesidades del Servicio se podrán combinar horarios de policlínicas y/o sala de operaciones y guardia de retén a cumplir por los técnicos en oftalmología, no superponiéndose horarios. (Dec. 258/87 del 26 de mayo, art. 16).
- (22) En el Decreto N° 258/987, se define la guardia (sea interna como de retén) del técnico en radiología como “la actuación funcional mayor de 4 horas diarias fuera de los horarios normales de policlínicas radiológicas en la Institución de que se trate, de lunes a viernes y en todas las horas de los días sábados, domingos y feriados”.
- (23) En Uruguay, en virtud de las leyes 15.996 sobre horas extras y 7.318 sobre descanso semanal. El TAT 1°, Sent. 288, 24/10/2007, plantea la distinción, cuando señala que “(...) estas guardias se realizaban antes y después de la hora de trabajo, por lo que no se puede considerar que el exceso no creara mayor penosidad en la actividad, pues no es el caso de las guardias que se desarrollan en algún tipo de actividad en días específicos, donde además no se trabajó, casos en los que podría ser distinta la solución, pues en esos casos hasta podría suceder que no realizara ninguna actividad en todo el día, pero en el caso de autos se sumaba a la tarea en el horario legal, la falta de disponibilidad del tiempo a su voluntad por un tiempo mayor a la realización de la propia tarea”.

2.1. Trabajador que únicamente realiza guardia de retén

En las actividades en que la guardia de retén está regulada, se fijan límites temporales diarios, semanales, y mensuales y, por lo general, no se distingue entre el tiempo de espera de la eventual convocatoria y el tiempo de intervención o ejecución de la prestación.

La distribución del tiempo de trabajo diario y semanal, y del tiempo de descanso del trabajador que solo realiza guardia de retén, deriva de las normas sectoriales⁽²⁴⁾ y comprende el periodo en que permanece a disposición del empleador a la espera del llamado, el periodo de descanso, y el periodo en que es convocado y realiza efectivamente la tarea.

2.2. Trabajador que además de su horario habitual de trabajo realiza guardia de retén

En estos casos, luego de haber trabajado durante la jornada habitual o durante el ciclo semanal, el trabajador realiza guardia de retén.

Esta situación es la que ha generado controversias en la jurisprudencia uruguaya en relación con el concepto de “trabajo efectivo” y la calificación de las horas de retén, con incidencia sobre su remuneración.

3. La justificación de la guardia de retén

En la Sentencia N° 198 de 21 de setiembre de 1998, la Suprema Corte de Justicia, al describir la guardia de retén, incluyó la urgencia de la convocatoria como uno de sus caracteres⁽²⁵⁾.

La decisión del Consejo de Salarios para el personal no médico de los Servicios de Salud y Anexos, admite la guardia de retén cuando hay que asegurar la

(24) El Decreto N° 258/987, por ejemplo, fija un límite diario de 24 horas para los técnicos instrumentistas quirúrgicos; un límite semanal de una guardia de 24 horas cada 7 días para los técnicos en oftalmología; un límite mensual de 130 horas para los técnicos transfusionistas, las parteras, 128 horas mensuales para los técnicos en radiología.

La decisión del Consejo de Salarios del 23 de abril de 2014, fija un mínimo de 6 horas diarias y un máximo mensual de 144 horas.

El convenio colectivo de trabajo del 20 de setiembre de 1993, aplicable al personal médico que trabaja en las instituciones de asistencia médica del interior del país, prevé hasta 240 horas mensuales de guardia de retén para algunas especialidades, y hasta 360 horas mensuales en otras.

(25) “Estar de ‘guardia de retén’ implica no poder ausentarse, permanecer ubicable en caso de ser necesario su servicio, y estar preparado para la eventualidad de salir a trabajar a causa de un llamado urgente”. (SCJ, Sent. N° 198, 21/09/1998, AJJL 1998, caso 476).

continuidad de los servicios, se deben cubrir servicios de baja demanda, o es preciso supervisar el funcionamiento de determinadas áreas⁽²⁶⁾.

Las situaciones de emergencia son las que justifican el “servicios de ‘reperibilità’ en Italia, relacionados con los sectores de actividad en los cuales es necesario asegurar la continuidad de los servicios⁽²⁷⁾.”

El recurso al trabajo en régimen de guardia de retén encuentra su justificación en la necesidad de asegurar el funcionamiento ininterrumpido de determinadas actividades, preservar las condiciones de seguridad y prevención de riesgos, hacer frente a situaciones urgentes, supervisar determinados sectores, cubrir servicios de baja demanda, entre otras razones.

4. La actividad que desarrolla el trabajador durante la guardia de retén

Mientras el trabajador no es convocado, puede realizar diversas actividades sociales, culturales, religiosas, de servicio, deportivas, políticas, ajenas al trabajo, o dedicar su tiempo al descanso⁽²⁸⁾.

Eventualmente, dentro de los límites legales, el trabajador podría realizar actividades laborales por cuenta propia o por cuenta ajena para otro empleador, salvo pacto en contrario o que pudiera incurrir en concurrencia desleal, y siempre que no le impidieran cumplir con la obligación de estar ubicable, atender el llamado o la convocatoria y realizar el trabajo solicitado.

Además del límite anteriormente señalado, pueden existir otras limitaciones. En algunos casos no podrá consumir alcohol o drogas que pudieran impedirle, en caso de ser llamado, cumplir con la tarea. Deberá estar ubicable. No deberá

(26) Numeral 23, literal a.1) Personal asistencia que actuara como colaborador en técnicas médicas tales como: endoscopias, hemodinamia, imagenología, diálisis, cateterismo vesical, aneurisma de aorta de urgencia, transplantes, ostomizados y otras que sean acordadas por la Comisión de Categorías laborales; a.2) Servicios específicos de baja demanda como puede ser conductores profesionales, así como otros servicios que se acuerden en la referida comisión; a.3) Licenciados de Enfermería con funciones específicas de Supervisión del Departamento de Enfermería.

(27) En el reglamento de la Università degli Studi di Milano, se establece que “L’istituto della reperibilità è previsto esclusivamente per i settori de attività per i quali è necessario assicurare la continuità dei servizi, anche a fronte di esigenze/evento imprevedibili, ivi compreso il servizio degli autisti per le figure apicali dell’Ateneo”.

(28) “En el presente caso, por el contrario, no existió desgaste adicional que justifique el incremento remuneratorio reclamado tardíamente por la trabajadora, que durante las guardias de retén bien pudo estar en su casa descansando, mirando la televisión o leyendo un libro, –a la espera de algún llamado de la mutualista–, y no ser convocada nunca.” (SCJ, Sent. N° 43 de 10/03/1999, en: AJL 1999, caso 729).

En las guardias de retén, por el contrario, no existe el desgaste adicional que justifique el incremento remuneratorio reclamado tardíamente por la actora, que durante las mismas bien puede estar en su casa descansando, mirando televisión o leyendo un libro, a la espera de algún llamado, que puede no producirse (TAT 3, S. 136, 25/04/2007, en: AJL 2007, caso 341).

alejarse del domicilio o de un determinado lugar, al punto que le resulte imposible, en caso de ser convocado, concurrir en tiempo hábil a realizar el trabajo.

IV. EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR

El consentimiento del trabajador es necesario, en todo caso. Sea que el trabajador únicamente realice guardia de retén, sea que además de su trabajo normal (diario y semanal), se obligue a realizar guardia de retén⁽²⁹⁾.

V. LA DISTINCIÓN DENTRO DE LA GUARDIA DE RETÉN ENTRE PERIODOS EN LOS QUE EL TRABAJADOR PERMANECE A DISPOSICIÓN DEL EMPLEADOR SIN REALIZAR EFECTIVAMENTE UN TRABAJO, PERIODOS DE DESCANSO Y PERIODOS DE TRABAJO

1. Los tres periodos

El régimen de trabajo en guardia de retén no está previsto expresamente en los Convenios Internacionales de Trabajo N^os 1 y 30⁽³⁰⁾.

Para la Comisión de Expertos, debería distinguirse “entre periodos de trabajo, periodos de descanso y periodos en que el trabajador permanece a disposición del empleador sin realizar efectivamente un trabajo”.

Sostiene la Comisión que “los criterios de “estar a disposición del empleador” no exigen que se esté “exclusivamente” a esa disposición y al parecer, permite al trabajador utilizar parte de su tiempo en sus actividades personales o, para expresarlo de otro modo, la utilización de la frase “a disposición del empleador” no impide que el trabajador pueda realizar algunas actividades personales. La cuestión es en qué medida el trabajador se ve limitado a realizar actividades personales durante las horas de atención continuada, para ser considerado que está

(29) Leyes N^os 15.996 y 7.318. En Francia, la jurisprudencia considera, con base en el artículo L3121-7, que refiere a la fuente que establece la guardia de retén, que cuando es establecida por convenio colectivo, el trabajador está obligado a realizarla. (Soc. 13 de febrero de 2002). En cambio, cuando la guardia de retén se establece por decisión del empleador, el trabajador tiene derecho a rechazarla (Soc. 13 de febrero 2002). (PÉLISSIER, et all. Ob. cit., pp. 1049 y 1049).

(30) CEARC, Horas de Trabajo, cit., p. 20.

efectivamente a disposición del empleador. Esto deberá considerarse según las circunstancias de cada caso. De ese modo, el tiempo transcurrido “sobre llamada” puede o no considerarse como “horas de trabajo” en el sentido de los Convenios, según la medida en que el trabajador vea limitada la posibilidad de realizar actividades personales durante ese periodo. Sin embargo, debería hacerse hincapié que cuando ese tiempo se calcula como “horas de trabajo”, el trabajador tendrá derecho a recibir una remuneración por ese tiempo por concepto de “horas de trabajo” (incluidas las horas extraordinarias). Si ese periodo de tiempo no se considera como “horas de trabajo”, el trabajador tendrá derecho de todos modos a percibir algún tipo de remuneración, en reconocimiento del tiempo transcurrido “sobre llamada”, siempre que se hayan establecido claramente las condiciones del trabajo “sobre llamada”⁽³¹⁾.

2. El trabajo efectivo en la legislación uruguaya

Las leyes sobre jornada de trabajo en el Uruguay no regularon el régimen de guardia de retén.

La Ley N° 5.350 de 17 de noviembre de 1915, conocida como la ley de 8 horas, que no comprende a todos los trabajadores de la actividad privada, pues su órbita de aplicación abarca a la industria y el comercio⁽³²⁾, dispone que “El trabajo efectivo de los obreros..., no durará más de ocho horas por día”.

Para “medir la verdadera dimensión de la jornada máxima de trabajo”, resulta esencial definir qué se entiende por “trabajo efectivo”⁽³³⁾.

El decreto reglamentario del 27 de octubre de 1957, artículo 6, dispuso que: “A los efectos del cómputo de las horas de trabajo se considera trabajo efectivo todo el tiempo en que un obrero o empleado deja de disponer libremente de su voluntad o está presente en su puesto respectivo o a la disposición de un patrono o superior jerárquico, salvo las excepciones expresadas en los artículos siguientes, a lo que dispongan reglamentos especiales, en materia de trabajos de temporada o estación o intermitentes, que pueda dictar el Ministerio de Industrias y Trabajo”.

(31) CEARC. *Horas de Trabajo*. Ob. cit., p. 21.

(32) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Curso de Derecho Laboral*. Tomo III, Vol. I, Montevideo, Ed. IDEA, 1988, pp. 11 y 12: “Esto significa dejar al margen otras actividades como pueden ser (...), las entidades de asistencia médica, la enseñanza privada y, en general, todos aquellos sectores que no pueden ser calificados ni de industriales ni de comerciales”.

(33) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo I, Montevideo, FDSCS, 1965, p. 124; *Derecho del Trabajo*. Tomo I, Vol. 2, Montevideo, FCU, 2007, p. 52.

De los tres criterios indicados por Montenegro Baca⁽³⁴⁾, la reglamentación se situó en una posición intermedia⁽³⁵⁾, el Poder Ejecutivo “optó por el segundo criterio”⁽³⁶⁾ de la dependencia en sentido restringido, conforme al cual “la jornada abarca todo el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo”.

Luego de analizar las excepciones previstas en los artículos 7 a 9 del decreto, Plá Rodríguez concluye que la “(...) interpretación reglamentaria –ubicable dentro del segundo criterio expuesto por Montenegro Baca, o sea el de la dependencia restringida- coincide con la expresada en el artículo 2 del Convenio Internacional del Trabajo N° 30: “A los fines del presente convenio, se considera como jornada de trabajo el tiempo durante el cual el personal está a disposición del patrono: serán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halla a disposición del patrono”.

“Queda descartado, entonces, el tercer criterio y resuelto negativamente el problema planteado por Montenegro Baca de si debe computarse el tiempo insumido en el viaje al trabajo o del trabajo (...)”⁽³⁷⁾.

De Ferrari, Plá Rodríguez y Barbagelata, en forma coincidente, entendieron que el artículo 6 del decreto del 29 de octubre de 1957 optó por el criterio de la dependencia en sentido restringido, esto es, por el criterio conforme al cual “la jornada abarca todo el tiempo que **el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo, (...)**” (resaltado agregado).

(34) *Jornada de trabajo y descansos remunerados*. Tomo I, Trujillo, pp. 5 a 37, cit. por Barbagelata en las obras citadas, p. 124, nota 21, p. 52, nota 24, respectivamente, distingue: “a) El criterio del tiempo efectivo de trabajo, según el cual la jornada de trabajo solo abarca el tiempo en que el trabajador efectivamente presta su esfuerzo al empleador, que según aclara, daría lugar en caso de aplicarse, a “saltantes injusticias”; b) El criterio de la dependencia en sentido restringido que sostiene que la jornada abarca todo el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo, que habría sido pohijado en el Acuerdo de Londres de 1926 y está respaldado por una importante corriente de doctrina y derecho comparado; c) Criterio de la dependencia en sentido amplio, dentro del que se cuenta “el tiempo en que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo sino también fuera de él”. Según este último criterio que defiende el autor citado, “la jornada de trabajo hay que medirla desde el momento en que el laborante sale de su domicilio para ir al trabajo, hasta que reingresa a su casa”, o sea que se integra con el *tempus in itinere*. Con todo el propio Montenegro Baca admite que la fijación de los salarios en relación a ese tiempo puede plantear problemas de difícil solución”.

(35) DE FERRARI, Francisco. *Derecho del Trabajo*. Tomo III, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 60; BARBAGELATA. *Derecho ...*, Ob. cit., p. 52, nota 24.

(36) PLÁ RODRÍGUEZ, A. *Curso ...* Ob. cit., p. 16.

(37) PLÁ RODRÍGUEZ, A. *Curso ...* Ob. cit., p. 17. En el mismo sentido DE FERRARI, *Derecho ...* Ob. cit. p. 60.

Ese temperamento surge de la interpretación sistemática del artículo 6 y siguientes, que establecen la regla y las excepciones.

La regla de la dependencia restringida, recogida en el artículo 6, implica que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo.

Las excepciones previstas en los artículos 7 y 8, que se mantienen dentro del criterio indicado, reducen el alcance del concepto de trabajo efectivo.

La excepción prevista en el 9, en cambio, es una concesión al tercer criterio de la dependencia en sentido amplio y extiende el alcance del concepto de trabajo efectivo al único caso en que el trabajador no está dentro del centro de trabajo: el tiempo *in itinere*⁽³⁸⁾.

3. Pertinencia de la distinción de los tres periodos

La distinción de tres periodos dentro de duración de la guardia de retén (periodo durante el cual el trabajador permanece a disposición del empleador sin realizar efectivamente un trabajo, periodo de descanso y periodo de trabajo), es pertinente, pues el tratamiento jurídico debe ser diferente en cada caso.

3.1. El trabajador no es llamado (“disponibilidad pasiva”)

La decisión del Consejo de Salarios del Grupo N° 15, Servicios de Salud y Anexos, del 23 de abril de 2014, siguiendo el criterio doctrinario, estableció que “El tiempo que el funcionario permanece ubicable y no es convocado a trabajar, sin perjuicio de estar a disponibilidad **no se considera tiempo de trabajo efectivo**”⁽³⁹⁾ (resaltado agrgado).

(38) CONTRA GANDINI, A. L. y RODRÍGUEZ GUSTÁ, R. “El ‘guardia de retén’...”. Ob. cit., capítulo V.

(39) En Francia se distingue entre el tiempo de espera o disponibilidad pasiva y el tiempo dedicado a la intervención solicitada. El tiempo de espera no es un tiempo de trabajo efectivo. Si bien la Corte de casación decidió que no era un tiempo de reposo (Soc. 10 de julio de 2002), la ley Fillon de 17 de enero de 2003, en cambio, dispuso que, con excepción de la duración de la intervención, el periodo de guardia es tomado en cuenta para el cálculo de los periodos mínimos de descanso diario y de descanso semanal (art. L 3121-6). (PÉLISSIER, Et all., Ob. cit., p. 1048. En nota 4 señalan que el Comité Europeo de derechos sociales (CEDS) estima que la imputación de tiempo de guardia al tiempo de descanso constituye una violación del artículo 2 § 1 de la Carta social europea (decisión del 28 de enero de 2005). Pero el Comité de ministros no adoptó una resolución en virtud de esta violación. Se contentó con tomar nota de la relación (Resolución del 4 de mayo de 2005).

En Italia, algunos tribunales consideraron que el periodo de disponibilidad no es equivalente a una efectiva prestación de trabajo. La disponibilidad realizada en el día de descanso semanal, no equivaliendo a una efectiva prestación de trabajo, limita solamente, sin excluirlo totalmente, el goce del descanso y conlleva el derecho a un tratamiento económico adicional establecido por la negociación colectiva, o en su defecto, determinado por el juez (Tribunal de Milán 31/05/2010). En el mismo sentido Trib. Genova, Sez. Lavoro, 17/10/2008; Pret. Torino, 02/10/1988 <[http://www.wikilabour.it/Reperibilit%C3%A0%20\(orario%20di%20lavoro\)>](http://www.wikilabour.it/Reperibilit%C3%A0%20(orario%20di%20lavoro)>).

La mayoría de la jurisprudencia uruguaya no distingue entre disponibilidad pasiva o activa y sostiene que el tiempo dedicado a la guardia de retén es “trabajo efectivo” en los términos del artículo 6 del decreto del 29 de octubre de 1957⁽⁴⁰⁾.

La excepción fue la sentencia del Juzgado Letrado del Trabajo 4, que consideró que el retén pasivo no era trabajo efectivo⁽⁴¹⁾.

Conforme a la interpretación del concepto “trabajo efectivo” realizada por los profesores De Ferrari, Plá Rodríguez y Barbagelata, el **periodo comprendido dentro de la guardia de retén durante el cual el trabajador permanece a disposición del empleador fuera del centro de trabajo y sin ejecutar las tareas, no es trabajo efectivo**⁽⁴²⁾.

3.2. El periodo de descanso

Naturalmente, no constituye trabajo efectivo el periodo que el trabajador dedica al descanso dentro de la guardia de retén.

3.3. El trabajador es llamado y resuelve la cuestión telefónicamente o concurre al establecimiento a prestar las tareas

Es trabajo efectivo el tiempo dedicado a la prestación de las tareas.

La Corte de Casación tiende a excluir que se pueda equiparar la disponibilidad con la prestación de trabajo en sentido estricto <http://www.di-elle.it./index.php?url=/consultazione/300_risposte_3/orario_di_lavoro_755/view?755/>.

(40) La Suprema Corte de Justicia consideró que “ese tiempo, debe computarse como trabajo efectivo, conforme lo previene el artículo 6 del decreto reglamentario de la ley 5.350 de 29/10/1957”. (SCJ, Sent. N° 198, 21/09/98, AJJL 1998, caso 476; Sent. N° 196, 19/9/2001, AJL 2001, caso 568. En el mismo sentido, TAT 1, Sent. N° 216, 08/09/2000, AJL 2000, caso 718; Sent. N° 288, 24/10/2007, AJL 2007, caso 340)

“... si bien las horas trabajadas en guardia de retén se consideran trabajo efectivo, por lo cual se pagan, no se las identifica con las horas extra de labor que el trabajador cumple en su lugar de trabajo como extensión de la jornada diaria” (TAT 3, Sent. 136, 25/4/2007, AJL 2007, caso 341).

(41) “Se coincide con la demandada en la afirmación de que no hay en nuestro derecho positivo norma que regule lo que se denomina trabajo a la orden y que lo que regula es el concepto de trabajo efectivo que regula el art. 6 del decreto del 29 de octubre de 1957.

“(…) el actor tenía durante las horas a la orden una flexibilidad en sus actividades que la empresa no controlaba directamente, ni prohibía que las realizara. (...).

“(…) no puede afirmarse que el tiempo que el actor permanecía ubicable para la empresa se puedan denominar horas extras. Porque no constituye tiempo efectivo de trabajo ya que la empresa no tiene sobre el mismo la disponibilidad, que caracterizan las normas del derecho laboral y el decreto reglamentario. Se le pagaban como tal las horas que trabajaba efectivamente. (También Sentencia N° 100, 17/09/1996, AJL 1996-1997, c. 962, siguiendo la Sentencia N° 10 del JLT 9, Contarin, en AJL 1992, c. 860) (JLT 4, Sentencia N° 94, 05/09/1996, AJL 1996-1997, caso 961).

(42) Gandini y Rodríguez Gustá sostienen que se trata de trabajo efectivo (Ob. cit., capítulo VI).

VI. LA REMUNERACIÓN DE LA GUARDIA DE RETÉN

1. Criterios para determinar la remuneración

La remuneración de la guardia de retén se determina en función de diversos criterios que tienen en cuenta la frecuencia de las eventuales convocatorias y/o la ejecución efectiva de las tareas.

Puede consistir en una suma fija de dinero por toda la guardia de retén⁽⁴³⁾ o una suma fija más complementos por cada convocatoria⁽⁴⁴⁾, tomando en consideración de este modo la distinción, dentro de la duración de la guardia de retén, entre periodos en los que el trabajador permanece a disposición del empleador sin realizar efectivamente un trabajo⁽⁴⁵⁾, y periodos de trabajo.

(43) En el Decreto N° 258/987 se fijan los criterios para remunerar las guardias de retén de los distintos técnicos: Técnico instrumentista quirúrgico, con una carga de 24 horas diarias y 130 mensuales, las horas de guardia de retén se pagarán de acuerdo al arancel hora que resulte de la división del sueldo base mensual entre 390. Además se percibirá el destajo que establece el Laudo para el Grupo 40 a partir de la vigencia del mismo. La Partera, tiene un límite de 130 horas mensuales, y el salario por hora es equivalente al 75 % del salario hora de la partera de guardia interna. Técnico en Laboratorio Clínico, también tiene un máximo 130 horas mensuales, que se pagarán de acuerdo al arancel que resulte de la división del sueldo mensual base entre 152.

(44) Por ejemplo, el Técnico en oftalmología, que debe realizar 1 guardia de 24 horas cada 7 días, y solo atiende trabajos urgentes, percibirá además por cada orden una compensación equivalente al 3 % del sueldo base. El Técnico en radiología, con un máximo de 128 horas mensuales, por las horas de guardia de retén percibirá el equivalente a sueldo base dividido por 128 y, además, percibirá por cada estudio especializado una compensación extra equivalente al 3 % del sueldo mensual y por cada estudio simple el 1 % del sueldo mensual (Decreto 258/987).

La guardia de retén del personal de enfermería y de conductores de vehículos se pagará al 50 % del valor de la hora de la categoría correspondiente. El tiempo de prestación de las tareas se pagará con el 100 % del valor de la hora de la categoría correspondiente. (Decisión del Consejo de Salarios del Grupo 15, Servicios de Salud y Anexos, del 23 de abril de 2014).

En el caso del personal médico con especialidades quirúrgicas, que realiza guardia de urgencia a la orden, el máximo mensual es de 175 horas (en el interior del país puede ser hasta 240 o 360 según la especialidad) y la retribución comprende un sueldo fijo por la guardia de retén determinado en función de la probabilidad de las convocatorias (cirugía general, 0,80 del sueldo base médico; traumatología, 0,65 del SBM, Ginecología, 0,55 del SBM y otras especialidades quirúrgicas, 0,50 SBM, más un complemento variable según el número de órdenes (de consulta, quirúrgicas) presentadas durante la guardia, que supera en un 30 % el valor de la orden por cirugías coordinadas, y su valor depende de la complejidad del acto quirúrgico).

En Perú, cuando se requiere la presencia física del médico-cirujano en servicio de retén, se le abonará el 100 % de los porcentajes previstos para la bonificación por trabajo de guardia ordinaria, y en caso contrario se le abonará solo el 25 % (art. 26 del Decreto Supremo N° 024-2001-SA, del 21 de julio de 2001. En el caso de los Tecnólogos Médicos, cuando se requiera su presencia física, se le abonará el 100 % de la bonificación correspondiente a la jornada de guardia por el tiempo efectivo de labor (art. 35 del Decreto Supremo N° 012-2008-SA).

(45) Así, cuando el periodo de disponibilidad pasiva o el periodo de descanso, “(...) no se considera como “horas de trabajo”, el trabajador tendrá derecho de todos modos a percibir algún tipo de remuneración, en reconocimiento del tiempo transcurrido “sobre llamada”, siempre que se hayan establecido claramente las condiciones del trabajo “sobre llamada”. (OIT. *Horas de Trabajo* ... Ob. cit., p. 21).

La remuneración puede variar si se superan los límites máximos diarios, semanales o mensuales de la guardia de retén.

Cuando el trabajador es convocado y ejecuta la prestación de trabajo, la remuneración puede variar en función de otra distinción, que tiene en cuenta si el trabajador solamente realiza guardia de retén, o si esta última es realizada luego que el trabajador cumplió su jornada diaria o su ciclo semanal de trabajo⁽⁴⁶⁾ ⁽⁴⁷⁾.

Tratándose del trabajador que solamente realiza guardia de retén, se tendrá que examinar si el tiempo dedicado al trabajo efectivo, en aquellos casos en que la jornada diaria o semanal esté limitada, superó dichos límites.

Cuando el trabajador realiza la guardia de retén, además del trabajo durante su jornada habitual, se deberá examinar si el tiempo de trabajo efectivo ha superado o no la jornada normal de trabajo o si se realizó durante el día de descanso.

2. La remuneración de la guardia de retén en la jurisprudencia

La jurisprudencia uruguaya está dividida en relación con la remuneración de la guardia de retén durante los días hábiles o días que no corresponden al descanso semanal del trabajador.

Una parte de la jurisprudencia no distingue entre horas de disponibilidad pasiva y horas de intervención o prestación efectiva de las tareas y considera que el tiempo dedicado a la guardia de retén, cuando supere la jornada normal de trabajo, debe remunerarse como horas extras, pues el trabajador no dispone libremente de su tiempo⁽⁴⁸⁾.

(46) Esta hipótesis está prevista en la decisión del Consejo de Salarios referida en la nota anterior: “En caso de función de retén, si la convocatoria es dentro de las 3 primeras horas de finalizada la jornada habitual de trabajo, se le abonará el valor hora retén por cuatro”. “Si la convocatoria es a partir de la tercera hora de finalizada la jornada habitual de trabajo, se le abonará el valor hora retén por dos” (numeral 23, lit. f).

(47) La posibilidad de que el trabajador no goce el descanso semanal debido al desempeño de la guardia de retén, se limitó en el literal g) que dispone: “Para el caso de que el trabajador cumpla una doble función, la función de retén deberá respetar al menos el 50 % de los libres mensuales del cargo diario fijo”.

(48) “El suscrito redactor dijo en su voto que la ley de horas extras es de orden público no siendo admisible un criterio que estimara una tarea anexa, que no tuviera tal carácter. Si el actor estaba a la orden al desempeñar las guardias de retén, ese tiempo le debe ser remunerado como horas extras (...)”.

No es cierto que las guardias de retén hubieren sido correctamente abonadas, no siendo excesivo calificarlas como horas extras. “Estar de guardia de retén implica no poder ausentarse, permanecer ubicable en caso de ser necesario su servicio y estar preparado para la eventualidad de salir a trabajar a causa de un llamado urgente. El trabajador en esa situación no dispone libremente de su tiempo, porque aunque no hubiere sido llamado para trabajar, igualmente se encuentra ‘a la orden’ de la empresa, y ese tiempo debe computarse como trabajo efectivo, conforme lo previene el artículo 6 del D.R. de la Ley N° 5.350 del 29/10/1957” (AJL 1998, c. 476).

Otra parte de la jurisprudencia, incluida la Suprema Corte de Justicia, sin hacer la distinción mencionada, han entendido, sin embargo, que el tiempo de guardia de retén no debe remunerarse como hora extra, pues el trabajador dispone libremente de su tiempo, aun cuando sea en forma parcial⁽⁴⁹⁾.

Luego de citar la Sent. N° 100 de 10/09/1996 en *AJL* 1996-1997, c. 962, dice: “Por el contrario, entiende la Sala, dicha flexibilización de actividades, o la eventual ausencia de efectividad del trabajo, no obsta a la real subordinación del guardia de retén, quien permanece sometido a la posibilidad de ser convocado, y entonces no dispone libremente de su tiempo; aunque su empleador no necesite momentáneamente sus servicios. Como lo ha dicho la distinguida Juez a quo, según la suma jurisprudencial correspondiente: “el concepto de ‘estar a la orden’ se fundamenta en que, si el salario es un ‘forfait’, el patrono debe abonarse aunque el servicio no se preste por un hecho no imputable al trabajador. No corresponde poner a cargo del trabajador los riesgos de la empresa” (*AJL* 1996-1997, c. 963). Pero es que, como lo explica Barbagelata, (*Derecho del Trabajo*, p. 152): “Según el D.R. vigente debe entenderse por trabajo efectivo todo el tiempo en que un obrero o empleado deja de disponer libremente de su voluntad y está a disposición de su patrono o superior jerárquico (...)” (*AJL* 1996-1997, C. 961). Vale decir: el guardia de retén, no es responsable de la no prestación en concreto, de las tareas propias de instrumentista quirúrgico porque eventualmente no hubiere sido convocado a Sala de operaciones por su empleador, quien no queda relevado de su obligación de pago salarial correspondiente, a quien se le subordina permaneciendo a la orden.” (*TAT* 1, Sent. N° 216, 8/9/2000, *AJL* 2000, c. 718 ; *TAT* 1, Sent. N° 288, 24/10/2007, *AJL* 2007, c. 340; Sent. 288, 24/10/2007, en *AJL* 2007, c. 341) (resaltado agregado).

“(…) las guardias de retén generan, cuando exceden las ocho horas, horario extraordinario que debe ser pagado por el empleador, ya que no existe libre disponibilidad del trabajador respecto a su fuerza de trabajo, sino que esta está afectada virtualmente, en forma latente, a la demanda de prestación de servicios por parte del patrón” (*JLT* 9, Sent. N° 40, 24/04/2008, caso 626) (resaltado agregado).

(49) “(…) el trabajo cumplido por los demandantes en guardia de retén, por tratarse de otro cargo desempeñado en la misma institución, además del que cumplían en la policlínica, no cabría que fuera considerado como trabajo extraordinario en relación al realizado en la policlínica. (*JLT* 3, Sentencia N° 71, 7/8/96, *AJL* 1996-1997, c. 1092)

“(…) no puede afirmarse que el tiempo que el actor permanecía ubicable para la empresa se puedan denominar horas extras. Porque no constituye tiempo efectivo de trabajo ya que la empresa no tiene sobre el mismo la disponibilidad, que caracterizan las normas del derecho laboral y el decreto reglamentario. Se le pagaban como tal las horas que trabajaba efectivamente”.

“Que las partes pudieran haber acordado el pago de alguna indemnización por este tiempo, hubiera sido resorte de las partes, pero no constituye hoy los resultados necesarios para decir que ese tiempo es hora extra” (*JLT* 4, Sentencia N° 94, 05/09/1996, *AJL* 1996-1997, c. 961; Sentencia N° 100, 17/09/1996, *AJL* 1996-1997, c. 962) (resaltado agregado).

“La actora desempeñaba en la demandada dos cargos, A) el de técnico en radiología en la Clínica Radiológica de lunes a viernes de 12.30 a 16.30 horas por un total de 80 horas mensuales, y B) el de técnico en radiología en guardia de retén por 128 horas mensuales, incluyendo días feriados. Por este último cargo se le abonaba de acuerdo a lo previsto por el Decreto N° 258/87 del 26/05/1987”.

“De acuerdo con el decreto citado y a lo que emana de autos, los denominados guardias de retén poseen características especiales, donde el trabajador no tiene obligación de permanecer en un determinado lugar, pero sí de estar en comunicación de forma tal que si es llamado puede ser ubicado y concurrir a la convocatoria”.

“Se coincide con el Dr. Plá Rodríguez en la consulta que se agrega en autos en que: ‘La guardia de retén supone una situación especial que no puede equipararse a la del trabajo ordinario’ (f. j. 75 punto 3).

Resulta que mientras se desempeñan guardias de retén, ‘el trabajador pierde parte de la posibilidad de disponer de su tiempo porque no puede alejarse mayormente de la zona donde trabaja y debe concurrir a los llamados en el caso que se le efectúen.

Pero no pierde totalmente la libre disponibilidad de su tiempo porque mientras no es llamado puede desarrollar otras tareas, cumplir guardias, ejercer otras actividades (...). Es sabido que muchos de los técnicos que actúan bajo este régimen superponen al mismo otras tareas, guardias o responsabilidades (ff. jj. 76/77), o que emana del aporte probatorio de autos (...).”

“La actora percibió sus retribuciones por las guardias de retén de acuerdo a lo previsto por el Decreto 258/1987, por lo que no puede admitirse que se generaron las diferencias reclamadas por el pago parcial de horas extras, no siendo equiparable el periodo de trabajo en guardia de retén con el periodo trabajado, resultando procedente confirmar la sentencia recurrida en dicho aspecto” (TAT 2, Sentencia N° 63, 11/03/1997, AJL 1996-1997) (resaltado agregado).

En el caso de una Técnica radióloga que en policlínica trabajaba de lunes a viernes de 12 y 30 a 16 y 30 horas (cuatro diarias, según decreto 258/987). Además, a partir de los días 23 de cada mes, hacía 128 horas mensuales de guardia de retén, incluyendo días feriados y reclama diferencia de salarios, pues las guardias de retén debían liquidarse como horas extras, la Suprema Corte de Justicia consideró que “(...) a pesar de que comparte la opinión de la recurrente en cuanto a que –conforme al concepto de hora extra resultante del artículo 1 de la Ley N° 15.996– la misma se configura aún cuando la prolongación de la jornada de trabajo limitada legal o convencionalmente se deba al cumplimiento de tareas correspondientes a un cargo diferente, rechazará sin embargo el recurso interpuesto.

“Es claro que –de conformidad con el decreto 258/987– aunque la impugnante no fuera convocada ninguna vez igualmente debía pagársele el salario correspondiente; más ello no impone extender al caso el especial régimen retributivo de las horas extras”.

“(…) Como correctamente afirma el Tribunal, si bien quien realiza tales guardias no tiene la obligación de permanecer en un determinado lugar y puede eventualmente realizar otras tareas, es claro que pierde parcialmente la disponibilidad de su tiempo, porque no puede alejarse mucho de la zona en que trabaja, y debe estar permanentemente en comunicación con su empleador para poder ser ubicado y concurrir ante cualquier llamado que se le efectúe desde la empresa. Incluso la Corte –tratando el tema en relación al descanso semanal– ha dicho en su actual integración –y contrariamente a lo que expresaran en autos el Prof. Plá Rodríguez (consulta agregada) y los órganos de mérito– que media allí trabajo efectivo del dependiente en los términos previstos en el artículo 6 del decreto de 29/10/1957 (v. Sent. 198/98)”.

“No obstante, la consideración de la *ratio legis* del fundamento del instituto de que se trata, resulta, a juicio de la Corporación, decisiva para desechar el agravio, al indicar que el caso en debate se encuentra solo en apariencia comprendido en la norma que invoca la impugnante”.

“El régimen remuneratorio de las horas extras instituido por el inciso 2 del artículo 1 de la Ley N° 15.96 tiene, en efecto, la finalidad de compensar al trabajador por la prestación de un esfuerzo mayor que en el tiempo ordinario, en tanto trabaja (porque se lo pide el empleador) más allá del horario previsto como higiénicamente adecuado, con el consiguiente desgaste y sacrificio de su tiempo libre, sin perjuicio del desestímulo del trabajo por encima del límite horario obviamente resultante de su mayor onerosidad para el empleador (...). En el presente caso, por el contrario, no existió desgaste adicional que justifique el incremento remuneratorio reclamado tardíamente por la trabajadora, que durante las guardias de retén bien pudo estar en su casa descansando, mirando la televisión o leyendo un libro, –a la espera de algún llamado de la mutualista–, y no ser convocada nunca”.

“Nótese que –según refiere la recurrente el propio Decreto N° 258/87 toma en cuenta esta circunstancia básica de la prestación convenida (menor intensidad de las obligaciones asumidas) al regular dos regímenes de trabajo diferentes para una misma técnica y establecer una mayor exigencia horaria para la percepción del sueldo base de la categoría en el caso de las ‘guardias de retén’ respecto de la labor desarrollada en policlínica o durante las guardias cumplidas en el local de la empleadora. Y este dato tampoco puede ser dejado de lado cuando se trata de decidir la inclusión del presente caso en el régimen de la Ley N° 15.996”.

“El principio de razonabilidad, que invoca la empresa ya al contestar (...) y que es especialmente fecundo para descartar una aplicación mecánica de los textos legales en aquellos casos en los cuales la norma no puede prever la infinidad de circunstancias que presenta la vida en el ámbito laboral (...) apoya la interpretación efectuada por los tribunales de mérito, en cuanto mantiene racionalmente el régimen retributivo de las horas extras de la Ley N° 15996 dentro de los fines del instituto al rechazar la inclusión en el mismo del trabajo en guardia de retén” (SCJ, Sent. N° 43 de 10/3/99, en AJL 1999, caso 729; Sent. N° 196, 19/09/2001, AJL 2001, C. 568) (resaltado agregado).

En el caso de una trabajadora en la sección Coordinación Administrativa del Servicio de Internación Domiciliaria de la demandada, que desde 1996 realiza ciertas guardias domiciliarias, mediante la utilización de un celular proporcionado por la empresa, las cuales le son abonadas a razón de \$17 la hora de acuerdo a lo convenido, y reclama la diferencia que corresponde al recargo de la hora extra, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3 turno consideró que “(...) si bien las horas trabajadas en guardia de retén

Cuando la guardia de retén se realiza en día del descanso semanal del trabajador, la Suprema Corte de Justicia ha considerado que se debe remunerar con el recargo del 100 % sobre el salario normal⁽⁵⁰⁾. En un caso el salario normal de la hora de guardia de retén sobre el que se calculó el recargo se había fijado en un 75 % del valor de la hora en días hábiles⁽⁵¹⁾.

VII. CONCLUSIONES

1. La guardia de retén se caracteriza por la permanencia del trabajador en su domicilio o un lugar determinado, distinto del establecimiento del empleador y que no sea impuesto por este, fácilmente ubicable, de modo que pueda responder al llamado y prestar el trabajo requerido.
2. El tiempo durante el cual se realiza la guardia de retén puede coincidir con el periodo de actividad normal de la empresa o desarrollarse durante periodos en que la actividad disminuye o cesa totalmente.
3. El trabajador puede tener como única actividad la realización de la guardia de retén, o esta actividad puede añadirse al desempeño del trabajo durante la jornada habitual o el ciclo semanal de trabajo.
4. La justificación del instituto se encuentra en la necesidad de asegurar la continuidad de servicios que no pueden interrumpirse, el mantenimiento

se consideran trabajo efectivo, por lo cual se pagan, no se las identifica con las horas extra de labor que el trabajador cumple en su lugar de trabajo como extensión de la jornada diaria.”

“La menor remuneración de la hora guardia de retén respecto a la hora extra se justifica plenamente por la menor intensidad de las obligaciones asumidas, por tratarse de dos regímenes de trabajo diferentes y porque es claro el mayor esfuerzo que significa la hora extra respecto a la hora guardia de retén”.

“(…) la tarea cumplida por la actora durante las guardias de retén, en las que permanece en su casa o donde la plazca atenta a las llamadas que puedan producirse al celular para evacuar alguna consulta, no es la misma que desarrolla dentro de la institución en su horario normal de trabajo de 7 a 14 horas, por obvio que ello resulte. Y como dice, en las guardias de retén se le está remunerando la eventualidad de que tenga que atender algún llamado. No es lo mismo estar en la casa con la posibilidad de atender un llamado telefónico que en las que estar efectivamente trabajando en la sede de la institución determinada cantidad de horas” (TAT 3, Sent. 136, 25/4/2007, AJL 2007, c. 341).

(50) SCJ, Sent. N° 198, 21/09/1998, AJL 1998, caso. 476.

(51) SCJ, Sentencia N° 196 de 19/09/2001, en AJL 2001, caso. 248. Surge que la sentencia del Tribunal de Apelaciones había considerado que la auxiliar de enfermería que realizaba guardias de retén en los días de descanso y era remunerada a destajo por cada acto realizado, tenía derecho a la remuneración de todas las horas dedicadas a la guardia de retén, con excepción de 8 horas dedicadas al descanso nocturno y de dos horas dedicadas a actividades personales. Las restantes horas, estimo el Tribunal, debían abonarse, las 6 primeras con el 100 % de recargo, y las excedentes con el 150 % de recargo.

de condiciones de seguridad y prevención de riesgos, hacer frente a situaciones de urgencia, supervisar determinados sectores, cubrir servicios de baja demanda, entre otras razones.

5. Durante la guardia de retén, mientras el trabajador no sea convocado, puede realizar diversas actividades sociales, culturales, religiosas, deportivas, laborales por cuenta ajena o por cuenta propia, o descansar, dentro de los límites que le permitan estar fácilmente ubicable, y realizar el trabajo si es convocado.
6. Para que surja la obligación de realizar la guardia de retén, es imprescindible el consentimiento del trabajador.
7. La distinción de los periodos de disponibilidad pasiva, descanso y prestación de las tareas requeridas, es necesaria para determinar el tratamiento jurídico, en particular, la remuneración, de la guardia de retén.
8. Los periodos de disponibilidad pasiva y de descanso, comprendidos en la guardia de retén, no constituyen trabajo efectivo.
9. La remuneración de la guardia de retén generalmente se determina según criterios que tienen en cuenta la frecuencia de las eventuales convocatorias y/o la ejecución de las tareas.

La remuneración puede variar si se superan los límites máximos diarios, semanales o mensuales de la guardia de retén.

También puede variar si el trabajador que únicamente realiza guardia de retén, durante la prestación de las tareas requeridas superara el límite de la jornada habitual de trabajo o, tratándose del trabajador que realiza guardia de retén después de culminar su jornada de trabajo o el ciclo semanal, si cuando es convocado, el tiempo de la prestación de tareas supera aquellos límites.

10. La jurisprudencia uruguaya está dividida en relación con la remuneración debida al trabajador que realiza guardia de retén.
11. La expansión del trabajo en régimen de guardia de retén requiere, en vísperas del centenario de la ley de 8 horas, un adecuado tratamiento jurídico que, contemplando los particularismos de las diversas actividades y los caracteres del instituto, permita conciliar la protección del trabajador con las necesidades que satisface este régimen de trabajo y brinde certeza.