

CUADERNILLOS

DE LA FUNDACIÓN ELECTRA

17

MARTÍN CARRASCO

EL TIEMPO DE TRABAJO NOCTURNO Y SU VINCULACIÓN CON LA SALUD

Montevideo
2015

*La **Fundación Electra** tiene por objeto fomentar y promover, por cualquier medio apropiado, el estudio científico del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. A tales efectos, podrá otorgar premios, becas y toda forma de apoyo económico para la participación en cursos, seminarios, congresos, maestrías, doctorados y especializaciones en la disciplina. También podrá organizar o participar en la organización de cualesquiera de tales actividades. Podrá, asimismo, publicar o apoyar la publicación de monografías, tesis, libros, revistas y otros medios de divulgación de estudios de Derecho del trabajo y de la Seguridad social. También podrá crear o apoyar la creación de archivos y bases de datos, así como asumir toda otra forma de apoyo a la enseñanza y divulgación de la regulación del trabajo y de la seguridad social. De igual modo, la Fundación podrá apoyar, fomentar y promover cualquier otro tipo de actividad científica, artística y cultural que no tenga fines de lucro.*



En portada: Juan Luis Martínez, “Pulpería”. Rocha. Uruguay.

ÍNDICE

| | | |
|-------|---|----|
| I. | Consideraciones preliminares | 5 |
| II. | Consideraciones Generales | 5 |
| III. | El trabajo nocturno en el derecho comparado | 8 |
| IV. | Ordenamiento nacional | 10 |
| V. | Ámbito subjetivo de aplicación | 13 |
| VI. | Solución ante el concurso normativo | 14 |
| VII. | Salud y seguridad | 15 |
| | a. Primeros auxilios | 17 |
| | b. Trabajadores no aptos para desarrollar trabajo nocturno .. | 18 |
| VIII. | Repercusiones del trabajo nocturno | 19 |
| | ¿Derecho a un descanso nocturno? | 21 |
| VII. | Maternidad y trabajo nocturno | 23 |
| VIII. | Retribución del trabajo nocturno | 29 |
| IX. | Conclusiones | 31 |

*A Dahiana Lerena,
coautora de mi felicidad,
cómplice de mis alegrías y tristezas.*

I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El tiempo de trabajo debe ser (a nuestro entender) una de las áreas que más vinculación posee con la salud de las personas. Las horas que dedicamos al trabajo hoy en día (por necesidad, placer, obligación, etc.) llegan a ser ampliamente mayores al tiempo que dedicamos a la familia y al propio descanso. Esto nos obliga a cuestionarnos respecto a si ¿todas las personas poseen la misma adaptabilidad, la misma resiliencia¹ frente al desarrollo de jornadas de trabajo?, ¿importa el nivel socioeconómico del empleado? ¿sus costumbres? ¿sus adicciones? ¿las patologías que padece?, etc. El desarrollo de jornadas en horarios atípicos logra alterar el ciclo interno de quien lo realiza.

El ser humano posee una estructura temporal cuya perturbación puede ser riesgosa a causa de que las funciones “cardiovasculares, respiratorias, endocrinológicas y digestivas y la alternancia vigilia-sueño se ven alteradas en el transcurso de las veinticuatro horas”.³

Quizás la expresión más relevante del trabajo nocturno sea la distorsión del ciclo fisiológico que todos tenemos y del ciclo circadiano⁴, ciclo de vida que acompaña y está organizado para responder a lo que habitualmente es lo normal para la fisiología del ser humano que es trabajar de día y descansar de noche. Es por ello que el sueño es un tema central en nuestra vida, siendo un reparador tanto en lo físico como en lo psíquico.

II

CONSIDERACIONES GENERALES

La vida personal, social y profesional de las personas gira alrededor de horarios. Éstos pautan la manera de organizar las diversas actividades, como ser el tiempo de trabajo, tiempo de ocio, tiempo familiar y tiempo de reposo; no obstante, no siempre las actividades citadas se desarrollan acorde a los ritmos biológicos de quien las realiza, sino que su desarrollo es el

¹ Diccionario de la R.A.E.: Capacidad humana de asumir con flexibilidad situaciones límite y sobreponerse a ellas.

³ Vasilachis Irene. Las Condiciones de Trabajo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1986 pág. 125.

⁴ Diccionario de la R.A.E.: del latín *circa* (cerca), y *dies* (día). Perteneciente o relativo a un período de aproximadamente 24 horas. Se aplica especialmente a ciertos fenómenos biológicos que ocurren rítmicamente alrededor de la misma hora, como la sucesión de vigilia y sueño.

resultado de numerosos factores principalmente culturales y socioeconómicos.

El tiempo de trabajo es uno de los elementos que mayores cambios ha experimentado en los últimos 100 años, debido en parte, al desarrollo de las nuevas tecnologías, lo cual nos permite trabajar las 24 horas al día; razones económicas, donde la necesidad de rentabilizar la inversión realizada se vuelve imperiosa; factores sociales, el incremento demográfico exige mayores y mejores productos, etc. etc.

La prolongación del tiempo de trabajo no siempre es voluntaria, sino que en ocasiones es un requerimiento impuesto, ya sea directamente por la empresa, o por necesidades del trabajo. El trabajar más horas puede ser beneficioso y satisfactorio si responde a la capacidad de la persona de adaptar los horarios de trabajo a sus necesidades personales, pero no cuando es una exigencia externa, siendo el equilibrio entre trabajo y vida personal uno de los aspectos que se ve más afectado, o incluso cuando el desarrollo de jornadas “sin límite” comienza a tener repercusiones en la salud.

Lo que se viene señalando ha llevado a Dieste a afirmar con razón que “el modelo estándar consistente en un horario fijo y colectivo a tiempo completo se encuentra en declive, ya que, se basa en un arquetipo fabril decimonónico, propio de la revolución industrial, que resulta inadecuado ante las nuevas formas de organización del trabajo y las innovaciones tecnológicas, por lo que las nuevas tendencias suponen regímenes de tiempo de trabajo heterodoxos, como son los casos del trabajo a tiempo parcial, el job sharing o trabajo compartido, la semana laboral comprimida, los horarios variables y flexibles, los horarios escalonados o a la carta, la anualización de horarios, etc”.⁵

Como veremos oportunamente, en países de la Unión Europea se ha comenzado a desarrollar legislativamente un cómputo anual de horas de trabajo en lugar del tradicional horario fijo, así por ejemplo, ha aparecido el término de “bolsa de horas”, o la distribución irregular de las horas de trabajo a lo largo del año.

De esta manera, el concepto de “horas de trabajo” como el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición de un empleador, ha comenzado a volverse obsoleto.

Frente a la fisura del modelo clásico de la jornada Taylor fordista de 8 horas de labor durante el día, desde hace ya algunos años se ha profundizado el desarrollo en diversas áreas de actividad (y no solamente en los servi-

⁵ Dieste, Juan. “Limitación del tiempo de trabajo” en revista *Derecho Laboral*, tomo XXXII, N° 156, octubre-diciembre 1989, pág. 714 a 720, cita en Castelo, Alejandro. Jornada de Trabajo- Derecho del Trabajo. T. II, octubre de 2012, pág. 10.

cios esenciales) de jornadas que se realizan a contrario de los ciclos biológicos de la persona, en buen romance “a contrapelo de la sociedad”.

No obstante, debe señalarse que (sin perjuicio de que existen actividades que sería imposible no realizarlas las 24 horas del día) sería aconsejable que la actividad laboral se desarrollara durante el día, a fin de lograr una coincidencia entre la actividad laboral y la actividad fisiológica. Se ha constatado que “durante el día nuestros parámetros biológicos tienen unas constantes naturales (temperatura, frecuencia cardíaca, consumo de oxígeno, etc.) que son diferentes en la noche”.⁶ “El organismo humano tiene unos ritmos biológicos, que siguen una repetición cíclica y regular. Estos ritmos se clasifican en ultradianos, si son superiores a 24 horas, circadianos, si siguen un ritmo de 24 horas, o infradianos, si su ciclo es inferior a 24 horas. Los ritmos circadianos son los más afectados, y por tanto, los más estudiados en relación con el trabajo nocturno”.⁷

Sobre el punto, es que en la parte expositiva de la Directiva de la Unión Europea Nº 93/104 se expresa que los estudios “han demostrado que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo”.⁸

Similar postura se adoptó en la parte expositiva del reciente Decreto Nº 234/015⁹, (*en adelante* el Decreto) lo cual, alineado con el artículo 1 de la Ley¹⁰ (*en adelante* la Ley) se indica que el desarrollo de actividades en horario nocturno, merece ser acreedor de una política de protección “especial” por su carácter distorsionador del ciclo vital de la persona¹¹.

Los discursos nacionales mencionados, se realizaron a imagen del mandato programático dispuesto en el artículo 53 de la Constitución¹², empleando el mismo adjetivo protector, destacando así la especial custodia que debe imperar en la disciplina laboral.

⁶ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Norma Técnica de Prevención (NTP) Nº 260: Trabajo a turnos: efectos médicos-patológicos.

⁷ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Norma Técnica de Prevención (NTP) Nº 455: Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos.

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0104:es:HTML>

⁹ Publicado en el Diario Oficial el 9/9/015.

¹⁰ Artículo 1: Declárase que el trabajo nocturno supone un factor negativo para la salud de los trabajadores, el cual debe estar especialmente tutelado por las normas de seguridad y salud en el trabajo.

¹¹ Considerando Nº III.

¹² Artículo 53.- El trabajo está bajo la protección especial de la ley.

III

EL TRABAJO NOCTURNO EN EL DERECHO COMPARADO

A nivel de legislación europea se realiza un distinguo entre trabajo nocturno y trabajador nocturno.

En primer lugar, la Directiva de la Unión Europea N° 93/104 en su artículo 2¹³ establece: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: período nocturno: todo período no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24 horas y las 5 horas. Trabajador nocturno: a) por una parte, todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizadas normalmente; b) por otra parte, todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate: i) por la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o ii) por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional”.

La legislación de Alemania establece que el periodo nocturno va de las 23h00 a las 6h00 (en las panaderías de las 22h00 a las 5h00) mientras que trabajo nocturno es cualquier trabajo que contenga más de dos horas de trabajo nocturno. Los trabajadores nocturnos son los que, según su calendario de trabajo, tienen que trabajar de noche en el trabajo por turnos o que realizan el trabajo nocturno durante por lo menos 48 días en un año.

Conforme a la legislación griega, el periodo nocturno es cualquiera de ocho horas que empiece a las 22h00 y acabe a las 06h00. Se define al trabajador nocturno como a) cualquier trabajador que, durante el periodo nocturno, trabaje por lo menos tres horas de su jornada laboral diaria o b) cualquier trabajador que tenga que realizar el trabajo nocturno durante por lo menos 726 horas de su tiempo de trabajo anual, a menos que se determine un número menor de horas en los convenios colectivos u otras normas.

En Irlanda, es periodo nocturno el que transcurre entre la medianoche y las 07h00 mientras que el trabajo nocturno es el realizado durante el periodo nocturno. El trabajador nocturno tiene una definición doble: a) un empleado que trabaja normalmente por lo menos 3 horas de su jornada laboral durante el periodo nocturno y b) un empleado cuyas horas de trabajo durante dicho periodo, en un año, iguala o sobrepasa el 50 por ciento del número total de horas trabajadas durante ese año.¹⁴

¹³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0104:es:HTML>

¹⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1444129487022&uri=CELEX:52000DC0787>

El Código de Trabajo de la República de Lituania establece:¹⁵ Artículo 154. Trabajo en la noche:

1. El tiempo de noche es el tiempo del calendario de las 22:00 a las 6:00.

2. El trabajo nocturno debe considerarse si al menos tres horas están comprendidas entre las 22 y las 06. El trabajo nocturno debe ser acortado una hora.

3. Trabajo nocturno se prohíbe a las personas menores de 18 años de edad, así como para las personas que no están autorizados a trabajar por la noche de acuerdo a las conclusiones de la atención de la salud.

4. Solamente se puede asignar trabajo nocturno a personas discapacitadas, embarazadas, mujeres que recién tuvieron familia, mujeres en periodo de lactancia, empleado criando solo a un menor de entre 3 y 14 años, empleado criando sola a un menor de 16 años discapacitado, siempre y cuando el mismo exprese su consentimiento. La Duración del trabajo nocturno no podrá ser acortada en caso de producción continua, así como en casos cuando bajo contrato un empleado ha sido contratado para efectuar trabajo nocturno.

Los empleados que trabajan en la noche recibirán vigilancia de salud gratuita, de conformidad con el procedimiento establecido por el Gobierno, también en su solicitud (si tienen quejas relacionadas con el trabajo por la noche). Si se demuestra que el trabajo en la noche ha perjudicado o pueda causar daño a la salud del empleado, el empleador debe, sobre la base de la

¹⁵ La traducción fue realizada por el autor. Article 154. Work at Night

1. Night time is calendar time from 10 p.m. to 6 a.m.

2. Work shall be considered to be night work if three working hours thereof happen to be at night. Working time at night shall be shortened by one hour.

3. Working at night shall be prohibited for persons under 18 years of age, as well as for persons who are not allowed to work at night according to the conclusions of health care institution.

4. The disabled people, if not restricted by a commission stating the disability, pregnant women, women who have recently given birth, women who breastfeed, employees who alone are raising a child under three years of age, employees who are solely raising a child under fourteen years of age or a disabled child under sixteen years of age, may be assigned to night work only with consent of such persons.

5. Duration of the work at night shall not be shortened in case of continued production, as well as in cases when under employment contract an employee has been hired to perform work at night.

6. Employees working at night shall receive free health surveillance in accordance with the procedure laid down by the Government, also on their request (if they have complaints related to the work at night). If it is established that work at night has harmed or may cause harm to the employee's health, the employer must, on the basis of the conclusion of a health care institution, transfer the employee to do day work only.

conclusión de una institución de salud, transferir el empleado para hacer sólo el trabajo día”.

Como vemos, a efectos de que un “trabajador nocturno” sea tal, la exigencia en los diversos ordenamientos es de fácil configuración (realizar durante el período nocturno un horario de entre 3 o 4 horas, o computar un determinado tiempo de trabajo anual). Vemos como aparece el concepto de la anualidad horaria que refiriéramos.

IV

ORDENAMIENTO NACIONAL

A modo simplemente de comentario y a efectos de contextualizar el tema, oportunamente¹⁶ realizamos una apretada síntesis respecto a la nor-

¹⁶ Carrasco, Martín: “El nuevo régimen de trabajo nocturno en el Derecho uruguayo. Revista de Legislación Uruguaya 2015 (Mayo) 1139. Editorial Thompson Reuters. La Ley Uruguay”: Nuestro ordenamiento cuenta con disposiciones aisladas y no sistemáticas en la materia, pero se encontraba carente de una regulación específica sobre la misma. En tal sentido, las disposiciones que tratan o han tratado sobre dicha temática son la Ley N° 11.249, publicada en el Diario oficial el 10 de febrero de 1949, Ley N° 11.577 publicada en el Diario oficial con fecha 4/11/1950, Decreto 492/1967 publicado el 15/8/1967, Convenio Internacional de Trabajo N° 79 y 90 («C.I.T.» de ahora en más) ambos ratificados por la Ley N° 12.030, publicada en el Diario oficial con fecha 27/1/1954, Decreto 329/1966, publicado en el Diario oficial con fecha 27/7/1966, C.I.T. N° 155, ratificado por Ley N° 15.965, publicada el 7/7/1988, Decreto Ley N° 14.320 publicado en el Diario oficial con fecha 26/12/1974 artículo 172 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 19.121, publicada en el Diario oficial con fecha 28/8/2013, Decreto N° 169/2013, publicado el 12/6/2013, Ley N° 19.313 del 25 de febrero de 2015.

Asimismo, casi el 70% de los subgrupos de actividad encuentran una regulación sobre el trabajo nocturno mediante la negociación colectiva, por citar algunos ejemplos: Grupo N° 13, «Transporte y Almacenamiento», Sub-Grupo N° 11, Quinta Ronda 2013; Grupo N° 1 «Procesamiento y Conservación de Alimentos, Bebidas y Tabaco», Subgrupo 01, Quinta Ronda 2013; Grupo N° 12 «Hoteles, Restaurantes y Bares» Subgrupo 1, Quinta Ronda 2012; Grupo N° 12 «Hoteles, Restaurantes y Bares» Subgrupo 5, Quinta Ronda 2012; Grupo N° 19 «Servicios Profesionales, Técnicos, Especializados y aquellos no incluidos en otros grupos», subgrupo 10, de fecha 22 de Diciembre de 2008; Grupo N° 10 «Comercio en General»- Subgrupo N° 7, de fecha 18 de Noviembre de 2008; Grupo N° 13 «Transporte y Almacenamiento», Subgrupo N° 11, Tercera ronda 2008.

Carrasco, Martín. El trabajo nocturno en el Uruguay y la reciente normativa. Rev. Der. Lab. N° 259, T. LVIII, junio-setiembre 2015: Las disposiciones que han existido en nuestro país sobre trabajo nocturno son de larga data. Los primeros C.I.T. ratificados que refirieron a ésta temática fueron los N° 4 y 6, ratificados ambos por el Decreto Ley N° 8.950, del 15 de mayo de 1933.

Ambos definieron de igual manera a la noche como un período de once horas consecutivas, que comprendería el intervalo que media entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana.

Uno de los proyectos de Ley sobre trabajo nocturno más antiguos que hemos relevado, ha sido el proyecto de Código de Trabajo formulado por los Dres. Euclides Sosa Aguiar y Don Armando D. Piroto¹⁶ en donde el artículo 302 disponía: “Se considera

mativa y proyectos de Código de Trabajo que han abordado el presente tópico en nuestro país.

Como señalamos, con fecha 31 de agosto de 2015 se promulgó el Decreto reglamentario de la Ley. Ambos textos ingresaron en un terreno de cierta complejidad, regulando no de la mejor manera aspectos sensibles como la salud, la seguridad, el horario nocturno, la gravidez, etc.

Creemos que como bien lo señala Atienza,¹⁷ no se ha transmitido con fluidez¹⁸ el mensaje de las normas referidas. A tal efecto, se extrae de ambas disposiciones una abrumadora presencia de términos ambiguos¹⁹ y vagos.²⁰ Se constata también la presencia de disposiciones que no se han insertado armoniosamente en el sistema jurídico;²¹ ya que “legislar racionalmente significa hacerlo procurando que la nueva ley se integre armónicamente en el sistema jurídico. Ésta exigencia se puede contemplar desde el punto de

como trabajo diurno el realizado entre la hora 6 y la hora 21, y como trabajo nocturno el efectuado entre la hora 21 y la hora 6”.

Artículo 319: “El trabajo nocturno, en los casos en que es permitido, no durará más de siete horas por día”.

Existió también otro proyecto de Código de Trabajo “promovido ésta vez por el Dr. De Ferrari en el año 1951. En el artículo 140 delimitó el trabajo nocturno por la negativa, definiendo al trabajo diurno como el realizado entre la hora seis y la hora veintiuna y trabajo nocturno el efectuado fuera de esas horas.

El C.I.T. N° 79, ratificado por Ley N° 12.030 del 27 de noviembre de 1953, entiende por noche, a los efectos de los menores ocupados, al período comprendido entre las 20 horas hasta las 8 de la mañana.

El artículo 2 del C.I.T. N° 89, ratificado por la misma Ley N° 12.030 entendió por noche, a efectos del trabajo de las mujeres, al «período de once horas consecutivas, por lo menos, que contendrá un intervalo, fijado por la autoridad competente, de por lo menos siete horas consecutivas, comprendido entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana; la autoridad competente podrá prescribir intervalos diferentes para las distintas regiones, industrias, empresas o ramas de industrias o empresas, pero consultará a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores antes de fijar un intervalo que comience después de las 11 de la noche».

El C.I.T. N° 171, del 4 de enero de 1995 no ratificado por Uruguay y la Recomendación N° 178 de la O.I.T. del 26 de junio de 1990 definen ambas en el artículo 1 al trabajo nocturno como “...todo trabajo que se realice durante un período de por lo menos siete horas consecutivas, que abarque el intervalo comprendido entre medianoche y las cinco de la mañana y que será determinado por la autoridad competente previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores o por medio de convenios colectivos”.

¹⁷ Atienza, Manuel. *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*. Editorial Ariel, 2012, pág. 199.

¹⁸ Racionalidad lingüística. Atienza, Manuel. *Ob. cit.* pág. 199.

¹⁹ Diccionario de la R.A.E.: Que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivos a dudas, incertidumbre o confusión.

²⁰ Diccionario de la R.A.E: Impreciso, indeterminado.

²¹ Racionalidad jurídico formal. Atienza, Manuel. *Ob. cit.* pág. 199.

vista interno (considerando solo la ley) como externo (considerando también el resto de las reglas y principios del orden jurídico)”.²²

En lo que atañe al alcance del término “trabajo nocturno”, debe realizarse una precisión y es que como bien lo indica Raso, “no todo trabajo realizado de noche es relevante a los efectos de la ley”²³, como veremos, a efectos que los hechos cobren relevancia jurídica y que se activen las disposiciones sobre nocturnidad, se requiere de la presencia de determinadas condicionantes que veremos a continuación.

Condicionantes éstas que se encontraban en la Ley, no obstante lo cual el reciente Decreto añadió una más, aumentando así el nivel de exigencia para configurar trabajo nocturno.

Si se observa, en la Ley reglamentada para que el tiempo de trabajo fuese considerado como trabajo nocturno, debían cumplirse acumulativamente las siguientes condiciones:

- Desarrollar una labor por más de cinco horas consecutivas por jornada.
- Entre las 22 y las 6 hs. del día siguiente.

El novel Decreto, añade a los requisitos referidos: “el que se desempeña por indicación del empleador”.²⁴

Creemos que dichas condicionantes, a la postre socavarán y desmantelarán la propia redacción del texto que integran, convirtiendo a las disposiciones sobre nocturnidad en una entelequia. La razón, es simple. En primer lugar existirá un aspecto probatorio de difícil apreciación (*por indicación del empleador*); en segundo y tercer lugar, basta que el desarrollo de la jornada durante horas de la noche, no se desarrolle en más de cinco horas o de forma no consecutiva para que no se active la sobretasa del 20%.

Hubiese sido preferible un criterio más laxo para la configuración del trabajo nocturno, sin cortapisas, ya que de esta forma se “evapora” el mandamiento: “el trabajo está bajo la protección especial de la ley”.

²² Atienza, Manuel. Ob. cit. pág. 209.

²³ Raso, Juan. Publicación CADE. Tomo XXX, mayo de 2015 pág.7.

²⁴ Artículo 1 del Decreto N° 234/015: A los efectos de lo dispuesto en la ley N° 19.131 de fecha 15 de febrero de 2015 se entiende por trabajo nocturno el que se desempeña **por indicación del empleador** durante un período de **más de cinco horas consecutivas, entre las 22 y las 6 hs.**

V

ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Los funcionarios públicos que se desempeñan en la Administración Central se encuentran regidos, en lo que respecta al concepto de trabajo nocturno²⁵ y a su retribución²⁶ por la Ley N° 19.121²⁷ y el Decreto N° 169/014.²⁸

Al respecto, compartimos con Ameglio y López²⁹ en cuanto a que “los funcionarios públicos que no trabajen en la Administración Central, estarán alcanzados por ésta ley, salvo que por otras normas, tengan regulado el trabajo nocturno en condiciones más beneficiosas”.

Consideramos a su vez que, respecto a los funcionarios que trabajen en la Administración Central como aquellos trabajadores públicos que no lo hagan, en aquellos aspectos en donde no se encuentre regulado específicamente (por normas autónomas o heterónomas) regirán las disposiciones de la Ley y el Decreto objeto del presente análisis.

Nos explicamos. Las disposiciones mencionadas no distinguen si se aplican o no a los funcionarios públicos. En caso de entenderse que no se aplican a los funcionarios públicos, las normas serían inconstitucionales por violar el principio de igualdad.

Al respecto y trasladando los conceptos esgrimidos por Risso³⁰ al tratar la Ley N° 19.196³¹ (de Responsabilidad Penal Empresarial) en función de que dicha norma, tampoco distinguía el ámbito subjetivo de aplicación

²⁵ Artículo 9° (Trabajo nocturno).- Se considera trabajo nocturno aquel que se realiza en el intervalo comprendido entre **la hora 21 de un día y la hora 6 del día subsiguiente** y durante un período no inferior a tres horas consecutivas, el que se abonará de acuerdo con la reglamentación vigente.

Quienes realicen trabajo nocturno deberán gozar de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo. Cuando se reconozcan problemas de salud ligados al hecho del trabajo nocturno, los funcionarios tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno existente y para el que sean profesionalmente aptos.

²⁶ Artículo 10° (Trabajo en día inhábil, de descanso semanal o nocturno): El funcionario ocupado excepcionalmente en el intervalo comprendido entre la hora 21 de un día y la hora 6 del día subsiguiente y durante un período no inferior a tres horas consecutivas, **será retribuido con un incremento del 25% sobre el sueldo o salario que corresponda en unidades hora.**

²⁷ Publicada en el Diario Oficial el 28/8/2013.

²⁸ Publicado en el Diario Oficial el 10/6/2013.

²⁹ Ameglio, Eduardo. López, Adriana. La regulación del trabajo nocturno. Análisis de la ley N° 19.313. Ob. cit. Pág. 192.

³⁰ Risso Ferrand, Martín. La ley de responsabilidad penal del empleador. Publicado en: RDT Julio - Setiembre 2014. Cita Online: UY/DOC/155/2014.

³¹ Publicada en el Diario Oficial el 4/4/2014.

(privado o público), el mismo manifestó: “existe un viejo principio que dice que cuando una norma es pasible de más de una interpretación y una de ellas conduce a considerar inconstitucional la norma, debe optarse por la que hace a la disposición compatible con la Constitución. Si se sostuviera que los empleadores públicos no son penalmente responsables es claro que el artículo sería inconstitucional por violar el principio de igualdad (nadie podrá demostrar ni causa razonable, ni finalidad legítima ni cumplimiento del juicio de racionalidad en la relación medios — fin). Esto reafirmaría que están comprendidos los empleadores públicos en norma ya que su exclusión tornaría al artículo inconstitucional por violación del principio de igualdad”.

VI

SOLUCIÓN ANTE EL CONCURSO NORMATIVO

Los artículos 2 del Decreto y 4 de la Ley, son disposiciones que se hayan iluminadas por principios propios de la disciplina laboral. En primer lugar se consagra a texto expreso el principio protector, en particular la regla de aplicación de la norma más favorable frente a la concurrencia normativa. Como bien lo indica Loustaou³², “estas menciones aparecen como innecesarias, ya que el Derecho del Trabajo, posee sus propios principios de interpretación y guía”.

En segundo lugar, el inciso final recoge la teoría de la inescindibilidad o conglobamento brindando a los juristas y aplicadores del derecho, seguridad y tranquilidad al encontrarse en la propia norma una posición frente al concurso normativo.

Esta solución de proveer “una etiqueta para cada regla, da tanto al docente como a los alumnos, una sensación de necesidad, una sensación de lógica, una sensación de racionalidad en constate despliegue...”³³ y de ello se trata, ya que de alguna forma frente al texto, no surgirán dudas atinente a las teorías a aplicar cuando la concurrencia normativa se produzca.

³² Loustaunau, Nelson. Trabajo Nocturno. Primeros comentarios sobre la Ley N° 19.313. Rev. Der. Lab. T. LVIII N°-257, enero-marzo 2015, F.C.U., pág.61.

³³ Kennedy, Duncan. La Enseñanza del Derecho como forma de acción política. Editorial Siglo Veintiuno, 2012, pág. 37.

VII

SALUD Y SEGURIDAD

Entendemos oportuno que en la elaboración de los discursos normativos que refieran a temas donde se encuentre en juego la salud de las personas, deberían intervenir activamente profesionales de diversas áreas, como ser, la cronobiología³⁴, ergonomía³⁵, salud ocupacional, medicina preventiva, entre otras. Solo realizando un abordaje interdisciplinario se podrá actuar de forma preventiva frente a la producción de daños.

Asimismo, en función de que tanto en la Ley como en el Decreto se ventilan temas que versan sobre la salud e integridad de las personas, entendemos que entra en escena la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial³⁶.

Es correcto afirmar que ni la Ley ni el Decreto se refirieron en modo expreso a ella. No obstante, creemos sin embargo que el hecho que las normas no hayan hecho referencia alguna, no es obstáculo para considerar que sí se debería tener presente la disposición punitiva señalada, ya que, como señala Marmor, “el contenido tácito simplemente forma parte de lo que las palabras relevantes significan literalmente; está semánticamente codificado en el sentido literal de la expresión relevante³⁷”.

Sin pretender profundizar en el tema, el discurso que utiliza la mencionada disposición,³⁸ condiciona la eventual responsabilidad penal del empleador a la adopción de “los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación”.

Consecuentemente, las disposiciones posteriores a la ley de responsabilidad penal, pasaron a integrar el “alcance” de la ilicitud de dicha norma, entre ellas (a nuestro entender) la Ley N° 19.133 y el Decreto N° 234/015.

Es por ello que el comportamiento preventivo de la empresa, anticipándose ante la generación de riesgos que puedan llegar a surgir en la salud los trabajadores, tendrá un doble efecto positivo. Los trabajadores gozarán de buena salud y los empleadores “o en su caso quien ejerciendo en su nombre

³⁴ Diccionario de la R.A.E: Estudio de los ritmos biológicos.

³⁵ Diccionario de la R.A.E: Estudio de datos biológicos y tecnológicos aplicados a problemas de mutua adaptación entre el hombre y la máquina.

³⁶ Ley N° 19.196, publicada en el Diario Oficial el 04/04/2014.

³⁷ Marmor, Andrei. What Does de Law Say ? Semantic and pragmatics in stautory lenguaje. Cita en *Análisi e Diritto*. Vol. 2006-2007, 2007, pág. 138.

³⁸ Ley N° 19.196, artículo 1: “El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión.

el poder de dirección” no serán pasibles de ser convocados ante la justicia penal.

Yendo al punto. De una lectura conjunta de los artículos 3 y 4 del Decreto, se desprende que previamente a asignar tareas al empleado en horario nocturno, se tendrá que evaluar³⁹ el efecto que sobre el mismo produce el realizar actividades en horas de la noche⁴⁰: i) la condición de salud del empleado; ii) el tipo de labor que va a desarrollar; iii) factores ambientales y iv) cómo se ha organizado el trabajo.

La normativa no especifica, ni establece un marco de acción a utilizar mediante un Protocolo de actuación médico. En consecuencia serán los especialistas que correspondan los encargados de realizar las evaluaciones correspondientes, estandarizando los procedimientos de evaluación, la salud del empleado, tipo de labor a desarrollar, etc.

Nos parece importante la evaluación que se debería realizar, a efectos de precisar los eventuales perjuicios que puede tener para la salud del empleado el desarrollo de actividades en horario nocturno.

Llamativamente, lo que venimos señalando, era ya referida por Guillermo Cabanellas hace 45 años en Compendio de Derecho Laboral, quien expresó: “Al ingreso de todo trabajador en un establecimiento, y más si de tareas manuales o mecánicas se trata, debe preceder un examen médico completo, tanto desde el punto de vista obrero, para impedir una actividad para quien no está en condiciones físicas o psíquicas de cumplirla (...). Desde el punto de vista económico y desde el de la producción, las medidas de higiene cooperan al inmediato rendimiento mayor, por evitar el ausentismo forzoso de los enfermo (...) Los locales de trabajo deben proyectarse, construirse, fabricarse, erigirse, conservarse y repararse de modo que se garan-

³⁹ Conforme al inciso final del artículo 3 del Decreto N° 234/015, los resultados de la evaluación médica que se le realice al empleado (y sin perjuicio de que el giro verbal utilizado no es el correcto) *no podrán* implicar un costo económico a los trabajadores. Asimismo, dicha información constituye un dato sensible, conforme a la Ley de protección de Datos Personales, N° 18.331, publicada en el Diario Oficial el 18/8/2008. El artículo 4 literal “e” de la referida disposición, entiende por dato sensible: datos personales que revelen origen racial y étnico, preferencias políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical e informaciones referentes a la salud o a la vida sexual. Asimismo, el artículo 18 de la señalada, establece que: Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. Estos sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular. Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando el organismo solicitante tenga mandato legal para hacerlo. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando se disocian de sus titulares.

⁴⁰ En tal sentido, el artículo 3 del Decreto N° 234/015 refiere a la participación de la Comisión Bipartida creada por el Decreto N° 291/007, publicado en el Diario Oficial el 20/8/2007.

tice un alto grado de seguridad, a fin de reducir considerablemente los trabajos penosos o insalubres”.⁴¹

En consecuencia, vemos que se trata de disciplina de larga data que trasciende fronteras.

a. Primeros auxilios

Respecto a la exigencia dispuesta en el artículo 5° del Decreto, atinente a necesidad de contar con material para la atención de los primeros auxilios, (“*medios adecuados*”) establecida en el Decreto, la misma tiene su fuente en el C.I.T. N° 171.⁴²

La finalidad perseguida es excelente, no así el medio utilizado.

La redacción que se le dio al Decreto es (a nuestro entender) inconstitucional y confusa.⁴³ En primer lugar, al utilizar el Decreto el mismo giro verbal (*deberá*) utilizado por su fuente, se viola así el principio de legalidad dispuesto en la norma de clausura establecida en la Constitución.⁴⁴

El Profesor Risso, en oportunidad de analizar el principio de legalidad en la señalada Ley de Responsabilidad Penal Empresarial, manifestó al respecto: “El principio de legalidad surge con claridad de la Sección II de la Constitución: (i) sólo se prevé la posibilidad de que las limitaciones de los derechos humanos se establezcan por ley; (ii) el inciso 2 del artículo 10 expresa claramente que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”.⁴⁵

En segundo lugar y sin perjuicio de lo mencionado, si bien de la redacción del Decreto se entiende claramente que el empleador *deberá* poner a disposición de los trabajadores que “efectúen trabajo nocturno medios adecuados para la atención de los primeros auxilios”, por un criterio de lógica y razonabilidad “los medios adecuados para la atención de los primeros auxi-

⁴¹ Cabanellas, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral T. II Editorial Omeba, Buenos Aires 1968, pág. 587, 588, 590.

⁴² Artículo 5°: Deberán ponerse a disposición de los trabajadores que efectúan un trabajo nocturno **servicios adecuados de primeros auxilios**, incluidas disposiciones prácticas que permitan a dichos trabajadores, en caso necesario, ser trasladados rápidamente a un lugar en el que se les pueda dispensar un tratamiento adecuado.

⁴³ Artículo 5°: Sin perjuicio de lo establecido en normativa específica en materia de salud y seguridad en el trabajo, **el empleador deberá poner a disposición de los trabajadores que efectúen trabajo nocturno** medios adecuados para la atención de los primeros auxilios, incluidas disposiciones prácticas que permitan a dichos trabajadores, en caso necesario, ser trasladados rápidamente a un lugar en que se les pueda dispensar un tratamiento adecuado.

⁴⁴ Artículo 10° inciso 2: Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

⁴⁵ Risso Ferrand, Martín. La ley de responsabilidad penal del empleador. Ob. cit.

lios” (entendiendo por ello lo que sea que se entienda) no debería ser proporcionado únicamente para quienes se desempeñen tareas en el horario nocturno como se desprende de lectura del referido cuerpo.

Ante la situación, los “medios adecuados” creemos que deberían pecar por exceso y por no escasez.

b. Trabajadores no aptos para desarrollar trabajo nocturno

El artículo 6 del Decreto, cual tiene su fuente también en el art. 6 del C.I.T. N° 171⁴⁶, procura regular la situación de los trabajadores que por razones de salud no se encuentran aptos para desarrollar tareas en horario nocturno.

La argumentación atinente a la continuidad o no de la percepción de la sobretasa del 20 %, respecto del trabajador relocalizado al horario diurno será una tarea de la dogmática. A tal efecto, se podrá argumentar la presunta inconstitucionalidad de las disposiciones que eliminan el recargo una vez que “deje de verificarse el supuesto” de la nocturnidad, en función de violar el principio de igualdad con la trabajadora grávida y de transgredir el principio de progresividad y no regresión en materia de derechos laborales.

En contrario, sería legítimo también la argumentación de conceder a la trabajadora grávida un tratamiento diferencial y por lógica no se quebraría el principio de igualdad.

Larrañaga⁴⁷ ha manifestado que “si el recargo por nocturnidad está asociado a un trabajo más penoso cumplido en la noche, si deja de verificarse este supuesto, el trabajador pierde el derecho a dicho recargo”.

Compartiendo la opinión del Dr. Larrañaga, consideramos que (y sin perjuicio de la opinabilidad del tema) la sobretasa del 20 % estaría sujeta a condición, condición ésta que es justamente el desarrollo de actividades en horario nocturno. Consecuentemente en principio creemos que el trabajador relocalizado no tendría derecho a mantener la percepción de la sobretasa.

⁴⁶ Art. 6: Los trabajadores nocturnos que, por razones de salud, sean declarados no aptos para el trabajo nocturno serán asignados, cuando sea factible, a un puesto similar para el que sean aptos.

2. Si la asignación a tal puesto no es factible, se concederán a estos trabajadores las mismas prestaciones que a otros trabajadores no aptos para trabajar o que no pueden conseguir empleo.

3. Un trabajador nocturno declarado temporalmente no apto para el trabajo nocturno gozará de la misma protección contra el despido o la notificación del despido que los demás trabajadores que no puedan trabajar por razones de salud.

⁴⁷ Larrañaga, Nelson. La Nueva Regulación del Trabajo Nocturno. Revista CADE, T. XXXI, Agosto 2015, pág.16

VIII

REPERCUSIONES DEL TRABAJO NOCTURNO

A grandes rasgos podemos decir que los aspectos que se ven afectados con el desarrollo de actividades en horario nocturno pueden clasificarse en tres grandes grupos como ser: alteraciones del sueño, problemas de salud, tanto física como psicológica, y dificultades en la vida familiar y social.

Las personas que se desempeñan en horario nocturno, tienden a ingresar en un espiral descendente. En primer lugar “al descansar de mañana hay menos cantidad y calidad de período r.e.m. La cantidad de sueño completo siempre es menor”.⁴⁸

Lo indicado no es un detalle menor, siendo el período r.e.m.⁴⁹ una fase donde se busca la recuperación psíquica. Al descansar en las horas en las que hay luz natural, hay ruido y la sociedad está activa, no se logra alcanzar un buen descanso.

La falta de un descanso decoroso condiciona la atención, la lucidez, dificultando el mantenimiento de la atención, de retención de información, disminuyendo así la capacidad psico. motora ante la toma de decisiones ante imprevistos, percibiendo de forma incorrecta la información e incrementándose el tiempo de reacción.

Este estado provoca (en la generalidad) la ingesta de sustancias (drogas, bebidas, psicofármacos, etc.) para mantenerse alerta y despierto. Frente al acostumbramiento, el organismo comienza a solicitar dosis mayores de las sustancias señaladas, afectando así el precario descanso diurno. Se ingresa en un estado de fatiga crónica difícil de cortar.

“Del estudio⁵⁰ de la relación entre los efectos del cansancio (por la falta de sueño) y determinadas concentraciones de alcohol en sangre entre conductores de vehículos se ha encontrado que el deterioro de la capacidad de coordinación que se produce por una moderada falta de sueño es equivalente a la producida cuando se tiene una concentración en de alcohol en sangre del 0,05%”.⁵¹

⁴⁸ Dr. Tomasina, Fernando, Decano de la Facultad de Medicina y Profesor titular del Departamento de Medicina Laboral de Salud Ocupacional. Entrevista concedida al autor el 2/10/2015.

⁴⁹ Correspondiente a las frase en inglés: Rapid Eye Movement (Movimiento del Ojo Rápido). Lo peculiar de esta fase es el movimiento de los globos oculares bajo los párpados de forma “rápida”.

⁵⁰ Dawson, D. y Reid K. Fatigue, alcohol and performance impariment. Nature, vol. 388, p. 235.

⁵¹ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Norma Técnica de Prevención (NTP) N° 445: Carga mental de trabajo: fatiga.

Esto nos da la pauta de las consecuencias que puede acarrear la falta de descanso, consecuencias que pueden proyectarse en aspectos personales del personal (físicos, psíquicos, etc.) materiales (dentro de la empresa, roturas, explosiones, etc.) y hacia terceros.

“Generalmente en el turno de noche se obtiene un menor rendimiento y una menor calidad de trabajo realizado, especialmente entre las 3 y las 6 de la madrugada, ya que en estas horas la capacidad de atención y toma de decisiones, así como la rapidez y precisión de los movimientos es más reducida”.⁵²

Al respecto, el Dr. Tomasina manifestó: “Básicamente lo que está estudiado es la alteración del ciclo circadiano. El ciclo circadiano es un ciclo fisiológico que tenemos que está pautado por la luz solar y aspectos sociales. Obviamente nosotros no somos solo seres biológicos. El mismo ciclo tiene un mecanismo que es mediado entre lo neurológico y el eje hipotálamo hipofisario, es decir lo hormonal, lo endocrino. Esa relación es lo que pauta que nosotros tengamos una situación de vigilia de alerta y una situación que nos coloca en situación de descanso de reposo para la recuperación. Uno de los problemas del trabajo nocturno es que trastoca ese ciclo que esta sintonizado por la luz solar. El trabajador nocturno y todas las investigaciones neurofisiológicas, demuestran, que por más que uno trabaje siempre de noche y descansa siempre de mañana, no se invierte el ciclo, se aplana. Nunca hay una adaptación completa al trabajo nocturno. Hay cierto grado de adaptación, pero nunca completo. Esto afecta la calidad del sueño, en cantidad y en calidad. Sobre todo en calidad de sueño, por ejemplo sueño r.e.m., que recupera aspectos psíquicos, las otras fases de sueño, recuperan aspectos físicos. El descansar de mañana hay menos cantidad y calidad de período r.e.m. La cantidad de sueño completo siempre es menor. Un tema que no está resuelto para el trabajador nocturno es la calidad del sueño. La calidad del sueño tiene que ver con la acumulación de fatiga. No se logra la recuperación necesaria física y psíquica”.⁵³

En un informe realizado por el periodístico “Subrayado” y publicado en internet⁵⁴, se materializan en testimonios directos de personas entrevistadas, la explicación señalada por el Dr. Tomasina.

Como vemos, el ir contra la naturaleza tiene sus consecuencias. Consecuencias que no solo se focalizan en un aspecto económico por los errores que puede cometer la persona que no se encuentra descansada, sino conse-

⁵² Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Norma Técnica de Prevención (NTP) N° 455: Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos.

⁵³ Entrevista a Tomasina, Fernando citada.

⁵⁴ <http://www.subrayado.com.uy/Site/noticia/46931/subrayado-investiga-como-afecta-el-trabajo-nocturno-a-las-personas>

cuencias que se circunscriben al estado de salud psíquico y físico que provoca en la persona que realiza tareas en horario nocturno. Al punto tal es perjudicial, que en los Considerando N° 7 y 8 de la parte expositiva de Directiva de la Unión Europea⁵⁵ N° 2003/88/CE reconocen no solo los efectos negativos del trabajo nocturno sino también la necesidad de limitar la duración del mismo.

Por lo que venimos señalando, es que incipientemente se ha comenzado a manejar la idea en derecho comparado de la posibilidad de realizar descansos nocturnos o más precisamente, descansos reparadores.

¿Derecho a un descanso nocturno?

Debemos de partir de la premisa que el nivel de rendimiento, atención, retención de información y reacción es proporcional al nivel de descanso que se haya tenido. Sin embargo, llamativamente existe un prejuicio urbano en considerar que el descanso representa un tiempo improductivo y en tal razón (en la generalidad) ni las pausas suelen ser consideradas de relevancia, ni los espacios destinados a tal fin lucen por su calidad.⁵⁶

Igual razonamiento debe emplearse al período de sueño diario; éste no es percibido como un tiempo directamente productivo sino todo lo contrario, se tiende a desvalorizar o a estigmatizar a la persona que es de “buen dormir”.

Para que el cerebro pueda recuperarse de la fatiga diaria debe recibir un descanso sin tensiones. ¿Cuántas veces nos ha sucedido que nos despertamos despejados y con ideas nuevas para solucionar un problema?! Vaya si habrá pasado; hemos dejado el cerebro descansar.

Investigando a nivel de derecho comparado, tomamos conocimiento que se ha comenzado a implementar a nivel de empresa, la autorización para desarrollar períodos de descanso nocturno. Dicho descanso ya no se está

⁵⁵ Directiva N° 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, publicada en el Diario Oficial L N° 299 el 18/11/003. N°7: “Ciertos estudios han demostrado que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo”.

N° 8: “Es necesario limitar la duración del trabajo nocturno, con inclusión de las horas extraordinarias, y establecer que el empleador que recurra regularmente a trabajadores nocturnos informe de este hecho a las autoridades competentes, a petición de las mismas”.

⁵⁶ Sin perjuicio de lo cual, tenemos conocimiento que existen empresas nacionales que cumplen con elevados estándares de calidad en los espacios destinados al esparcimiento de los empleados.

viendo como un tiempo “muerto”, sino al contrario “algunas experiencias recientes proponen la introducción de cortos períodos de sueño durante el turno de noche tanto por su función preventiva para mantener conductas correctas como con fines reparadores. Aunque los estudios sobre esta cuestión están de acuerdo en los beneficios de la llamada siesta nocturna, es difícil establecer la duración y la distribución de los períodos de sueño. Desde el punto de vista estrictamente biológico se puede afirmar que debería instaurarse una siesta durante el turno de noche, el horario y duración de la misma dependerían de las necesidades del individuo, siendo esencial la regularidad”.⁵⁷

La consagración del descanso nocturno fue incluso reconocido por “la norma UNE –EN ISO 10075-2. Principios ergonómicos relativos a la carga mental: es conveniente que en los turnos de noche los períodos de trabajo sean más cortos que en el turno de día.

Desde el punto de vista técnico se recomiendan las siestas nocturnas para el trabajo que se realiza durante la noche, con un entorno físico que lo favorezca”.⁵⁸

Asimismo, en un artículo publicado por un grupo de autores de la Universidad Manitoba, Winnipeg de Canadá⁵⁹, se analizó en particular la necesidad de que las enfermeras requieran un elevado nivel de atención, reacción y concentración frente a las requerimientos propios de la salud, al respecto se señaló que: “la siesta esta empezando a tener consideración como estrategia para combatir la fatiga dentro del campo de la salud. En un estudio cualitativo en donde se analizó el hecho de tomar una siesta en descansos durante los turnos nocturnos, 10 de cada 13 personas con un estado de fatiga elevado reportaron beneficios significativos incluyendo mayor energía, mejor humor y mejor posición ante la toma de decisiones y estado de alerta.

⁵⁷ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Norma Técnica de Prevención (NTP) N° 455: Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos.

⁵⁸ Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Norma Técnica de Prevención (NTP) N° 916: El descanso en el trabajo (I): pausas.

⁵⁹ Diana E. McMillan and Wendy M. Fallis. University of Manitoba, Winnipeg, Canada. Traducción realizada por el autor para el presente trabajo: “Benefits of napping on night shifts” Napping is also receiving attention as a strategy to combat fatigue within the healthcare field. In a qualitative study exploring napping on breaks during night shifts, 10 out of 13 critical care nurses who napped regularly during breaks reported several benefits to napping, including improved energy, mood and decisionmaking, and vigilance (Fallis et al, 2010). Despite the benefits of napping, it is not universally adopted by nurses working night shifts. Lack of adequate nap facilities, patient care demands, understaffing, interruptions, perceived lack of management support, fear of sleep inertia (Fallis et al, 2011) and feelings of guilt have been reported as barriers (Scott et al, 2010). Box 2 lists organisational strategies to enable staff to take naps.

A pesar de los beneficios de la siesta, todavía no está universalmente adoptado como práctica en los turnos nocturnos”.

En Brasil, sin perjuicio de no tener una regulación estatal ni por vía colectiva sobre el tema, es una práctica común en los hospitales públicos brasileros, “la siesta durante el turno nocturno ya que aumenta la posibilidad de recuperación tras el trabajo y es una estrategia para lidiar con las dificultades inherente al trabajo nocturno”.⁶⁰

Como vemos, de alguna forma la visión mercantilista ortodoxa del tiempo de trabajo que procura mirar con reparos el tiempo de descanso, incipiente y tácitamente ha comenzado a apreciar los beneficios que reporta disponer de personal bien descansado.

La ecuación es beneficiosa para ambas partes (*win win*) el empleado logra una mayor recuperación, mayor energía y reacción ante imprevistos. El empleador por su parte se asegura de no contar con personal con somnolencia, irascible, elevado nivel de fatiga, etc.

VII

MATERNIDAD Y TRABAJO NOCTURNO

En lo que respecta al desarrollo de tareas en horario nocturno y su vinculación con la maternidad, el asunto es aún más complejo y delicado.

Sobre el punto el Dr. Tomasina expresó que “el embarazo tiene una carga fisiológica y cargas afectivas adicional. Es una etapa que requiere un buen reposo, un buen descanso. El trabajo nocturno es un estresor. Y con una persona que está en ésta situación fisiológica, es un factor de riesgo, tanto para la salud de la mujer como para la salud del feto”.⁶¹

Tan factor de riesgo es, que existe evidencia científica que informa respecto a la probabilidad de pérdida de embarazo si se desarrollan actividades en horario nocturno, e incluso como veremos a continuación, existen ordenamientos jurídicos que a texto expreso lo prohíben.

En un informe realizado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene de España surge que “el trabajo a turnos se ha relacionado con numerosos daños a la salud como, por ejemplo, la pérdida del embarazo. Este riesgo fue analizado en un estudio publicado en 1993, cuyo objetivo concreto era analizar la relación de la turnicidad con la pérdida del embarazo. Para

⁶⁰ Cfrm. Thais Aparecida de Castro Palermo, Lucía Rotenberg, Regina Celiá Gollner Zeitoune. Aline Silva-Costa. Ester Paiva Souto. Rosane Härter Griep. Revista Latino-Americana de Enfermagem, enero-febrero 2015, pág. 120.

⁶¹ Entrevista a Tomasina, Fernando citada.

ello se comparó el horario laboral durante la gestación de dos grupos de mujeres: uno, compuesto por 331 mujeres que habían sufrido abortos, y un segundo grupo formado por 993 embarazadas. Los autores observaron en este estudio que las mujeres con turno fijo de tarde tenían un riesgo de aborto cuatro veces mayor que las trabajadoras con turno fijo de mañana”.⁶²

Asimismo, de la exposición de motivos de una propuesta de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas⁶³, relativa a la protección de la mujer embarazada o que haya dado a luz recientemente surgen interesantes desarrollos los cuales se transcriben: “Asimismo, las obligaciones derivadas del trabajo nocturno, debidas en parte a la difícil recuperación de las trabajadoras embarazadas que realizan un trabajo con riesgos particulares para ellas o que provocan una tensión física o mental importante, desembocan en una mayor frecuencia de partos prematuros o de abortos precoces en las trabajadoras embarazadas, y justifican la prohibición de que se les encarguen trabajos nocturnos durante un periodo determinado (Artículo 3.3a.)

Algunos riesgos afectan especialmente a las trabajadoras que amamantan a sus hijos, e indirectamente al bebé a través de la leche materna; por ello, conviene prever en la presente directiva algunas disposiciones de protección específica para estas mujeres. En efecto, por encontrarse en periodo de lactancia, el medio Interior de las mujeres se modifica (aumento del metabolismo de base, descenso del volumen sanguíneo en circulación, etc.); también disminuyen sus reservas energéticas, así como las de vitaminas y oligoelementos. Todo ello las hace más vulnerables al cansancio, lo que puede ser causa de accidentes de trabajo, y menos resistentes a las agresiones que se producen en el lugar de trabajo”.

La ley italiana mantiene vigente la prohibición de trabajo nocturno de las mujeres prevista en la Ley N° 1305⁶⁴, (ley ésta) que ratificó el C.I.T. N° 89, relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en el sector industrial. Al mes de octubre de 2015 rige la Ley N° 903⁶⁵, en cuyo artículo 5 se regula la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo que establece: “En las fábricas y talleres artesanales está prohibido el trabajo femenino entre las cero y las seis horas. Esta prohibición no se aplica a las mujeres que ocupan puestos de dirección ni a las destinadas en los servicios de salud de la empresa”.

⁶² Ministerio de Trabajo e Inmigración de España. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene. Síntesis de la evidencia científica relativa a los riesgos laborales en trabajadoras embarazadas (periodo 2000-2010) M^a Ángeles de Vicente Abad; Clara Díaz Aramburu. Departamento de Investigación e Información.

⁶³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1444129487022&uri=CELEX:51990PC0406>

⁶⁴ Del 22/10/1952

⁶⁵ Del 9 de diciembre de 1977.

Similar situación sucede en Alemania en donde el inciso 1 del artículo 8 de la Ley de protección de la maternidad⁶⁶ dispone: “Las mujeres embarazadas y las mujeres en período de lactancia no pueden trabajar ni efectuar horas extraordinarias por la noche, entre las 20 y las 6 horas, ni los domingos y días festivos.

Nuestro país por Ley N° 120.306⁶⁷ ratificó el C.I.T. N° 89 sobre prohibición de trabajo nocturno de las mujeres, no obstante, el 25/2/1982 dicho C.I.T. fue denunciado⁶⁸.

En nuestro país la Ley y el Decreto abordaron tímidamente la temática de la maternidad y el trabajo nocturno, quizás no de la mejor manera posible y sembrando más incertidumbre que certezas.

Continuando con el estudio de las normas nacionales, en primer lugar debemos formular la misma aseveración realizada por Ameglio y López⁶⁹ en cuanto a que “en este punto está vigente y es de escasa y nula aplicación, la ley n° 17.215 de octubre de 1999⁷⁰ ...”.

Sin perjuicio que el artículo 7° del Decreto (cuya fuente también es el art. 7 del C.I.T. N° 171) procura una especial atención por la gravidez, dicha protección se hace trizas al no responder ni la Ley ni el Decreto la interrogante respecto a ¿qué sucede en caso que no se le pueda asignar un puesto de trabajo diurno a la trabajadora?

Otro aspecto a destacar es el plazo que dispone el empleador⁷¹ para acceder al cambio solicitado por la trabajadora, lo cual, choca de bruces con la especial (y a nuestro entender sagrada) protección que debe merecer la trabajadora⁷² y la vida que está en camino.⁷³ Protección de cuña constitu-

⁶⁶ Mutterschutzgesetz.

⁶⁷ Publicada en el Diario Oficial el 27/1/1954

⁶⁸ http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102876

⁶⁹ Ameglio, Eduardo. López, Adriana. Ob. Cit. pág. 200.

⁷⁰ Artículo 1°.- Toda trabajadora pública o privada que se encontrare en estado de gravidez o en período de lactancia **tendrá derecho a obtener un cambio temporario de las actividades** que desempeña, si las mismas, por su naturaleza o por las condiciones en que se llevan a cabo, pudieren afectar la salud de la progenitora o del hijo, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 3° de la presente ley. Dichos extremos deberán justificarse necesariamente con certificación médica expedida por organismo competente. En ningún caso el traslado de funciones implicará disminución o aumento de la remuneración que percibe habitualmente la trabajadora.

Finalizado el período de referencia la trabajadora deberá ser reintegrada a sus funciones anteriores.

⁷¹ Artículo 7° inciso final del Decreto: A tales efectos dispondrá de un plazo de veinte días corridos para dar cumplimiento (...)

⁷² Constitución, artículo 54° inc. 2. **El trabajo de las mujeres** y de los menores de dieciocho años será **especialmente** reglamentado y limitado.

cional que el propio Pla Rodríguez⁷⁴ ha manifestado que “debe entenderse referida, en el caso de la mujer, especialmente a la maternidad y tanto en ese caso como en el de los menores, debe complementarse con la regulación internacional correspondiente”.

En complemento, debe recordarse que el plazo de 20 días comenzará a contarse a partir “de que tuviera conocimiento de la opción por medio fehaciente”, con lo cual en caso que no se haya podido comunicar la opción al empleador por las razones que fueren, el plazo primario de 20 días se continuará extendiendo.

Creemos que la estipulación de un plazo de 20 días es contradictorio frente al propio Decreto e incluso con la Constitución.⁷⁵

¿Y si el empleador le comunica a la trabajadora que no puede otorgarle trabajo en horario diurno? o ¿si transcurren los 20 corridos y no hay cumplimiento? ¿en el plazo de 20 días, la trabajadora debe continuar trabajando en horario nocturno? ¿con los riesgos a la salud para ella y para la criatura que ello implica? ¿no se configurará un despido indirecto en función de los graves riesgos que produce a la salud de la trabajadora y de la vida que está en camino?

¿Se encuentra la empresa igualmente obligada a realizar el cambio de turno?

Sobre la última interrogante compartimos al respecto la opinión de Loustaunau quien entiende que “no, dado que se le estaría imponiendo legalmente el cumplimiento de un hecho imposible y ello es contrario a derecho”.⁷⁶

Sobre el punto, oportunamente manifestamos las posibles soluciones que podrían plantearse.⁷⁷

⁷³ Pacto de S.J. de Costa Rica, artículo 4.1, ratificado por Ley N° 15.737: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento **de la concepción**.

⁷⁴ Pla Rodríguez, Américo. La constitucionalización del derecho del trabajo en el Uruguay. Rev.Der.Lab. T. XLVII N° 215, julio-setiembre 2004. pág. 410.

⁷⁵ Constitución, art. 53° El trabajo está bajo la protección **especial de la ley**.

⁷⁶ Loustaunau, Nelson. Trabajo Nocturno. Primeros comentarios sobre la Ley N° 19.313. Rev.Der.Lab. T. LVIII N°-257, enero-marzo 2015, F.C.U. pág. 63.

⁷⁷ Carrasco, Martín. Ob. cit. Cita Online: UY/DOC/461/2015: Ante dicha situación se nos presentan diversos escenarios que podrían llegar a plantearse. Uno de ellos es que se argumente que los riesgos son de cargo de la parte empleadora, razón por la cual corresponde a ésta la asunción del riesgo frente a la imposibilidad de poder cumplir con su obligación principal, cual es la de brindar trabajo.

La doctrina laboralista ha expresado al respecto: “Entre los elementos del contrato de trabajo se menciona el principio de ajenidad en los frutos, el trabajador no recibe los frutos de su trabajo sino una retribución. Este elemento es la contrapartida del principio de ajenidad en los riesgos. Plá Rodríguez, no incluye este elemento – ajenidad en los

Las disposiciones que en alguna medida presentan alguna solución a la temática planteada es la prescripta en la Ley N° 17.215, no obstante, la

riesgos – como una nota propia del contrato de trabajo, porque, explica, está implícita en la onerosidad y en la subordinación, lo cual es cierto, pero creemos que no obstante que cabe hacer hincapié en el mismo. De Ferrari, expresa que la ajenidad, la propiedad o destino del trabajo subordinado, no interesa como elemento esencial, no obstante-prosigue: “no es posible negar que en el contrato de trabajo concurren los dos elementos: subordinación y ajenidad”.(Seré, Jorge, Curso de Derecho Laboral, T. I, ediciones Del Foro, Montevideo, págs. 144 y 145).

Otra alternativa podría ser la de que, ante una situación como la referida, el contrato se suspenda por existir una causal de fuerza mayor, que haga imposible la consecución del contrato.

Delimitando el concepto, Pla Rodríguez expresó que “(...) la fuerza mayor constituye una causa de extinción de la relación laboral cuando su consecuencia necesaria, inmediata y directa sea el cierre definitivo de la empresa.

Ha de tenerse presente que, en virtud del principio de continuidad deben extenderse al máximo los casos de suspensión a expensas de los casos de extinción del contrato. Siempre que haya posibilidades de reanudar la relación, debe preferirse esa solución a la que lleve a la extinción. La solución de principio es la continuidad de la relación. La extinción debe ser la excepción” (Plá Rodríguez, Américo, Curso de Derecho Laboral, T. II, vol. I, Ediciones Idea, ciudad, 1991, págs. 234 y 235).

En similar sentido, expresó Manuel Alonso Olea: “El contrato de trabajo consiente períodos, a veces largos de suspensión de efectos, en los que el contrato tiene como una vida latente, para reanudar su plena efectividad posteriormente” (Alonso Olea, Manuel, Derecho del Trabajo, editorial Civitas, Madrid, 1974, pág.118.

La interrupción del contrato de trabajo debe ser tomado como suspensión (proyección del principio de continuidad del contrato de trabajo); a tal efecto, siempre debe estar presente la premisa de asegurar la estabilidad del empleo.

De Ferrari, citando a Durand entiende que “(...) la fuera mayor configura una suspensión de la ejecución del contrato, particularmente cuando el impedimento es corto y permite reiniciar útilmente la ejecución del contrato. Durand, Tratado de Derecho del Trabajo, T.II, pág. 883, cita en De Ferrari, Francisco, ob. cit., Vol. II, pág. 407.

El criterio para la apreciación de la fuerza mayor debe ser restrictivo y el acontecimiento constitutivo de aquella contingencia debe presentar tres características: a) crear una imposibilidad de ejecución y no volver simplemente difícil, peligrosa o costosa la ejecución de la obligación; b) ser un acontecimiento imprevisible e independiente de toda falta cometida por el empleador; y c) tener el hecho configurativo de la fuerza mayor una relación clara y precisa de carácter causal.

Para que la excepción pueda invocarse con éxito, ha de tratarse siempre de un hecho cumplido con independencia de la voluntad o de los actos del empleador.

Si bien la legislación uruguaya sobre despido no menciona la fuerza mayor como circunstancia extintiva de las obligaciones contractuales es de aplicación a tales casos (inundación, derrumbe, incendio, etc.) lo dispuesto en el art. 1343 del Código Civil”.De Ferrari, Francisco, ob. cit., Vol. II, págs. 407 y 408.)

Ahora bien, en caso de que la causa de suspensión sea definitiva, se ha entendido que “(...) puede darse por rescindido el contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan corresponder, no existe razón alguna para que éste se mantenga ‘con vida latente’ cuando no hay perspectivas de poder restablecer su normal funcionamiento”. (Plá Rodríguez, Américo, ob. cit., T. II, Vol. I, pág. 208).

Sea cual sea la solución que se presente, creemos que la misma debe ser guiada por la premisa de que “(...) tampoco deben ser sacrificados los derechos del asalariado cuando tiene lugar un hecho imprevisible e inevitable. El hombre, sea o no empleador no puede dejar de reparar el daño que causa por su culpa, ni debe ser condenado cuando no ha incurrido en ninguna falta”. De Ferrari, Francisco, ob. cit., Vol. III, págs. 28 y 29.)

desventaja es que la trabajadora cobrará la mitad del salario y recibirá amparo por un período de tiempo menor al indicado en la Ley N° 19.313.

Por otra parte, la fuente del artículo, el C.I.T. N° 171 en su artículo 7° “plantea tres opciones: a) asignación a un trabajo diurno cuando sea factible, b) el suministro de prestaciones de seguridad social o c) la prórroga de la licencia por maternidad. La ley 19.313 sólo hizo referencia a la primera posibilidad, pero sin dar una respuesta en caso de que el cambio de tareas no sea posible”.⁷⁸

Ameglio y López en posición que compartimos entienden que “el salario de la trabajadora no puede ser afectado, por lo que debería recibir su salario íntegramente o una prestación de seguridad social, durante el período en que no trabaja, similar al subsidio por maternidad. La Ley n° 17.215 sólo habilita a la trabajadora a recibir del B.P.S. (...) “*la mitad del salario que estuviera percibiendo*” en caso que el empleador se niegue de manera fundada a realizar el cambio de tareas”.⁷⁹

Zubillaga⁸⁰ con similares fundamentos entiende que en función de que “en la ley 19.313 no prevé la posibilidad del empleador de negarse al cambio de horario, si este estuviera imposibilitado de brindar un trabajo en horario diurno y efectivamente el BPS abonara el subsidio señalado, igualmente el empleador estaría obligado al pago de la mitad del salario (que complementa el subsidio abonado por la seguridad social), ya que la imposibilidad de la trabajadora de prestar sus tareas no es en este caso atribuible a ella, por lo que no debería verse perjudicada en forma alguna”.

En primer lugar creemos que, como señalamos supra, la empresa no se encuentra obligada tener que asignarle tareas en horario diurno a la trabajadora grávida, cuando fácticamente es imposible. Al no desarrollar tareas, su contrapartida el pago del sueldo, no sería exigible al empleador.

La modificación in pejus del salario implicaría un despido indirecto. Entendemos entonces, junto con Ameglio y López⁸¹, que “la respuesta debe venir a través de la Seguridad Social, ya que no puede ser un costo a asumir por el empleador...”.

Siendo que la gravidez del personal no puede alterar la ecuación económica del empleador ni de la trabajadora, la totalidad de la remuneración debería ser asumida por la seguridad social.

⁷⁸ Ameglio, Eduardo. López, Adriana. Ob. cit. Pág. 200.

⁷⁹ Ameglio, Eduardo. López, Adriana. Ob. cit. Pág. 200 y 201.

⁸⁰ Zubillaga, Ignacio. Algunas reflexiones sobre la ley 19.313. (Trabajo Publicado en: R.D.T. Abril - Junio 2015.) Cita Online: UY/DOC/121/2015.

⁸¹ Ameglio, Eduardo. López, Adriana. Ob. Cit. pág. 201.

En definitiva, llamativamente vemos que la temática de la maternidad y el trabajo nocturno, lo cual debió merecer una regulación protectora y disciplinada termina no siéndolo.

Finalmente, sea cual sea la solución a la cual se arribe, como atinadamente lo indica Raso⁸², “la ley tendrá un efecto indeseado de desestimular a los empleadores en la contratación de trabajadoras en edad de procrear para la realización de trabajos nocturnos”.

VIII

RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO

En primer lugar debemos realizar la siguiente señalización. Como bien señalaba De Ferrari⁸³, «la Ley laboral procura que la prestación del servicio se lleve a cabo durante las horas del día por considerar que es la forma de trabajo más conveniente desde el punto de vista económico, la que daña menos al organismo del trabajador y la que permite además, desarrollar normalmente su vida familiar y de relación. El trabajo durante la noche está sujeto de modo general a dos principios: al de la reducción horaria y al de la retribución especial superior a la de la jornada diurna».

Esto viene atado con un asunto de relevancia y es que, como fuera indicado supra por el Dr. Tomasina y por las propias normas en estudio, el desarrollar tareas en la noche produce daños a quien lo realiza. El abonar un importe sea cual sea éste y por medio de quien sea, implica de alguna forma «asignarle un precio al dolor», «cuantificar” el riesgo de que se genere un daño de tinte irreversible.

La salida no es intentar compensar el daño con dinero, sino que sería eliminar el daño, aislar el riesgo, actuar de forma preventiva antes que el trabajador comience a tener padecimientos irreversibles, ya que a la postre, será peor la enmienda que el soneto. Los daños del empleado, terminan siendo abonados por toda la sociedad, incluso por el propio empleador que pagó la «sobretasa» en un primer momento.

No obstante, sabemos bien que el trabajo nocturno es un hecho que desde hace ya varios años ha sido reglado mediante la negociación colectiva, y es un hecho también que existen determinadas profesiones que si no se desempeñaran en horas de la noche, colapsaría la sociedad, léase, trabajadores de la salud, policía, bomberos, etc.

⁸² Raso, Juan. Publicación CADE. Ob. cit. pág. 8.

⁸³ De Ferrari, Francisco, Derecho del Trabajo, Vol. III, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 164 y 165.

Volviendo al Decreto. Éste dispuso las dudas que pudieron haber surgido respecto a la base de cálculo de la sobretasa del 20%.⁸⁴

Si bien a texto expreso el Decreto no regula la situación de que el trabajador perciba una remuneración básica y una remuneración por comisiones, entendemos que por un criterio de lógica se debería computar ambas en forma acumulativa.

En caso de realizarse horas extra en la jornada nocturna, en lo que respecta a la base de cálculo de las mismas, la posición no es unánime.

Al respecto Madalena y Poey han sistematizado las posiciones que existentes sobre el punto.⁸⁵

“La primera de ellas, que podemos denominar *restrictiva*, es la que también puede calificarse como la más “piedelettrista” que sostiene que para el cálculo del recargo correspondiente a la hora extra se debe considerar únicamente el valor hora considerando el salario base”;⁸⁶ La segunda, que llamaremos *amplia*, que sostiene que para la base de cálculo del recargo del valor de la hora extra se debe considerar toda partida que perciba el trabajador siempre y cuando la misma posea carácter salarial”;⁸⁷ Y finalmente la tercera posición que podemos denominar *intermedia* cuyos seguidores sostienen que para el cálculo del recargo correspondiente a la hora extra se deben considerar además del salario base únicamente aquellas partidas salariales que estén dirigidas a remunerar el trabajo del empleado considerado en unidades hora”.⁸⁸

Entendemos que, al tener la sobretasa del 20% naturaleza salarial y tener relación directa con el tiempo en que se dedica al trabajo, en función de que la sobretasa se activa por haber trabajado más de cinco horas consecutivas entre las 22 y las 6 hs., en caso de comprobarse que su realización

⁸⁴ Artículo 8°. A los efectos de lo dispuesto en el art. 3° de la Ley No. 19313 la sobretasa mínima del 20% (veinte por ciento) se calculará sobre el salario básico que perciba el trabajador. Para el caso de remuneración por comisiones o destajo, el salario básico deberá determinarse por el promedio de lo percibido en cada jornada.

⁸⁵ Madalena, Santiago y Poey, María José. Tendencias Jurisprudenciales acerca de la base de cálculo de las horas extra y una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia. CADE, T. XXI, abril 2013, pág. 73

⁸⁶ Larrañaga, Nelson. Derecho Laboral y Seguridad Social en la Empresa, Montevideo EAF, 2008, pág.40. Cita en Madalena, Santiago y Poey, María José. Ob. cit: CADE, pág. 73.

⁸⁷ Posiciones adoptadas por algunos fallos dictados por el T.A.T. de 1° T., en Sentencia N° 74/002, publicado en A.J.L. 2002 y T.A.T. 3° T. en Sentencia N° 69/998 publicada en A.J.L. 1998. Cita en Madalena, Santiago y Poey, María José. Ob. cit: CADE, pág. 73.

⁸⁸ Ameglio, Eduardo. La reglamentación de las horas extras. Curso de Actualización de Derecho Laboral, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie, N° 15, Montevideo FDCS 1990 pág. 71). Cita en Madalena, Santiago y Poey, María José. Ob. cit: CADE, pág. 73.

ha sido indicada por el empleador, deberá tomarse en consideración para la base de cálculo de las horas extra.

Finalmente, respecto a la opción de la sobretasa del 20% o su equivalente en reducción horaria, previo a la aprobación del Decreto manifestamos⁸⁹ al respecto que sería “el trabajador el encargado de mitigar sus daños, siendo por ello el titular del derecho a ejercer la opción de requerir la sobretasa del 20 % o su equivalente en reducción en los casos de desarrollo de trabajo nocturno”.

No obstante “una vez más, como en el apóstrofe de Kirchmann, una palabra del legislador reducirá a polvo una biblioteca.”⁹⁰

IX

CONCLUSIONES

Como hemos visto la temática del trabajo nocturno es compleja, delicada y con una infinidad de aristas, desbordando las fronteras dispuestas en la normativa nacional. Las nóveles disposiciones nacionales que regulan el tema, poseen muchas imprecisiones y una redacción contradictoria.

En concreto, creemos que las condicionantes exigidas para que el trabajo nocturno sea considerado tal, serán de difícil concreción.

Consideramos que ambas disposiciones (sin perjuicio de lo establecido en los arts. 3° de la Ley y 2° del Decreto) son de aplicación a los trabajadores de la actividad pública y privada. Una interpretación en contrario, sería inconstitucional por violar el principio de igualdad.

No se ha establecido el marco de acción a utilizar mediante un Protocolo de actuación médico a efectos de relevar las condiciones del trabajador que vaya a realizar trabajo nocturno, el tipo de trabajo a realizar, los efectos de los factores ambientales etc.

La exigencia de servicios de primeros auxilios (medida que compartimos) se desvanece al emplear un medio no idóneo para su concreción.

El trabajo que sea necesario realizar en horas de la noche, merecerá ciertos reparos previos y en concreto, frente a la pugna de contendores para dicha tarea, puede suceder que la mujer no sea preferente frente al hombre.

⁸⁹ Carrasco, Martín. Ob. cit. Cita Online: UY/DOC/461/2015.

⁹⁰ Couture, Eduardo. Los Mandamientos del Abogado. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1999, pág. 24.

Frente a los daños que provoca el desarrollo de actividades en la noche, se han sugerido determinados “paleativos” para hacer frente a ésta realidad. A tal efecto, en la N.T.P. N° 455 se sugiere⁹¹: “Introducción de cortos períodos de sueño durante el turno de noche tanto por su función preventiva para mantener conductas correctas como con fines reparadores. Aunque los estudios sobre esta cuestión están de acuerdo en los beneficios de la llamada siesta nocturna, es difícil establecer la duración y la distribución de los períodos de sueño. Parece que desde el punto de vista estrictamente biológico se puede afirmar que debería instaurarse una siesta durante el turno de noche, el horario y la duración de la misma dependerían de las necesidades del individuo, siendo esencial la regularidad. Atendiendo a las variables que inciden en el estado de vigilancia: monotonía de la tarea, complejidad de la misma, períodos punta de carga, decisiones que deben tomarse, etc. parece razonable favorecer un episodio de sueño durante el turno de noche antes de que la conducta se deteriore; podría situarse alrededor de las tres de la madrugada.

Mantener los mismos miembros en un grupo de manera que se faciliten las relaciones estables.

Facilitar comida caliente y equilibrada, instalar espacios adecuados, prever tiempo suficiente para comer.

Reducir, en lo posible, la carga de trabajo en el turno de noche. Programar aquellas actividades que se consideran imprescindibles, intentando evitar tareas que supongan una elevada atención en la franja horaria entre las 3 y las 6h. de la madrugada”, etc.

En definitiva, en función de la carencia de rigor técnico, jurídico y legislativo de las disposiciones en estudio, la negociación colectiva debería ser la encargada de regular la disciplina para cada grupo de actividad (como lo ha venido haciendo) de forma detallada, previendo los aspectos que hemos indicado y no solamente caer en el reduccionismo de otorgar una sobretasa.

⁹¹ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Norma Técnica de Prevención (NTP) N° 455. Ob. cit.