

# **EL RÉGIMEN RESIDUAL DE DESCANSO SEMANAL PARA EL SECTOR SERVICIOS**

Caliaba Montelongo, Hugo Daniel

5.309.155-9.

Junio 2020.

Trabajo monográfico para Derecho Laboral 2, Abogacía plan 1989, UDELAR.

## **Índice:**

- I. Introducción.
- II. Problema y precisiones al respecto.
- III. Posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.
- IV. Nuestros aportes.

### **I. Introducción**

El presente trabajo tiene como objeto determinar cuál es, a nuestro criterio, el régimen residual de descanso semanal que debe aplicarse al sector servicios, entendiéndose como régimen residual, aquel del que deben gozar los trabajadores del sector servicios, cuando ninguna disposición del ordenamiento jurídico establece para ellos un régimen de descanso semanal especial.

Para esto, en primer lugar, haremos algunas precisiones respecto al problema, para después pasar a exponer las principales posturas doctrinarias y jurisprudenciales que existen sobre este controvertido tema, haciendo a su vez un desglose de los argumentos más importantes que hacen de pilares para las referidas posiciones.

Luego de haber visto y de haber hecho un breve análisis de las principales corrientes que se han formado al respecto, pasaremos a tomar postura en el tema, acompañando esto último por supuesto, con los argumentos que sostienen nuestra posición.

## **II. Problema y precisiones al respecto**

Consideramos necesario antes de seguir adelante, realizar algunas precisiones respecto a la problemática que vamos a tratar.

Para empezar, nos parece pertinente aclarar que es lo que se entiende por “régimen residual”. Si bien algo ya se mencionó al respecto al comienzo del trabajo, entendemos que un régimen residual son aquellas normas que son de aplicación y regulan una determinada situación fáctica, cuando no existan otras normas especiales y específicas que lo hagan para esa situación.

Entonces, puntualmente en el tema que se trata, lo que se quiere determinar es cuál es o cuales son las normas que establecen el descanso semanal para los trabajadores del sector servicios, cuando estos no son incluidos expresamente en una disposición del ordenamiento jurídico (ley, laudo, o convenio colectivo, entre otros) que impone un régimen especial de descanso semanal para determinado grupo de trabajadores.

En otro orden de ideas, nos parece también importante definir a qué nos referimos cuando decimos “sector servicios”.

Desde una perspectiva del derecho, no encontramos una definición del termino “servicios” dada por nuestro ordenamiento jurídico. Si bien el termino aparece en la Constitución en su artículo 54: “La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado”, no lo hace haciendo referencia al área de la economía conocida como sector terciario: aquel que desarrolla tareas conocidas como “servicios” (transporte, educación, limpieza, entre otros ejemplos), sino que lo hace simplemente como sinónimo de “trabajo”.

Desde la óptica de la ciencia económica, HILL<sup>1</sup> en su publicación “On goods and services” da una definición de servicios. El mencionado autor nos dice que es servicio todo “cambio en la condición de una persona o un bien perteneciente a

---

<sup>1</sup> Hill, T.P. “On goods and services” en The Review of Income and Wealth, Series 23, Nº4, Diciembre 1977.

una unidad económica como resultado de la actividad de otra unidad económica, previa aprobación de la primera persona o unidad económica". En nuestra opinión esta definición es completa y abarcativa de todo lo que se entiende comúnmente por "servicios".

Por último, creemos necesario hablar, solo a modo introductorio, de aspectos básicos del descanso semanal como derecho del trabajador, puesto que es parte central de la temática que se trata en esta monografía.

El descanso semanal consiste en el derecho que tiene todo trabajador a gozar de determinados días a la semana libres de toda actividad laboral.

Este derecho está establecido a texto expreso por nuestra Constitución en su artículo 54: "La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral"

Además, el derecho al descanso semanal se encuentra legislado en forma general para todo trabajador en la Ley 7.318. Dice este cuerpo legal: "Regulase el descanso semanal obligatorio para todo patrón, director, gerente o encargado, empleado u obrero de establecimientos industriales o comerciales. Deberá ser dado en día domingo y tener veinticuatro horas de duración mínima, quedando exceptuados de la prohibición de trabajo en domingo los casos que se establecen, de acuerdo con las especificaciones y reglamentos que dicte el Ministerio de Industrias".

### **III. Posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.**

La doctrina y la jurisprudencia laboral ya se ha pronunciado respecto al tema que se trata, haciéndolo en múltiples trabajos de investigación y en gran número de sentencias judiciales.

Del estudio del trabajo de los doctrinarios y de los pronunciamientos de los tribunales recién mencionados, puede afirmarse que existen principalmente dos

posturas acerca de cuál es el régimen residual de descanso semanal en el sector servicios. En los párrafos siguientes haremos mención a cuáles son estas dos posiciones, basándonos en la síntesis que hace GOLDSTEIN<sup>2</sup> en su trabajo “El régimen general y residual de descanso semanal en el sector servicios”.

A) Primera posición.

La primera postura al respecto básicamente sostiene que no existe en nuestro sistema jurídico una norma que disponga cuál es el descanso semanal de los trabajadores del sector servicios. Se está entonces ante un caso de vacío legal, el cual debe resolverse mediante la integración del derecho según el artículo 332 de la Constitución y artículo 16 del Código Civil.

El Decreto Ley N° 14.320 en su artículo 1 dispone: " El personal de los establecimientos comerciales de cualquier naturaleza, realizará un trabajo efectivo máximo de cuarenta y cuatro horas semanales de labor con treinta y seis horas consecutivas de descanso, salvo las excepciones previstas en la presente ley".

Se afirma que, debido a la laguna legal existente, la normativa recién citada debe ser interpretada extensivamente, de manera que el régimen de descanso semanal que establece la misma (treinta y seis horas consecutivas) debe ser el régimen aplicable a los trabajadores de todos los servicios no regulados por normas especiales.

A favor de esta postura, Castello<sup>3</sup> argumenta que el vocablo "comercio" se refiere a la transacción que se realiza con el fin de comprar o vender un producto.

Por ende, el Decreto Ley N° 14.320 al decir en su artículo 1 "establecimientos comerciales" se entiende que se refiere a cualquier actividad económica destinada a "un intercambio o intermediación de cualquier naturaleza, grado o

---

<sup>2</sup> Goldstein, Eduardo, “El régimen general y residual de descanso semanal en el sector servicios”, en RDT Octubre – Diciembre 2016.

<sup>3</sup> Castello, Alejandro, “Descanso semanal”, en Derecho del Trabajo, Raso, Juan Director, Castello, Alejandro, coordinador, FCU, Montevideo, 2012, tomo I, pagina 55.

forma entre productores y consumidores o usuarios". El corolario de esto, es que el alcance la norma incluiría al sector servicios.

Otro argumento de peso a favor de esta posición es que el descanso semanal del trabajador se trata de un derecho humano fundamental, recogido por la Constitución a texto expreso en su artículo 54, integrando el bloque de constitucionalidad. En tal sentido los partidarios de esta tesis sostienen que, frente al vacío legal existente, la protección de este derecho esencial del trabajador debe realizarse mediante la aplicación de los principios del derecho del trabajo, puntualmente el principio protector y el principio de la aplicación de la norma más favorable, de los cuales se deriva que el régimen aplicable es el del sector comercio por ser está la solución que más protege al trabajador y la más favorable para él.

En la práctica jurídica, esta posición es seguida por la Suprema Corte de Justicia, por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno y por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno.

#### A) Segunda posición.

Resumidamente, la segunda opinión que existe sobre el asunto consiste en afirmar que el descanso semanal del que deben gozar los trabajadores del sector servicios es el que dispone la Ley N° 7.318, siendo este el de veinticuatro horas. Los principales argumentos que apoyan esta tesis se exponen a continuación.

Entienden quienes adhieren a esta línea de pensamiento que la Ley N° 7.318 implementó el régimen de descanso de veinticuatro horas para todas las actividades.

A su vez, sostienen que el Decreto Ley N° 14.320 lo que hizo fue excluir al sector comercio del régimen general de la Ley N° 7.318, estableciendo para dicho sector un régimen excepcional de treinta y seis horas. Este régimen excepcional rige exclusivamente para el comercio y al no haber sido excluido el sector servicios no del régimen general por el Decreto Ley N° 14.320 se le continuara aplicando el descanso semanal de veinticuatro horas.

Además, otro poderoso argumento a nuestro juicio que se ha esgrimido en apoyo es la negación de la existencia de un vacío legal en la cuestión.

La implementación de un régimen general de descanso semanal para todas las actividades hecha por la Ley N° 7.318 cumpliría con el mandato del artículo 54 de la Constitución y por ello no se estaría frente a "falta de reglamentación respectiva", no siendo necesario acudir a "los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas" tal como versa el artículo 332 de la Constitución.

A nivel jurisprudencial, está segunda postura es por la que se inclinan los Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° y 4° Turno.

#### **IV. Nuestros aportes.**

Creemos que, desde la óptica de la dogmática, no hay mucho más que podamos agregar a la cuestión. Existen ya numerosos trabajos doctrinarios y multiplicidad de fallos de los tribunales que esgrimen excelentes argumentos a favor de una y otra posición.

Ambas posturas son actualmente recogidas por la jurisprudencia. Dependerá del tribunal ante el cual plantee el caso concreto, la posición que se adoptará. Entendemos que esto se debe a la acabada construcción del andamiaje argumentativo que sustentan firmemente a ambas tesis por separado.

Sin embargo, nos pareció interesante realizar un análisis de la temática desde la óptica no de la dogmática, sino desde la visión de la filosofía del derecho.

Buscamos a través de este camino obtener una perspectiva diferente sobre la cuestión, evitando ir en la misma línea marcada por el resto de las investigaciones ya realizadas y de esta manera realizar un verdadero aporte a la discusión.

##### **A) El significado de "Comercio".**

Resulta claro de la exposición de los argumentos a favor de ambas tesis, que la determinación del significado del vocablo "Comercio" es un punto clave en la cuestión.

Sobre la determinación del significado de las palabras BLANCO<sup>4</sup> dice lo siguiente: "Establecer un significado es, en un plano estrictamente lingüístico, fijar una equivalencia entre un término o un grupo de términos y otro término o grupo de términos". A esto agrega: "dichas reglas de equivalencia son estrictamente arbitrarias, y valen solo cuando se acepten en un tiempo y lugar dados".

Lo que dice BLANCO con gran acierto a nuestro juicio, es que establecer un significado no es más que realizar un acuerdo o convención arbitraria y que esté acuerdo puede variar de acuerdo a las circunstancias. Por ejemplo, acordamos que mesa es una tabla con cuatro patas que usamos para apoyar cosas, pero nada impide que entre usted lector y yo acordemos que de ahora en adelante llamaremos mesa a otra cosa distinta.

Volviendo entonces a la discusión sobre cuál es el régimen residual de descanso semanal para el sector servicios, podemos distinguir que existen dos convenciones o acuerdos respecto al significado del término "Comercio".

Por un lado, se encuentran aquellos que acuerdan que el concepto de "Comercio" se refiere entre otras cosas, a las actividades que brindan servicios. Por lo tanto, para ellos es aplicable a estas actividades la Decreto Ley N° 14.320 que establece el descanso semanal de treinta y seis horas.

En el otro extremo se encuentran aquellos que convienen que la palabra "Comercio" no engloba a las actividades que desarrollan servicios. Consecuentemente para ellos no sería de aplicación del Decreto Ley N° 14.320 a los trabajadores de este sector los cuales no gozarían del régimen de treinta y seis horas que impone la ley.

---

<sup>4</sup> Blanco, Andrés, "Estudios críticos sobre finanzas publicas y derecho tributario", pagina 89, FCU, Montevideo, 2013

En principio no existe problema ninguno respecto a que los doctrinarios de la materia establezcan diferentes equivalencias entre el término "comercio" y su significado. Haciendo uso de su libertad de expresión pueden establecer sin restricciones que se debe entenderse para ellos por "comercio".

Ahora bien, al plantearse un caso concreto en los tribunales, cobra total relevancia a cuál de estos grupos pertenece el Juez que resolverá el caso. Si el Juez que se pronunciará sobre el caso pertenece al grupo que acuerda que "Comercio" incluye las actividades relativas a servicios, el caso será resuelto desde la convicción de que descanso semanal es el dispuesto por el Decreto Ley N° 14.320 (treinta y seis horas).

En cambio, si planteado el mismo caso el juez competente perteneciera al segundo grupo, el descanso semanal que se tendrá en cuenta al momento del fallo no sería el que impone el Decreto Ley N° 14.320, sino otro distinto.

Esta situación a nuestro juicio viola flagrantemente el principio de igualdad consagrado en nuestra constitución. El hecho de que se le puedan aplicar dos regímenes diferentes al mismo caso concreto, dependiendo esto de la suerte del litigante al ser su caso asignado a tribunales, no parece ser de ninguna manera una solución justa, dejando en evidencia una clara manifestación de desigualdad.

Por lo expuesto en el párrafo anterior, consideramos absolutamente necesaria una norma de derecho positivo que establezca el alcance de la expresión "establecimiento comercial de cualquier naturaleza" contenida en el Decreto Ley N° 14.320.

De esta manera los tribunales quedarán obligados a pertenecer todos al mismo grupo sobre el acuerdo de que es lo que se entiende por "comercio", quedando determinado en consecuencia un único régimen residual de descanso semanal aplicable para el sector servicios al momento de resolver los casos individuales.

B) La ponderación de principios.



Siguiendo en la misma línea de estudio de la cuestión, es decir desde la perspectiva de la filosofía del derecho, nos inclinaremos a continuación por una de las dos tesis existentes.

Partiendo de la base de que el trabajo subordinado es una situación en la que se configura un recorte de la libertad del trabajador, al quedar este bajo el poder de dirección del empleador.

Teniendo en cuenta que dicho recorte del principio de libertad se realiza con el objetivo de satisfacer otro derecho fundamental: el derecho a los medios de vida propios y suficientes para la decente sustentación, corolario del derecho a la vida.

Considerando que si en la práctica se debate cuál es el régimen de descanso semanal aplicable, significa que el trabajador se encuentra ya en una relación laboral y por ende percibiendo ingresos que permiten satisfacer su derecho a la decente sustentación.

Destacando que una vez satisfecho el derecho a la decente sustentación, solo permanece el recorte al principio de libertad del trabajador.

Resaltando que el camino debe siempre ser la eliminación de toda situación que implique recorte de los principios fundamentales del derecho, salvo que ese recorte sea necesario para la satisfacción de otro principio más importante.

Por último, recordando que el patrón muestra que estamos yendo como sociedad hacia la desaparición del trabajo humano subordinado en manos del avance de la tecnología, fenómeno denominado por la doctrina como "Cuarta revolución industrial".

Concluimos que el régimen residual de descanso semanal para el sector servicios debe ser del Decreto Ley N° 14.320 (treinta y seis horas), por ser de entre las dos posibles soluciones, la que menos recorta el principio de libertad al establecer un periodo más largo para que el trabajador goce de la misma.