REVISTA
DERECHO DEL TRABAJO

Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social

PUBLICACIÓN TRIMESTRAL

DIRECTOR
MARIO GARMENDIA ARIGÓN

COORDINADORES
LETICIA IGLESIAS y RODRIGO VÁZQUEZ

AÑO V / NÚMERO 14 / 2017

LA LEY

ISSN: 2301-1009
REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN TRÁMITE
EDITORIAL LA LEY URUGUAY - Ituzaingó 1377 PB – Montevideo – Uruguay CP 11100
Tel: (+598) (2) 2 9145 080 - TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

AÑO V • Nº 14 • ENERO / MARZO 2017

DOCTRINA

Premio Nobel de Economía 2016: Oliver Hart y Bengt Holmström
por **Gabriel Ejgenberg** 7

El *dumping* social y las relaciones laborales
por **Francesca Columbu** 11

La reputación *online* en la economía colaborativa y su impacto en los derechos fundamentales de los trabajadores
por **Adrián Todolí Signes** 31

Crowdwork, trabajo en función de la demanda vía app y trabajo decente
por **Katerine Bermúdez Alarcón** 45

Economía compartida: el caso UBER
por **Ignacio López Viana** 63

Fenómeno UBER- una mirada desde la relación de trabajo
por **Camila Hargain** 75

Crisis y despidos colectivos en Brasil
por **Estêvão Mallet** 89

La huelga en los servicios esenciales: Un breve relevamiento del derecho comparado regional
por **Diego Andrade Sosa** 105

Los intereses legales en los procesos laborales ¿se aplican a petición de parte o pueden ser impuestos de oficio?
por **Eduardo Goldstein** 123

Accidente "in itinere" en Uruguay: requerimientos operativos y costos. Un aporte desde la salud pública para el abordaje interdisciplinario
por **Rodolfo Vázquez Pedrouzo** 129

Accidentes de trabajo "in itinere": su regulación actual y consecuencias de una posible extensión de la cobertura en nuestro país
por **Rodrigo Vázquez Pepe** 135

CLAVES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Crowdworking o trabajo de la multitud
por **Gustavo Gauthier** 155

PARECERES

Tema propuesto: Protección de la actividad sindical

La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú
Parecer de **Guillermo Boza Pró** y **Luis Mendoza Legoas** (PERÚ) 159

La protección de la actividad sindical en la República Argentina. Contextualización normativa y jurisprudencial
Parecer de **Juan Pablo Mugnolo** (ARGENTINA) 171

Aplicación de las normas internacionales de la OIT relativas la la libertad sindical en Brasil
Parecer de **Fábio Túlio Barroso** (BRASIL) 185

JURISPRUDENCIA

La calidad de funcionario público ante la acción de inconstitucionalidad. Postura de la SCJ
por **Carolina Costas Martinez** 201

A propósito de la sentencia de la SCJ Nº 411/2016. Sobre constitucionalidad del artículo 32 de la ley Nº 17.556
por **Cristina Vázquez** 213

Dolencia física que impide al trabajador continuar desempeñando cargo habitual: caminos a seguir por parte del empleador
por **María José Poey Daguerre** 231

ANÁLISIS TRANSVERSAL DE LOS CONSEJOS DE SALARIOS

Quebranto de caja 245

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

Despido de la trabajadora grávida: conocimiento del empleador. 275

NOVEDADES NORMATIVAS DE INTERÉS

Período: 1º/09/2016 - 30/11/2016 291

FICHA BIBLIOGRÁFICA DE ESTE NÚMERO

Tema: "Nocturnidad en materia laboral" 295

DOCTRINA

Premio Nobel de Economía 2016: Oliver Hart y Bengt Holmström

por **Gabriel Ejgenberg**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales – Facultad de Derecho, Universidad de la República. Master en Derecho de la Universidad de Harvard

El economista británico Oliver Hart, profesor de Economía en la Universidad de Harvard, y el economista finlandés Bengt Holmström, profesor de Economía y Gestión en el Massachusetts Institute of Technology (M.I.T.), recibieron el Premio Nobel de Economía 2016.

Este premio es de particular interés para la *Revista Derecho del Trabajo*, atento a que el objeto de estudio de estos autores influyó en el mundo del trabajo. Hart y Holmström dedicaron su vida al estudio de los contratos. Al anunciar el premio, la Real Academia de las Ciencias de Suecia destacó la influencia que tienen los contratos en la estructuración de la economía moderna, y el valioso aporte de estos economistas en entender el rol de los contratos como fundación intelectual del diseño de políticas e instituciones.

Holmström fue un pionero en el análisis de las estructuras de compensación, y en mostrar cómo el contrato de trabajo debe ser diseñado, teniendo en cuenta los incentivos por resultado y la distribución del riesgo. Hart enfocó su estudio en los contratos como manuales de instrucciones incompletos que, al no poder regular cada situación concreta, debían fijar las bases de cómo se han de tomar las decisiones durante el período de ejecución.

Los estudios de Hart y Holmström nos ayudan a entender cómo los contratos canalizan intereses en conflicto y su utilidad para regular la conducta futura de las partes. A vía de ejemplo, un contrato de trabajo puede estipular incentivos en caso de buen rendimiento.

La Real Academia de Ciencias Sueca destaca que la teoría de contratos de Hart y Holmström no contiene la respuesta a todas las preguntas, ello depende del caso particular y concreto, pero nos permite visualizar con claridad los temas de fondo al tomar una decisión.

El estudio del pago por rendimiento y de incentivos cobró especial interés a fines de la década de 1970. Los economistas buscaban entender el modelo de contrato óptimo a esos efectos. Se avanzó en particular en el contexto de contratos de trabajo con trabajadores con aversión al riesgo cuyo rendimiento no podía ser observado directamente por el empleador.

Trabajos independientes de Holmström y Steven Shavell en 1979 concluyeron que en el contrato óptimo debía vincularse el pago a los distintos resultados posibles, respecto de los cuales pudiere obtenerse información sobre las consecuencias de las acciones adoptadas por el trabajador. Este principio implicaba ir más allá de los resultados que pudieran vincularse exclusivamente a la acción del trabajador. A vía de ejemplo: ¿Cómo debería fijarse un incentivo para un gerente en función de su rendimiento? ¿Cómo se vincula este rendimiento a un posible aumento del valor de mercado de las acciones de su empleador?

¿Debe fijarse el incentivo únicamente en función del valor de mercado de las acciones de su empleador? La respuesta debería ser negativa. El valor de las acciones puede resultar de factores externos que no están bajo el control del gerente, tales como el valor de las acciones de empresas en el mismo sector. Para estos autores, vincular la retribución únicamente al valor de las acciones de su empresa puede ser una recompensa o un castigo de acuerdo a factores vinculados más a la suerte que al rendimiento del gerente. Sería necesario vincular la retribución a factores tales como el valor de las acciones de la empresa del empleador, ponderando otros factores como la evolución del valor de las acciones de empresas similares competidoras.

Para Holmström, el empleador debe hacer lo posible para vincular el pago del personal superior a su rendimiento mediante acuerdos simples que combinen un salario base con incentivos limitados. De su estudio puede concluirse que es sensato retener parte de la remuneración por un tiempo, de modo de poder evaluar con el tiempo suficiente los resultados del personal superior. Su trabajo ha sido influyente en el diseño, por parte de empleadores, de estructuras de compensación diferida para este personal.

Si el empleado siempre actuara contemplando el interés de ambas partes, no sería necesario el establecimiento de incentivos: la tensión entre fijación de salario base e incentivos carecería de sentido y lo óptimo sería ofrecer al trabajador la seguridad de un salario fijo. Atento a que los intereses de las partes no siempre están alineados – y aún pueden verse enfrentados - y a que, en muchos lugares de trabajo, es difícil observar o controlar directamente la conducta del trabajador, puede ser preferible un contrato de trabajo en el que sean importantes los incentivos por rendimiento.

El empleador también debe tener en cuenta la conveniencia o no de incentivar los rendimientos que son fácilmente medibles sobre rendimientos que no cumplen esta característica. A vía de ejemplo: si el salario de un maestro depende de la calificación de los exámenes de los alumnos –algo que es fácil de medir– ese maestro tiene un incentivo para dedicar a ello la casi totalidad de su trabajo, desatendiendo otras tareas pedagógicas tan o más importantes, pero más difíciles de medir, tales como creatividad y pensamiento independiente. En este escenario, un salario fijo, independiente de beneficios por resultado, puede resultar en una más adecuada selección de esfuerzo por parte del trabajador. Los resultados de esta investigación cambiaron la forma en la que los economistas vieron cómo funcionan los esquemas de compensación.

Otro aspecto vinculado al derecho del trabajo estudiado por Holmström fue la incidencia del trabajo en equipo en la remuneración por rendimiento. En un artículo de 1982, Holmström concluye que cuando el incentivo depende del trabajo de un equipo, los miembros individuales pueden verse tentados a no trabajar fuerte, beneficiándose del rendimiento de otros trabajadores. Holmström demostró que cuando la totalidad del ingreso de la empresa es dividido entre los miembros del equipo, el esfuerzo esperable es generalmente bajo. Para Holmström el empresario debe contemplar aumentar los incentivos individuales, haciendo la compensación más flexible entre los miembros del equipo.

Los estudios de estos autores en materia de compensación -- en particular los de Holmström - fueron muy fértiles y es imposible estudiar el pago de incentivos sin tener en cuenta su influencia.

Fuente:

- "The Prize in Economic Sciences 2016 - Press Release". *Nobelprize.org.* Nobel Media

AB 2014. Web. 24 Nov 2016. <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2016/press.html>

- "The Prize in Economic Sciences 2016 – Popular Science Background ". *Nobelprize.org*. Nobel Media AB 2014. Web. 24 Nov 2016. <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2016/popular-economicsciences2016.pdf>

- "Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2016". *Nobelprize.org*. Nobel Media AB 2014. Web. 24 Nov 2016. <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2016/advanced-economicsciences2016.pdf>

El *dumping* social y las relaciones laborales(1)

por **Francesca Columbu**

Profesora de la Universidad Presbiteriana Mackenzie (San Pablo). Doctora en Derecho de la Universidad de Roma "Tor Vergata" y de la Universidad de San Pablo (USP). Miembro del Instituto Ítalo- Brasilero de Derecho del Trabajo

Resumen: El siglo XXI amaneció desestructurando los principales postulados y garantías fundamentales que se encuentran en la base de las relaciones laborales. En primer lugar, pensamos en los efectos del ingreso siempre más fuerte de la tecnología (en todas sus formas) en los métodos de producción, conjuntamente con la globalización de la economía. En tal escenario, se presentan al trabajo contemporáneo dos problemas fundamentales: la "desestatización" del derecho del trabajo que hoy corre a nivel supranacional, y consecuentemente, la ineficiencia de las reglas laborales que pierden toda vigencia una vez que ingresan al ámbito nacional, en conjunto con la internacionalización (eliminación de la territorialidad) de la producción. La técnica principal de regulación de la relación entre capital y trabajo, o sea la norma inderogable que se inserta en el contenido contractual, pierde, en tal contexto, su propia razón de ser, produciendo una consecuencia nefasta para el trabajo: la competencia internacional basada en el menor costo del trabajo. Es aquí que nace y se desarrolla el fenómeno del *dumping* social. La legislación nacional no resulta solo insuficiente sino que tiene un efecto *boomerang* porque es sometida a la competencia hacia abajo. Si no contamos, de ahora en más, con regulación laboral transnacional –sea construida a través de la cooperación entre OIT y OMC, con la inclusión de cláusulas sociales en los tratados comerciales, sea a través de acuerdos colectivos transnacionales, o, incluso, con el trabajo en conjunto de estas dos técnicas diversas de regulación- fenómenos como el *dumping* social hará con que disminuya aún más el conjunto de garantías fundamentales en el trabajo hasta hoy conocidas. Finalmente, nuestra posición es crítica ante la figura creada por la jurisprudencia y doctrina brasilera denominada *dumping* social interno.
Palabras claves: globalización - *dumping* social - regulación laboral transnacional - *dumping* social interno.

Sumario: 1) El núcleo esencial del Derecho del Trabajo y la globalización. 2) El *dumping* social. 3) El *dumping* social interno o *dumping* social como daño social. 4) Reflexiones finales.

1. El núcleo esencial del Derecho del Trabajo y la globalización(1)

Paradójicamente, el capitalismo actual, se asemeja más al de la primera revolución industrial que al capitalismo de los últimos treinta años. De hecho, la intención de querer aumentar la competencia entre los trabajadores, para así debilitar el poder de negociación de éstos está hoy más que nunca exaltado. La globalización y los sistemas de producción que sucedieron a la tercera revolución industrial trajeron el imperativo de la flexibilidad, o sea demandas siempre superiores al capital humano en el sentido de adaptarse, amoldarse a las fluctuaciones económicas. Desde el punto de vista de la representación colectiva, se desmembró esa clase, pulverizándose las instancias colectivas(2).

Por lo tanto, se siente la exigencia cada vez más urgente entre los estudiosos de nuestra disciplina de formular nuevas y más eficaces técnicas de regulación de la relación laboral,

(1) Traducción a cargo de la Dra. Camila Hargain.

(2) Para una visión más detallada sobre los lazos entre flexibilidad laboral e heterogeneidad de la representación colectiva: COLUMBU, Francesca. Flessibilità, lavoro atipico e rappresentanza sindacale. Una comparazione tra Italia e Brasile. Revista Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo v. 109, jan./dez. 2014, p. 461-482

en virtud de que los cambios económicos y sociales cada vez más rápidos e intensos impusieron nuevos e importantes desafíos.

Mientas que los métodos de producción continúen transformándose y las barreras estatales dejen de determinar los límites de las relaciones de trabajo, existe un núcleo duro que representa lo esencial de toda la construcción dogmática *juslaboral*, que permanece inalterado a las transformaciones del capitalismo. Es en las palabras de Francesco Santoro Passarelli que encontramos la definición originaria del derecho del trabajo derivada del fin por el cual fue creado: "todo el derecho del trabajo está ordenado para este fin, la tutela de la libertad, inclusive de la propia personalidad humana del trabajador, ligado a través de un vínculo que, entre todos los vínculos de contenido patrimonial, es el único que coloca, aunque sea por una necesidad institucional, a un sujeto en dependencia de otro sujeto"(3). Tal particularidad representa el epicentro de nuestra disciplina que la emancipa definitivamente del directo civil de los contratos.

Como advierte Mengoni: "en realidad, no existe el trabajo, sino que existen personas que trabajan, ya que el trabajador no pone en juego algo de su patrimonio que puede ser distinto de su propia personal, él pone en juego a la propia personal al propio ser"(4). De tal premisa fundamental deriva evidentemente el principio guía de la Organización Internacional del Trabajo: "el trabajo no es una mercancía".

Verificada la implicancia de la persona en el trabajo, el ordenamiento crea, a través de la norma inderogable, la protección del trabajador contra el "arbitrio contractual de la parte más fuerte"(5).

Aquí es que entran en juego dos términos fundamentales y antitéticos: la imposibilidad de reducir el trabajo de la persona a una mercancía y la existencia de una relación de competencia de tales sujetos. En palabras de Vallebona: "la relación entre el principio de competencia y el derecho del trabajo merece atención especial. El derecho del trabajo nace y se desarrolla como eliminación de la competencia hacia abajo entre los trabajadores a través de la norma inderogable común. Sin embargo, simultáneamente, esta norma común representa la garantía de una competencia leal entre empresas, impidiendo el denominado *dumping* social, o sea, la competencia basada en el menor costo del trabajo"(6).

Desde luego se manifiesta la "profunda ambivalencia" de nuestra disciplina, la que se desarrolla para ser funcional a la producción capitalista pero al mismo tiempo, antagonista a ésta, toda vez que cuenten sus excesos para preservar los derechos fundamentales de la persona(7).

Como hemos señalado anteriormente, desde el punto de vista económico-social y geopolítico, advertimos profundos cambios, producto de un gran fenómeno: la globalización. Como sintetiza Romita: "la globalización es un proceso irreversible que permite el traslado rápido, barato y macizo de mercancías, servicios capitales y trabajadores, pudiéndose pensar en el surgimiento de un único mercado planetario de bienes y trabajo, siendo entonces, conceptuado, como un conjunto de factores que determinan el cam-

(3) SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Nozioni di diritto del lavoro.* Jovene, Napoli, 1995, pgs. 17-18.

(4) MENGONI, Luigi, Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa, M. Napoli (a cura di) raccolta degli scritti, V&P Università, Milano, 2004, 21 ss.

(5) VALLEBONA. Antonio. Lavoro e Spirito. Giappichelli. Torino. 2011, p. 11.

(6) *Ibid.*, p. 16.

(7) PERULLI, Adalberto. Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi? en "Lavoro e diritto" 1/2011, p. 18.

bio de los patrones de producción, creando una nueva división internacional del trabajo. Ya que la economía pasa a desarrollarse en escala mundial, tornando obsoleta a la clásica noción de frontera geográfica"(8).

La ruptura de las barreras nacionales, la expansión mundial del capital, las migraciones transnacionales, etc., son apenas algunas de las características del fenómeno. A efectos de lo que interesa a nuestra disciplina –y la coloca definitivamente en crisis- la consecuencia más importante de la globalización consiste en haber creado un conflicto peligroso: la simultánea presencia de normas protectoras del trabajo de origen nacional, regida por la soberanía de cada Estado, y por otro lado la apertura de fronteras al capital, mundialización de la economía.

Según el filósofo italiano Losano, la primera y más complicada consecuencia que se deriva de la globalización está representada por el concepto de soberanía del Estado moderno, base de los ordenamientos jurídicos, la que inevitablemente queda en jaque: "el desarrollo tecnológico llevó a situaciones complejas, que rebasan las fronteras nacionales y, por ende, o deben ser abandonadas a la suerte, o deben ser reguladas a nivel supranacional: la polución atmosférica y la circulación de las informaciones son realidades que se mueven sin respetar los límites nacionales del siglo XIX; la velocidad de los transportes generó una criminalidad supranacional y flujos migratorios transcontinentales. Frente a problemas como estos, el Estado nacional nacido en el siglo XIX está de manos atadas: su soberanía termina en la frontera, donde comienza otra soberanía, igualmente exclusiva e igualmente impotente"(9).

Y resulta evidente que la dimensión nacional de la soberanía de los Estados entra en conflicto con la dimensión global del mercado. La mundialización de los mercados coloca, sin lugar a dudas, en una profunda crisis al derecho del trabajo, la compleja disciplina de las relaciones laborales pensada con posterioridad a la segunda guerra mundial, que por treinta años conoció un desarrollo y un aprimoramiento sin precedentes. Aquella construcción jurídica que llevó a la elaboración del derecho del trabajo, que podemos definir como "clásico", llamado a garantizar dignidad y libertad del sujeto que coloca la propia prestación a favor de otro, dentro de un mercado de trabajo nacional, donde el Estado es capaz de "determinar las condiciones de acceso y salida de los capitales, empresas y productos, pudiendo adoptar medidas proteccionistas de las producciones nacionales, vedando las importaciones de productos extranjeros o tornando menos competitivos estos últimos aumentando el precio de venta a través de derechos aduaneros, pudiendo también tornar más competitivos los productos nacionales desvalorizando la moderna y comprimiendo de tal manera el precio de adquisición en los mercados internacionales"(10).

La técnica principal de regulación de la relación entre capital y trabajo, o sea la norma inderogable que se inserta en contenido contractual, pierde su propia razón de ser delante de la estatización y eliminación de la terri-

(8) ROMITA, Arion Sayão. Globalização da economia e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1997, p. 28.

(9) Los estados actualmente se encuentran, por tanto, en un impasse institucional, ya que las tendencias son hacia la no cesión de porciones de soberanía "(...) A su vez, las tentativas de los Estados de reunirse en entidades económico-políticas supranacionales, de economía y cultura homogéneas, caminam lentamente, porque ningún Estado quiere renunciar a su propia soberanía, así como ningún individuo aceptarían una reducción de la esfera de la propia autonomía, si ésta no le fuese impuesta por un poder que ocupa una posición superior" LOSANO, Mario Giuseppe. Os grandes sistemas jurídicos. Martins Fontes. São Paulo. 2007, ps. 65-66.

(10) PALLINI, Massimo. Le prestazioni transnazionali di lavoro tra criticità e opportunità. In: CORAZZA, Luisa; ROMEI, Roberto. Diritto del lavoro in trasformazione. Il Mulino. Bologna. 2014, p. 239.

torialidad del capitalismo, produciendo una consecuencia nefasta para el trabajo: la competencia internacional basada en el menor costo del trabajo. La mercantilización de la prestación del trabajo es absoluta.

En tanto no se busquen nuevas técnicas normativas para adaptar el principio de la protección del trabajador al cambiado contexto de eficacia y obligatoriedad de la ley – hoy de nivel supranacional- el pronóstico será ciertamente pesimista en cuanto al futuro de nuestra disciplina: "la norma inderogable común sirve de poco si no alcanza el mercado entero, ya que las empresas se mudan a donde tal norma no opera o donde opera una menos onerosa. Creando desempleo en los países de derecho del trabajo de avanzada y competencia internacional basada precisamente sobre el menor costo del trabajo. En ausencia de una autoridad mundial con el poder de imponer las mismas reglas laborales en cualquier lugar, como solo se está intentando realizar para eliminar los paraísos fiscales y financieros, existirán aún por mucho tiempo los "paraísos" (*rectius* "infiernos") laborales con las consecuencias arriba indicadas" (11).

Aún en contextos como el de la Unión Europea, que conoce una ya experimentada integración económica y podríamos decir una "semi" integración jurídica, existe *dumping* social. No existiendo armonización con relación a las normas laborales, donde es sagrado el principio de libre competencia entre empresas, los Estados miembros buscan un menor costo del trabajo. Célebres son las decisiones de la Corte de Justicia europea que permitieron la competencia entre ordenamientos laborales. Los casos *Viking* y *Laval*, entre otros, nos muestran cómo el derecho de acción sindical libre termina donde comienza a ser causa de la restricción de la libre competencia entre empresas(12). Aquella lucha constante entre libertades económicas y derechos sociales es hoy en día un conflicto presente, en el mercado único de la Unión Europea, en una tensión constante entre el "*market-oriented approach*" (que prevalece) y el "*justice-oriented approach*".

Preocupado con la desestabilización de los límites de las relaciones laborales y las consecuencias desde el punto de vista colectivo, es también Perone quien resalta cómo el terreno del conflicto superó los límites de los Estados. Según el ilustre jurista italiano, factores como la reducción de las barreras aduaneras, el fenómeno de la integración económica y de la reducción de las distancias geográficas, junto con el aumento de la velocidad de transmisión de conocimiento y competencia, tornó casi irrelevante las localizaciones tradicionales de las empresas. Incluso más, la volatilidad y la desmaterialización de las empresas, que hoy consiguen descomponerse y recomponerse en otro lugar, es casi como si fuera "una construcción de Lego"(13). El autor resalta cómo tal escenario coloca en jaque a los instrumentos típicos de la acción sindical: la huelga y la (consecuente) negociación colectiva como autocomposición del conflic-

(11) VALLEBONA. Antonio. op. cit. p. 16.

(12) "Un espacio emblemático de este mix de concurrencia regulatoria, law shopping y dumping social, está retornando a la vieja Europa, donde las libertades económicas – de establecimiento, de prestación de servicios, de circulación de capitales y de mercaderías – piden un nuevo darwinismo legislativo de tal forma que los actores europeos, escogiendo la ley más ventajosa, de hecho, eliminan progresivamente de la escena los sistemas normativos menos aptos para satisfacer las expectativas financieras de los inversores. El equilibrio entre la esfera de las libertades económicas y de los derechos sociales, que caracterizó la intervención comunitaria y la atormentada dialéctica entre derecho comunitario y derechos nacionales del trabajo, parece tornarse, en los más recientes desarrollos, una clara corrección antisocial, con un efecto corrosivo para los sistemas nacionales de derecho del trabajo" PERULLI, Adalberto. op. cit., p. 16.

(13) PERONE, Giancarlo. Diritto sindacale tra essere e dover essere. Argomenti di Diritto del Lavoro. CEDAM, 1/2012, ps. 14-15.

to, la amenaza de traslado de la empresa torna a la lucha sindical cargada de una responsabilidad por consecuencias irremediables(14).

Otro complejo desafío fundamental del siglo XXI –al cual se pretende apenas mencionar aquí ya que aparece como íntimamente vinculado al primero- es con certeza el fenómeno de las migraciones internacionales. El flujo de mujeres y hombres que se trasladan de un país a procura de un trabajo digno y/o con mejores condiciones de vida quizás se convirtió en los últimos años en el tema principal en la agenda política, sea a nivel nacional así como internacional. La mayoría de los países del mundo en este momento están involucrados en el fenómeno migratorio, sea porque son países de donde los ciudadanos huyen, sea porque son países con más oportunidades de trabajo o sea porque son países de tránsito. Según la Organización Internacional para las Migraciones entre los emigrantes (cerca de 190 millones de personas en el mundo) apenas el 10% puede encuadrarse en la condición de migración forzada o involuntaria (o sea, en la condición de refugiado). Este último es un dato muy importante para todos aquellos que se preocupan con el futuro del derecho del trabajo, de hecho, las estadísticas nos dicen que cerca del 90% de las migraciones están vinculadas a cuestiones del mercado de trabajo y al trabajo decente en un contexto internacional. Según la OIT en 2050 cerca de 500 millones de personas estarán involucradas en el proceso migratorio. Al respecto, resulta interesante la reflexión del jurista Luigi Ferrajoli(15) según el cual hoy en día, el concepto de ciudadanía entra en conflicto con el de igualdad jurídica; de hecho, ser ciudadano determina una discriminación jurídica que produce evidentemente resultados excluyentes, contrariando la universalidad e igualdad de todos los derechos fundamentales.

En tal escenario, son dos las condiciones y características problemáticas del trabajo contemporáneo: la "desestatización" del derecho del trabajo que hoy corre a nivel supranacional, y consecuentemente, la ineficiencia de reglas laborales que pierden toda vigencia una vez que llegan a los confines nacionales, conjuntamente con la internacionalización (eliminación de la territorialidad) de la producción.

Alimentar la teoría de la competencia regulatoria que señala el legislador como operador económico es querer sintetizar dos fuerzas opuestas, no siempre en conflicto, pero ciertamente con tendencia hacia direcciones distintas. Aquí nace y se desarrolla el *dumping* social.

2. El *dumping* social

El derecho del trabajo tomó prestada la palabra *dumping* de las relaciones comerciales internacionales, específicamente de la práctica de la competencia desleal definida en el artículo VI del GATT –*General Agreement on Tariffs and Trade* (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio) de 1947 –hoy concentrado en el *World Trade Organization*):

"1. Las partes contratantes reconocen que el dumping, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional. A los efectos de aplicación del presente artículo, un producto exportado de un país a otro debe ser considerado como introducido en el mercado

(14) *Ibid*, p. 15.

(15) FERRAJOLI, Luigi. La igualdad y sus garantias. In: SARLO, Oscar; BLANCO, Andrés (Coord.). El princípio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 15.

de un país importador a un precio inferior a su valor normal, si su precio es:

a) menor que el precio comparable, en las operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador; o

b) a falta de dicho precio en el mercado interior de este último país, si el precio del producto exportado es:

i) menor que el precio comparable más alto para la exportación de un producto similar a un tercer país en el curso de operaciones comerciales normales; o

ii) menor que el costo de producción de este producto en el país de origen, más un suplemento razonable para cubrir los gastos de venta y en concepto de beneficio.

Se deberán tener debidamente en cuenta, en cada caso, las diferencias en las condiciones de venta, las de tributación y aquellas otras que influyan en la comparabilidad de los precios".

Conforme la norma citada la práctica del *dumping* se caracteriza por dos condiciones básicas: debe ser capaz de provocar perjuicios a las industrias del país importador o retardar el establecimiento de la industria local, o aún, debe existir un nexo causal entre el daño causado y la práctica del *dumping*.

De acuerdo a la doctrina sobre el tema, en términos prácticos tales condiciones se verifican en el mercado internacional cuando una empresa "a) detenta cierto poder para estipular el precio de su producto en su mercado local (empresa y competencia imperfecta); b) posee perspectiva de aumentar el lucro mediante ventas en el mercado internacional. Luego, esta empresa, vende su producto a un precio inferior en el mercado externo con relación al vendido en el mercado local, provocando una elevada pérdida de bienestar al consumidor nacional, porque los consumidores nacionales no logran comprar el bien al precio que es vendido para el extranjero. Para adquirir una cuota de mercado, la empresa podrá inclusive vender al exterior a un precio inferior al costo de producción. El subsidio del gobierno puede contribuir a la práctica del *dumping*, desde que obtiene rentas del productor y permite que el producto sea vendido a precios inferiores al costo de producción o al precio entero"(16).

Entre los costos de producción, enumeramos el trabajo, la mano de obra. Observando las relaciones de trabajo a través del lente de la economía, el elemento diferente para el costo de mano de obra es, en el derecho del trabajo, representado por las diversas regulaciones sociales propias de cada ordenamiento jurídico, que determinan directa o indirectamente, diferencias en los costos del factor "trabajo". En este sentido, el legislador debe estar obligado a ser un competidor económico.

Dadas esas premisas que nos explican el fenómeno de matriz económica conocido como *dumping*, pasamos a definir el *dumping* social. En la caracterización elaborada por Fernández: "el *dumping* social puede ser definido como la modalidad de competencia desleal consistente en la comercialización de mercaderías o servicios a precios inferiores a aquellos que normalmente existen en el mercado, obtenidos mediante la reiterada utilización de mano de obra en condiciones inadecuadas y padrones laborales mínimos, generando daños sociales"(17).

(16) VILLATORE, Marco A.; FRAHM, Carina. "O Dumping Social e o Direito do Trabalho". In: VIDOTTI, T. GIORDANI, F. (Org.) Direito Coletivo do trabalho em uma sociedade Pós-Moderna. São Paulo, LTr: 2003. ps. 151-152.

(17) FERNÁNDEZ, Leandro. Dumping social. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 84.

Sin embargo, esa definición es susceptible de varias puntualizaciones: puede crear *dumping* social ya sea la importación de productos de países en los cuales existen condiciones de trabajo irrespetuosas de los niveles mínimos establecidos por la OIT, por el traslado de la empresa a países donde la mano de obra tiene un costo menor –el problema del *dumping* social tiene un elemento común a cualquier práctica en ese sentido: la diferenciación de la regulación laboral de cada ordenamiento jurídico, diferenciación que trae aparejada diferentes costos del valor trabajo"(18).

Su realización, en el ámbito internacional, está protagonizada por Estados soberanos que compiten entre sí ofreciendo ventajas comparativas derivadas de la super explotación de la mano de obra en sus países en la búsqueda por atraer inversores internacionales. Pasamos de la competencia económica a la competencia entre ordenamientos laborales creando un verdadero mercado de las legislaciones laborales.

Antes de analizar las implicancias derivadas del *dumping* social, parece necesario realizar una breve aclaración relativa a la confusión de términos. De hecho, muchas veces se confunden hasta el extremo de identificar entre sí los fenómenos –*dumping* social, globalización y ausencia de respeto hacia las normas laborales. Los tres fenómenos están evidentemente vinculados ente sí, aunque técnicamente el fenómeno del *dumping* social no se caracteriza por la ausencia de respeto hacia las normas laborales, de hecho, no necesariamente existe ilegalidad empresarial. Instalar la propia empresa en países donde el costo de la mano de obra es inferior al costo del país de origen, no caracteriza por sí solo, ilicitud alguna. Se verifica el *dumping* social cuando el incumplimiento de la legislación laboral, utilizado con el fin de obtener una reducción en el costo del trabajo, coloca a una empresa en situación de ventaja comparativa en la competencia económica internacional. *Dumping* social no es sinónimo de incumplimiento de la legislación laboral, es explotación de mano de obra donde la legislación laboral resulta menos onerosa, en definitiva donde el nivel de tutela del trabajo es más débil. El fenómeno en sí presupone la economía en escala global y la competencia hacia abajo entre las legislaciones laborales.

La doctrina económica clásica no comparte con nuestra disciplina la misma preocupación con relación a tales efectos. En realidad, el *ratio* del comercio internacional se basa precisamente en las diferenciaciones de especialización. O sea, se afirma que "*the invisible hand still exists*". De acuerdo con tal posicionamiento, el comercio internacional se desarrolla en cada país y se especializa en la producción de un número limitado de mercaderías en relación a las cuales existe una ventaja comparativa. Según tal perspectiva, el bajo nivel de salarios en los países en desarrollo es un efecto natural de la abundancia de mano de obra frente a la escasez de otros factores productivos (pensamos en este caso, por ejemplo, en el *know how* tecnológico). En este sentido, para los países en desarrollo la diferenciación salarial representa el principal instrumento de competitividad internacional, constituyendo el bajo nivel de los salarios la ventaja competitiva, los países en desarrollo se especializan, por lo tanto, en la producción intensiva de trabajo. Finalmente, a través de la teoría objeto de análisis, el traslado de los recursos de trabajo en el exterior no trae necesariamente aparejados efectos negativos sobre los países de origen, porque tal pérdida de los niveles de empleo será recompensada con un aumento del empleo de más elevado nivel de *know*

(18) PESSI, Roberto. Dumping sociale e diritto del lavoro. W.P. Libertà lavoro e sicurezza sociale. N. 3/2011. Disponible en: http://giurisprudenza.unimc.it/it/ricerca/pubblicazioni/liberta-lavoro-sicurezza-sociale/Dumpingsocialeedirittodellavoro.pdf. Visitado el 15.11.2016, p. 1.

how y también con un refuerzo de la competitividad de los niveles de productividad. Al mismo tiempo, en los países donde se produjo el traslado se verificará, con el tiempo, un aumento de los salarios y mejores condiciones de trabajo, aunque sea en el sector de las exportaciones(19).

A la luz de tales postulados, la posible imposición internacional de una regulación laboral común, el denominado *care labour stantards* –para enfrentar fenómenos (entre otros) como el *dumping* social- aparecería como desfavorable con relación a las economías de los países en desarrollo, anulando la ventaja comercial comparativa de tales países. De esta manera, estos países quedan excluidos o (como mínimo) desfavorecidos en el mercado global. Una legislación laboral común los tornaría débiles, repercutiendo en el sistema país como un todo. Se acabaría con un tipo de producción, la única posible para estos países.

Siguiendo un análisis comprensivo de las reflexiones hasta aquí desarrolladas, una parte del mundo productivo deberá mantener en las propias legislaciones un nivel inferior de tutela laboral, al menos hasta que "la mano invisible" de la economía produzca las arriba descriptas consecuencias positivas del re equilibrio. Sin embargo, quien no se conforma con el razonamiento económico aséptico volverá a reafirmar el mandamiento principal de nuestra disciplina, de que el trabajo no es una mercancía, no podrá por ello ser considerado como un costo cualquiera de la producción. De todos los factores productivos, de todas las variables económicas es imprescindible un núcleo originario, y es la existencia de la persona en el trabajo, porque tal actividad (física o intelectual) es la fuente de su propia libertad. Tal característica convierte a la regulación laboral impermeable a cualquier cálculo, la convierte en algo que no es negociable. Si el trabajo equivale a dignidad, y si esta última es la principal esencia de cada ser humano, no podrá admitirse nada que la disminuya.

Es en este sentido que la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, de 2000 coloca el foco de las Naciones hacia una globalización justa: "*creemos que el principal desafío que se nos impone hoy es el de lograr que la globalización pase a ser una fuerza positiva para todos los pueblos del mundo, desde que, si es cierto que la globalización ofrece grandes posibilidades, actualmente sus beneficios, así como sus costos, son distribuidos de manera muy desigual. Reconocemos que los países en desarrollo y los países con economías en transición enfrentan serias dificultades para hacer frente a este problema fundamental. Así, consideramos que solamente a través de sendos esfuerzos y sustentados para crear un futuro común, basado en nuestra condición humana común, en toda su diversidad, la globalización puede ser completamente equitativa y favorecer la inclusión. Estos esfuerzos deben incluir la adopción de políticas y medidas, a nivel mundial, que correspondan a las necesidades de los países en desarrollo y de las economías en transición y que sean formuladas y aplicadas con su participación efectiva*"(20).

Dura es la crítica que formula actualmente parte de la doctrina contra los nuevos paradigmas económicos de nuestro siglo que se imponen prepotentemente en el contexto mundial, frustrando los intentos para el desarrollo de un capitalismo socialmente responsable. Como nos explica Perulli: "haciendo con que la competencia se convierta en el único principio universal de organización del mundo, la economía creó así una especie de nuevo totalitarismo del siglo XXI: así como en

(19) PESSI, Roberto. op. cit. ps. 3-4.

(20) ONU. Declaração do Milénio. Cimeira do Milénio Nova Iorque, 6-8 de Setembro de 2000, p. 5.

el siglo pasado el viejo totalitarismo consagró la sujeción de las formas jurídicas a las leyes de la competencia entre razas o entre clases, el mercado total define el nuevo paradigma del *geo*-derecho sumiso delante de las leyes de la economía; una economía global indiferente a los límites geográficos y políticos en la medida en que permite a los *players* escoger, justamente, el lugar del derecho, según el principio por el cual 'cada uno es libre de escoger su propio estatuto jurídico'"(21).

El intenso trabajo de la Organización Internacional del Trabajo a lo largo de casi un siglo de Convenios y Recomendaciones es justamente con miras de garantizar aquel mínimo común denominador de dignidad entre los países del mundo, buscando contener los excesos del capitalismo desenfrenado. A esto debe agregarse la casi nulidad del poder coercitivo de la OIT, lo que minimiza su efectividad, la soberanía de los ordenamientos nacionales se impone con todas sus contradicciones en el mundo globalizado, anulando la efectiva protección de los derechos fundamentales.

Como vimos, para entender los efectos de la globalización sobre los ordenamientos nacionales, se utiliza la teoría de la competencia regulatoria. Tal teoría encuadra a los legisladores nacionales como competidores en la definición de normas, desde que éstas sean capaces de atraer capitales que procuran una localización productiva. He aquí que el legislador se convierte en un agente económico que opera en el mercado de la competencia de reglas jurídicas. Resulta intuitivo que teóricamente la salida de una decadencia en tal sentido esté representada por un acuerdo sobre las normas jurídicas entre los estados. Un "acuerdo cartel", como el definido por la teoría de la competencia regulatoria, que armonice y uniformice las reglas de derecho(22). Contrariamente, los efectos de la ausencia de un *core labour standards* colocarían en riesgo no solamente el efectivo goce de las garantías mínimas en el trabajo, sino el entero sistema democrático: "en una especie de 'mapa mundi' que representa a la tierra como un espacio de competencia entre legislaciones se está consumando una mutación epistemológica fundamental, que interesa tanto al derecho, como al *rule of law* y a la democracia. El derecho, porque derriba al principio fundamental de cada ordenamiento jurídico (la localización), o sea el nexo constitutivo de *Ordnung* y *Ortung*, que es la base del moderno Estado nación y de la territorialidad de la ley; la *rule of law* porque la libertad de cada uno de escoger la ley más favorable es un principio antinómico con aquel de la sujeción de todos los sujetos a la ley; la democracia, porque el *law shopping* contrasta con el principio democrático que es mecánicamente reducido en los países en que las legislaciones fiscales y ambientales están colocadas en competencia a escala planetaria"(23).

Desde ya se le impone a la técnica de tutela del trabajo a adquirir dimensión internacional, la regulación debe necesariamente dejar de limitarse a los límites nacionales tornándose transnacional, debe contar con la operación conjunta de las autoridades internacionales.

En este sentido resulta muy importante la referencia contenida en la Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globali-

(21) PERULLI, Adalberto. op. cit. p. 16.

(22) PERULLI, Adalberto. op. cit. p. 14.

(23) *Ibid*., p. 15; en el mismo sentido Pessi: "la exasperación de la competencia normativa de los diversos ordenamientos nacionales comporta una grave desestruturación de los modelos juslaborales, con relación a los cuales el intérprete ya constata una profunda modificación de los parámetros de análisis de congruencia de las normas en materia de trabajo y seguridad social, antes identificados con el nivel de protección y garantía de los trabajadores y ahora, al contrario, reducidos a meros criterios de eficacia económica" PESSI, Roberto. op. cit., p. 5.

zación Justa, de 2008. El documento(24) fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en la 97° sesión. De hecho, conforme lo evidencia el propio texto, se trata de la tercera declaración de principios y políticas más importante adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo desde la Constitución de la OIT de 1919. La declaración se basa en la Declaración de Filadelfia, de 1944 y en la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998. Se resalta una vez más el papel de la OIT en la era de la globalización donde la violación de los principios y de las garantías fundamentales de las normas laborales no pueden ser invocados como ventajas comparativas legítimas: "*considerando que el actual contexto de globalización, caracterizado por la difusión de las nuevas tecnologías, circulación de ideas, intercambio de bienes y servicios, aumento de los flujos de capitales y financieros, internacionalización del mundo de los negocios y de sus procesos, así como por el aumento del diálogo y circulación de personas, en particular, de las trabajadoras y trabajadores, transformará profundamente el mundo del trabajo: -Por un lado, el proceso de cooperación e integración económicas ha ayudado a varios países a alcanzar elevadas tasas de crecimiento económico y creación de empleo, a integrar muchos de los pobres de las zonas rurales en la economía urbana moderna, así como en la prosecución de sus dos metas de desarrollo, promoción de la innovación en el desarrollo de productos y circulación de ideas; -Por otro lado, la integración económica de escala mundial impuso a muchos países y sectores importantes desafíos como las desigualdades de rendimientos, persistencia de elevados niveles de desempleo y pobreza, vulnerabilidad de las economías a los choques externos y aumento del trabajo precario y de la economía informal, los cuales tienen un impacto sobre la relación de trabajo y en la protección que la misma puede proporcionar*"(25).

Constituye un principio fundamental del Sistema de Resolución de controversias de la Organización Mundial del Comercio el que "los tratados comerciales no pueden ser leídos de manera separada del derecho internacional público", por lo tanto, los acuerdos comerciales deberán responder y ser compatibles con el denominado *core labour standard*, y con una inter-normatividad más general que abrace la justicia social como un todo, incluyendo en las preocupaciones de los operadores económicos, el trabajo y el medio ambiente, hoy en día un binomio inseparable. Siempre en el sentido del beneficio superior de la regulación transnacional es Perulli quien propone a la globalización económica "una respuesta que pretenda garantizar la complejidad axiológica de la regulación, que debería anhelar la creación de un *frame of reference* supranacional capaz de colocar a las empresas en un *level playing field* de reglas compartidas y armonizadas: o sea, proyectando el paradigma jus laboral en el horizonte transnacional"(26).

Lo que parece necesario, y en la actualidad impostergable, es esa transición del *free trade* al *fair trade*. Aquella construcción del mercado sensible a los principios de equidad y solidaridad. La construcción de un espacio global de justicia social.

Aun reconociendo la importancia de los modelos unilaterales de *governance* representados por el GATT y WTO, que permitie-

(24) OIT Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globalización Justa. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en la 97ª Sesión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

(25) OIT Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globalización Justa. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en la 97ª Sesión, Ginebra, 10 de junio de 2008, p. 5.

(26) PERULLI Adalberto. La contrattazione collettiva "di prossimità": teoria, comparazione e prassi. RIDL, 2013, I, p. 927.

ron el desarrollo del mercado global, tal conquista no estuvo acompañada de la vinculación con los intereses sociales, a través de instrumentos multilaterales y supranacionales. Los instrumentos creados por el GATT y después WTO traen consigo una falla importante en este sentido, de hecho ellos elaboraron una definición de *dumping* que corresponde únicamente al fenómeno de la *international price discrimination*, o sea, sancionan apenas o *prizedumping* que se caracteriza por la venta en el mercado extranjero por un precio inferior a aquel existente en el mercado de origen o a través de la venta por un precio insuficiente para cubrir los costos de producción. Contrariamente, el costo diferente del producto –como resultado, por ejemplo, de niveles salariales menores- no releva los fines del *dumping*, de hecho, lograr vender un producto por un precio menor es, para el mercado económico, quizás el más importante de los objetivos(27).

Por lo tanto, el universo jurídico se pregunta, cuáles son los posibles instrumentos o acciones que permiten el desarrollo de un capitalismo socialmente responsable. En primer lugar, como medida incluida entre las denominadas *hard law*, se propone la inserción de cláusulas sociales en los tratados comerciales internacionales. A través de la introducción de cláusulas sociales basadas en los Convenios fundamentales(28) de la Organización Internacional del Trabajo, sentando así las bases para un *core labour standard* de referencia como base para cualquier inversión o intercambio comercial. Sin dudas, la colaboración entre la OMC y la OIT en un trabajo enfocado hacia la realización y protección de un capitalismo socialmente responsable representa una unión feliz y prometedora. La Organización Mundial del Comercio, de hecho, cuenta con una característica institucional extremadamente relevante, de la que carece la OIT, un poder mayor (o mejor, más efectivo) de coercibilidad de sus propias decisiones. De hecho, el trabajo constante e intenso desarrollado por la OIT en la búsqueda por la internacionalización del trabajo decente, se desvirtúa toda vez que se choca con la escasa efectividad de sus normas.

En la misma dirección apuntan las tendencias de inserción de normas relacionadas a las *fair labour practises*, en acuerdos bilaterales, o sea, creando acuerdos paralelos a los *Free trade agreements*. Ejemplo de la interesante perspectiva que ello trae es la representada por el NAALC- *North American Agreement on Labour Cooperation*, paralelo al NAFTA. Es así que el *fair labour practices* entra a componer una de las prerrogativas del *fair trade*(29). En otras palabras, se crearían los presupuestos para construir un sistema internacional de acuerdos donde el criterio de evaluación del derecho internacional del trabajo se convierte en un paradigma de referencia en la evaluación de las garantías de la legislación socio laboral de los estados adherentes a los convenios internacionales, de manera que toda vez que un país adherente no cumpla con el *core labour standards* automáticamente está violando las reglas del *fair trade*, porque las primeras están definitivamente incluidas en ésta.

La cuestión de la inserción de cláusulas sociales en los tratados comerciales(30) es un

(27) PESSI, Roberto. op. cit. p. 7.

(28) Se hace aquí referencia específicamente, aunque no exhaustivamente, a los ocho Convenios fundamentales de la OIT: 1) libertad de asociación y de negociación (Convenios 87 y 98), 2) eliminación del trabajo forzoso y esclavo (Convenios 29 y 105); 3) eliminación de la discriminación en relación al empleo y la ocupación (Convenios 100 y 111); 4) abolición del trabajo infantil (Convenios 138 y 182); incluyendo el Convenio n. 155 sobre seguridad y saludo, que debería entrar a componer definitivamente el concepto de trabajo decente referido en los Convenios citados.

(29) PESSI, Roberto. op. cit., p. 8.

(30) "cuyo reforzamiento parece indispensable para una serie perspectiva de justo reequilibrio mundial" según

tema que viene siendo debatido desde hace más de 20 años en las instancias de la Organización Mundial del Comercio donde los países en vías de desarrollo respaldan una posición que acusa de proteccionismo a los países desarrollados. Sobre la base de la teoría económica clásica, se argumentaría que en este caso, si analizamos, por ejemplo, a las problemáticas en conexión con el fenómeno del *dumping* social –en primer lugar la explotación de mano de obra a bajos costos en países que cuentan con tal ventaja competitiva en el juego económico- los países desarrollados no quieren otra cosa que excluir de la competencia económica a los países en vías de desarrollo. Por otro lado, las empresas instaladas donde existe un elevado nivel de protección laboral, acusan de competencia desleal a las empresas que producen en los países que, a través de una reducida protección social, reciben ventajas comparativas.

Por último, otro instrumento que debe ser explotado en la búsqueda de una globalización del trabajo justa es, sin lugar a dudas, el representado por los acuerdos colectivos transnacionales. Estamos plenamente de acuerdo con la doctrina(31) que ve en las relaciones industriales transnacionales el futuro de la acción colectiva laboral. La regulación transnacional espontánea aparece como una vía viable y prometedora en este sentido. De hecho, creemos que un sistema altamente eficaz y rápido de regulación "por encima de los estados" estará representado por los acuerdos colectivos transnacionales. Por lo tanto, apostamos a los acuerdo marco internacionales ya que potencialmente son los únicos capaces de amoldar constantemente las relaciones de trabajo a las fluctuaciones, avances y, a veces, pérdidas, de un sistema productivo siempre más acelerado. Se confía en tal técnica normativa porque es el fruto del trabajo del guardián por excelencia, del defensor innato de quien trabaja, el sistema sindical. Contrariamente a quienes afirman el fin del movimiento sindical, fenómenos complejos como el ya descripto de *dumping* social, conjuntamente con la desestructuración y separación del lugar y el tiempo de trabajo, evidencian la urgente necesidad de nuevas y eficaces formas de organización y acción colectiva(32). La tendencia actual de los sistemas jurídicos occidentales es el de que la ley quede vacía de disposiciones sustanciales, y en su lugar, fijar reglas procesales destinadas a garantizar el derecho a la negociación colectiva del trabajo, cuyo resultado puede sustituir, prolongar, desarrollar o aplicar disposiciones legislativas(33).

Conforme nos enseña Amauri Mascaro Nascimento(34) la autonomía privada colectiva favorece el derecho a la negociación colectiva libre, la transferencia de poder normativo del Estado hacia el sistema sindical, el poder de los grupos sociales de darse a sí mismos la regla jurídica, la tutela sindical en lugar de la estatal(35). He aquí que la autonomía privada colectiva se inserta decididamente entre las fuerzas capaces de corregir las contradiccio-

opinión de VALLEBONA. Antonio. Lavoro e Spirito. Giappichelli. Torino. 2011, p. 53.

(31) PESSI, Roberto. op. cit. , p. 14.

(32) COLUMBU, Francesca. op. cit. p. 481.

(33) SUPIOT, Alain. Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa. Coimbra: Ed. Coimbra. 2003. p. 153.

(34) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 196.

(35) En palabras de Giancarlo Perone "la historia del derecho del trabajo, en su esencia, se identifica con la evolución de sus fuentes: fuentes de conocimiento, es claro, pero también con las de producción. Estas son oriundas -es una características esenciales de esta rama del derecho tan deudor de las determinaciones de las fuerzas sociales- no sólo de la soberanía del legislador, sino también de la voluntad de los sujetos de la autonomía colectiva. La confluencia y desarrollo de un conjunto tan diverso de fuentes marcan la progresiva fisonomía de la disciplina" PERONE, G. Lineamenti di Diritto del lavoro. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Giappichelli, Torino, 1999, p. 227.RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, p. 69-70.

nes de un mundo globalizado. Expresión de la autonomía privada de los particulares, la negociación colectiva representa una fuente fundamental de producción normativa en el derecho del trabajo. De hecho, como ventaja primordial, se muestra más compatible con los imperativos de una modulación dinámica de las relaciones de trabajo, en función de la vigencia temporal limitada de los contratos colectivos de trabajo(36). Asimismo, como enseñaba Oscar Ermida Uriarte, la negociación colectiva permite la transición de la tutela estatal hacia el "garantismo colectivo"(37).

3. El dumping social interno o dumping social como daño social

Hasta ahora analizamos el dumping social como fenómeno global: explotación del trabajo proveniente de la peligrosa ausencia de comunicación en la competencia trabada entre la economía globalizada y la protección nacional garantizada a los trabajadores.

De acuerdo con parte de la jurisprudencia y doctrina brasilera más recientes, el *dumping* social también se configura dentro de los límites nacionales, y en este caso se verificaría el denominado *dumping* social interno. La locución llama la atención porque contiene en sí una "*contradizione in termini*". De hecho, como vimos, al fenómeno del *dumping* pertenece el "derivado" *dumping* social; nacen en un contexto de competencia internacional, el primero entre empresas de diversos países y el segundo entre ordenamientos jurídicos desde el punto de vista laboral. Si usamos el adjetivo "interno" conjuntamente con la expresión *dumping* social, como indicativo de un fenómeno que ocurre dentro de un país, probablemente estaríamos describiendo otro fenómeno diferente.

Claro está que ante un país como Brasil estamos hablando de un mercado de trabajo que alcanza dimensiones continentales y más, la economía brasilera no se caracteriza apenas por una extensión territorial entre las mayores del mundo, sino también por una variedad de condiciones productivas que reflejan lo heterogénea de la actual condición económica global. Brasil cuenta con un territorio extenso casi tanto como toda Europa; la economía del país se caracteriza por la presencia contemporánea de distintos niveles (o extremadamente distintos) de desarrollo económico. Sin embargo, estas dos características no parecen suficientes para la creación de *dumping* social, de acuerdo al internacionalmente conocido como tal.

De la lectura de Jorge Luis Souto Maior, Ranúlio Mendes y Valdete Severo, exponentes de la doctrina del *dumping* social interno: "es muy cierto que la expresión 'dumping social' fue utilizada, históricamente, para designar las prácticas de competencia desleal a nivel internacional, verificadas a partir de la disminución del esquema social adoptado por determinado país, comparándose su situación con la de otros países, basándose en el parámetro fijado por las Declaraciones Internacionales de Derecho. Sin embargo, no resulta equivocado, en absoluto, identificar por medio de la misma configuración la adopción de prácticas ilegales para la obtención de ventajas económicas en el mercado interno. En efecto, al no respetar de manera deliberada, reiterada e institucionalizada, los derechos laborales que la Constitución garantiza al trabajador brasilero, la empresa no solo afecta la esfera patrimonial y personal de este empleado, sino que también compromete su propio orden económico, proyectado en la Constitución. Actúa en condiciones de desigualdad con las demás empresas de la misma rama, desde que explota mano

(36) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, p. 69-70.ERMIDA URIARTE, Oscar. A flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002. 35.

(37) ERMIDA URIARTE, Oscar. A flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002. 35.

de obra sin arcar con el *onus* que de ello se deriva, practicando competencia desleal"(38).

Desde el punto de vista jurisprudencial, la construcción de la figura del *dumping* social interno –como definición del fenómeno, medida y reparación del daño, *juspostulandi* y valor de la indemnización- encuentra respaldo en virtud del enunciado n° 4(39) aprobado en la 1° Jornada de Derecho Material y Procesal en la Justicia del Trabajo realizada en 2007 en el Tribunal Superior del Trabajo, que dispone lo siguiente: "*DUMPING SOCIAL" DAÑO A LA SOCIEDAD. INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA. Las agresiones reincidentes e inexcusables a los derechos laborales generan un daño a la sociedad, puesto que con tal práctica se deja de lado, a propósito, la estructura del Estado social y del propio modelo capitalista con la obtención de una ventaja indebida frente a la competencia. Por lo tanto, la práctica refleja el conocido "dumping social", motivando la necesaria reacción del Judicial laboral para corregirla. El daño a la sociedad configura un acto ilícito, por ejercicio abusivo del derecho, desde que excede límites económicos y sociales, en los exactos términos de los arts. 186, 187 y 927 del Código Civil. El fundamento de orden positivo para imponer al agresor contumaz una indemnización complementaria se encuentra en el art. 404, párrafo único del Código Civil, así como en las ya previstas disposiciones de los artículos 652, "d", y 832, § 1°, de la CLT".*

Se advierte que el *dumping* social interno es una definición joven y aún en vía de construcción, el legislador brasilero aún no creó una figura jurídica específica para determinar tal problema que aparece, en el mejor de los casos, como confuso. Por lo tanto, nos servimos del trabajo de elaboración realizado por la doctrina y jurisprudencia(40). Sintetizando, los elementos característicos son tres: reiteración de la conducta, utilización de mano de obra de manera ilícita y la producción de un daño de carácter social.

(38) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes Moreira e SEVERO, Valdete Souto. Dumping social nas relações de trabalho. Ltr, 2012, p. 10.

(39) Disponible en http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=221637&infobase=sumulas.nfo&jump=Enunciado%20079%2fAnamatra%2fJornadaJ Trabalho&softpage=Document42. Visitado el 10.11.2016

(40) Una coherente y lúcida síntesis de la caracterización del dumping social interno como daño social es realizada por Enoque Ribeiro dos Santos, que plantea lo siguiente: "podemos inferir que el dumping social es un daño colectivo, de cuño social, relacionado a derechos de tercera dimensión de los derechos humanos fundamentales, por lo tanto, relacionado a derechos difusos y colectivos. Por consiguiente, en síntesis, podemos aducir: solamente los autores ideológicos o legitimados ope legis podrán postularlo en el juicio laboral, ya que no hay amparo legal en nuestro ordenamiento jurídico para que sean postulados con éxito por el trabajador considerado individualmente; la imposición de una reparación o indemnización por daño moral podrá ser judicializada por medio de acciones moleculares, por el sustituto procesal o por el parquet laboral, en juicio de primero grado, de la misma forma aue las acciones civiles públicas o acciones civiles colectivas; esta indemnización o reparación también podrá ser impuesta por medio de celebración del títulos ejecutivo extrajudicial (TAC), de titularidad exclusiva del parquet laboral, por vía administrativa de consulta civil; la legitimidad del Ministeério Público del Trabajo deriva de su propia atribución en la Constitución (inciso III del art. 129 de la CF/88), de legítimo defensor de los derechos humanos fundamentales, y de los derechos difusos y colectivos e coletivos y del interés público primario de la sociedad; el valor de la indemnización o reparación será revertido no directamente para los trabajadores retirados de la situación de dumping social, pero serán beneficiarios indirectamente, porque tales fondos serán direccionados hacia instituciones filantrópicas que prestan servicios a los trabajadores, familiares, vulnerables, ancianos, niños en situción de riesgo social, discapacitados, o que se dedican a la inclusión o recalificación profesional; en casos específicos, de deligencias de fuerza tarea conjunta o rescate de trabajadores, podrá ocurrir la acumulación del daño moral individual y colectivo, por el dumping social practicado por el empleador, con fundamento en la Súmula n. 37 del STJ, en este caso aplicada por analogía; el papel de las Sedes laborales es fundamental en el análisis de los casos concretos que le son sometidos y, si son debidamente probados, habrá condenación ejemplarizando, pedagógica y disuasoria de los empleadores que se aprovecha de tal práctica lesiva y atentatoria de la dignidad humana de los trabajadores", SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho – formas de combate. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. v. 43 – 2015, ps. 78-79.

Desde que el dumping social configura una "violación a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales" ya que "desconsidera, a propósito, la estructura del Estado social", con relación a la parte activa legitimada, la magistratura carioca indicó a los sujetos como legitimados para iniciar acción civil pública; también señaló el Fondo de Amparo al trabajador como órgano al cual será la indemnización prevista: enunciado n° 2 aprobado 1° Fórum de Derecho Material y Procesal del Trabajo del Tribunal Regional del Trabajo de la 1° Región, *DUMPING SOCIAL. DAÑO A LA SOCIEDAD. INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA. 1) Las agresiones reincidentes e inexcusables a los derechos laborales generan un daño a la sociedad, puesto que con tal práctica se deja de lado, a propósito, la estructura del Estado social y del propio modelo capitalista con la obtención de una ventaja indebida frente a la competencia. Por lo tanto, la práctica refleja el conocido "dumping social", motivando la necesaria reacción del Judicial laboral para corregirla. 2) El daño a la sociedad configura una violación a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, debiendo ser revertida la indemnización al FAT. 3) La legitimación activa para el cobro de esta reparación pertenece a los entes legitimados para la acción civil pública"*(41).

Resulta evidente que tal caracterización como conjunto de conductas que generarían un daño social, una lesión del interés difuso –que implica, por ende, el resarcimiento a la sociedad como un todo por parte de la empresa involucrada- debería acompañarse con un análisis muy minucioso del caso concreto para que no se convierta en apenas una sanción indiscriminada frente a ilicitudes de tipo laboral que, por sí solas, cuentan con instrumentos de sanción, indemnización y multa. De hecho, contamos con sucesivas decisiones judiciales, definidas como "pedagógicas", que se pronuncian incluso, *de oficio*, con elevadas sanciones de dudosa coherencia jurídica.

Se resalta que actualmente la figura del *dumping* social interno cuenta, en Brasil, con un proyecto de ley, n° 1615/2011, que la define así: "*la inobservancia reiterada de la legislación laboral que favorezca comercialmente a la empresa frente a su competencia*". El proyecto sujeta a la empresa responsable a tres sanciones específicas: "*a) pago de indemnización al trabajador perjudicado, que será el equivalente a cien por ciento de los valores que dejaron de abonarse durante la vigencia del contrato de trabajo; b) pago de indemnización a la empresa concurrente perjudicada, que será el equivalente al perjuicio causado en la comercialización de su producto; c) pago de multa administrativa por el importe de R$ 1.000,00 (mil reales) por trabajador perjudicado, la que se elevará al doble en caso de reincidencia; la que será recaudada por el Fondo de Amparo al Trabajador- FAT.*"; en el mismo texto se consagra la posibilidad de que "*el juez "de oficio", a solicitud de parte, de entidad sindical o del Ministerio Público puede declarar la práctica de "dumping social", imponiendo la indemnización y la multa establecidas (…)*"(42).

Creemos que resulta extremadamente importar sumar a la conclusión del presente capítulo y de las perplejidades expuestas desde el comienzo, la lectura del problema hecha por Amauri Mascaro Nascimento al comentar una decisión(43) de la justicia brasilera al

(41) Disponible en: http://docslide.com.br/documents/enunciados-trt-1.html. Visitado el 10.11.2016.

(42) Proyecto de Ley n° 1615/2011, disponible en: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7A0645B7F0C54F0E58E28503D9018087.proposicoesWebExterno1?codteor=889754&filename=PL+1615/2011. Visitado el 5.11.2016.

(43) DUMPING SOCIAL Y DAÑO MORAL COLECTIVO LABORAL "DUMPING SOCIAL. PRÁCTICAS LESIVAS A LOS VALORES SOCIALES DEL TRABAJO Y A LOS PRIN-

respecto. En el comentario el autor advierte sobre una cierta miopía jurídica entre parte de la doctrina y jurisprudencia brasilera con relación a la caracterización y las sanciones para las prácticas de *dumping* social: "el *dumping* social viene siendo utilizado para justificar el repudio hacia ciertas leyes y actos del empleador en la esfera laboral. Con tal finalidad, nuestra impresión es de que hubo un desvío en la comprensión de la figura, que no es otra cosa que una idea a combatir, la del trabajo precario, con salarios más bajos en un país, como medio de competencia empresarial. Luego, cuando se utiliza este argumento, sería necesario en primer lugar, explicar lo que es *dumping* social. Y esto no ha sido realizado en algunas decisiones judiciales, fundamentalmente en las de primera instancia."(44) Según el ilustre jurista paulista, con el cual estamos de acuerdo, en las reflexiones sobre el *dumping* social, y sobre todo de los métodos de combate de este fenómeno, se confundió el fenómeno con los efectos que se proyectan de las relaciones de trabajo, de lo cual surgen dos grandes problemas para el jurista: "primero sobre la prueba de estos efectos: resulta necesario demostrar que una empresa practicó *dumping* social con la finalidad de rechazar el sistema jurídico vigente o de utilizarlo de manera abusiva, lo que no siempre es muy fácil. En segundo lugar es necesario destacar que el *dumping* social no es un fenómeno originalmente interno de un país. Su aplicabilidad exige, casi siempre, una relación entre lo que hace en más de un país. Sin citar ejemplos comunes y que son conocidos para todos, la economía de un país se puede revitalizar con el dumping social, lo que es indeseable en la medida en que se sacrifiquen los derechos del trabajador".

La ausencia de conflicto entre soberanías legislativas constituye, por lo tanto, el elemento principal que hace con que parezca forzada la "importación" de tal figura jurídico- económica de cuño internacional para el mercado interno, aunque ese mercado presente las particularidades antes expresadas(45).

CIPIOS DE LA LIBRE COMPETENCIA Y BÚSQUEDA DEL PLENO EMPLEO. DAÑO DE NATURALEZA COLECTIVA CAUSADO A LA SOCIEDAD. INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA DEBIDA. La figura del dumping social se caracteriza por la práctica de competencia desleal, pudiendo causar perjuicios de orden patrimonial o inmaterial a la colectividad en su conjunto. En el campo laboral el dumping social se caracteriza por la ocurrencia de una transgresión deliberada, consciente y reiterada de los derechos sociales de los trabajadores, provocando daños no sólo a los intereses individuales, sino también a los intereses meta individuales, esto es, aquellos pertenecientes a toda la sociedad, pues tales prácticas apuntan a favorecer a las empresas que a ellas echan mano, en ausencia de respeto al ordenamiento jurídico laboral, enfrentando los principios de la libre competencia y de la búsqueda del pleno empleo, en detrimento de las empresas cumplidoras de la ley. Esa conducta, además de someter al empleador a la condena de naturaleza individual derivada de la reclamación, por medio de la cual el trabajador lesionado reclama el pago de todos los derechos laborales incumplidos, inclusive el correcto registro del contrato de empleo en la CTPS e indemnizaciones previsionales y, eventualmente, reparaciones por daños morales de carácter compensatorio o pedagógico, puede acarrear, también, una sanción de naturaleza colectiva por el daño causado a la sociedad, como el objetivo de evitar la continuidad o la reincidencia de tal práctica lesiva a todos los trabajadores indistintamente considerados, pues es cierto que tal lesión es de naturaleza difusa. En la hipótesis de autos quedó evidenciado el carácter fraudulento del contrato de pasantía, dado que las tareas efectivamente desarrolladas por la reclamante y por varios otros pseudo pasantes, no guardan ninguna relación con los requisitos materiales de la pasantía, previstos en el art. 3º, de la Ley 11.788/2008. Sentencia confirmada. Comentario disponible en: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Dumping social e dano moral coletivo trabalhista. Disponible en:http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=276:7-dumping-social-e-dano-moral-coletivo-trabalhista&catid=68:decisoes-comentadas&Itemid=206. Visitado el 29/05/2016.

(44) NASCIMENTO, Amauri. Mascaro Dumping social e dano moral coletivo trabalhista. Disponble en: http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=276:7-dumping-social-e-dano-moral-coletivo-trabalhista&catid=68:decisoes-comentadas&Itemid=206. Visitado el 29/05/2016.

(45) "La cuestión es saber -continúa Amauri Mascaro en el comentario citado en el texto- si la solución deber partir de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o cortes regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además de la experiencia del Tribunal Penal

La crítica que Amauri realiza es legítima e incisiva. Se trata de una crítica a la interpretación de la base del problema. Conforme se vio, la ausencia de respeto por la legislación laboral no es necesariamente *dumping* social, y también es cierto la afirmación contraria, se verifica el *dumping* social aún cuando la legislación laboral sea respetada. Las bases del problema –como fuera explicado en el capítulo precedente- son otras.

Finalmente la "brasilerización" del *dumping* social como daño social genera, además, otras cuestiones complejas. Se habla de "conductas reiteradas", término que resulta es amplio, no pudiendo definir el quantum de este comportamiento, dejándolo a la discrecionalidad del juez. ¿Lo que se analiza es el número de infracciones a lo largo del tiempo o, una única infracción que involucre a más trabajadores ya es suficiente? ¿Es más responsable por *dumping* social la empresa recién instalada que no cumple con las normas de salud y seguridad en el trabajo, manteniendo a los trabajadores en condiciones de trabajo no dignas o una empresa que en veinte años de actividad productiva nunca contrató mujeres?

Si la empresa incumple la legislación laboral reiteradamente pero no se encuentra en competencia con ninguna empresa brasilera, porque es la única en la producción de determinada mercadería o servicio, ¿esta empresa no es pasible de sanciones? ¿Sobre qué criterios y directrices se basa la cuantificación del daño, a efectos de que no implique una discrecionalidad indiscriminada del Poder Judicial?

La empresa que incumple la legislación en materia de trabajo pero no alcanza ninguna ventaja comparativa en términos de competencia, ¿es pasible de sanciones por *dumping* social interno?

La sanción que los Jueces Laborales pretenden aplicar a las empresas que cometen *dumping* social es una forma de sanción de prácticas laborales ilícitas que tengan repercusión social. Pero el incumplimiento de la legislación tributaria que también genera competencia desleal, en la misma línea de razonamiento, genera asimismo un daño difuso, ¿podemos hablar en este caso de *dumping* social tributario?

Y, por último, la sanción de carácter pedagógico siempre resulta más difusa, y representa un peligro aún mayor del defecto que se quiere corregir, desde que genera la posibilidad de confusión entre poderes, y de los dos males para la democracia, indudablemente el segundo es peor. En el mismo sentido son las críticas a la magistratura que defiende la legitimidad *ex oficio* de la denuncia, bajo pena, en primer lugar, de violación de los principios del contradictorio y de la debida defensa, y en segundo lugar del principio de congruencia al que todo juez está sujeto.

4. Conclusiones

Indudablemente el siglo XX fue el siglo del derecho del trabajo. Las principales democracias occidentales hicieron de la legislación laboral, y más genéricamente social, el instrumento de concreción de la ciudadanía y con ello, de los valores de la justicia social. El siglo pasado marca su paso al ritmo de las conquistas de la clase trabajadora, acompañados por el himno *bread and roses*, por la fundación de la Organización Internacional del Trabajo, atravesado por tres revoluciones industriales, por huelgas poderosas, y por todas las conquistas que convirtieron al trabajo de la persona en el principal medio de

Internacional, que no tiene relación con las cuestiones laborales. Por lo tanto, nuestra posición es de reserva en cuanto al uso ampliado del *dumping* social como fundamento de lo que sería apenas una cuestión laboral, dada la distancia que hay entre una cosa y otra".

emancipación social. El trabajo digno que convierte al hombre en libre.

Contrariamente, el siglo XXI amaneció desestructurando todo lo que hasta hoy habíamos construido. Poniendo en jaque los principales postulados y garantías fundamentales que cimientan las relaciones laborales. En primer lugar, pensamos en los efectos del ingreso siempre más fuerte de la tecnología (en todas sus formas) en los métodos de producción, conjuntamente con la globalización de la economía.

Y aún más, porque si el edificio protector de la legislación laboral fue construido a la medida de los tres pilares del Estado Moderno, cuales son la soberanía nacional, el territorio y el pueblo, es claro que el debilitamiento o la crisis de éstos, hace con que la estructura se estremezca.

En el presente artículo, vimos cómo el regreso a economías nacionales, digamos, "cerradas" no parece viable, además de que resulte imposible. Esto nos indica un primer problema esencial, la legislación nacional resulta insuficiente, si no contamos de aquí en adelante con la regulación laboral transnacional –sea construida a través de la cooperación entre OIT y OMC, con la inclusión de cláusulas sociales en los tratados comerciales, sea a través de acuerdos colectivos transnacionales, o aún, con el trabajo en conjunto de estas dos técnicas distintas de regulación –fenómenos como el *dumping* social harán con que disminuya aún más el conjunto de garantías fundamentales en el trabajo hasta hoy conocidas. La internacionalización de la legislación laboral, entendida como creación de un *core labour standard* mundial, garantizando a todo ser humano en tanto tal, representa el desafío más grande de los años venideros. Ser humano como titular pleno de derechos y garantías fundamentales, amparado por instituciones supra-estatales.

Por lo tanto, parece urgente repensar toda nuestra disciplina en términos internacionales, o extra-nacionales, desde que las barreras y los límites nacionales, la competencia entre legislaciones, la competencia que ve como meta quién explota más el trabajo, es una competencia donde todos pierden, no existe ganador.

El político italiano Enrico Berlinguer, de la denominada "primera república" sostenía: "*queremos una sociedad que respete todas las libertades excepto una, la libertad de explotar el trabajo de otros seres humanos, porque esta libertad destruye a todas las demás y las torna carentes de sentido*". En esta frase se encuentra contenido todo el potencial liberador de nuestra disciplina.

BIBLIOGRAFIA

COLUMBU, Francesca. *Flessibilità, lavoro atipico e rappresentanza sindacale. Una comparazione tra Italia e Brasile*. Revista Faculdad de Derecho, Universidade de San Pablo v. 109, ene./dic. 2014, pgs. 461 – 482.

ERMIDA URIARTE, Oscar. A flexibilidade. San Pablo: LTr, 2002

FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. San Pablo. Saraiva. 2014

FERRAJOLI, Luigi. *La igualdad y sus garantias*. In: SARLO, Oscar; BLANCO, Andrés (Coord.). *El princípio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. Martins Fontes. San Pablo. 2007

MENGONI, Luigi, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, M. Napoli (a cura

di) raccolta degli scritti, V&P Università, Milano, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical.* 2. ed. San Pablo: LTr, 2009 NASCIMENTO, Amauri. Mascaro. *Dumping social e dano moral coletivo trabalhista*. Disponible en: http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=276:7-dumping-social-e-dano-moral-coletivo-trabalhista&catid=68:decisoes-comentadas&Itemid=206. Acceso el 29/05/2016

ONU. *Declaração do Milénio*. Cumbre del Milenio Nueva York, 6-8 de Setiembre de 2000

PALLINI, Massimo. *Le prestazioni transnazionali di lavoro tra criticità e opportunità*. En: CORAZZA, Luisa; ROMEI, Roberto. *Diritto del lavoro in trasformazione*. Il Mulino. Bologna. 2014

PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di Diritto del lavoro. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti*. Giappichelli, Torino, 1999.

PERONE, Giancarlo. *Diritto sindacale tra essere e dover essere*. Argomenti di Diritto del Lavoro. CEDAM, 1/2012

PERULLI, Adalberto. *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?* en "Lavoro e diritto" 1/2011

_____. *La contrattazione collettiva "di prossimità": teoria, comparazione e prassi*. RIDL, 2013.

PESSI, Roberto. Dumping sociale e diritto del lavoro. W.P. Libertà lavoro e sicurezza sociale. N. 3/2011. Disponible en: http://giurisprudenza.unimc.it/it/ricerca/pubblicazioni/liberta-lavoro-sicurezza-sociale/Dumpingsocialeedirittodellavoro.pdf. Acceso el 15.11.2016

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. San Pablo: LTr, 1997

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dumping social nas relações de trabalho – formas de combate*. Revista del Tribunal Regional del Trabajo de la 10° Região. v. 43 – pgs. 64-79, 2015

SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Nozioni di diritto del lavoro.* Jovene, Napoli, 1995.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes Moreira y SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. Ltr, 2012

SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Ed. Coimbra. 2003

VALLEBONA. Antonio. *Lavoro e Spirito*. Giappichelli. Torino. 2011

VILLATORE, Marco A.; FRAHM, Carina. *"O Dumping Social e o Direito do Trabalho"*. En: VIDOTTI, T. GIORDANI, F. (Org.) Direito Coletivo do trabalho em uma sociedade Pós-Moderna. San Pablo, LTr: 2003

La reputación *online* en la economía colaborativa y su impacto en los derechos fundamentales de los trabajadores(1)

por **Adrián Todolí Signes**

Profesor ayudante Doctor, Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de las Islas Baleares, Adrian.todoli@uv.es

Resumen: La reputación online o la posibilidad de que los clientes o los empresarios valoren la actividad profesional de los trabajadores laborales o autónomos a través de plataformas virtuales permite sin duda una mejora en la trasparencia del mercado laboral. Sin embargo, estos sistemas de reputación online también provocan ciertas disfuncionalidades que la legislación debe solucionar. Concretamente, la privacidad, el derecho al honor y a la protección de datos personales pueden verse afectadas desde el momento que cualquier interacción con el trabajador puede ser publicada en internet. Pero además esa posibilidad de evaluar el trabajo puede ser utilizada para valor otros elementos distintos a la conducta profesional del trabajador en detrimento de sus Derechos Fundamentales. En este trabajo se analiza con detenimiento el funcionamiento de los sistemas de reputación online y sus características principales así como sus tipos, para posteriormente analizar cómo afectan a los derechos fundamentales.

Palabras claves: economía colaborativa - derecho al honor - derecho a la protección de datos - derechos fundamentales - reputación online - control de los trabajadores.

Sumario: 1. La reputación online como base de la economía colaborativa. 2. Principio de calidad y adecuación de los datos. 3. La portabilidad de la reputación online. 4. Conclusiones.

1. La reputación online como base de la economía colaborativa

La dificultad de distinguir la buena calidad de la mala es inherente a todo tipo de transacciones comerciales, se esté hablando de compraventas, alquileres o prestaciones de servicios(2). En particular, en las transacciones realizadas a través de internet –plataformas virtuales- donde el comercio suele ser típicamente anónimo, disperso geográficamente y de ejecución secuencial, los problemas de confianza en la contraparte se maximizan(3). De esta forma, es necesario configurar elementos internos, dentro de las plataformas virtuales, que permitan a los usuarios confiar unos en otros de forma barata y simple. Las empresas de economía colaborativa optan todas por establecer sistemas reputacionales. Estos sistemas permiten, de una forma u otra, obtener puntuaciones y evaluaciones –positivas o negativas- de los usuarios

(1) Trabajo elaborado en el marco del proyecto titulado "La regulación de la economía colaborativa" del Ministerio de Economía y competitividad, nº DER2015-67613-R

(2) THIERER A., KOOPMAN C., HOBSON, A., KUIPER C., "How the internet, the sharing economy, and reputational feedback mechanisms solve the "Lemons Problem", *Working paper*, 2015, p 7.

(3) BOLTON G., GREINER B., OCKENFELS A., "Engineering Trust. Reciprocity in the production of reputation information, *Management science: journal of the Institute for operations research and the management sciences*, 59, 2, 2013, p 265.

con los que se ha realizado un negocio jurídico. Esas evaluaciones se publican –en abierto o para la red de inscritos en la plataforma- y son accesibles a otros potenciales usuarios.

El principal problema que pretende solventar estos sistemas es el de la asimetría informativa. Esta asimetría puede ser descrita como el poder que sostiene una de las partes en un negocio jurídico al poseer más información que la contraparte respecto a la calidad del producto o servicio ofrecido. Esta asimetría se puede dar en cualquier circunstancia; en la compra de un coche, de un televisor, de un ordenador o en la contratación de un abogado o un trabajador. El hecho de que una parte desconozca los resultados que va a obtener tras la relación jurídica dificulta su toma de decisión, y puede hacerle reacio a contratar, haciendo el mercado más ineficiente(4). En el mercado laboral, particularmente, cuando se realiza una entrevista de trabajo, precisamente, lo que se pretende es eliminar la asimetría informativa. El trabajador es conocedor de su propia productividad, pero la empresa no, por ello, la empresa deseará obtener todos los datos –CV, entrevista, referencias- posibles antes de proceder a la contratación(5).

En este sentido, la economía colaborativa pretende solucionar este problema a través de la publicación de las evaluaciones y experiencias de los anteriores usuarios –empleadores o clientes- con el objetivo de ayudar a tomar mejores (y de forma más barata) decisiones de contratación(6).

Empresas como *Ebay* o *Amazon* permiten que sus clientes valoren los productos vendidos a través de su plataforma, así como dejen comentarios sobre la fiabilidad del vendedor, la rapidez en la entrega y la atención postventa. Por su parte, en EEUU, plataformas como *Zocdoc* o *Healthgrades*, se han especializado en permitir valorar a los médicos por parte de sus pacientes con objeto de realizar recomendaciones no solo a conocidos y a amigos sino a cualquiera que quiera escucharlas a través de internet. En España la web *Worktoday* basa su negocio en poner en contacto trabajadores del sector servicios –camareros, cocineros, limpiadores- con empresas, para realizar contratos temporales (un día, una semana, un mes…). La web, además, faculta a la empresa para evaluar al trabajador tras la finalización del contrato de trabajo temporal. Esa evaluación es pública para todo el resto de empresas que se inscriban en la aplicación.

1.1. Funciones de los sistemas de reputación online

Los sistemas de reputación online, en los que se basa la economía colaborativa para generar confianza en el mercado creado, -además de permitir tomar decisiones mejor informadas- consiguen una serie de objetivos:

(4) AKERLIF G.A., "The Market for "Lemons": Quality uncertainty and the market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 84, 3, 1970, pp 488-500.

(5) SLEE T., "Some obvious things about internet reputation systems", http://tomslee.net/wordpress/wp-content/uploads/2013/09/2013-09-23_reputation_systems.pdf accedido el 29 de mayo de 2016, p 2.

(6) Para ampliar sobre otros problemas dentro provocados por la economía colaborativa dentro del Derecho del Trabajo ver, TODOLI SIGNES, A., *El trabajo en la era de la Economía Colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2016 y TODOLI SIGNES, A., El Impacto De La "UBER Economy" En Las Relaciones Laborales: Los Efectos De Las Plataformas Virtuales En El Contrato De Trabajo, IUSLABOR, 3, 2015, se puede consultar online en https://adriantodoli.com/2015/12/22/el-impacto-de-la-uber-economy-en-las-relaciones-laborales-los-efectos-de-las-plataformas-virtuales-en-el-contrato-de-trabajo-2/

1)En primer lugar, reduce los costes de transacción dado que las empresas de economía colaborativa facilitan ellas mismas esa información –de manera gratuita- por lo que el consumidor/empleador/cliente no necesita incurrir en costes específicos para buscarla(7) (ej. Reducción de costes en procesos de selección).

2)En segundo lugar, disminuye los riesgos de la transacción, al poder predecir el comportamiento que tendrá el trabajador/vendedor/profesional en el negocio que se realice basándose en sus actuaciones anteriores(8).

3)En tercer lugar, otorga voz a los consumidores en el mercado(9). Con sus evaluaciones los que pagan por un bien o servicio pueden mostrar sus preferencias hacia el futuro (ej, pueden establecer instrucciones indirectas).

4)En cuarto lugar, el aumento de la información y la trasparencia incentiva la mejora del comportamiento. El trabajador o profesional, sabiendo que su rendimiento puede ser utilizado por futuros clientes o empleadores para tomar decisiones, tendrá incentivos para mejorar su rendimiento y aumentar el esfuerzo(10).

5)En quinto lugar, las evaluaciones también servirán de mecanismo de control en una relación jurídica triangular. De esta forma, la plataforma web podrá desactivar a aquellos profesionales o trabajadores que no obtengan suficientes evaluaciones positivas(11) (control de calidad *ex-post*).

6)En sexto lugar, la posibilidad de establecer una evaluación (dar su opinión) incrementa la satisfacción del consumidor(12).

7)Por último, faculta a los buenos profesionales o trabajadores destacados distinguirse del resto, permitiéndoles, incluso, percibir mayores ingresos(13).

1.2. Tipos de sistemas reputacionales

Dentro de la economía colaborativa no todas las empresas utilizan los mismos sistemas de reputación online. Estos se pueden distinguir en base a una serie de características.

1)Dependiendo de quién establece la reputación se pueden encontrar sistemas centralizados y descentralizados. En los primeros, la reputación o la calidad es fijada desde la empresa de economía colaborativa a través de la solicitud de datos, verificaciones de identidad, referencias o cualquier otro procedimiento que se considere. Por ejemplo, Airbnb exige verificación de identidad de todos los que ofrecen sus apartamentos, exige un seguro de daños, etc… En los sistemas descentralizados, que son los más comunes, la repu-

(7) THIERER A., KOOPMAN C., HOBSON, A., KUIPER C., "How the internet…", op cit., p 9.

(8) SLEE T., "Some obvious things about internet reputation systems", op cit., p 2.

(9) THIERER A., KOOPMAN C., HOBSON, A., KUIPER C., "How the internet…", op cit., p 4.

(10) THIERER A., KOOPMAN C., HOBSON, A., KUIPER C., "How the internet…", op cit., p 16.

(11) Por ejemplo, la empresa de trasporte Lyft establece reglas por las que si un conductor tiene una media por debajo del 4.6 (de 5) puede ser desactivado. También se toman otras decisiones como, por ejemplo, si un usuario puntúa con menos de un 3 a un conductor, la plataforma impedirá que ese conductor vuelva a ser contratado por ese cliente. Ver al respecto, "We go extra mile for safety", www.lyft.com/safety accedido en 29 de mayo de 2016.

(12) HOFFMAN K., ZAGE D., NITA-ROTARU C., "A survey of Attack and defense Techniques for reputation systems, ACM computing survey, 42, 1, 2009, p 2.

(13) SLEE T., "Some obvious things about internet reputation systems", op cit., p 2.

tación es fijada por la comunidad, esto es, los anteriores empleadores o clientes con sus evaluaciones y puntuaciones fijarán la reputación de determinado profesional, trabajador o particular.

2) Dependiendo de quién puede realizar las evaluaciones entre los usuarios de una plataforma se pueden distinguir los sistemas recíprocos o unilaterales. Los sistemas recíprocos son aquellos que permiten evaluarse mutuamente. Es decir, el cliente podrá evaluar al profesional y el profesional al cliente. Por su parte, los sistemas unilaterales solo permiten que uno de los dos sujetos que ha participado en una transacción evalúe al otro, sin permitir que el otro sea evaluado.

3) Dependiendo de la visibilidad de la evaluación respecto a la contraparte, las evaluaciones pueden ser ciegas. Las evaluaciones ciegas serán aquellas que no permiten al evaluado tener conocimiento de cuál ha sido el resultado hasta que la contraparte también haya realizado su evaluación. Con ello, se pretende evitar la alineación de evaluaciones a través del cual una parte establece una alta evaluación a la contraparte, bien esperando reciprocidad, bien por temor a recibir una mala evaluación como represalia.

4) También se puede distinguir entre evaluaciones abiertas o cerradas dependiendo de si el resultado de la evaluación puede ser consultado por cualquier persona en internet –ej. las evaluaciones de Amazon- o solamente por usuarios registrados en la plataforma web –ej. UBER-.

5) Por último, las evaluaciones pueden consistir en una puntuación –ej. del 1 al 10- que se utilizará para hacer media con todas las demás puntuaciones o en un comentario donde se describa la experiencia en la transacción. Lo más habitual es que se den ambos sistemas conjuntamente.

De lo visto hasta ahora no cabe duda de las ventajas que aporta la existencia de estos sistemas de reputación online a la economía y, particularmente, de lo necesarios que son para el éxito de la prestación de servicios a través de plataformas virtuales. Unos sistemas que permiten a desconocidos ponerse en contacto a través de la plataforma e intercambiar bienes y servicios sin conocerse(14). De hecho, estos sistemas reputacionales son tan importantes que, en algunos casos, el principal servicio ofrecido por la plataforma virtual será permitir el acceso a los perfiles de las empresas, profesionales o trabajadores allí existentes (ej. *booking* o *tripadvisor*). Es decir, que la principal aportación realizada por estas empresas será la sistematización de datos y evaluaciones realizadas por los usuarios para el beneficio de otros consumidores.

1.3. Problemas y derechos en juego en los sistemas reputacionales

Los sistemas reputacionales, como forma de infundir confianza en un mercado, presentan una serie de inconveniente. Como es lógico toda evaluación responde a una experiencia subjetiva que a su vez es evaluada con parámetros subjetivos que pueden no ser extrapolables para otra persona. En efecto, la evaluación individual de un cliente o un empleador estará impregnada de emociones propias y preferencias particulares donde difícilmente el rendimiento profesional será analizado objetivamente. Igualmente, no siempre será posible diferenciar rendimiento del trabajador de otras percepciones subjeti-

(14) Y también como forma de control indirecto de los trabajadores o forma de establecer instrucciones indirectas (ver infra).

vas. Ello puede dar pie a la plasmación de discriminaciones en las evaluaciones(15), puntuando más bajo -o exigiendo más- a cierto tipo de personas por razones basadas en estereotipos históricos(16). Igualmente, las evaluaciones plantean una serie de sesgos que pueden perjudicar injustamente al afectado, como pueda ser el sesgo de autoselección(17) o la represalia en sistemas recíprocos(18)

De la misma forma, dichas evaluaciones pueden constituir una amenaza a la privacidad y al honor del afectado. Por último, la posibilidad de publicar cualquier información sobre los trabajadores o profesionales que quede accesible para futuros empresarios o clientes puede amenazar directamente el ejercicio de derechos por parte de estos. Un trabajador que desee ejercer un derecho que pueda "molestar" a su empresario se lo pensará más de dos veces si además de poder ser despedido por ello, dicha información puede pasar a ser de conocimiento público para todo el resto de empresarios (doble sanción).

De esta forma, en la configuración de estos sistemas reputacionales colisionan tres derechos a la vez. Por una parte, la libertad de mercado de las empresas de economía colaborativa que buscan constituir su negocio en base a mejorar la eficiencia y trasparencia del mercado, de otro lado, el derecho de los clientes o empresarios de trasmitir información y expresar sus opiniones y, por último, el derecho al honor y a la intimidad de los trabajadores y profesionales como derecho instrumental que permite el ejercicio del resto de derechos (ej. el derecho al trabajo, a la justicia efectiva, etc…).

Los mayores problemas, que son los que se van a estudiar en el presente trabajo, son la posibilidad de que los comentarios o evaluaciones no sean exactos –no sean verdaderos- o que la evaluación no se realice en base al comportamiento profesional del trabajador sino a otras razones ajenas a la prestación del servicio (por ejemplo, razones de enemistad personal)

1. Principio de calidad y adecuación de los datos

En España el art. 4.1 Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos (en adelante LOPD) establece que "*los datos de carácter personal solo se podrán recoger para su tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido*". Ello impone ciertas obligaciones a la persona que trate los datos, a saber:

En primer lugar, este precepto establece la necesidad de que se informe al interesado de las finalidades para las que se recogen sus datos, puesto que exige que dichas finalidades sean *determinadas y explícitas*. De ahí, que el responsable del tratamiento deba comunicar al trabajador o autónomo que sus evaluaciones serán publicadas, pues lo contrario implicaría que se han recogido ciertos datos sin determinar la finalidad de forma explícita, algo contrario al art. 4.1 LOPD.

(15) THIERER A., KOOPMAN C., HOBSON, A., KUIPER C., "How the internet…", op cit., p 41.

(16) Un estudio demuestra que en los arrendadores, las personas blancas reciben un 12% más de ingresos que los arrendadores de color por el alquiler de habitaciones de similares características, ver EDELMAN B., LUCA M., SVIRSKY D., "Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment", Working paper, 2016, p 1 y ss http://www.benedelman.org/publications/airbnb-guest-discrimination-2016-01-06.pdf consultado el 28 de mayo de 2016.

(17) KRAMER M., "Self-selection bias in reputation Systems", *IFIP*, 238, pp 255 y ss.

(18) SLEE T., "Some obvious things about internet reputation systems", op cit., pp 6-7.

En segundo lugar, los datos deberán ser *adecuados y pertinentes.* La adecuación hace referencia a la proporcionalidad razonable entre los datos recogidos y la finalidad perseguida, mientras que la pertinencia haría referencia a la idoneidad de los datos recogidos para conseguir las finalidades expresadas(19). De esta forma, la legislación impide tratar los datos que no sean idóneos ni proporcionados a la finalidad *determinada y explicita.* Obviamente, este balance se deberá realizar en el caso concreto, siendo difícil sacar conclusiones de carácter general.

En el caso de evaluaciones de trabajadores y profesionales, se puede avanzar que cualquier dato no relacionado con la conducta o rendimiento profesional incumpliría estos criterios(20). Ello implica que las informaciones no relacionadas con las aptitudes y con la capacidad profesional del trabajador u autónomo no podrían ser recogidas, ni cedidas, ni publicadas(21). La prohibición de discriminación (art. 14 CE y 17 ET) no solamente recoge una tutela sancionadora –declarando la nulidad de los actos discriminatorios- sino también una tutela preventiva. Esta tutela preventiva se había puesto de manifiesto en la prohibición del empresario de realizar averiguaciones sobre la vida privada del trabajador. Averiguaciones que se consideran ilegítimas cuando carecen de relación inmediata y directa con el puesto de trabajo(22). Pues bien, con fundamento a esta tutela preventiva, también debe considerarse ilegítimo el tratamiento y publicación en las evaluaciones en los sistemas reputacionales de cualquier dato o información no relacionada directamente con el puesto de trabajo. Conocer en qué ocupa el aspirante su tiempo libre o sus aficiones, la manera en que conduce su vida social o privada serán, en principio, cuestiones intrascendentes. Se debe rechazar como válidas las argumentaciones que pretenden enlazar la fidelidad de un cónyuge con su fidelidad en la empresa o aquellas otras que intentan identificar las aficiones del trabajador con su laboriosidad o su tendencia al absentismo(23). Tal y como ha señalado la doctrina todo dato no relacionado con la estricta capacidad laboral es susceptible de provocar "verdaderas listas negras de trabajadores"(24).

En fin, toda publicación de valoraciones que, directa o indirectamente, utilicen factores no relacionados con el trabajo debe considerarse no adecuada ni pertinente a efectos de la LOPD.

A este respecto es importante recordar que aquí se está en el plano una prohibición de origen legal. Por ello, ni el autónomo ni el trabajador podrán prestar válidamente su consentimiento a efectos de permitir la difusión de otros datos personales alejados de los estrictamente necesarios para evaluar sus capacidades profesionales en el contexto de un contrato de trabajo o de prestación de servicios. Dado que, con independencia de que se prestara el consentimiento o no, la publicación de unos datos alejados de las cuestiones de índole profesional no serían adecuadas a

(19) GUERRERO PICÓ M. C., *El impacto de internet en el Derecho fundamental…, op cit.,* p 239.

(20) La doctrina parece unánime en rechazar la relevancia de obtener datos personales del trabajador ajenos a su aptitud en base a un carácter *intuitu personae* o una visión comunitaria de la empresa, GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador,* Civitas, Madrid, 1988, p 50. Por ello, derivado de los riesgos de discriminación y la protección otorgada por el art. 17.1 ET, se entiende ilegítimo cualquier indagación sobre aspectos ajenos a la aptitud del trabajador, ver, FERNANDEZ VILLAZON L.A., "Tratamiento automatizado…", op cit., p 512.

(21) Respecto a las posibilidades de utilización de las redes sociales en los procesos de selección ver, CARDONA RUBERT M.B., "La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa", *RDS*, 52, 2010, p 71 y ss.

(22) GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador…, op cit.,* p 49.

(23) GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador…, op cit.,* p 48.

(24) CARDONA RUBERT, Mª. B., *Informática y contrato de trabajo…, op cit.,* p 248.

los fines perseguidos por el contrato de trabajo o la relación jurídica cliente-profesional en los términos exigidos por el art. 4.1 LOPD(25). De la misma manera, en la relación triangular en la que se basa la economía colaborativa, el objetivo sigue siendo realizar contratos de prestación de servicios donde la empresa propietaria de la plataforma intermedia. Por ello, el objeto de la relación triangular sigue siendo la prestación de servicios –laborales o independientes- para los cuales cualquier información que exceda dicho ámbito difícilmente puede considerarse adecuada o pertinente con sus finalidades.

En tercer lugar, la finalidad perseguida en el tratamiento de datos debe ser *legítima*. Una vez más, la normativa exige que los datos recogidos –y en su caso su cesión y publicación- debe tener una finalidad legítima. La legitimidad viene a suponer la imposibilidad de recoger datos con una finalidad contraria a la normativa incluyendo especialmente los derechos fundamentales. De esta forma, toda información que persiga una finalidad discriminatoria (ideología, religión, creencias, afiliación sindical, nacionalidad) no podrá recogerse (y mucho menos cederse o publicarse) ni siquiera aunque puedan entenderse relevantes a efectos de juzgar el rendimiento laboral. En el mismo sentido, informaciones sobre reclamaciones hechas por el trabajador o un profesional contra su empresario o cliente no podrían publicarse a estos efectos, por ser un potencial vulnerador (al perseguir una finalidad disuasoria o coaccionadora) del derecho a la justicia efectiva (art. 24 ET). En general, la información sobre que un sujeto a ejercido un derecho –especialmente si es fundamental- no debería poderse publicar, cuando dicha evaluación persiga un objetivo disuasorio del ejercicio de ese derecho. De lo contrario, además de ponerse en peligro los derechos fundamentales, nos encontraríamos una doble sanción para el trabajador o profesional, de un lado la sanción contractual y de otro la sanción social.

En definitiva, solamente se podrán publicar informaciones relacionadas con la capacidad profesional del trabajador (pertinentes), que sean útiles para la comprobación de dicha capacidad (adecuadas), que no sean excesivas –es decir que no sean reiterativas o innecesarias- y que sean legítimas, esto es, que no sean susceptibles de afectar a un derecho fundamental.

2. La exactitud de los datos

En cuarto lugar, el art. 4.3 de la LOPD obliga a que los datos sean "exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado". De esta forma, cualquier falta de veracidad en la evaluación publicada proscribiría dicho principio. De hecho, el art. 4.4 de la LOPD impone la obligación al responsable del tratamiento de cancelar y sustituir de oficio todos los datos que resulten inexactos o incompletos. Es decir, no solo estamos ante la imposibilidad de registrar, tratar, ceder y publicar datos carentes de veracidad, sino que también se impone la obligación de cancelar los datos incompletos. De esta forma, si la evaluación, a pesar de no faltar a la verdad, omite datos relevantes para conocer la situación en su conjunto o datos justificativos de la actuación del profesional, el responsable de los datos deberá asegurarse de completarlos.

No obstante, el art. 4.4 de la LOPD no debe interpretarse en términos tan estrictos que hagan recaer sobre el titular de la web la carga de comprobar continuamente la calidad

(25) En este sentido, pero desde la perspectiva de la selección de personal, FERNANDEZ VILLAZON L.A., "Tratamiento automatizado…", op cit., p 513, indica que de la legislación se extrae el principio de prohibición de toda indagación del empresario sobre aspectos personales del solicitante de empleo que no influyan en la valoración de su capacidad profesional para el puesto que aspira a ocupar. En el mismo sentido, GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador…*, p 47.

de la información que trata, pero sí que obliga al responsable del tratamiento de datos a atender las solicitudes o rectificaciones que pueda hacer el interesado sobre determinada información (art. 16.2 LOPD). Concretamente, esta obligación de exactitud en los datos, aplicada a la dinámica de la economía colaborativa, obligaría titular del portar web que recibe una evaluación, al menos, a trasmitir dicha evaluación al afectado con objeto de que realice las objeciones o complete la información que considere oportuna.

2.2. Derechos de rectificación y réplica

El principio de exactitud en los datos viene a corresponder, en parte, al clásico principio de veracidad establecido en España en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor. Concretamente, la falta de veracidad de determinados hechos publicados permitirá al interesado ejercer el derecho de rectificación establecido en España en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. La doctrina judicial viene manteniendo sin demasiados problemas la aplicación de dicha normativa a las redes sociales o a internet en general(26). No obstante, se debe establecer que la normativa del derecho de rectificación, tal y como está planteada en dicha ley, no está pensando en absoluto en las posibilidades que internet ofrece. La normativa citada obliga a los medios de comunicación a "publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica" (art. 3), sin que ninguna obligación se imponga sobre la información original. Esta normativa tiene sentido en un contexto físico o material, donde los periódicos vendidos –o los programas emitidos- difícilmente pueden recuperarse, sin embargo, en el contexto digital las informaciones que no sean veraces podrán desaparecer para ser substituidas por la información veraz comunicada por el interesado(27).

De esta forma, en la búsqueda del respeto a la veracidad y al derecho al honor en internet habría dos derechos distintos que podrían ser ejercidos por el afectado. Por una parte el derecho a la rectificación y por otro el derecho de réplica(28).

El derecho de rectificación, conforme al art. 16 LOPD, vendrá a suponer la *sustitución* de los datos erróneos o inexactos –que incumplan el principio de veracidad-, por los datos aportados por el afectado. Este derecho se ejercitará ante el titular de la web –la empresa de economía colaborativa- y para el ejercicio de este derecho la LOPD no exige ningún requisito, no obstante, se entiende que deberá acreditarse o aportar un principio de prueba de que los datos son erróneos, incompletos o inexactos. La web, analizada la situación, publicará la nueva versión en el lugar en el que se encontraba la anterior -eliminando la anterior por faltar a la verdad- e indicando que ha habido una rectificación(29). Para realizar este procedimiento la empresa titu-

(26) En este sentido, SAP Asturias de 3 de junio de 2002; Juzgado de Primera Instancia nº37 de Madrid de 22 de enero de 2004. En contra, SAP León de 19 de diciembre 2005.

(27) Recordemos que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el derecho de información no recoge el derecho a trasmitir informaciones que no sean veraces, por tanto, no parece posible defender el derecho del trasmisor de información a mantener su versión cuando esta no es veraz.

(28) La doctrina ya señalaba en su momento que aunque la ley se refería al derecho de rectificación era más bien un derecho a réplica, puesto que la información no era rectificada sino que se concedía el derecho al afectado a responder lo que considerara oportuno y obligaba al medio de comunicación a publicarlo, al respecto ver, CARRILLO M., La libertad de expresión y derecho de rectificación en la CE de 1978, *Revista de Derecho Político*, 23, 1986, pp 56 y ss.

(29) De esta forma, se daría cumplimiento a la obligación fijada en el art. 16.4 LOPD que establece que si la información "hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado".

lar de la plataforma de evaluaciones dispone de10 días(30). En caso de que la plataforma deniegue o ignore la petición de rectificación, el afectado podrá recurrir a la protección de la AEPD.

No obstante, las evaluaciones no son solamente informaciones sino que incluyen siempre opiniones y juicios subjetivos. De esta manera, aunque se pueda ejercer el derecho de rectificación de la LOPD sobre informaciones, no será tan sencillo cuando estas evaluaciones o comentarios incluyan opiniones o juicios de valor. Efectivamente, el derecho de rectificación, en su versión de la LOPD y en su versión de la Ley 2/1984, en principio solo se aplica a informaciones(31), por lo que un trabajador o profesional afectado difícilmente podría exigir la rectificación de una opinión o juicio de valor, quedando solamente la posibilidad de exigir su cancelación(32).

En este contexto, es relevante apreciar que a las empresas de economía colaborativa lo que menos les interesa es la cancelación de informaciones puesto que su negocio, precisamente, se basa en acumular información que pueda ser relevante para la contratación de trabajadores o profesionales. De esta forma, una alternativa a la cancelación –y a las dificultades de rectificar opiniones subjetivas- es ofrecer al afectado el derecho de réplica. Este derecho se constituiría como la oportunidad concedida al afectado de dar su propia versión completando de esta manera la situación o alegando lo que considere, para de esta forma poner en contexto lo ocurrido. Está réplica debería ser publicada junto con la evaluación original.

De hecho, lo que parece permitir la Ley 2/1984 es precisamente un derecho de réplica más que un derecho de rectificación(33), puesto que la ley obliga al editor a publicar la versión de afectado sin obligarle a modificar la versión anterior. Además, se debe añadir que el límite que impone la jurisprudencia -cuando limita el derecho de rectificación a replicar informaciones y no opiniones- quizá no tenga sentido cuando el contexto es virtual(34). En efecto, el derecho de réplica en un mundo físico es costoso para el medio de comunicación, el cual debe utilizar su espacio limitado para publicar la réplica(35), además dar difusión a la réplica también tiene un coste. Sin embargo, en el mundo virtual, el espacio no implica coste perceptible alguno, ni tampoco la difusión conjunta del original y la réplica aumenta los costes. De esta forma, el derecho de réplica quizá no debería limitarse a informaciones sino que debería configurarse también como el derecho a contestar a opiniones subjetivas o juicios de valor vertidos sobre un sujeto(36). En cualquier caso, y siendo consciente que la ampliación de este derecho quizá requeriría una modifi-

(30) Debe tenerse en cuenta que el art. 18 del Reglamento general sobre protección de datos recoge el "derecho a la limitación del tratamiento de datos". El ejercicio de este derecho implica limitar el tratamiento a su simple conservación –es decir, impidiendo su publicación, mientras el responsable de los datos verifica la exactitud de los mismos. De esta forma, estamos ante una especie de medida cautelar de obligada concesión, por la que el titular de la web deberá ocultar los datos mientras verifica la exactitud de los mismos.

(31) La propia Ley 2/1984 hace referencia a "informaciones" recogiendo un derecho de rectificación limitado.

(32) Derecho de cancelación que en principio solo se podría ejercer si la evaluación publicada no cumple con los requisitos anteriormente vistos –pertinencia, adecuación, no excesividad y finalidad legítima.

(33) Ver, CARRILLO M., "La libertad de expresión y derecho de rectificación en la CE de 1978", op cit., pp 56 y ss.

(34) La doctrina ya ha criticado en otras ocasiones que se tenga, en nuestro país, un derecho de rectificación restringido solamente a informaciones, ver FERNANDEZ SALMERON M., "Rectificación y réplica. Reflexiones sobre su proyección en la web", en Cotino Hueso (ed.) *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV, Valencia, 2011, pp 363 y ss.

(35) De ahí que la normativa establezca un máximo al espacio de la réplica

(36) Así lo entiende por otra parte la normativa francesa e italiana, ver CARRILLO M., "La libertad de expresión y derecho de rectificación en la CE de 1978", op cit., pp 56 y ss

cación legal o al menos una decisión del alto tribunal, mientras las empresas de economía colaborativa podrían ofrecer la posibilidad de réplica como sustituto a la más costosa cancelación de la evaluación.

En definitiva, los derechos de exactitud y de rectificación conjuntamente analizados vendrán a obligar a la plataforma web a notificar personalmente –por ejemplo a través del correo electrónico- la publicación de determinada evaluación al afectado. Posteriormente, el afectado podría ejercer sus derechos de rectificación o cancelación (art. 16 LOPD) o réplica si se le ofrece.

2. La portabilidad de la reputación online

Hasta ahora se ha analizado los derechos del afectado en caso de que una evaluación vulnere los derechos de la protección de datos o sus derechos al honor y a la intimidad. No obstante, no todas las evaluaciones serán negativas, por el contrario, muchos trabajadores y profesionales se pueden ver recompensados de tener una reputación online positiva. Los profesionales o clientes con una reputación positiva tendrán mejores posibilidades de interactuar en el mercado o incluso podrán solicitar mejores retribuciones por sus servicios gracias a una buena reputación.

Las ventajas que aportan estos sistemas reputaciones pueden hacer que los sujetos quieran exportar esas evaluaciones positivas a otras plataformas. Actualmente, los sistemas de reputación online están vinculados a una concreta plataforma web, por lo que al cambiar de plataforma web la nueva no dispondrá de las evaluaciones de la anterior. Un trabajador en UBER, con una buena reputación online, probablemente quiera podérsela llevar si cambia de plataforma de intermediación incluso si cambia de sector. Sin embargo, esto entrará en conflicto con el interés de la plataforma a conservar de forma monopolística esos datos. En efecto, si las evaluaciones fueron cedidas originariamente por el empresario o cliente a la plataforma, esta puede tener el derecho a no verse obligado a cederlas.

Sumado a los derechos de propiedad sobre los datos, la portabilidad de la reputación online también afecta a la competencia en determinado sector. Los trabajadores o clientes que tengan una reputación online positiva puede verse "capturados" por determinada plataforma web, dado que buscar clientes o empresarios en otra implicaría empezar de cero a elaborar una reputación. De esta forma, la regulación de los derechos sobre la reputación online no es solamente un conflicto que concierne a la plataforma y al usuario sino que también afecta a la competencia en el mercado.

Por esta razón, la CNMV(37) y la Comisión Europea(38) se han manifestado a favor de que las plataformas permitan la portabilidad de los datos, incluyendo las evaluaciones, a solicitud del interesado. Incluso algunas plataformas web como Airbnb permiten incrementar o consolidar su reputación enlazando su perfil con otras plataformas de mayor extensión, como Facebook. Sin embargo, encontrar esta potestad en el derecho positivo no parece tan sencillo.

El recientemente aprobado Reglamento General para la protección de datos, concede, en su art. 20, el derecho a la portabilidad de los datos. Este derecho permite que el interesado reciba los datos que le incum-

(37) CNMC, *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, p 46 y ss.

(38) COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, *Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*, p 14 https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-online-platforms-and-digital-single-market-opportunities-and-challenges-europe accedido el 29 de mayo de 2016.

ban y trasmitirlos a otro responsable de tratamiento. Incluso establece que el interesado tendrá derecho a que los datos se trasmitan directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible. Sin embargo, la normativa, sin que se comprenda muy bien ni se explique, limita el derecho a la portabilidad a, solamente, aquellos datos que el interesado haya facilitado. El considerando 68 del mismo texto legal de nuevo establece que el derecho a la portabilidad de datos se limita a "*los interesados que hubieran facilitado datos que les conciernan*". De esta manera, dado que las evaluaciones están realizadas y cedidas por terceros, no parece que el trabajador o profesional tenga derecho a exigir la portabilidad de su reputación online a otra plataforma. De hecho, se puede argumentar que el legislador europeo estableciendo que el derecho de portabilidad se refiera solamente a los datos que el interesado hubiera facilitado, está, *a sensu contrario*, excluyendo el derecho de portabilidad para los datos que el interesado no hubiera aportado.

No obstante, a pesar de la literalidad del precepto hay argumentos para la solución contraria. En primer lugar, el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho a la libre elección de profesión (art. 35 CE) difícilmente serán compatibles con un sistema que impida la circulación de la reputación online. En segundo lugar, para el concreto caso de los trabajadores, el art. 76.5 de la Ley del contrato de trabajo de 1944 –vigente con rango reglamentario- establece la obligación del empresario de entregar al trabajador a instancias de este un certificado acreditativo del tiempo y la clase de trabajo prestado. De esta forma, en una relación triangular como en la economía colaborativa se podría entender que dicha información también es exigible a la empresa propietaria de la plataforma web. Respecto al contenido del certificado la normativa, con objetivo de proteger a los trabajadores establece que "únicamente hará constar el tiempo servido en la empresa y la clase de trabajo prestado", sin embargo, a instancia del trabajador no parece que sea difícil ampliar el contenido a las evaluaciones, y más si ya han sido publicadas en la web. En tercer lugar, impedir la trasferencia de los datos puede considerarse una práctica desleal (art. 4 Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal). Es decir, impedir la trasferencia –cuando es solicitada por el afectado- de las evaluaciones que, a pesar de estar en posesión de la plataforma web hacen referencia al interesado, con objetivo de retenerle e impedir que trabaje para otra empresa, podría considerarse contrario a las exigencias de la buena fe en el mercado.

En fin, el legislador europeo ha perdido una gran oportunidad de regular este derecho y solucionar una incertidumbre jurídica importante, de esta forma, serán los ordenamientos nacionales los que deberán suplir este vacío o en su caso habrá que esperar a las decisiones judiciales sobre el asunto que deberán responder a un delicado equilibrio entre derechos de las partes.

3. Conclusiones

Los sistemas reputancionales han sido considerados un bien público que ayuda a reducir el riesgo en las contrataciones mejorando la confianza entre las partes e incrementando la eficiencia del mercado(39). Históricamente, los problemas de asimetría informativa han causado situaciones ineficientes. De un lado, existen transacciones que se hubieran realizado de existir mejor información. De otro lado, pueden realizarse transacciones que de tener mayor información no se hubiesen efectuado. De esta forma, los sistemas reputacionales se han constituido como elemento esencial de la economía colaborativa dada su capacidad de general mayor confianza entre

(39) BOLTON G., GREINER B., OCKENFELS A., "Engineering Trust…", op cit., p 260.

las partes involucradas. Confianza que surge, habitualmente, sin una que exista relación anterior. De manera, casi siempre de forma gratuita estos sistemas reputacionales facilitan información a los usuarios sobre las características de un servicio o producto reduciendo los problemas de asimetría en la información.

De hecho, incluso se argumenta que los sistemas reputacionales son capaces de hacer innecesaria la intervención legislativa de protección al consumidor(40). Desde esta perspectiva se ha argumentado que el legislador no necesita establecer requisitos de calidad en un servicio o producto dado que el incremento de trasparencia conseguido por los sistemas reputacionales permite que el mercado, por si solo, cribe a los "buenos" de los "malos". Se entiende, en este sentido, por ejemplo, que no es necesario que el legislador establezca regulación alguna para la calidad de la comida en los restaurantes puesto que aquellos que no cumplan con los mínimos exigidos por el mercado se quedarán sin clientes al estar la información visible para todos.

Sin embargo, antes de desmantelar el sector público, se debe ser consciente de que los sistemas reputacionales presentan por sí mismos algunos problemas. De un lado, en los sistemas que se permite la reciprocidad en la evaluación, esto es, ambos usuarios pueden evaluarse mutuamente, los estudios encuentran una alta correlación entre ambas puntuaciones. Esta alta correlación responde a la existencia de acuerdos tácitos o explícitos para intercambiarse puntuaciones elevadas sin aportar valor o trasparencia al mercado(41). También, en los sistemas reputacionales recíprocos, se ha encontrado que muchas de las evaluaciones son positivas por miedo a obtener una evaluación negativa en represalia(42). De otro lado, la libertad de evaluar o no provoca la existencia de un sesgo de autoselección, por el cual las opiniones vertidas en el sistema estarán realizadas por un subgrupo determinado –el qué elige valorar- no siendo representativo de la totalidad(43). Y por descontado, los peligros de la propia subjetividad en las evaluaciones y las posibilidades de caer en la arbitrariedad a la hora de establecerlas por parte de los clientes y empresarios.

Sumado a ello, los sistemas reputancionales pueden poner en peligro derechos de los trabajadores y profesionales. El miedo a que el ejercicio de ciertos derechos por parte de los trabajadores sea de conocimiento público y, con ello, se reduzca las posibilidades de encontrar trabajo en el futuro, puede fácilmente desincentivar el uso de ese derecho. De esta forma, es necesario controlar el uso de esta nueva forma de general confianza en el mercado puesto que los derechos de los ciudadanos pueden quedar rápidamente devaluados en pro de obtener las mejores evaluaciones posibles.

Con este objetivo habrá que poner en valor el derecho a la protección de datos. El ejercicio de la autodeterminación informativa es el mecanismo que, actualmente y a falta de uno mejor, permite al trabajador o profesional defenderse de evaluaciones injustas o ilegítimas que pongan en peligro otros derechos fundamentales, como el derecho a trabajar, el derecho a no ser discriminado, la libertad sindical, entre otros.

En un Estado social y democrático de Derecho es necesario poder separar la vida priva-

(40) BOLTON G., GREINER B., OCKENFELS A., "Engineering Trust…", op cit., p 260 y THIERER A., KOOPMAN C., HOBSON, A., KUIPER C., "How the internet…", op cit., p 5.

(41) BOLTON G., GREINER B., OCKENFELS A., "Engineering Trust…", op cit., p 256 y ss.

(42) SLEE T., "Some obvious things about internet reputation systems", op cit., pp 6 y 7.

(43) KRAMER M., "Self-selection bias in reputation Systems", op cit., pp 256 y ss.

da de la vida laboral o profesional teniendo derecho los ciudadanos a que una no influya en la otra. Un derecho que queda en riesgo si cualquier aspecto de la vida puede ser utilizado –y publicado- con objeto de que los ciudadanos sean evaluados. De la misma forma, debe garantizarse que los individuos puedan exigir sus derechos sin temor a que esa información sea utilizada negativamente a la hora de ejercer una profesión o encontrar un trabajo.

Crowdwork, trabajo en función de la demanda vía app y trabajo decente

por **Katerine Bermúdez Alarcón**

Abogada, especialista en derecho del trabajo, doctora en derecho, docente y directora de investigaciones laborales del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia

Resumen: El crowdwork y el trabajo vía apps son formas novedosas de trabajar que demandan una revisión de las condiciones y riesgos a los que se enfrentan los trabajadores que asumen este tipo de actividades. Contrario a creer que son formas de mejorar los ingresos o que son formas de ocupar el tiempo libre, los primeros estudios evidencian que los trabajadores que realizan crowdwork o trabajos vía aplicaciones de celular lo hacen para generar ingresos de subsistencia y por ello, no se puede dejar avanzar su difusión sin fijar unos estándares mínimos de protección que en términos de la OIT sean compatibles con el trabajo decente y es a lo que están llamados los ordenamientos internos en la actualidad.
Palabras claves: Trabajo virtual - crowdwork - trabajo vía apps - trabajo decente

Sumario: I) Presentación. II) El trabajo en la economía colaborativa. III) Crowdsourcing y crowdwork. IV) Trabajo vía apps. V) ¿Qué pasa con estos trabajadores? VI) Trabajo decente para los crowdworkers y los trabajadores vía apps. VII) Conclusiones. Bibliografía

1) Presentación

La economía colaborativa (sharing economy), también denominada modelo de economía compartida, economía de la donación, economía del trueque, gig-economy es un sistema económico en el que se comparten y/o se intercambian bienes y servicios a través de plataformas electrónicas. Este modelo surgió en la primera década del siglo XXI en el sector de tecnología cuando los desarrolladores informáticos crearon comunidades virtuales con códigos abiertos donde publicaban sus programas para que el público en general los usara de manera gratuita(1).

Este modelo inició su auge en 2010, en plena crisis financiera, y se caracteriza porque se accede a bienes o servicios, algunas veces de manera gratuita, mediante una entrada temporal a internet, lo que hace que el consumo sea accesible, flexible y fácil de compartir(2). Su fortaleza radica en la masificación de internet y la telefonía móvil con los cuales el acceso a aplicaciones para desarrollar la colaboración o el intercambio que se está buscando, permite que un importante número de personas en el mundo conozcan la oferta y la demanda a un bajo o a cero costos. Un ejemplo de este tipo de intercambios se evidencia en la película "Holiday", producida en 2006, en donde a través de internet dos mujeres intercambian sus residencias durante las vacaciones, una vive en Los Ángeles (EE. UU.) y la otra en Londres (Inglaterra), previo cruce de algunos correos y de las fotografías de cada una de sus propiedades.

La difusión de estas formas de articular oferta y demanda se hace a través de internet

(1) Gertz, Gilan, MSW. *"Sharing economy"*, Salem Press Encyclopedia, January, 2016, Research Starters, EBSCO*host*.

(2) Wolfgang Kathan, Kurt Matzler, Viktoria Veider. "The sharing economy: Your business model's friend or foe?", Business Horizons, 2016, disponible en www.sciencedirect.com

y por supuesto por el voz a voz, portales como Airbnb, Amazon Mechanical Turks, Couchsurfer Freecycle, Clickworker, Crowdflower, Taskrabbit, Freelancer, 99 design, son conocidos desde hace algunos años por quienes ya han asumido en su rutina de vida el trabajo colaborativo(3).

El modelo de la economía colaborativa cuenta con una paradoja aparente, por un lado, es considerado como parte de la economía capitalista (neoliberalismo en esteroides) donde se erosiona el trabajo de tiempo completo, desaparecen los beneficios de la salud y seguridad en el trabajo, se asalta a los sindicatos y los trabajadores se transforman en emprendedores o trabajadores autónomos que ahora deben pensar en ellos como marcas para posicionarse en el mercado(4) y por otro, como un remedio a la cultura del hiperconsumismo(5) en tanto, se comparten bienes que no están en su plena capacidad de uso en todo momento.

El advenimiento de este modelo ha generado que varias áreas del derecho empiecen a revisar desde sus ámbitos de competencia, cómo este los impacta, entre ellos el derecho laboral, donde se ha discutido si estamos ante una nueva categoría de trabajadores, si corresponde a la subordinación típica del contrato de trabajo, si estos trabajadores son beneficiarios de las protecciones de la legislación laboral o si estos deben ser protegidos a través de una nueva regulación.

(3) En internet hay páginas que se encargan de explicar cuáles son las aplicaciones a las que puede acceder para conocer las ideas más creativas sobre "sharing economy", por ejemplo, https://www.justpark.com/creative/sharing-economy-index/.

(4) Evgeny Morozov. The sharing economy undermines workers rights – my FT oped, 2013, disponible en https://evgenymorozov.tumblr.com/post/64038831400/the-sharing-economy-undermines-workers-rights

(5) Lizzie Richardson. Performing the sharing economy, Geoforum 67 (2015), Department of Geography, University of Cambridge, Downing Place, Cambridge CB2 3EN, United Kingdom,

2) El trabajo en la economía colaborativa

La economía colaborativa para lograr desarrollarse requiere principalmente del trabajo virtual, sin perjuicio que el trabajo presencial también contribuya a su existencia, aunque en menor grado de importancia.

El trabajo virtual ha crecido gracias a la conjunción de varios factores: el predominio del sector servicios, la mayor autonomía que dan los empleadores a los trabajadores subordinados debido a los cambios en las formas de producción, la importancia de eliminar o reducir los tiempos de desplazamiento para favorecer el cuidado del medio ambiente y la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores. La modalidad más "antigua" de este tipo de trabajo es el teletrabajo que si bien no se puede afirmar que está decantado, se encuentra regulado en los ordenamientos jurídicos nacionales, entre ellos el colombiano y por ello, son relativamente seguros para el empleador y trabajador.

Debe aclararse que no todo el trabajo virtual es teletrabajo, pues esto solo es una modalidad, y por ello, las otras posibilidades que se identifiquen demandan una revisión de los ordenamientos jurídicos, como se explica más adelante, sin perjuicio que otras áreas como la economía, la sociología, la administración, la electrónica, entre otras, también tengan que hacer este tipo de revisiones.

Las otras modalidades de trabajo virtual que se han identificado a partir de la economía colaborativa son el crowdwork y el trabajo a través de las plataformas electrónicas o trabajo vía apps, los cuales se explican a continuación.

3) Crowdsourcing y crowdwork

El crowdsourcing corresponde a una modalidad de externalización de tareas a través de

la colaboración de una comunidad virtual. Es una variedad del outsourcing(6) y fue utilizado a partir de 2006 para hacer referencia a la forma de hacer negocios a través de internet. En este hay una gran comunidad anónima en línea, constituida por individuos que responden a convocatorias para proveer pequeñas cantidades de datos, e independiente de que se les remunere o no, su trabajo es apreciado, en tanto permite que ciertos asuntos que no se alcanzan o no se quieren resolver con el personal propio de las organizaciones, se logren con los aportes de los individuos de la red, que poseen distintos conocimientos y experiencias relevantes para el proyecto en el que se involucran(7).

En el mercado hay varias formas de crowdsourcing: el *crowd creation* que se usa para resolver problemas científicos de relativa complejidad, el *crowd funding* que es una colecta de sumas muy pequeñas de dinero pero de muchas personas para contar con recursos para fundar una compañía o un esfuerzo artístico; *crowd searching* que es el aprovechamiento de las redes de internet o los *smartphones* para ubicar un objeto o una persona perdida; *crowd voting* que es una forma de votación para evaluar o dar alguna categoría a un sitio de internet basado en su contenido (Reddit)(8), entre otros.

El trabajo que ejecutan los diversos grupos de usuarios de internet, a través de plataformas online, cuyos resultados son unidos para lograr un resultado final se llama *crowdwork*. Las plataformas más conocidas para vincularse a trabajar en crowdwork son Amazon Mechanical Turk, Crowdflower y Clickworker. En el crowdwork hay tres partes el crowdsourcer que es el cliente o beneficiario, el intermediario que es la plataforma y el crowdworker que es quien presta el servicio(9).

En estas plataformas quien requiere un servicio suministra a la plataforma la información que permite identificar su necesidad, muchas veces mediante un formulario que está diseñado para ello, esta información se publica en el portal de internet de la plataforma y allí, las personas que puedan cumplir esa necesidad, hacen las propuestas para ser seleccionados, incluso hay opción de que estos últimos pidan más información o formulen preguntas para hacer más detallada la propuesta, luego de ello, el cliente escoge la colaboración que más le convenga y el pago se genera cuando se recibe el producto. Hay portales como Amazon Mechanical Turks donde si el cliente no queda satisfecho con el trabajo, incluso después de haberlo recibido, puede no pagarlo, aunque hay portales que permiten el pago en garantía, es decir, el portal recibe el dinero, pero solo lo desembolsa cuando el cliente haya aprobado el trabajo(10).

El área del diseño es una de las que más trabaja a través de crowdwork, un ejemplo, sencillo tiene que ver con la elaboración de logos o páginas web donde el cliente da las características del producto que espera contratar, el

(6) El outsourcing es "También conocido como tercerización, refiere al proceso que ocurre cuando una organización contrata a otra para que realice parte de su producción, preste sus servicios o se encargue de algunas actividades que le son propias. Las organizaciones recurren al outsourcing para abaratar costos, mejorar eficiencia y concentrarse en aquellas actividades que dominan mejor y constituyen la base de su negocio". Tomado de http://www.degerencia.com/tema/outsourcing.

(7) Bynum, Leon James. "Crowdsourcing." Salem Press Encyclopedia (September 2013): Research Starters, EBSCOhost consultado en http://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?sid=0d7dd913-73bd-4d02-93a0-53b43247bc60%40sessionmgr104&vid=1&hid=104&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=89677536&db=ers

(8) Ibídem.

(9) D. Durward, I. Blohm et al.,2016, *Crowd work*, Business Information Systems Engineering, citado por Janine Berg. Income Security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers, International Labour Office, Marzo, 2016, p. 3.

(10) http://www.twago.es/how-it-works/

portal de internet publica la oferta y a partir de allí los diseñadores interesados, estudian el trabajo a realizar, presentan la propuesta con un precio y de ahí el cliente escoge quién es el seleccionado.

El crowdwork evidencia cómo la competencia mundial no tiene límites en tanto, trabajadores de países desarrollados como en vías de desarrollo pueden pugnar por una misma oferta que aparezca en internet y de seguro intentarán ganarla a costa de reducir el precio. Por ello, el trabajo mediante crowdwork se relaciona con el deterioro material de las remuneraciones y de otras garantías, en la medida que a los crowdworkers se les identifica como trabajadores independientes (*freelancers*), no como trabajadores subordinados, con pocos niveles de protección social, sin seguros por enfermedad o maternidad, que no ejercen la asociación sindical y que no tienen amparos contra la discriminación, porque por ejemplo, ¿qué garantiza que ciertas ofertas no se filtren dentro de la plataforma y se dejen solo para algunos crowdworkers que han sido mejor evaluados por su experiencia o resultados en la red, sin que esto lo conozcan los demás que podrían participar en el proceso?(11).

Lo anterior, porque el crowdworker está expuesto a unas calificaciones o puntajes que genera el cliente, son públicas, no tiene oportunidad de recibir retroalimentación del porqué del resultado obtenido y además cuando les rechazan un trabajo, lo normal es que no se les informe porqué su trabajo no funcionó.

4) Trabajo vía apps

Esta modalidad se da cuando a través de una *app*, se hace pública la demanda de un servicio y alguien que quiere prestarlo, se compromete a hacerlo dando "click" sobre la oferta en cuestión. En ese sentido quien prestará el servicio asume una obligación de hacer, es decir, hará un trabajo y por ende, será un trabajador, pues aunque se trabaje en función de aplicaciones electrónicas, la actividad que es requerida no se puede deshumanizar.

Para explicar ese trabajo a través de las plataformas electrónicas, se pueden diferenciar dos fases: en la primera estará aquel trabajo que tiene que ver con el desarrollo de la plataforma en sí, que responderá a las necesidades de quién decida crearlas y los fines que persiga, trabajos que podrán realizarse por personas expertas en desarrollo de software mediante un contrato de prestación de servicios o incluso de trabajo, modalidades conocidas y trasegadas en nuestra legislación nacional.

En la segunda fase, estamos ante la prestación del servicio, es decir, el trabajo vía apps, como tal.

Piénsese por ejemplo, en una aplicación que ofrece el servicio de domicilios en los cuales el portal muestra productos de supermercado, tiendas, restaurantes, entre otros, allí el cliente se registra(12), hace su pedido y cancela el valor del producto en efectivo cuando el "domiciliario" le hace la entrega. Ese domiciliario a su vez fue añadido a la aplicación a través de los administradores del portal, por haber participado en una capacitación que duró tres horas y después de la cual, cuando le preguntaron si le interesa mejorar sus ingresos, contestó de manera afirmativa.

(11) Valerio Di Stefano. Crowdsourcing, the gig-economy and the law, International Labour Office; Bocconi University, p. 3.

(12) Este tipo de registros tiene una doble función, la primera es que sirve para identificar quién es el que requiere el servicio, la segunda que quede registrado y se identifique su perfil de consumo.

Este trabajo de entregas a domicilio está organizado por zonas geográficas y por ello, hay unos tenderos que también tienen acceso a la aplicación, tanto ellos como el domiciliario pueden "clicklear" el pedido y luego asignárselo al domiciliario, por esto, el valor de lo que gana el domiciliario varía dependiendo de si él directamente seleccionó el pedido de la aplicación ($1.800 COP por pedido) o si se lo asignó el tendero ($1.100 COP por pedido). Entonces, ¿para qué el tendero? él es que quien maneja el dinero, es decir, él les entrega una base de $70.000 COP a cada domiciliario para que con ese dinero puedan comprar los productos que pidan los clientes y una vez se ha gastado ese dinero debe ir donde el tendero para que liquiden las cuentas, se legalice cómo se gastó esos $70.000 y luego le paguen por los domicilios entregados. Los domiciliarios solo pueden hacer las compras en determinados sitios que se han definido por parte de la aplicación e incluso en esos sitios existen filas preferenciales para el pago de los productos.

Nótese cómo este domiciliario no está en la empresa, presta el servicio en parte con sus propios medios (bicicleta o moto y teléfono celular), recibe un pago por servicio que es variable en función de sus resultados, tiene amplia libertad para determinar cuánto trabaja cada día o semana, decide los horarios en que va a trabajar, puede que lo que está haciendo solo sea una forma para mejorar sus ingresos, o puede que sea su medio de subsistencia, no se integra a ninguna organización y asume los riesgos de su actividad.

Por lo anterior, estas modalidades del crowdwork y el trabajo vía apps se diferencian entre ellas, básicamente en que en el crowdwork las personas trabajan *on line* y lo que hacen las plataformas es que conectan trabajadores desde y hacia cualquier parte del mundo, mientras que el trabajo vía app la plataforma suministra información de demanda y oferta de servicios en línea, pero se ejecutan en el mundo real y local(13).

Entonces se vuelve a presentar el problema al que ha estado expuesto el derecho del trabajo muchas veces y es que aparecen trabajadores que no encajan con las regulaciones tradicionales y por ello, la incertidumbre de si este debe recogerlos o si debe ser modificado para darles cabida. Como siempre, la legislación no cambia a la misma velocidad de la tecnología.

5) ¿Qué pasa con estos trabajadores?

El crowdwork y otros trabajos que se generan en la gig-economy comprometen una pequeña porción de la fuerza de trabajo en los Estados Unidos, que es el país donde se han generado algunas cifras al respecto, allí se estima que son unas 600.000 personas, es decir, un 0,4% de la fuerza de trabajo del pasí, porcentaje que es probable sea menor en otros países del mundo(14).

El crowdwork y el trabajo vía app tiene muchas ventajas, entre las cuales cabe destacar:

- Se hacen contactos y reclutamiento de personal con un bajo costo de tiempo y dinero.
- Al trabajador se le da la capacidad de decidir en cuál trabajo colaborar o participar.
- Permite que el trabajador aumente sus ingresos trabajando en sus tiempos libres.

(13) Valerio Di Stefano. Crowdsourcing, the gig-economy and the law, International Labour Office; Bocconi University.

(14) Janine Berg. Income Security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers, International Labour Office, Marzo, 2016.

- En la medida que no se exige exclusividad, un trabajador puede involucrarse en una diversidad de proyectos que le permitirán ganar competencias y experiencias para otros proyectos.
- Como el trabajador es el que escoge en qué participar, su grado de cooperación y compromiso va a ser diferencial en función de su capacidad, disponibilidad e incluso interés.
- Se logra la eficiencia de los mercados de trabajo, en cuanto oferta y demanda empiezan a fluir con rapidez y flexibilidad.
- El trabajador logra una conciliación entre su vida personal y laboral, por la flexibilidad de horarios y de cargas de trabajo que él decide cómo manejar.

Estas apreciaciones fueron validadas a través de un estudio publicado por la OIT, basada en los resultados de unas encuesta aplicada en crowdworkers de las plataformas Amazon Mechanicals Turks –AMT- y crowdflower, cuyo objetivo era obtener información demográfica, de ingresos, modelos de trabajo, historias de trabajo y seguridad financiera. A continuación, y hasta que termina este acápite se hace una referencia *in extenso* a ese estudio que fue elaborado por Janine Berg.

La información inicial de la encuesta de la OIT es que en AMT:

Un 89% de las ofertas en AMT no requerían que el trabajador tuviera una localización en específico.

Del 11% que si requería una localización particular, el 86% exigía que estuvieran en Estados Unidos.

En los dos últimos años AMT recibe mensualmente 1000 clientes que publican sus ofertas.

Con base al valor de las ofertas de crowdwork, de estos clientes el 0,1% oferta el 30% de las actividades, el 1% más del 50%.

En promedio, por hora en este portal se piden 10.000 tareas y 7.500 son completadas.

La encuesta estaba dividida en dos: la primera era para capturar información básica demográfica, medición de la experiencia de crowdwork y la segunda, información detallada sobre la experiencia e historias de trabajo, ambas encuestas terminaban con unas preguntas abiertas para que los crowdworkers expusieran sus pensamientos sobre algo que quisieran compartir y sus opiniones sobre la encuesta. A los trabajadores que llenaron la encuesta 1, se les pagaba un dólar (promedio de tiempo empleado 10.36 minutos) y por la encuesta 2, se les pagaban 3 dólares (promedio de tiempo empleado 18.14 minutos). En total la encuesta 1 la respondieron 1.167 personas y la encuesta 2, 677 personas. Fueron menos personas en la encuesta 2 porque a esta se invitaba a quienes hubiesen diligenciado completa la encuesta 1 y como en la plataforma Crowflower no tienen identificados con una sola identidad a los crowdworkers no fue posible extenderles la invitación.

Plataforma	Total	Crowdflower	AMT	
			U.S.	India
Encuesta 1	1.167	353	686	128
Encuesta 2	677	--	573	104

Cuadro propio, basado en datos mencionados por Janine Berg, ob. cit.

Conforme a las respuestas de la encuesta, se tiene que la mayoría de crowdworkers son hombres, su edad promedio son 33,6 años y un 43% está casado o tiene una relación de convivencia:

SEXO		
Plataforma	**Hombres**	**Mujeres**
AMT EEUU	52%	48%
AMT India	69%	31%
Crowdflower (51 países)	73%	27%

EDAD	
Plataforma	**Promedio**
AMT EEUU	34.9
AMT India	31.9
Crowdflower (51 países)	34.1

MATRIMONIO O CONVIVENCIA	
Plataforma	**Promedio**
AMT EEUU	45%
AMT India	61%
Crowdflower (51 países)	43%

Cuadros propios, basados en datos mencionados por Janine Berg, ob. cit.

En cuanto a estudios, la mayoría de los crowdworkers son personas con título universitario (40,73%) y con posgrado (23,43%).

Según la antiguedad como crowdworkers, la mayoría (62,33%) no llevan más de un año en ese trabajo y un 81,2% de los que lo hacen completan su ingreso como crowdworkers con otros trabajados:

ANTIGUEDAD	
Plataforma	**Por lo menos 1 año**
AMT EEUU	51%
AMT India	89%
Crowdflower (51 países)	47%

NIVEL DE ESTUDIOS					
Plataforma	Secundaria	Técnico	Algo de universidad	Universidad	Posgrado
AMT EEUU	14,3%	3,4%	37,3%	34,1%	11,1%
AMT India	0,8%	6,3%	2,3%	51,6%	39,1%
Crowdflower (51 países)	18,7%	4,0%	20,7%	36,5%	20,1%

Cuadro propio, basado en datos mencionados por Janine Berg, ob. cit.

RAZONES DEL CROWDWORK					
Plataforma	Completar el pago con otro trabajo	Trabajar desde casa	Pago mejor que otros trabajos	Trabajo tiempo libre	Por gusto
AMT EEUU	45%	19,4%	1%	3%	3%
AMT India	9,8%	31,7%	18%	5%	19%
Crowdflower (51 países)	26,4%	18,4%	1%	9%	16%

Cuadros propios, basados en datos mencionados por Janine Berg, ob. cit.

Ante las críticas que se generan por los bajos niveles de protección que tienen los crowdworkers, los que patrocinan este tipo de trabajos, indican que estos se hacen para mejorar ingresos, sin embargo, la misma encuesta de la OIT evidencia que un 39,33% de quienes cumplen este tipo de trabajos tienen en el crowdwork su principal fuente de ingresos:

PRINCIPAL TRABAJO	
Plataforma	**Principal trabajo**
AMT EEUU	38%
AMT India	49%
Crowdflower (51 países)	31%

Cuadro propio, basado en datos mencionados por Janine Berg, ob. cit.

Ante las razones de la satisfacción o insatisfacción con el crowdwork y qué quisieran cambiar, los trabajadores respondieron la encuesta manifestaron que pierden mucho tiempo en cosas que no son pagas como mirar las ofertas, estudiar las tareas y realizar los test de cualificación. Tomando el promedio de lo devengado entre horas pagas y no pagas en una semana típica, ellos invierten en promedio 28,4 horas, de las cuales 21,8 son pagas y 6,6 son no pagadas. Esto significa que un 23,2% del tiempo de trabajo del crowdworker no es pago.

Dependiendo de cada plataforma, un crowdworker ganan en promedio entre US$1 y US$5,5 por hora, la media en Estados Unidos es US$4,65, en India US$1,65 y en Crowdflower US$1,77.

REMUNERACIÓN	
Plataforma	**Valor hora**
AMT EEUU	US$4,65
AMT India	US$1,65
Crowdflower (51 países)	US$1,77

Cuadro propio, basado en datos mencionados por Janine Berg, ob. cit.

Los crowdworkers se quejan que el trabajo es insuficiente, el 90% quisiera hacer más trabajo del que están haciendo, y cuando se les pregunta por qué no están haciendo más, el 60% de los trabajadores de Crowdflower dicen que no hay suficiente trabajo disponible, lo mismo el 38% de los de AMT en EEUU y el 36% de los de AMT en India. En cuanto al pago, 14% de los de Crowdflower, el 33% de los de AMT en EE.UU. y 24% de los de AMT en India consideran que no es suficiente.

Por último el 71% de Crowdflower, el 61% de AMT en EEUU y el 64% de AMT en India quisieran hacer otros trabajos que no fueran crowsourcing, de hecho el 46% de Crowdflower, el 23% de los de AMT en EEUU y el 46% de AMT en India están buscando otros trabajos además del crowdwork.

TRABAJO INSUFICIENTE Y SUBEMPLEO				
Plataforma	**Trabajo insuficiente**	**El pago no es bueno**	**Quisieran hacer más que no fuera CW**	**Buscando trabajo diferente a CW**
AMT EEUU	38%	33%	61%	23%
AMT India	36%	24%	64%	46%
Crowdflower (51 países)	60%	14%	71%	46%

Cuadro propio, basado en datos mencionados por Janine Berg, ob. cit.

Una de las quejas principales de los crowdworkers que contestaron la encuesta es el maltrato que reciben de los ofertantes, incluyendo la negativa a pagar o el rechazo del trabajo terminado. El 94% de los encuestados han tenido trabajo rechazado y al preguntárseles si el rechazo era justificado, aunque en muchos casos admitían que había cometido errores, el 34% considera que solo unos pocos de los rechazos fueron justificados y 19% que injustificados.

En un trabajo presencial hay oportunidades de aprender, lo que incluye que al trabajador se le permita equivocarse y corregir, mientras que en el crowdwork, no. Acá no hay ninguna posibilidad en ese sentido, pues los oferentes simplemente rechazan el trabajo sin dar explicación, lo que puede ser por una decisión arbitraria o incluso para obtener trabajo gratis aduciendo que no les sirvió.

En cuanto a seguridad financiera y protección social, esto se preguntó en la encuesta número 2 y lo que se buscó con está fue determinar la dependencia del crowdworker respecto al crowdwork.

Los crowdworkers que respondieron diciendo que lo que reciben por este trabajo es adicional a lo de otro trabajo, fueron más del 80% y por esos otros trabajos es que tiene protección social. Por eso, no sorprende que el 38% de los trabajadores de AMT en EEUU y el 49% de los indios, financieramente sean más débiles, pues el 27,6% de los que tienen el crowdwork como su principal fuente de ingresos dependen del soporte de sus familias frente a un 10,1% de los que no es su principal fuente de ingreso.

En cuanto a si es difícil reunir dinero cada mes para atender necesidades básicas, respondieron afirmativamente el 24,8% de los que dependen del crowdwork frente a un 9,8% de los que no en EEUU y un 31,4% de los que sí, frente a un 21,1,% de los que no, en India.

DIFICULTAD DE REUNIR DINERO PARA NECESIDADES BÁSICAS		
Plataforma	**No es principal fuente de ingresos**	**Si es principal fuente de ingresos**
AMT EEUU	9,8%	24,8%
AMT India	21,1%	31,4%

Cuadro propio, basado en datos mencionados por Janine Berg, ob. cit.

Cuando se les indagó si los ahorros eran insuficientes para atender emergencias, un 58,6% de los que dependen del crowdwork respondieron que sí, frente a un 26,11% de los que no en EEUU y un 43,1% de los que sí, frente a un 23,1% de los que no en India.

INSUFICIENCIA DEL AHORRO PARA ATENDER EMERGENCIAS		
Plataforma	**No es principal fuente de ingresos**	**Si es principal fuente de ingresos**
AMT EEUU	26,11%	58,6%
AMT India	23,1%	43,1%

Cuadro propio, basado en datos mencionados por Janine Berg, ob. cit.

Según la OIT, aquellos trabajadores que no tienen cobertura en seguridad social son trabajadores informales. En EEUU, de los crowdworkers que tienen como ingreso principal el crowdwork solo el 8,1% hace aportes a pensiones y el 9,4% aporta a protección social, lo que hace preocupante su situación cuando lleguen a una edad de retiro o cuando sufran una enfermedad. En India, de los trabajadores que contestaron que dependían económicamente del crowdwork solo el 13,7% aporta a pensión, y de los que no es su principal fuente de ingresos aportan el 42,3%. No tienen seguro de salud el 38,1% en EEUU y un 64,7% en India.

APORTES SEGURIDAD SOCIAL – PRINCIPAL INGRESO		
Plataforma	**PENSIONES**	**NO SALUD**
AMT EEUU	8,1%	38,1%
AMT India	13,7%	64,7%

Cuadro propio, basado en datos mencionados por Janine Berg, ob. cit.

A la mayoría de los crowdworkers les gusta su trabajo y aprecian poderlo hacer desde sus casas, pero están frustrados por el bajo nivel de pago, la falta de una fuente estable de empleo, la no responsabilidad de las plataformas frente a sus preocupaciones y a la vez, el abuso de los oferentes.

Las plataformas son como los Estados porque definen políticas para hacer eficiente el mercado sin proferir regulaciones, ellas deciden con qué frecuencia y en qué contexto los participantes están expuesto el uno al otro, qué información es recolectada por las partes, y cómo es mostrada esa información, establecen qué operaciones son permitidas, qué entrada es ganadora, qué contratos y precios son permitidos y así sucesivamente, incluso median en las disputas y deciden cómo deben ser resueltas(15).

Las plataformas han decidido clasificar a los trabajadores como contratistas independientes, relevándolos de las principales obligaciones del contrato de trabajo como el pago de un salario mínimo, límites a las jornadas de trabajo, contribuciones a la seguridad social, asegurar la salud y seguridad en el trabajo o protecciones contra los despidos injustificados. El crowdworker asume el riesgo de que el trabajo sea insuficiente, que los clientes se nieguen a pagar, que haya poco trabajo. No están en capacidad de negociar pagos, que son fijados por quien oferta la tarea, a menudo en función de lo que aparece en la plataforma. Estos riesgos normalmente son ignorados porque se ha tratado de demostrar este trabajo como alternativa para mejorar ingresos, que se ha enmarcado en el debate acerca de la protección del trabajador que se mueve de toque en toque más que enfocarse en mejorar las condiciones de trabajo(16).

El estudio de Berg para la OIT cuestiona que efectivamente estos sean trabajos que se hacen por "gusto" o para tener dinero para gastos, o dinero extra o que esto no es un trabajo de verdad, o que es trabajo de adolescentes, o que es para tener dinero de bolsillo, ella explica cómo esto está rodeado del

(15) Berg, ob. cit., p. 15.

(16) Berg, ob. cit., p. 17.

mismo discurso que se usaba en los años 60 cuando la mujer ingresó al mercado de trabajo a trabajar medio tiempo para "ganar dinero extra", cuando los estudios revelaron que más del 75% lo hacían para obtener dinero de subsistencia y solo un 15% para tener dinero extra; esto es lo mismo que está pasando con la gig-economy donde manejar el concepto de ganancias secundarias es la justificación para invocar la no aplicación de las regulaciones sobre empleo y protección social. En la encuesta de la OIT cerca de un 40% de los trabajadores contestaron que el crowdwork era su principal fuente de ingreso, un 35% confiaban en que era el complemento de pago de otros trabajos y menos del 15% está como crowdworker por diversión(17), lo que lleva a pensar si realmente este es un trabajo para tener dinero extra o en realidad es una nueva forma de trabajar que por sus características y por los marcos regulatorios, ha desbordado la capacidad de regulación del derecho del trabajo y por tanto, obliga a estudiar qué tipo de protección requieren quienes hacen estos trabajos.

6) Trabajo decente para los crowdworkers y los trabajadores vía apps

Quienes han estudiado el trabajo en la economía colaborativa han evidenciado que es necesario hacerle ajustes, en cuanto estos trabajadores requieren unas protecciones que actualmente no tienen y por ello, se ha buscado determinar cuáles son esas garantías que se les deben proveer. Para ello se evidencian varias propuestas:

1. Para algunos autores estadounidenses, someter estas nuevas modalidades de trabajo a una forma de trabajo tradicional sería una amenaza contra el surgimiento del trabajo virtual, con consecuencias negativas para los trabajadores, los consumidores, las empresas y la economía. Confiando en la existencia de la dicotomía entre trabajador subordinado y contratista independiente, cualquiera de las dos definiciones genera el riesgo de privar a esos trabajadores virtuales de algunos de los beneficios del pacto social, para lo cual proponen una tercera categoría de trabajadores que en Estados Unidos serían los trabajadores "independientes", esto ayudaría a reducir niveles de incertidumbre y darles algunas seguridades que hoy, al no saber cómo clasificarlos los podría dejar en una zona gris. Estos trabajadores independientes deberían tener derecho a asociarse y el derecho a que los intermediarios (plataformas) contribuyan con la mitad de los aportes a seguridad social e impuestos, lo cual permitiría extenderles el pacto social, mejorar sus niveles de vida, reducir la incertidumbre y mejorar la eficiencia del mercado de trabajo(18).

2. Otra propuesta es que se generen autorregulaciones del sector entre las mismas plataformas, algo así como una Responsabilidad Social Empresarial (RSE), para lo cual debe haber mecanismos de aplicación creíbles, es decir, que el aparato que se cree tenga capacidad para hacer cumplir sus normas y reglamentos, incluyendo sanciones que pueden ser económicas o incluso la expulsión de la red; el mecanismo debe tener legitimidad, es decir, que se vea desde el principio que es objetivo y que sí va a funcionar.

   Como cualquier estrategia de RSE, en este tipo de iniciativas juega mucho el poder de la reputación, por ello, quienes voluntariamente se adhieran a ellas

(17) Berg, ob. cit., p. 19.

(18) Seth D. Harris and Alan B. Krueger. *A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker"*, The Hamilton Project, discussion paper 2015-10, Diciembre, 2015.

deben entender la importancia de cumplir con la autorregulación que se profiera para el sector, pues de ir en contra de ella o desconocerla, no solo afectará su reputación sino que puede incidir en el momento en que se esté definiendo una controversia en un tribunal(19).

3. En el otro extremo, la propuesta es que los gobiernos tengan la iniciativa y refuercen el cumplimiento de las normas laborales para los crowdworkers, es decir, que se les trate como trabajadores subordinados, acá se dice que al inicio el costo del ajuste va a ser alto para las firmas que ofertan en las plataformas, pero al final tendrán una organización más productiva laboralmente.

   Para el trabajador, que él sea clasificado como un empleado subordinado fomenta una mayor estabilidad en el empleo y por lo tanto, una mayor seguridad en el ingreso. Sólo una reorganización del trabajo puede asegurar que este creciente e importante nuevo sector de la economía proporcione trabajos dignos y de calidad, lo cual, es lo mejor para los trabajadores, y en última instancia para los mercados de trabajo y la sociedad en su conjunto. Como señaló uno de los encuestados, "Esto es obviamente una forma de trabajar que probablemente va a explotar en el futuro. Si algún tipo de justicia estuviera presente en las primeras etapas, resultaría beneficioso para las perspectivas a largo plazo"(20).

4. Desde la OIT, el trabajo que surge con la economía colaborativa se ha empezado a revisar bajo la perspectiva de lograr que quienes trabajan en este modelo, se les garanticen los derechos previstos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998 y los pilares del programa de trabajo decente.

   Dicha Declaración compromete a los Estados miembros a respetar y promover cuatro categorías de derechos, hayan o no ratificado los convenios pertinentes, esas categorías son: a. la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, b. eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, c. la abolición del trabajo infantil y d. la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación(21), así como los pilares del programa de trabajo decente son: a. creación de empleo, b. protección social, c. derechos en el trabajo y d. diálogo social – en tanto con este se "promueve el empleo productivo libremente elegido al mismo tiempo que los derechos fundamentales en el trabajo, unos ingresos adecuados provenientes del trabajo y la seguridad de una protección social"(22).

   De las anteriores alternativas, la de la OIT no es excluyente y se podría combinar con cualquiera de las demás, pues brindar un trabajo decente a quienes han encontrado en la economía colaborativa un medio de subsistencia o de mejora de sus ingresos es independiente del tipo de vinculación del cual surja el trabajo. Indistintamente de cuáles sean los motivos que llevan a una persona a convertirse en un trabajador virtual, es claro,

(19) Molly Cohen, Arun Sundararajnan. *Self-regulation and innovation in the peer – to – peer sharing economy*, Law Review Chicago, 2015, consultado en https://lawreview.uchicago.edu/page/self-regulation-and-innovation-peer-peer-sharing-economy

(20) Berg, ob. cit. p. 27

(21) http://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm

(22) OIT, *Programa Global de Empleo,* 2003, p. 2.

que los ordenamientos jurídicos deben reaccionar y asumir políticas y leyes que generen unos estándares mínimos de protección que no paupericen a los trabajadores ni riñan con los desarrollos del mercado.

Por ello, cuando los Estados emprendan ese ejercicio de determinar cuál es el marco de protección que debe operar para los crowdworkers y trabajadores vía apps, deberían formular su estrategia desde la perspectiva de la OIT, que a través de su Consejo de Administración, en marzo de 2015, discutió el tema de las formas atípicas de empleo y allí se concluyó que estas deberían atender las necesidades legítimas de los trabajadores y los empleadores y que no pueden usarse para perjudicar a los trabajadores, así como se debe contar con un marco normativo que dé las protecciones adecuadas:

"3. Las formas atípicas de empleo deberían atender las necesidades legítimas de los trabajadores y de los empleadores, y no deberían utilizarse para socavar los derechos laborales y el trabajo decente, con inclusión de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, la igualdad y la no discriminación, y la seguridad del empleo. Las protecciones adecuadas se logran mediante el establecimiento de un marco normativo apropiado, el cumplimiento y la firme aplicación de la legislación, y un dialogo social eficaz"(23).

Para el Consejo de Administración el contar con formas atípicas de empleo bien concebidas y reguladas permite que las empresas se adapten con facilidad al mercado y que además, puedan retener a sus trabajadores. Sin embargo, cuando estas formas atípicas se usan de manera inadecuada, en detrimento de las obligaciones relacionadas con el empleo se afecta la competencia, a los trabajadores y la sociedad en general.

"4. Las formas atípicas de empleo bien concebidas y reguladas pueden ser beneficiosas para las empresas, al mejorar su capacidad para responder y adaptarse a las exigencias del mercado. También pueden ser un mecanismo útil para contratar y retener a los trabajadores, y para aprovechar con más rapidez las competencias y los conocimientos técnicos de ciertos trabajadores en el mercado de trabajo. Sin embargo, cuando los empleadores utilizan las formas atípicas de empleo de manera inapropiada con el fin de eludir sus obligaciones legales y contractuales y otras responsabilidades relacionadas con el empleo, esto socava la competencia equitativa, lo que redunda en detrimento de las empresas responsables, los trabajadores y la sociedad en general"(24).

Por esto, como hay el riesgo que los trabajadores que se encuentran en las formas atípicas de empleo estén en déficit de tener un trabajo decente, los Estados deberían tener sistemas de inspección del trabajo, políticas activas de empleo y un sistema judicial que sea accesible y eficaz. Para lo cual propone que a través de diálogo social se adelanten de manera tripartita las siguientes iniciativas, que se resumen a continuación:

a) **Promover los trabajos decentes y las buenas condiciones de trabajo**: lo cual consiste en que las políticas de mercado de trabajo sean progresivas hacia el tra-

(23) Oficina Internacional del Trabajo. Conclusiones de la Reunión de Expertos sobre las formas atípicas de empleo, Consejo de Administración, 323ª. reunión, Ginebra, 12-27 de marzo de 2015, p. 54.

(24) Ibíd.

bajo decente y que los empleadores que usan esas formas atípicas de empleo den protección social a estos trabajadores.

b) **Apoyar las transiciones en el mercado de trabajo:** las políticas de mercado de trabajo deben promover el crecimiento económico y el desarrollo, "el aprendizaje permanente, la capacitación y el desarrollo profesional, la adecuación al mercado de trabajo y el acceso a trabajos decentes"(25).

c) **Promover la igualdad y la no discriminación:** se debe garantizar a los trabajadores la igualdad con independencia del tipo de vínculo contractual.

d) **Asegurar una cobertura de seguridad social adecuada para todos**: como en las formas atípicas de empleo los trabajadores no cumplen su trabajo de la manera "tradicional", pues no cumplen horarios ni tiene un umbral mínimo de horas de trabajo al mes, los sistemas de seguridad social deberían prever unas condiciones equivalentes de protección para ellos, en función de estas características.

e) **Promover unos lugares de trabajo seguros y saludables**: el entorno de trabajo de los trabajadores en formas atípicas de empleo, debe ser seguro y saludable. Los gobiernos y los empleadores deberían adoptar medidas adecuadas, por ello, no deben ser excluidos de recibir formación y elementos de seguridad, así como "deberían poder participar en sistemas y procesos de seguridad y salud en el lugar de trabajo"(26).

f) **Asegurar el acceso a la libertad sindical y a la negociación colectiva**: se propone adoptar nuevos enfoques para permitir que los trabajadores en formas atípicas de empleo puedan asociarse y beneficiarse de convenios colectivos.

g) **Adoptar un enfoque estratégico de la inspección del trabajo:** se debe dotar de recursos a la inspección del trabajo para que asuman estrategias para vigilar estas nuevas formas de trabajo y los sectores en que se están desarrollando.

h) **Combatir las formas sumamente inseguras de empleo y promover los derechos fundamentales en el trabajo**: se debe prestar atención a las formas atípicas que no respeten los derechos fundamentales en el trabajo y erradicarlas

Si bien estas medidas podrían considerarse exigentes, son necesarias para evitar que por la vía del crowdwork, el trabajo vía apps o en general el trabajo virtual se genere una carrera hacia el fondo en desmedro de los derechos de los trabajadores o se generalicen este tipo de trabajos a costa de sacrificar trabajos subordinados que tienen todas las garantías de ley.

7) Conclusiones

Pretender que por hablar de crowdwork o trabajo vía apps nos encontramos frente a un problema nuevo no es exacto, es el mismo problema que ha vivido el derecho del trabajo cada vez que cambian las formas de producción y al generarse nuevas actividades que no encajan dentro del modelo tradicional de relaciones subordinadas, se considera que este ha perdido su vigencia.

Estas nuevas formas de trabajo, como en oportunidades anteriores, vienen acompañadas de la preocupación de una carrera hacia el fondo y de la necesidad de determinar cómo proteger a estos trabajadores de la explotación, dándoles un marco jurídico que les favorezca, pero a la vez que no destruya la fuente de empleo ni afecte a la sociedad.

(25) Ibídem, p. 55

(26) Ibídem, p. 56.

Aunque la salida más fácil pareciera ser crear unas nuevas categorías jurídicas para definir cómo deben operar estas nuevas formas de trabajo, lo mejor sería identificar a qué modalidades contractuales se asemejan más hoy en día y aplicarles las políticas públicas que ya existen para estas, como pasa por ejemplo con el trabajo informal en Colombia, donde las personas que están en la informalidad cuentan con una serie de programas e incentivos para remediar su situación de vulnerabilidad y estos perfectamente se podrían aplicar a alguien que hoy sea un trabajador vía apps o crowdworker, sin necesidad de generar en una nueva categoría ni incentivos que estén desfinanciados y quizá se demoren en ser implementados. Generar respuestas legislativas de manera apresurada para crear categorías de empleo, incluso menos proteccionistas que las existentes para mejorar la evolución de un sector, está demostrado que no logran impactos positivos en las tasas de crecimiento, innovación o empleo(27).

Además, no puede darse por descontado que habrá casos en que, pese a estar en un trabajo dentro de la economía colaborativa, se puede tratar de un trabajo subordinado, por eso, crear categorías ajenas al de trabajadores dependientes amparándose en criterios como la no dependencia y simple coordinación de actividades, o que el beneficiario no es la plataforma sino el oferente, no determinan por sí solas la inexistencia del contrato laboral(28), pues siempre estará presente el principio de primacía de la realidad y cuando, pese a la denominación del trabajador o del vínculo, se encuentren los elementos de existencia del contrato de trabajo, este primará.

El derecho del trabajo debe buscar que haya una protección universal del trabajador, independiente de su situación laboral, que es a lo que se refieren los principios y derechos fundamentales en el trabajo(29), estos, junto con medidas de salud y seguridad en el trabajo son los que permitirán que la brecha entre trabajo subordinado e independiente se reduzca.

La revisión de esa protección universal se debe hacer en un marco internacional, con mayor razón, en el caso del crowdwork y el trabajo vía apps, donde se trabaja de manera deslocalizada y quienes contratan pueden estar en países diferentes de aquél en que se genera el servicio, por lo cual, la cooperación entre los actores del mercado y los reguladores es fundamental, para definir un estándar internacional que garantice el desarrollo económico sin sacrificar el trabajo decente.

De esto ya hay experiencias como Fair-CrowdWork, plataforma que fue creada por el sindicato alemán IG Metall, que colabora con algunos de los creadores de Turkopticon, otra plataforma que crearon los crowdworkers de Amazon Mechanical Turk para reportar las condiciones de trabajo en los por-

(27) Valerio De Stefano. The rise of the "just-in.time workforce: on demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"", Conditions of Works and Employment Series, No. 71, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 30.

(28) Al respecto cabe estudiar el caso de Berwick vs. UBER: "Esta misma conclusión es alcanzada por la California Labor Commission en su decisión de 3 de junio de 2015 en el asunto Barbara Ann Berwick v. UBER Technologies, Inc., condenando a UBER a pagar a Barbara Ann Berwick, una antigua conductora, 4.152,20 dólares en concepto de gastos reembolsables e intereses, por considerar que era una empleada de la compañía y no una trabajadora autónoma. En la actualidad, prácticamente 2.000 conductores de UBER han interpuesto una "class action" para reclamar se reconozca su condición de trabajadores por cuenta ajena y se les reembolse por sus gastos de actividad. En este escenario favorable –de momento– a la laboralización de los conductores de UBER, empiezan a aparecer, asimismo, asociaciones de trabajadores –como la California App-based Drivers Association– o acciones colectivas de conductores de UBER dirigidas a la defensa de sus intereses (Ginès I Fabrellas y Gálvez Duran, 2016: 6 y 9)".Juan Raso Delgue. El derecho del trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, vol. 7, No. 13, 2016, p. 37.

(29) Este autor reporta que en Canadá a los conductores les permiten usar el radio para formar sindicatos

tales de internet, para que con ello, los trabajadores tengan oportunidad de conocer con quién deben contratar para asegurar el cumplimiento de las condiciones pactadas.

Por último, ante la arbitrariedad que puede entrañar la calificación del trabajador por parte del usuario del servicio, una iniciativa que podría mejorar las condiciones de trabajo de los crowdworkers y los trabajadores vía apps es que se creen mecanismos para asegurar que haya transparencia en esas calificaciones, para que las decisiones de negocios sean justas, y con ello, no se restrinja la activación del perfil del trabajador para trabajar en determinada plataforma y no abusar de uno de los capitales más importantes de la gig-economy que es la reputación.

Bibliografía

Berg, Janine. Income Security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers, International Labour Office, Marzo, 2016.

Bynum, Leon James. "Crowdsourcing." Salem Press Encyclopedia (September 2013): Research Starters, EBSCOhost consultado en http://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?sid=0d7dd913-73bd-4d02-93a0-53b43247bc60%40sessionmgr104&vid=1&hid=104&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=89677536&db=ers

Cohen, Molly y Sundararajnan, Arun. *Self-regulation and innovation in the peer – to – peer sharing economy*, Law Review Chicago, 2015, consultado en https://lawreview.uchicago.edu/page/self-regulation-and-innovation-peer-peer-sharing-economy

De Stefano, Valerio. Crowdsourcing, the gig-economy and the law, Conditions of Work and Employment Series No. 71, Ginebra, International Labour Office.

De Stefano, Valerio. The rise of the "just-in time workforce: on demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"", Conditions of Works and Employment Series, No. 71, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 30.

Durward, D., Blohm, I. et al., 2016, *Crowd work*, Business Information Systems Engineering, citado por Janine Berg. Income Security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers, International Labour Office, Marzo, 2016, p. 3.

Gertz, Gilan, MSW. *"Sharing economy"*, Salem Press Encyclopedia, January, 2016, Research Starters, EBSCO*host*.

http://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm

https://www.justpark.com/creative/sharing-economy-index/.

http://www.twago.es/how-it-works/.

Harris, Seth D. and Krueger, Alan B. *A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker"*, The Hamilton Project, discussion paper 2015-10, December, 2015.

Kathan, Wolfgang, Matzler, Kurt y Veider, Viktoria. *"The sharing economy: Your business model's friend or foe?",* Business Horizons (2016), available online at www.sciencedirect.com

Morozov, Evgeny. The sharing economy undermines workers rights – my FT oped, 2013, disponible en https://evgenymorozov.tumblr.com/post/64038831400/

the-sharing-economy-undermines-workers-rights.

OIT, *Programa Global de Empleo,* 2003.

Oficina Internacional del Trabajo. Conclusiones de la Reunión de Expertos sobre las formas atípicas de empleo, Consejo de Administración, 323ª. reunión, Ginebra, 12-27 de marzo de 2015.

Raso Delgue, Juan. El derecho del trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, vol. 7, No. 13, 2016, p. 37.

Richardson, Lizzie. Performing the sharing economy, Geoforum 67 (2015), Department of Geography, University of Cambridge, Downing Place, Cambridge CB2 3EN, United Kingdom, http://www.degerencia.com/tema/outsourcing.

Economía compartida: el caso UBER

por **Ignacio López Viana**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales – Facultad de Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay (UdelaR). Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Laboral I y II de la UdelaR. Integrante del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la UdelaR. Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y del Colegio de Abogados del Uruguay.

Resumen: Durante el segundo semestre del año 2015, la aplicación tecnológica UBER desembarcó en Uruguay. El servicio, que permite utilizar vehículos privados para transportar pasajeros a través de una aplicación para teléfonos inteligentes ("*smartphones*"), parece haber llegado para quedarse y transformar definitiva y sustancialmente el servicio de transporte de pasajeros. No obstante, la llegada de UBER ha desatado varías críticas de algunos sectores que brindan el mismo servicio, particularmente de los taxistas, así como también ha generado una serie de interrogantes respecto a su regulación y posibles implicancias desde el punto de vista legal.

Palabras claves: "App" – UBER – Tecnología – Trabajo – Conductores – Subordinación - Recomendación OIT N° 198 - Trabajo parasubordinado.

Sumario: I. ¿Qué es UBER? II. El concepto de economía compartida. III. Impacto de la "app" en el mundo del trabajo. IV. Consideraciones finales.

I) ¿Qué es UBER?

Los cambios ocurridos en nuestra sociedad como consecuencia de los notables avances de la ciencia y de la tecnología en todos los órdenes constituyen indudablemente un desafío para el Derecho. Cada vez resulta más frecuente la descentralización empresarial y las formas atípicas de trabajo.

En particular, según los aspectos que serán abordados en el presente, al Derecho del Trabajo se le impone indefectiblemente el deber de renovarse constantemente y adaptarse a los cambios actuales, nuevas tecnologías y sistemas informáticos(1).

En tal sentido, UBER Technologies Inc. es una empresa internacional que proporciona a sus clientes una red de transporte privado, a través de un software de aplicación móvil, comúnmente denominada "*app*", [] que conecta los pasajeros con los conductores de vehículos registrados en su aplicación, los cuales ofrecen un servicio de transporte a particulares. La compañía tiene su matriz en California, Estados Unidos, y se encuentra en plena expansión alrededor del mundo, encontrándose ya en más de 59 países.

La compañía define los servicios que presta como una plataforma de tecnología que permite a los usuarios organizar y planear el transporte y/o servicios de logística con terceros proveedores independientes de dichos servicios, incluidos terceros transportistas independientes y terceros proveedores logísticos independientes.(2)

Más de la mitad de los lugares en donde opera UBER se encuentran precisamente en

(1) Gauthier, Gustavo, Teletrabajo. Introducción al estudio del régimen jurídico laboral, FCU, Montevideo 2006, p. 9.

(2) Términos y condiciones y política de privacidad de UBER.

Estados Unidos, entre los que se destacan ciudades como Nevada, Nueva York, Chicago, Portland, California, Seattle, Boston y Washington, en los que se ha regulado, en cierta medida, el uso de dicha "*app*".

En cambio, en la mayoría de los países de Europa UBER ha enfrentado problemas para su funcionamiento, manteniendo diversos litigios con los gobiernos y/o trabajadores del transporte. Por ejemplo, Bélgica prohibió en abril de 2014 el uso de la aplicación. Ocho meses después, Holanda y España tomaron medidas similares. Alemania, Italia, Suiza y Portugal también le han colocado trabas o limitaciones a la aplicación.

A nivel de Latinoamérica, sólo en la Ciudad de México se ha regulado la aplicación. En la ciudad de San Pablo, Brasil, se está tramitando un proyecto para prohibir la misma de forma definitiva. En Colombia UBER opera de forma no regulada con más de 10.000 conductores, según cifras de la propia compañía. Actualmente en nuestro país existen varios proyectos de ley a estudio a fin de regular la aplicación.

Ahora bien, UBER se encuentra indisolublemente unido al concepto de economía compartida. Por consiguiente, resulta también oportuno referirnos brevemente en el próximo capítulo el fenómeno económico, político y social del cual UBER es parte.

En suma, la polémica se encuentra tan instalada como el fenómeno en sí. Pero la polémica tiene su fuente también, en la falta de regulación actual sobre la economía compartida. Por consiguiente, cabe preguntarnos: ¿Son los conductores de UBER trabajadores dependientes o independientes?

II) El concepto de economía compartida

Desde hace ya un tiempo es común escuchar acerca de la economía compartida o "*sharing economy*", término cada vez más usual en el mundo de las "*startups*", pues se ha convertido incluso en la base de un modelo de negocio.

En el "*sharing economy*" existe un intercambio monetario que sin intermediarios permite que sea mucho más económico adquirir un bien o servicio.

El término economía compartida fue acuñado por primera vez por Ray Algar en el año 2007.(3) Se trata de un modelo de mercado híbrido, entre la propiedad y la donación, que refiere a compartir el acceso a bienes y servicios entre distintas personas, coordinados mediante servicios comunitarios "*online*".

Quizás el elemento más sobresaliente de este modelo es el factor de las plataformas "*online*" como facilitadoras y potenciadoras del fenómeno de la economía compartida. Todo surge con una plataforma que conecta a dos o más personas, permitiendo la existencia de una comunicación fluida entre prestador de bienes o servicios y el consumidor final.

Varias de estas plataformas nos han llevado hoy día a modificar comportamientos y modalidades de contratación tradicionales. A modo de ejemplo, las personas se suben a los autos de extraños (Sidecar, Cabify, Lyft, UBER, Easy Taxi), reciben extraños en sus cuartos (Airbnb), posibilitan que extraños alquilen sus autos (Getaround, RelayRides), sus botes (Boatbound) y hasta sus casas (HomeAway), entre otras tantas aplicaciones.

(3) Collaborative consumption – www.oxygen-consulting.co.uk.

III) Impacto de la "*app*" en el mundo del trabajo

Evidentemente la relevancia y amplitud de las transformaciones tecnológicas e informáticas desafían el carácter dinámico del Derecho del Trabajo. El impresionante y feroz desarrollo registrado en el campo de las tecnologías de la información y de la comunicación trasciende nuestra disciplina y ésta no puede mantenerse ajena al mismo. El impacto y dinamismo irreversible de las tecnologías de la información y de la comunicación plantean ciertamente un gran desafío a las formas tradicionales de desarrollar el trabajo y particularmente en el tema en cuestión, al cumplimiento de algunas de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo.

La tecnología y particularmente la "sociedad del conocimiento" o "sociedad de la información" en la que vivimos se encuentran en pleno apogeo y al mismo tiempo en constante mutación. Dicha situación a través del transcurso del tiempo denota una fuerte repercusión en todos los ámbitos de la vida, especialmente en el mundo laboral.

Los avances de la tecnología han producido un cambio en lo que respecta a la realidad sobre la que opera el Derecho desde su perspectiva objetiva. Las nuevas tecnologías han abierto nuevos horizontes, modificando y creando nuevos cauces de relación.

A continuación, analizaremos el impacto de UBER en el Derecho del Trabajo y la eventual aplicación de la normativa laboral a dicha actividad y a las relaciones que derivan de la misma.

a) ¿Le resultan aplicables a UBER las normas del Derecho del Trabajo?

Uno de los temas centrales que ha traído aparejado el fenómeno UBER, es la aplicación o no de las normas del Derecho del Trabajo al conductor o prestador del servicio de transporte.

Ahora bien, las reglas del Derecho del Trabajo no escapan a esta realidad, al punto de considerar que las personas que prestan servicios para este tipo de aplicaciones en principio no son empleados de las empresas propietarias de las plataformas, sino que son considerados contratistas independientes o particulares autónomos.(4)

En tal sentido, la Recomendación N° 198 de la OIT, del 15 de junio de 2006, sobre la relación de trabajo, considera que la legislación laboral trata, entre otras cosas, de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo, entendiendo que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la OIT.

Asimismo, en atención a las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación, no debería privarse a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho.

En el caso en cuestión, presenta suma complejidad determinar si estamos o no ante una relación de dependencia. O más aún, ¿sería UBER un caso de trabajo parasubordinado?

Como bien señala Rivas, la fortuna de que gozara por mucho tiempo el criterio de la subordinación, no ha impedido que el mismo haya sido constantemente impugnado, de

(4) Gauthier, Gustavo, "El Derecho Laboral ante el reto de la economía compartida: apps, smartphones y trabajo humano", Revista Derecho del Trabajo, octubre - diciembre 2015, p. 9.

tal modo que puede afirmarse no sólo que la historia del Derecho del Trabajo se identifica con la historia de la subordinación, sino también con la historia de su impugnación como criterio distintivo del trabajo dependiente.(5)

Por su parte, el trabajo autónomo ha sido definido de forma residual o por oposición al trabajo subordinado. Por regla, el trabajador independiente no goza de los beneficios de la legislación laboral. A tales efectos, será necesario recurrir a los indicios de subordinación para definir la relación a analizar, en base a lo dispuesto por la Recomendación N° 198 de la OIT.

A su vez, últimamente se ha venido perfilando, especialmente en la doctrina europea, la definición de trabajo parasubordinado, es decir, aquel que no es ni totalmente subordinado ni totalmente independiente. La doctrina italiana ha elaborado la noción de trabajo continuativo y coordinado, prevalentemente personal, aunque no necesariamente subordinado. En tal sentido, en nuestra doctrina, Fernández Brignoni expresa que el criterio de la subordinación jurídica no resuelve un importante número de situaciones donde falta o no se percibe claramente la dependencia jurídica, pero sí la dependencia de tipo económica. Se trata en puridad de un trabajo prestado para otro en forma predominantemente personal, continua, coordinada y con cierta autonomía e independencia jurídica.(6)

UBER se define como una aplicación de software. En los propios términos y condiciones de UBER, tanto el usuario como el conductor están obligados a aceptar los mismos, reconociendo expresamente que UBER no presta servicios de transporte o de logística ni funciona como una empresa de transportes y que dichos servicios de transporte o logística se prestan por terceros contratistas independientes, que no están empleados por UBER ni por ninguna de sus afiliadas. Por consiguiente, desde el punto de vista formal, el eventual trabajador reconoce la ausencia de relación de subordinación, pero en base al principio de primacía de la realidad, imperante en el Derecho del Trabajo, deberá analizarse la situación de hecho con prescindencia de las formas jurídicas establecidas.

Consecuentemente la compañía desde un primer momento promociona sus actividades bajo la consigna de que quienes trabajen en dicha modalidad serán socios, siendo sus propios jefes, en una clara alusión a la ausencia de subordinación.

Sin embargo, más allá de la calificación que las propias partes intenten darle al vínculo contractual que las une, lo que debe observarse es la relación de hecho que subyace al mismo.

Tal como enseña Plá Rodríguez, las notas características que distinguen al contrato de trabajo son: a) la prestación de una actividad personal; b) subordinación; c) onerosidad; d) durabilidad. Sin perjuicio de lo anterior, se han propuesto otras notas que también podrían llegar a considerarse según el caso concreto, como por ejemplo, la ajenidad, profesionalidad, exclusividad y colaboración.(7)

El criterio acertado de distinción entre el contrato de trabajo y otro, como por ejemplo, el contrato de arrendamiento de servicios, es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador. Sin embargo, en muchos casos no es un elemento de fácil determinación. Doctrina y jurisprudencia

(5) Rivas, Daniel, La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo, FCU, Montevideo, 1999, p. 34.

(6) Fernández Brignoni, Hugo, "Las empresas unipersonales en perspectiva laboral", revista Derecho Laboral N° 184, Montevideo, 1996, p. 603, quien cita a Rivas, Daniel, "La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo", Montevideo, 1996. p. 61.

(7) Plá Rodríguez, Américo, Curso de Derecho Laboral, Idea, Montevideo, 1991, p. 19.

hacen referencia a indicios que puedan señalar la existencia o inexistencia de la subordinación. (8)

La subordinación como factor fundamental para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, fue propuesto por Ludovico Barassi en 1901. Barassi definía la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.(9)

En general, la doctrina latinoamericana acepta la subordinación como elemento fundamental para la existencia de una relación de trabajo y, consecuentemente, para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

El elemento subordinación jurídica está vinculado a la situación jurídica en que se encuentran las partes del contrato de trabajo. El empleador se trasforma en el director de la actividad laboral del trabajador, impartiendo las directivas de trabajo conforme a la obligación que asumió este último. El trabajador debe ejecutar las instrucciones dadas por el empleador, siempre que se enmarquen dentro de las previsiones de las normas, del contrato y de los usos profesionales. El elemento remuneración es la contrapartida que asume el empleador por la labor prestada por el trabajador.(10)

El empleador al asumir los riesgos de la actividad, tiene a su cargo el poder de dirección en la empresa. Ello habilita al empleador a dirigir las tareas del trabajador y eventualmente ejercer la potestad disciplinaria.

La calificación de un trabajador como sujeto del contrato laboral tiene por lo tanto su raíz en la propia relación de trabajo, en la existencia de subordinación y en la enajenación que el trabajador hace del fruto de su trabajo a cambio de un salario.(11)

No obstante, la Recomendación N° 198 de la OIT sugiere que los trabajadores dependientes no son sólo aquellos que están en relación de subordinación jurídica, por lo que los conductores de UBER podrían entrar en esta categoría tomando en cuenta otros factores de su vínculo con la compañía.

En Uruguay, al no existir una ley de contrato de trabajo o código laboral, no hay ninguna norma que condicione que para la existencia o no de la relación de trabajo tenga que haber subordinación jurídica u obedecerse órdenes y por ello, crecen en importancia los principios del Derecho del Trabajo y recomendaciones de la OIT. En este contexto, la Recomendación N° 198 impulsa a que los operadores jurídicos tengan en consideración otros criterios además de la subordinación.(12)

La existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.(13)

En consonancia con el Art. 13 de la Recomendación citada, debería recurrirse a la téc-

(8) Mangarelli, Cristina, "Arrendamiento de servicios" Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial, FCU, 2000.p. 273.

(9) Ermida Uriarte, Óscar y Hernández, Óscar, "Crítica de la subordinación", revista Derecho Laboral N° 206, Montevideo, 2002, p. 272.

(10) Larrañaga Zeni, Nelson, Las relaciones laborales individuales uruguayas, AMF, Montevideo, marzo de 2016, p. 65 y sigs.

(11) Raso, Juan y Castello, Alejandro, Derecho del Trabajo, tomo I, FCU, Montevideo, octubre de 2012, p. 147.

(12) Barretto, Hugo, "El trabajador dependiente de UBER y una recomendación de la OIT", noviembre de 2015 – www.180.com.uy/articulo/58975_

(13) Recomendación N° 198 de la OIT, Art. 9.

nica indiciaria a fin de determinar si la relación entre el conductor de UBER y la aplicación, podría determinar la existencia de una relación de trabajo y como consecuencia de ello, la aplicación de las normas laborales. Corresponde señalar también, que UBER ha sido muy cuidadoso en la terminología a emplear a efectos de deslindarse de una eventual relación de subordinación.

De acuerdo con la Recomendación N° 198, existen diversos indicios a ser considerados para determinar la existencia de una relación o no de dependencia. Debe existir una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se den uno o varios indicios. Entre esos indicios y algunos otros elementos de relevancia, podrían destacarse los siguientes:

- Que el trabajo se realice según instrucciones, órdenes y control de otra persona.

En principio, UBER no realiza ningún tipo de instrucción ni obligación sobre el conductor(14), limitándose a realizar algunas sugerencias o consejos determinados, como por ejemplo, tener la radio encendida con jazz, aceptar la solicitud de viaje dentro de 10 segundos en que fue recibida, avisar la llegada al destino previo a levantar el pasaje, esperar tres minutos antes de llamar al usuario si la persona que lo solicitó no está lista, ofrecer una botella de agua al pasajero, regalarle golosinas, abrirle la puerta u ofrecerle cargador para su celular, conocer la ciudad, respetar las señales y normas de tránsito, devolver objetos perdidos en el vehículo, respetar al pasajero y ser amigables con los usuarios, no responder el teléfono personal durante el trayecto del viaje, etc.

El conductor también debe ser mayor de 18 años, en línea con la normativa vial nacional, pero existen exigencias en relación al año, limpieza y estado del vehículo. No obstante, parece que pudiera existir cierto control, al menos indirecto, de parte de UBER, ya que los conductores pueden ser calificados en su aplicación y UBER se reserva el derecho de quitarle la licencia a aquellos que no cumplan con los requisitos de la compañía y cancelar su cuenta UBER, sin la cual no podrán prestar el servicio. La licencia es esencialmente revocable. En dicho caso, ¿podría el conductor considerarse despedido? ¿Podría entenderse la cancelación de la cuenta como una manifestación del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del aparente empleador? Podría expresarse que de existir dicho control, ello no significaría la existencia de una subordinación, ya que se trataría de condiciones pactadas entre las partes para determinar con carácter general la prestación de esa actividad de forma unificada, tal como puede ocurrir en cualquier arrendamiento de servicios.

- Que el trabajo implique la integración del eventual trabajador en la organización de la empresa.

En esta cuestión corresponde preguntarnos, ¿son los servicios del trabajador tan importantes para el negocio del supuesto empleador, convirtiéndose en una parte necesaria del negocio? Si la respuesta fuere afirmativa, sería un indicio de subordinación.

A priori, el conductor no se integra en la organización, más aún cuando la compañía se define como una aplicación de software, no obstante, sin los conductores la "*app*" carecería de sentido y no tendría ganancia alguna. El alcance por el cual los servicios prestados por el trabajador son un elemento cla-

(14) Tribunal de Apelaciones del Trabajo (TAT) de 1° turno, Sentencia N° 209/2014: "*En modo alguno surge probado en autos la existencia de uno de los elementos esenciales para la existencia de una relación laboral, pues no hay absolutamente ninguna prueba de que el demandado diera órdenes, instrucciones o que de algún modo dirigiera la actividad que desarrolla la actora*".

ve de los servicios regulares prestados por la compañía, puede indicar la presencia de una relación de trabajo dependiente.

UBER por sí misma no presta directamente servicios de transporte, ya que sería un mero intermediario de la actividad, sino que es el conductor quien ofrece los mismos, mediante el uso de la "*app*".

- Que la tarea sea efectuada única o principalmente en beneficio de otra persona, siendo ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo.

Este punto presenta varias dificultades. Por un lado la tarea debe ser prestada por el conductor, el cual tiene un vehículo y licencia de conducir registrada en la propia aplicación. Prestar el servicio en forma personal es un indicio de subordinación, en razón del carácter *intuito personae* de la relación de trabajo. En este sentido, el conductor no puede delegar su tarea, el viaje no puede ser realizado por otra persona. De así producirse, el conductor corre riesgo de perder su cuenta en la aplicación. Sin embargo, también existen arrendamientos de servicios que revisten la calidad de *intuito personae*.

No obstante, no se exige exclusividad. De hecho, un conductor de taxi puede también ser conductor de UBER. Por otro lado, el conductor no debe cumplir un horario determinado(15), pudiendo el trabajador aceptar los viajes que estime conveniente, así como tampoco tiene especificado un lugar o zona en la cual prestar su labor, ni tiene contacto alguno con personas físicas dueñas de la aplicación, ni conoce sus oficinas.(16) Sin embargo, existe un control a través de la aplicación respecto a la ruta o localización del conductor, lo que haría que este punto sea también discutible.

Sin embargo, muchas organizaciones que contratan prestadores de servicios independientes fijan estos requisitos mínimos como forma de constatar que los clientes cuenten con un servicio de calidad y seguridad, sin que esto conlleve subordinación jurídica alguna.

Tampoco se exige un horario "*full time*", que implique siquiera estar a la orden del supuesto empleador, quedando a voluntad del conductor, ya que éste puede desconectarse de la aplicación y no recibir solicitudes de viaje durante el tiempo que esté "*offline*", con lo cual, tampoco sería un indicio de subordinación.

- Que la labor detente cierta duración y continuidad y que implique el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.

Aquí tampoco parecería existir un indicio de subordinación, ya que no es necesaria la existencia de una duración o estabilidad, propia de la relación de trabajo, caracterizada por ser de tracto sucesivo. El conductor no tiene obligación de prestar su tarea con asiduidad.

Lo mismo sucede con las herramientas, materiales y maquinarias de trabajo, en cuyo caso el vehículo para transportar pasajeros es de propiedad del conductor y no de UBER, y los gastos relativos al mantenimiento de dicho vehículo, tales como patente, seguro, combustible, también corren por cuenta y riesgo del propietario del vehículo. El conductor no recibe ningún tipo de

(15) TAT de 2° turno, Sentencia N° 140/2014: ""*No se advierte acreditada la subordinación, tampoco que debiera cumplir horarios, ni que se le haya aplicado potestad disciplinaria por parte de la Asociación (demandada)*".

(16) Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 466/2011.

reembolso por tales conceptos. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista que en algunos países la aplicación otorga al conductor un "*Smartphone",* lo cual podría ser considerado como una herramienta de trabajo indispensable, sin la cual no podría prestarse el servicio.

Más aún, resulta otro elemento difuso que siendo el vehículo propiedad del conductor, la "*app*" prohíba el consumo de drogas y alcohol durante el trayecto solicitado por el pasajero, aunque este elemento puede enmarcarse en las condiciones de contratación entre las partes, ajenas al Derecho del Trabajo.

- El hecho de que no existan riesgos financieros para el trabajador.

Indicio que tampoco puede evidenciarse claramente en el caso de UBER. Si el conductor tiene la fatalidad de accidentarse mientras traslada a un pasajero, ¿quién responderá? No existe hoy día un seguro para UBER, pese a intentos del Banco de Seguros del Estado (BSE) que fueron rápidamente desalentados por algunos sectores del país. Por tanto, respondería, en principio, el propio conductor del automóvil con su seguro contratado. En efecto, en la propia política de la compañía se deja constancia que UBER no tiene responsabilidad alguna en relación con cualquier servicio de transporte.

- El trabajador no cuenta con uniforme o vestimenta impuesta por UBER.

Simplemente se sugiere una vestimenta higiénica y acorde al servicio a fin de recibir una calificación alta, recomendando utilizar traje y corbata para lucir más profesional, pero no existe ni se exige uniforme alguno de la compañía.

- El trabajador no recibe ningún tipo de entrenamiento ni capacitación profesional por parte de la compañía.

Normalmente un trabajador dependiente puede ser entrenado para prestar servicios de una manera particular. Los trabajadores independientes usan sus propios métodos para realizar el trabajo. En el caso de UBER, la compañía se limita únicamente a sugerir determinadas cuestiones y comportamientos para que el conductor brinde un servicio de calidad.

- Existencia de contrato de trabajo escrito y pago de rubros típicamente salariales.

En nuestro país no se requiere la existencia de un contrato escrito entre las partes. Además, el conductor de UBER no genera derecho a licencia, consecuentemente no tiene salario vacacional, ni aguinaldo, tampoco existe aportación por contribuciones especiales de seguridad social, no tiene cobertura médica ni seguro. El no pago de beneficios laborales reforzaría la hipótesis de la inexistencia de relación de trabajo.(17) Sin embargo, este elemento tampoco es determinante, ya que la jurisprudencia admite la existencia de un contrato de arrendamiento sin plazo y que no conste por escrito.

- Que el trabajador ofrezca servicios al público en general.

Este elemento puede ser considerado de independencia, indicio que no se evidenciaría en el caso de UBER, ya que los pasajeros se contactan a través del conductor por la "*app*", no pudiendo el conductor ofrecer servicios ni trasladar pasajeros por fuera de la aplicación.

(17) Ya desde hace varios años la jurisprudencia sostenía estos criterios. TAT de 3° turno, Sentencias N° 24/1999 y N° 26/1999.

- Que el trabajador realice una inversión para prestar los servicios.

Esta es una nota típica de independencia, y podría encontrarse en el caso de UBER, ya que el conductor pone a disposición de la aplicación su propio vehículo, asumiendo todos los riesgos que puedan derivar de ese traslado de pasajeros, así como también de los costos asociados. En este caso, no sería UBER quien asume los riesgos de la actividad, elemento ajeno a la relación de trabajo, donde los riesgos son asumidos por el empleador.

- Secuencia en la prestación del servicio.

Si el empleador tiene derecho a determinar el orden en que los servicios son prestados, se demostraría cierto control sobre el trabajador y por tanto, un indicio de subordinación. En el caso de UBER, no se le impone al conductor ninguna orden a fin de prestar el servicio de transporte, pudiendo inclusive estar no disponible para recibir solicitudes de viaje, o más aún, rechazarlas, independientemente de que ello afecte su calificación.

- Trabajo para más de un cliente.

Si el conductor trabaja para más de un empleador a la vez, podría ser un indicio de independencia. En el caso en cuestión, generalmente el conductor tiene otro trabajo, no se dedica exclusivamente a UBER, aspecto que se relaciona con la no exclusividad y con que no resulta su única fuente de ingresos, por tanto, no habría en este punto un indicio de subordinación, aunque tampoco puede determinarse como un indicio excluyente, ya que hoy día es cada vez más conocida la figura del multiempleo y empleador complejo.

- Remuneración del trabajo.

El hecho de que el trabajador perciba una remuneración regular, ya sea mensual, por hora o por semana, es una nota típica de subordinación.(18) Los trabajadores independientes reciben un pago por trabajo terminado, o una comisión, aunque también en algunos casos el trabajador puede ser pago por hora.(19) En UBER, el conductor recibe un bono, variable, según la calificación que haya obtenido por parte de los usuarios y la cantidad de viajes realizados, lo cual parece indicar ausencia de subordinación pero tampoco sería tan determinante la cuestión como para descartar la aplicación del Derecho del Trabajo. Por otra parte, el pago del servicio se realiza directamente a UBER a través de tarjetas de crédito internacionales, el conductor no percibe ni visualiza dinero alguno en dicha transacción. UBER cobra por los servicios de transporte en nombre del conductor, incluso, las tarifas de los viajes son determinadas por UBER.

- El hecho de que la remuneración percibida por el trabajador constituya la única o principal fuente de ingresos, que incluya pagos en especie, tales como, alimentación, vivienda u otros.

En el caso de UBER, la remuneración puede no ser periódica y dependerá de la frecuencia con la cual el conductor acepte solicitudes de viaje. Además, generalmente la remuneración que percibe por desarrollar su actividad no constituye su única fuente de ingresos, así como tampoco se reciben pagos en especie.

Por último, resulta oportuno aclarar que muchos de estos indicios y elementos pueden no resultar determinantes por sí solos, así como tampoco podemos afirmar la inexis-

(18) TAT de 4° turno, Sentencia N° 292/2014: *"No fueron probados de modo alguno, los elementos subordinación, ni onerosidad. No se acreditó que el demandado diera órdenes, dirigiera, ni controlara de modo alguno al actor, siquiera que este tuviere que cumplir horario. Tampoco que el actor percibiera un salario alguno".*

(19)

tencia de algunos indicios que podrían denotar el carácter subordinado de esta relación.

Si entendemos que los conductores se encuentran bajo una relación de subordinación, le resultarán aplicables las normas del Derecho del Trabajo. En cambio, si se tratare de trabajadores independientes, las normas mencionadas no serán aplicables, debiendo los conductores registrarse ante la Dirección General Impositiva, el Banco de Previsión Social y contratar el seguro obligatorio del BSE a fin de contemplar la actividad que desarrollan, abonando sus tributos y cargas sociales, situación que hasta el momento no estaría sucediendo.

b) UBER en el derecho comparado

Sin perjuicio que en nuestro país aún no existe jurisprudencia al respecto, la cuestión relativa a si existe o no relación de dependencia entre el conductor de UBER y la aplicación, ya ha dado lugar a sentencias en algunos otros países.

En junio de 2015 la decisión de la Comisión de Trabajo de California dio a conocer que Berwick, demandó a UBER a efectos de ser considerada trabajadora dependiente, obteniendo un resultado favorable.

La decisión ordenó a UBER reembolsar a la Sra. Barbara Ann Berwick por las ocho semanas aproximadamente durante las cuales trabajó como conductora para la compañía en 2014, entendiendo dicha vinculación como una relación de trabajo, ajena al derecho civil o comercial.

Por su parte, quizás el caso más controversial y con más potencialidad de impacto en el negocio de UBER en la actualidad, es la *"class action"* presentada por trabajadores de UBER, donde decenas de conductores demandaron a la compañía por haber prestado servicios en California.

De acuerdo a la información disponible al momento del presente trabajo, el caso aún no estaría resuelto.

Por último, recientemente en el Reino Unido se promulgó un fallo desfavorable para UBER, reconociéndose la existencia de una relación de subordinación, manejándose argumentos tales como que la compañía pretende desviarse de las relaciones y normas vigentes en aquél país, utilizando un lenguaje "retorcido", merecedor del mayor escepticismo. No obstante, dicho fallo puede ser revisable, pero en caso de confirmarse, marcaría una tendencia importante a nivel mundial.

IV) Consideraciones finales

Tal como se analizó precedentemente, existe un elenco de indicios que podrían denotar la existencia de una relación de independencia entre UBER y el conductor, como también algunos otros que resultarían propios de una relación de subordinación y por tanto, regulada bajo las normas del Derecho del Trabajo.

Desde nuestro punto de vista, la situación no deja de ser discutible y en todo caso podríamos pensar que estamos ante un trabajador parasubordinado, figura no regulada en nuestro país. En tal sentido, ante la ausencia de normas concretas que regulen el trabajo parasubordinado, parecería que el mismo debe regirse por las normas, criterios y principios que rigen el trabajo autónomo o el trabajo dependiente, según cada caso en concreto. En efecto, ambos comparten la característica de constituir modalidades de trabajo que se ejecutarían en régimen de independencia jurídica en relación al comitente o receptor de los servicios, aun cuando pueda existir dependencia económica.(20)

(20) Raso, Juan y Castello, Alejandro, op. cit., p. 154.

A su vez, compartiendo la postura de Garmendia, la circunstancia de transformación que por estos días se plantea en relación al objeto de la disciplina laboral, determina que la noción de materia laboral luzca cada vez más desprendida de la nota de subordinación. Por su parte, el trabajo autónomo ya no puede visualizarse como noción ajena a la materia laboral.(21)

Indudablemente el mundo está cambiando constantemente a través de la tecnología y la posibilidad infinita de comunicación. La economía compartida se encuentra cada vez más consolidada entre nosotros y el Derecho no puede quedarse atrás, siendo necesario regular y adaptar la normativa vigente a los cambios, fenómenos y avances tecnológicos actuales.

En suma, consideramos que las reformas legislativas son imprescindibles para mejorar la calidad de los empleos atípicos, cada vez más frecuentes en el mundo actual, y el Derecho del Trabajo no debe mantenerse ajeno o aislado respecto de los mismos.

(21) Garmendia Arigón, Mario, "Concepto de materia laboral. Vigencia de la ley N° 18.572", Revista de la Facultad de Derecho N° 31, julio - diciembre 2011, Montevideo, p. 178.

Fenómeno UBER- una mirada desde la relación de trabajo

por **Camila Hargain**

Doctora en Derecho de la UDE. Aspirante a Profesora Adscripta en DTSS (FD-UR)

Resumen: Ante la aparición de nuevas modalidades de trabajo, las que resultan absolutamente innovadoras y que se apartan de los esquemas típicos que ha ido construyendo a lo largo de su historia el Derecho Laboral, se nos impone el desafío de analizar y clasificar esas modalidades, con el fin de ubicarlas dentro de la categoría de relaciones de trabajo dependientes, o por el contrario, concluir que se trata de formas de trabajo independientes.

Si bien Uruguay aún se encuentra en etapas muy primigenias de estos fenómenos y aplicaciones, como el caso de UBER, es precisamente por ello que debemos prestar especial atención a los sucesos ocurridos en otras partes del mundo. Fundamentalmente, los reclamos laborales promovidos por los conductores registrados en la referida plataforma y la solución que se ha dado a dichos reclamos por parte de la justicia de cada país.

Palabras claves: nuevas modalidades de trabajo - trabajo independiente - trabajo dependiente - flexibilización de conceptos - problemática internacional - fallos internacionales - autonomía de la voluntad - indicios relación de trabajo.

Sumario: 1. Introducción. 2. Importancia del fenómeno UBER en el universo del Derecho del Trabajo. 3. Reclamos promovidos en Inglaterra y fundamentos del fallo dictado por el Tribunal de Londres. 4. Opinión de la Comisión de Trabajo de California dictada en Estados Unidos. 5. Autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Posible flexibilización de conceptos tradicionales. 6. Estudio del fenómeno UBER a la luz de la Recomendación N° 198 de la OIT. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Recientemente han comenzado a aparecer múltiples noticias en los medios de comunicación internacionales que evidencian los nuevos desafíos que se imponen con el surgimiento de las nuevas tecnologías y su relación directa con nuevas formas de trabajo humano.

Naturalmente que en el presente trabajo nos ceñiremos a los desafíos jurídicos, y más específicamente, a los desafíos gestados en el universo del Derecho Laboral.

Pues bien, una innovación innegablemente revolucionaria es la que creada por la mundialmente conocida 'UBER'; aplicación o plataforma por medio de la cual se prestan servicios de traslado de personas físicas. Ese servicio es prestado por conductores/choferes que deben registrarse previamente en la plataforma y ser aprobados antes de poder iniciar cualquier actividad de traslado de personas.

En primer lugar cabe explicar por qué esta plataforma en particular –entre tantas otras que han emergido recientemente- ha atraído nuestra especial atención. En los últimos meses se han dictado en diversas partes del mundo, los primeros fallos de importancia referidos a la cuestión de la naturaleza del vínculo trabado entre UBER y sus "socios conductores" (así denominados por UBER).

Esto no hace sino confirmar un porvenir plagado de nuevos cuestionamientos que ya se están planteando en otras partes del mundo, y que con toda seguridad no tardarán en plantearse a los operadores jurídicos uruguayos, quienes se verán enfrentados a nuevas modalidades de trabajo como ésta, cuya

característica más importante es la de que se sale completamente de los esquemas trazados por la normativa laboral tradicional.

De ahí que detectemos una imperiosa necesidad de estudio de estas innovaciones tecnológicas, procurando ajustar antiguas definiciones y conceptos, modernizarlos, flexibilizarlas, todo esto con el fin de hacer el ejercicio de encuadrar estos fenómenos producto de la evolución tecnológica, ya sea en la categoría de relación de trabajo dependiente o independiente.

Sin embargo, tampoco puede descartarse la posibilidad de que como resultado del estudio de estos fenómenos se concluya que no es posible su clasificación en ninguna de las categorías anteriores, sino que se trata de verdaderos híbridos y que por ello la única alternativa sería la de construir nuevos estatutos con regulaciones laborales específicas que se encarguen de atender sus especificidades.

2. Importancia del fenómeno UBER en el universo del derecho del trabajo

Siguiendo en la línea de razonamiento anterior, debemos señalar que desde la óptica del Derecho del Trabajo es absolutamente incuestionable la importancia del estudio de estos nuevos esquemas contractuales.

Máxime si consideramos que en los últimos años ha emergido un número muy significativo de aplicaciones y plataformas, lo que no puede pasar inadvertido para dicha materia, la que está obligada a acompasarse a la realidad.

Pero en definitiva, lo que verdaderamente atrae el interés del Derecho del Trabajo es la sola detección de un elemento fundamental, cual es la existencia de trabajo humano, sin importar la modalidad en que el mismo es realizado.

Advertimos que la plataforma UBER –así como en muchas otras- no solo supone inexorablemente la existencia de trabajo humano (precisamente con ese trabajo es que crece y se desarrolla cada vez más esta aplicación) sino que es una fuente creadora de puestos de trabajo así como de ingresos. Esto tiene como consecuencia que el estudio de este caso adquiera una relevancia aún mayor, desde que solo en Uruguay se dice que hay al menos unos 3.400 conductores que realizan su trabajo a través de esa plataforma. Asimismo, se ha difundido en los medios de comunicación locales que la plataforma alcanza aproximadamente los 7.000 usuarios por día(1).

Por lo tanto, ante cifras considerables como las que venimos de señalar y en un país de las dimensiones de Uruguay, no puede dudarse sobre la importancia de estudiar este fenómeno y así como de analizar lo que está ocurriendo en otras partes del mundo, por la sencilla razón que lo que ocurre en otros países tarde o temprano terminará por ocurrir aquí.

En definitiva, la evolución tecnológica vuelve a poner a prueba al Derecho del Trabajo, retándolo a amoldar sus conceptos más elementales, como lo son el de trabajador y empleador, de relación de trabajo, de dependencia. Lo que se debe determinar por parte de esta materia es si sus disposiciones alcanzan y protegen ciertas situaciones y vínculos contractuales modernos que se caracterizan por su atipicidad.

En otras palabras, lo que realmente debe interesar al Derecho del Trabajo es la determinación de cuándo y en qué situaciones deberían aplicarse sus disposiciones de carácter tuitivo, protector e irrenunciable. Con relación a UBER, la incógnita es justamente si corresponde la aplicación de dichas normas protectoras o por el contrario, si se

(1) http://www.elpais.com.uy/informacion/mas-personas-uber-diario-montevideo.html

trata de relaciones contractuales independientes.

El problema reside en que precisamente esa determinación es la que se torna extremadamente dificultosa desde que los vínculos contractuales entre UBER y los "socios conductores" no encajan a la perfección en prácticamente ninguno de los conceptos tradicionales construidos por esa materia.

Si bien en Uruguay se ha fijado el foco de atención en aspectos de UBER diferentes de los laborales (fundamentalmente los aspectos tributarios de dicha plataforma), lo que está ocurriendo con ésta en otras partes del mundo hace las veces de advertencia, dejando muy en claro que los problemas que se avecinan son de tipo laboral y de seguridad social.

Es dable concluir que es solo una cuestión de tiempo hasta que en Uruguay comiencen a surgir conflictos y cuestionamientos entre los conductores y UBER, directamente vinculados con esas dos materias. Debemos estar preparados para cuando ello ocurra, de manera de darles una solución adecuada a los conflictos que se susciten.

3. Reclamos promovidos en Inglaterra y fundamentos del fallo dictado por el tribunal de Londres

Como venimos de señalar, en nuestro país aún no se ha generado ni un solo reclamo de tipo laboral que involucre a la plataforma UBER y sus "socios conductores", a pesar de que se ha cumplido un año desde que inició sus actividades aquí.

Es por ello que, como dijimos, adquiere especial importancia el escenario internacional, justamente porque el mismo opera como una especie de proyección de futuro para nuestro país.

Recientemente se dio a conocer en los medios de comunicación la decisión de un Tribunal de Londres, en virtud de la cual se cuestionó muy fuertemente la situación de los conductores de UBER en tanto trabajadores calificados como independientes(2).

Cabe resaltar que el reclamo de los conductores consistía fundamentalmente en la solicitud de reconocimiento de su derecho a tener un salario mínimo asegurado y a gozar de vacaciones anuales pagas. Huelga decir que esos reclamos se cimentan sobre la base de que los conductores de UBER sostienen que se les debe reconocer la calidad de trabajadores dependientes.

Del lado de UBER, la respuesta es bastante previsible: niega rotundamente la existencia de relación de trabajo, arguyendo que los trabajadores son "socios conductores". El argumento central es el de que se trata de trabajadores absolutamente independientes y que deben equipararse a modalidades de trabajo como "a distancia" o los conocidos como "freelancers". De tal calificación se desprendería la conclusión de que no tienen derecho a exigir un salario mínimo, así como cualquiera de los derechos de los que sí son titulares los trabajadores que detentan la calidad de dependientes.

Una de las líneas de análisis trazada por el Tribunal inglés que resulta de gran interés es la referida a la eliminación de costos laborales que implican estas nuevas plataformas. El Tribunal expresa que este tipo de aplicaciones pretenden contar con toda una infraestructura y trabajadores a su disposición, pero quedar eximidos de las responsabilidades, costos laborales y de seguridad social que tendría cualquier empleador, en el sentido tradicional del término.

La conclusión es la de que el nombre no hace a la cosa, y por más que con el fin de eva-

(2) https://www.ft.com/content/a0bb02b2-9d0a-11e6-a6e4-8b8e77dd083a

dir esos costos, UBER construya una estructura para hacer parecer que contrata con trabajadores independientes, existen fuertes y claros indicios que llevan a entender que la "independencia" de los trabajadores no es otra cosa que una verdadera burla a la protección brindada por la normativa laboral.

En efecto, si miramos una persona que se desempeña como conductor registrado en UBER, seguramente veamos que no difiere demasiado de un conductor dependiente que se desempeñe en cualquier otro medio de transporte o de un trabajador a distancia dependiente.

Aún más importante, posiblemente ese individuo se vea a sí mismo como un trabajador dependiente, y no advierta diferencias sustanciales entre la actividad por él desarrollada y la realizada por cualquier trabajador que se considere dependiente.

A partir de esta percepción, el trabajador concluye que, al no haber diferencias entre él y cualquier trabajador dependiente, luego tampoco deberían existir diferencias en cuanto a derechos y beneficios de tipo laboral y de seguridad social.

Este razonamiento parece bastante lógico. Si lo que interesa al Derecho del Trabajo es brindar protección a quienes se encuentran en situación de inferioridad, de debilidad, con respecto a su co- contratante, bastaría con que se verifique esa inferioridad de una de las partes que intervienen en una relación de trabajo para que entren a regir sus normas tuitivas y protectoras.

Esto podría dar nacimiento a un enfoque sensiblemente diferente de la nota de dependencia, dando prioridad a la condición de inferioridad por encima de otros elementos, como puede ser por ejemplo el análisis de quién detenta la propiedad de las herramientas de trabajo, de la existencia de un horario y lugar de trabajo fijos y determinados por el empleador, etc.

Todo lo anterior en virtud de que perdería sentido analizar una relación contractual tan moderna y revolucionaria como la de UBER con sus "socios conductores" a la luz de indicios y características que se verifican en relaciones de trabajo tradicionales. Por el contrario, la modernidad de esas modalidades contractuales nos impone que el análisis de las mismas sea consecuentemente, moderno y ajustado a sus especificidades.

Uno de los argumentos esgrimidos por UBER y rechazados muy tajantemente por el Tribunal inglés es el de que cada uno de los "socios conductores" constituía una pequeña empresa, absolutamente independiente, con un único lazo que los une, cual es la plataforma, pero absolutamente independientes en todo lo demás.

El Tribunal entendió que este argumento resultaba absolutamente ridículo y que constituía una burla al sistema protector construido por las normas laborales, una manera innovadora de evadir su aplicación.

Otra defensa esgrimida por UBER es la de que su plataforma simplemente cumple la función de poner en contacto, conectar, a un conductor con una persona interesada en que lo trasladen de un punto geográfico a otro. De ahí la independencia del conductor, quien además tiene la completa libertad de decidir cuándo ingresará a la aplicación UBER y cuándo se abstiendrá de hacerlo, lo que equivale a decir que tiene la libertad para determinar cuándo inicia y finaliza a su jornada de trabajo.

Desde la óptica de los conductores ingleses, la mirada es sensiblemente diferente: negaron rotundamente los dichos de UBER de que la plataforma se limite a acercar la oferta de

vehículos y conductores por un lado, con la demanda de los mismos.

Por el contrario, relatan que UBER ejerce controles gravosos sobre sus conductores, tanto en la etapa más primigenia de la relación, antes de comenzar a prestar servicios, así como también durante el tiempo que el conductor está realizando sus tareas. En efecto, toda vez que el conductor finaliza un viaje, el usuario está obligado a darle un puntaje por sus servicios (entre 1 y 5 estrellas) y además tiene la posibilidad de realizar comentarios, quejas, y de expresar los motivos de su calificación (un verdadero control de calidad del servicio).

En el fallo también se consideró lo relativo a los gastos que deben soportar los conductores (a modo de ejemplo, mantenimiento del vehículo y combustible) y que no les son reembolsados. A pesar de que desconocemos cuál fue la importancia que el Tribunal le dio a este elemento, y qué consideraciones se hicieron al respecto, lo razonable es que se tome como un indicio de independencia entre los conductores de UBER y la plataforma. Un indicio de que existe relación de trabajo dependiente sería la hipótesis opuesta, esto es, la cobertura por parte del empleador de todos los gastos que deben ser soportados por el trabajador.

Si llevamos ese aspecto relativo a los gastos de conservación y mantenimiento del vehículo a la normativa laboral uruguaya, el hecho de que los mismos no sean reembolsados por UBER con toda seguridad sería considerado un indicio de que la actividad se presta en la modalidad independiente.

A todo lo anterior debe sumarse el hecho de que sea UBER quien fija unilateralmente las tarifas, no estando permitido al trabajador apartarse de las mismas, con lo cual los conductores pierden la libertad de fijar las condiciones que deseen con sus contratantes.

Pero no solo se fijan las tarifas –lo que equivaldría a establecer una remuneración calculada en función del valor hora- sino que se impone una prohibición: los conductores registrados en UBER tienen vedadas las propinas y cuando le sean ofrecidas, deben rechazarlas, lo que se relaciona con el trabajo dependiente.

En otro orden, debemos realizar una puntualización relativa a lo fallado por el Tribunal: si bien se entendió que los trabajadores reclamantes tenían derecho a acceder a ciertos beneficios típicos de los trabajadores dependientes, como ser licencia y salario mínimo, no ocurrió lo mismo con el derecho a indemnización por despido.

En este sentido el sistema inglés tiene una diferencia importante con el uruguayo en tanto hace una distinción teórica entre "workers" y "employees", mientras que en nuestro ordenamiento no existe tal distinción, y todos los trabajadores tienen acceso a exactamente los mismos derechos.

Lo más importante de tal distinción entre una categoría y otra es la indemnización por despido; los "workers" no acceden a tal beneficio, mientras que los "employees" sí.

En el caso de los reclamos promovidos por conductores de UBER, el Tribunal entendió que los mismos debían catalogarse como "workers", con lo cual no tienen derecho al cobro de indemnización por despido. Sí le fueron reconocidos otros derechos típicamente laborales, como el salario mínimo y las vacaciones anuales pagas.

No caben dudas de que resultaría imposible trasladar las conclusiones arribadas en Inglaterra a un caso ocurrido en Uruguay, desde que en nuestra normativa no contamos con una diferenciación entre "trabajadores" y "empleados", sino que todo trabajador dependiente, por el solo hecho de serlo,

tiene derecho al cobro de indemnización por despido si es despedido por decisión unilateral del empleador, con la única excepción de que medien contratos a prueba, a término o para obra determinada.

Contrariamente al caso inglés, en países como el nuestro el objeto de análisis se circunscribiría a si los conductores de UBER revisten la calidad de trabajadores dependientes o independientes.

Pero en el caso de concluirse que son trabajadores dependientes, luego se les aplicarían todas las normas protectoras del Derecho del Trabajo, no pudiéndose seleccionar qué beneficios les resultan aplicables y cuáles no.

Otra consideración en la que se hace especial hincapié en el fallo inglés es el relativo a la imposibilidad de los conductores de conocer el destino al que se dirigirán sus usuarios hasta tanto no aceptan la solicitud de éstos.

De esta manera, una vez más se evidencia que la plataforma no se limita a acercar, intermediar entre la oferta y la demanda, sino que va más allá, inhibiendo al conductor de tomar conocimiento del destino hasta el cual deberá dirigirse, impidiendo de esa manera, por ejemplo, que organice su jornada de trabajo. Este extremo se corresponde con el ejercicio del poder de dirección, típico de un empleador.

También cabe plantear la cuestión de si estas modalidades de trabajo implican una liberación o por el contrario, verdaderas formas de opresión virtuales del trabajador, el que debe soportar controles mucho más gravosos que cualquier trabajador que se desempeñe como dependiente, pero sin contar con los múltiples beneficios que esa calidad de dependiente le aparejaría.

En conclusión, queda claro que el Tribunal inglés entendió que existían argumentos suficientes para descartar la figura de "socios conductores" o de trabajadores independientes, y que por lo tanto, es obligación de UBER asegurar un salario mínimo a los conductores, pagar la licencia anual y reembolsar los gastos en los que incurra cada trabajador por la realización de la tarea.

4. Opinión de la comisión de trabajo de california dictada en Estados Unidos

También en San Francisco, Estados Unidos, se promovieron reclamos millonarios por parte de los conductores registrados en UBER(3), quienes exigían su calificación como trabajadores dependientes.

Vemos que al igual que en el caso inglés, el foco también estuvo puesto en la determinación de cuál es la modalidad en que se realiza el trabajo, dependiente o independiente.

El argumento manejado por los conductores estadounidenses pone el acento en los controles ejercidos a través de la plataforma, lo que según ellos, se condice con la calidad de trabajador dependiente y no así de trabajador independiente, como pretende calificarlos UBER.

Las consecuencias de su calificación como trabajadores dependientes son prácticamente las mismas que las individualizadas por el Tribunal inglés: estarían amparados en el derecho a que se le asegure un salario mínimo, reembolso de todos los gastos que implique realizar su trabajo, cobertura de gastos de mantenimiento del vehículo, así como la obligación a cargo de UBER consistente en pagar impuestos por la contratación de esos trabajadores. Por el contrario, nada se dice con relación a la indemnización por despido.

(3) http://www.nytimes.com/2016/08/19/technology/uber-settlement-california-drivers.html?_r=1

Por su parte, debemos destacar que a mediados del año 2015 la Comisión de Trabajo de California (California Labor Commission) se pronunció y entendió que un conductor de UBER era trabajador dependiente, a la luz de la normativa laboral californiana(4)(5). Sin perjuicio de que no se trata de una sentencia adoptada por un Tribunal, indudablemente traza una línea de razonamiento que posiblemente será seguida por los jueces estadounidenses al momento de decidir en reclamos promovidas por conductores de UBER.

Los elementos tomados en consideración por la Comisión de Trabajo a efectos de emitir su opinión resultan de gran interés teórico a los efectos del tema que nos ocupa, principalmente por la profundidad y minuciosidad del análisis efectuado.

A continuación, pasaremos a detallar los argumentos manejados por dicha Comisión.

En primer lugar, se analiza el procedimiento de fijación de las tarifas, prestando especial atención a si las mismas son fijadas por UBER, por sus conductores y si es posible la negociación de las mismas con los usuarios o no. En respuesta a esto se expresa que las tarifas son fijadas unilateralmente por UBER, extremo que apunta hacia la existencia de una relación de trabajo dependiente.

En segundo lugar se centra en la cuestión de la asignación de trabajo a los conductores, y en particular, si es UBER quien se encarga de tal tarea de distribución. En este sentido, se observa que UBER no toma a su cargo la tarea de asignar, distribuir el trabajo. Por el contrario, el volumen de trabajo –y correlativamente las ganancias- está directamente relacionado con la cantidad de horas que el conductor permanezca conectado a la aplicación y a la demanda de los usuarios. Este elemento, a diferencia del anterior, sería un indicio de trabajo independiente.

Otro aspecto considerado es el relativo al control ejercido sobre sus conductores. Al respecto se resalta la estandarización que realiza, o al menos intenta realizar UBER, sobre el servicio a prestar, sugiriendo ciertas reglas de conducta. A esto debe agregarse que UBER tiene la potestad de "dar de baja" de la aplicación a aquellos conductores que durante cierto período prolongado de tiempo no presten servicios (aproximadamente 6 meses). Esto se corresponde con el concepto de poder de dirección, y por lo tanto sería un indicio de que efectivamente existe dependencia.

Asimismo, se considera la cuestión relativa a la propiedad de las herramientas de trabajo, esto es, el vehículo y el celular. En el caso del vehículo, el mismo pertenece al conductor, quien lo pone a disposición de UBER para prestar el servicio. Este aspecto puede considerarse un indicio de independencia, desde que una de las herramientas de trabajo fundamentales, sin la cual no se puede realizar el trabajo, no es proporcionada por UBER, quien tampoco cubre los gastos que insume el mantenimiento de dicho bien. Paralelamente, no se indemniza al conductor por la pérdida de valor que sufre el vehículo en virtud de su uso.

Lo referido en el párrafo anterior se podría entender como una expresión de la independencia de esos conductores, quienes dejan de ser ajenos a las pérdidas y ganancias del empleador, para participar en las mismas, ya que están realizando verdaderas inversiones al ser quienes proveen las herramientas de trabajo.

Sin embargo, en algunos países del mundo UBER sí se encarga de proporcionar otra

(4) http://www.nytimes.com/2015/06/18/business/uber-contests-california-labor-ruling-that-says-drivers-should-be-employees.html?_r=0

(5) http://www.fglaw.com.au/are-uber-drivers-employees/

de las herramientas esenciales para el desarrollo de la tarea, cual es el teléfono celular. Esto constituye un indicio de dependencia.

Además, resulta de importancia el hecho de que los conductores no utilicen ni tengan la obligación de utilizar uniformes con el logo de UBER, otro indicio que apunta hacia la independencia.

Finalmente, se evalúa el aspecto relativo a la contratación de seguro contra accidentes de tránsito y otros riesgos, entendiendo que como la contratación está a cargo del conductor, este sería un indicio de que no existe dependencia. Sin embargo, también debe considerarse el hecho de que UBER tenga una suerte de seguro subsidiario, complementario, para cubrir cualquier contingencia que el conductor pueda sufrir y que no alcance a cubrirse con el seguro por él contratado. Sobre esto se dice que se trata de un indicio de dependencia.

De todo lo anterior, surge claramente evidenciada la dificultad que nos plantean las últimas novedades tecnológicas y las relaciones contractuales que tienen su origen en ellas, fundamentalmente lo que dice relación a su naturaleza compleja, que combina características típicas de trabajo típicamente dependiente y trabajo típicamente independiente.

5. La autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo. posible flexibilización de conceptos tradicionales

Además de todas las consideraciones anteriores, creemos que resulta interesante dejar planteada otra perspectiva del tema que nos ocupa. Perspectiva que tiene como base un elemento de vital importancia para el Derecho del Trabajo, cual es el de la autonomía de la voluntad del trabajador.

En ese sentido, cabría analizar si la autonomía de la voluntad de un conductor registrado en UBER podría llegar a tener injerencia sobre la cuestión de su calificación como trabajador dependiente o independiente.

Sabemos que las normas del Derecho del Trabajo son indisponibles, desde que existe un principio fundamental imperante en esa materia cual es el Principio de Irrenunciabilidad.

Pues bien, si aplicáramos este principio de manera rigurosa, la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, esto es UBER y sus "socios conductores", no impediría en lo más mínimo el estudio de la realidad, de lo que ocurre en la relación contractual y lo más importante, la conclusión de si se trata de una relación de trabajo dependiente o independiente.

Lo único que verdaderamente interesaría es la determinación de si están dadas las condiciones y los requisitos para entender que esos conductores son, en realidad, trabajadores dependientes. Y esa calificación no cabría a otra persona que al Juez que tiene a su cargo el estudio del caso concreto.

Aquí entra en juego otro principio fundamental del Derecho del Trabajo, cual es el de la Primacía de la Realidad.

Y no podemos olvidar que toda el universo de normas laborales se estructura sobre estos cimientos, que ordenan soslayar la autonomía de la voluntad de las partes. A su vez, esto encuentra su razón de ser en la historia misma del Derecho del Trabajo, su separación del Derecho Civil, y fundamentalmente, su apartamiento del concepto de autonomía de la voluntad construido por el mundo civilista, teniendo en su base, como dijimos, la inferioridad de condiciones de una de las partes contratantes con relación a la otra.

Todo esto en el entendido que no podían trasladarse las reglas del Derecho Civil, que parte de la base de la igualdad de las partes contratantes, a una relación contractual en la que se verifica la existencia de desigualdad y vulnerabilidad de una de las partes respecto de la otra.

Luego, teniendo en cuenta todo lo anterior, cabe cuestionar si la evolución de la tecnología, la aparición de nuevas modalidades de trabajo, debería sacudir estas premisas básicas del Derecho del Trabajo.

En ese sentido, se podrían crear nuevos estatutos dentro del Derecho del Trabajo, que contaran con previsiones específicas, las cuales tendrían en consideración las especificidades que plantean estas nuevas formas de trabajo humano.

Quedaría planteada la cuestión de si ante estos inminentes avances tecnológicos que vienen surgiendo en los últimos años, se deberían reformular los esquemas actualmente planteados relativos a la autonomía de la voluntad. Es decir, flexibilizar la cuestión de la irrenunciabilidad, de manera tal que un trabajador (en este caso conductor registrado en UBER), aunque coincida en muchas de sus características con un trabajador dependiente, tenga la opción de elegir ser trabajador independiente, renunciando a los beneficios típicos de los trabajadores dependientes.

Del otro lado podríamos argumentar que aquellas circunstancias que dieron origen al Principio de Irrenunciabilidad aún están presentes en situaciones como las ocurridas con UBER y sus "socios conductores". Esto en virtud de que el conductor, para ser tal, tiene que aceptar las condiciones impuestas por la plataforma, entre las cuales se encuentra aceptación de trabajar bajo la figura de "socio conductor", con los enormes beneficios económicos que ello implica para UBER. Se trata de un verdadero contrato de adhesión, por el cual el trabajador ingresa a la calificación de "independiente" de manera obligatoria (no se le da otra alternativa), pero contradictoriamente presenta múltiples notas de dependencia que permitirían calificarlo como trabajador dependiente, con los beneficios que ello supone.

6. Estudio del fenómeno UBER a la luz de la recomendación N° 198 de la OIT

Por último, dedicaremos los capítulos finales a realizar una serie de consideraciones relativas a las características que podemos observar en la relación existente entre UBER y sus conductores a la luz de la Recomendación N° 198 de la OIT.

La finalidad no es otra que evidenciar la complejidad que supone la tarea de calificar a dichos trabajadores.

Los indicios de existencia de relación de trabajo previstos en el Art. 13 de la Recomendación N° 198 de la OIT son los siguientes:

i) realización del trabajo según instrucción y bajo el control de otra persona;

ii) que el trabajador se integre a la organización de la empresa;

iii) el trabajo sea realizado única o principalmente en beneficio de otra persona;

iv) las tareas deben prestarse personalmente por el trabajador;

v) debe existir un horario determinado o un lugar determinado para el desarrollo de las tareas (o ambos);

vi) el trabajo debe tener cierta duración, continuidad o requerir la disponibilidad del trabajador;

vii) las herramientas de trabajo deben ser suministradas por quien requiere el trabajo;

viii) pago de remuneración periódica al trabajador y que la misma constituya la única o principal fuente de ingresos de aquél;

ix) que se reconozcan derechos tales como el descanso semanal y la licencia remunerada;

x) que se cubran los gastos en que deba incurrir el trabajador cuando realice viajes de trabajo a pedido de quien encarga esas tareas;

xi) inexistencia de riesgo financiero para el trabajador (alienidad en los riesgos).

No caben dudas de que algunos de los indicios plasmados en la Recomendación pueden identificarse en las relaciones que traba UBER con sus conductores. Esto sin perjuicio de que para identificarlos debamos hacer un esfuerzo para flexibilizar y amoldar esos conceptos a la realidad que supone este fenómeno tan revolucionario e innovador.

Con relación al poder de dirección y organización del trabajo, cabe expresar que si bien UBER no ejerce un poder de dirección presencial, sí lo realiza a la distancia y a través de la plataforma misma, que contiene una serie de procedimientos que organizan la forma en que se desarrolla el trabajo. A modo de ejemplo, la aplicación funciona de manera tal que realiza una suerte de "encuesta de satisfacción" obligatoria para el usuario, a través de la cual se ejerce un control muy importante al conductor.

Aún más, el conductor que reciba en reiteradas oportunidades calificaciones negativas, podrá ser excluido de la aplicación, quedando inhibido de trabajar a través de la misma.

Incluso podría entenderse que la potestad de excluir a un conductor, equivale al poder sancionatorio del empleador y sería similar a una situación de despido, precisamente porque el trabajador queda "desvinculado" de la aplicación y la decisión es adoptada unilateralmente por UBER.

Respecto a la realización del trabajo en beneficio de otra persona, no caben dudas de que las tareas realizadas por los conductores beneficia económicamente a UBER, quien retiene un porcentaje considerable de las tarifas que se cobran por la realización de cada viaje. Aún más, existe una proporción directa entre las ganancias que percibe UBER y la cantidad de horas de trabajo que realiza el conductor. Esto podría identificarse como un indicio de dependencia.

En cuanto a la remuneración, la misma es periódica y el dinero obtenido por los viajes no ingresa directa y automáticamente a la cuenta del conductor, sino que quien se encarga de transferir y repartir esos haberes es justamente UBER, quien previamente retiene el porcentaje que le corresponde cobrar y que está previamente estipulado. Esta modalidad de pago se corresponde con una modalidad de trabajo dependiente, desde que el trabajador no recibe el pago directamente del usuario por el trabajo realizado, sino que UBER hace las veces de intermediario.

Con relación a la obligación de prestar la actividad de manera personal, esta exigencia también se cumple desde que el conductor registrado en la plataforma y habilitado por la misma es quien debe realizar las tareas. Tal es así que una vez que se envía la solicitud de servicio en UBER y que la misma es aceptada, el usuario recibe una ficha con una foto del conductor a efectos de poder identificarlo, así como datos de contacto del mismo, marca y modelo del auto con el que se realizará el trasado, etc.

Respecto de la continuidad, también está presente en este tipo de relaciones contractuales, aunque de manera un tanto diferente a como usualmente se verifica en las relaciones de trabajo "típicas". En efecto, el conductor tiene la obligación de trabajar continuamente, y en caso de interrumpir sus tareas durante períodos superiores a seis meses, podrá ser excluido de la plataforma, quedando inhabilitado para prestar sus servicios. Es decir que el requisito de la continuidad estaría presente, aunque no se verifique de igual manera que la continuidad en una relación de trabajo "típica".

Asimismo, otro aspecto que se relaciona con la relación de trabajo dependiente es la existencia de una etapa previa al momento en que el que el conductor comienza a prestar sus servicios, en la cual manifiesta su voluntad de registrarse en la plataforma. Precisamente en esta fase UBER realiza una suerte de proceso de selección, por medio del cual controla que el conductor postulante cumpla con una serie de requisitos. El más importante de dichos requisitos es el relativo al año del vehículo que se pretende utilizar para prestar el servicio, o en otras palabras, una de las herramientas fundamentales sin las cuales no se puede realizar el trabajo.

Con relación a esta selección y aceptación de registro llevada a cabo por UBER, se podría afirmar que si fuera cierto que la plataforma se limita a acercar la oferta y la demanda, oficiando exclusivamente de intermediaria, luego no podría existir un proceso de selección y de aceptación de registro de los "socios conductores" sino que cualquier individuo, con tal de que disponga de un vehículo, podría registrarse en la plataforma y prestar el servicio de traslado de particulares.

Esto diverge con la manera de operar de ciertas plataformas como Mercadolibre, en la cual no existe proceso de selección o control alguno por parte de dicha página, sino que cualquier persona, con tal que cree un usuario, puede publicar sus artículos y/o productos allí y comercializarlos.

Asimismo, es un hecho conocido que UBER imparte cursos de capacitación a sus conductores, por medio de los cuales difunde cuáles son sus políticas, y lineamientos relativos a la manera en que se debe prestar el servicio (una especie de listado de exigencias de calidad). Esos cursos no son opcionales, sino todo lo contrario, obligatorios y previos al inicio de la actividad de conductor.

Un ejemplo de lo anterior es la recomendación de que el conductor tenga a disposición caramelos y agua, los que debe ofrecer al usuario al momento de iniciar el servicio.

Este aspecto genera serias confusiones sobre la naturaleza de la relación existente entre UBER y los conductores. En efecto, no se condice con una actividad realizada en calidad de independiente sino todo lo contrario; más bien coincide con lo que ocurre en las relaciones de trabajo dependientes, en las que la empresa empleadora imparte cursos de capacitación a su personal, los que resultan obligatorios y sin los cuales no se puede comenzar a desarrollar la actividad.

Se podría agregar que si el conductor realiza sus tareas en calidad de independiente, entonces no tendría que verse sujeto a las condiciones de prestación de servicio exigidas por UBER, sino que debería tener absoluta libertad para definir cómo quiere realizar su tarea.

En respuesta a lo anterior se puede sostener que UBER pone a disposición de los conductores, una serie de lineamientos, sugerencias, con el único fin de proveer un mejor servicio, pero que las mismas no son vinculantes, sino que los trabajadores tienen la libertad de decidir cómo prestar su servicio.

De esa manera se puede buscar dar prestigio a la plataforma y brindar seguridad a los usuarios respecto de la calidad del servicio brindado por los conductores que en ella se registren. No sería otra cosa que uniformizar el servicio prestado por los diversos conductores y mantener una suerte de patrón de calidad.

En otro orden, con relación a los elementos de la relación entre conductores y UBER que indicarían la existencia de una relación independiente, tenemos en primer lugar el hecho de que las herramientas de trabajo -vehículo y celular- no sean propiedad de UBER, así como tampoco son soportados por ésta los gastos en que incurren los conductores.

En ese sentido podría cuestionarse si el conductor incurre en riesgo financiero al realizar su actividad. Es cierto que podría entenderse que desde que el conductor adquiere o pone a disposición un vehículo y un celular smart phone de su propiedad, está realizando una suerte de inversión para iniciar su actividad. Por lo tanto sería dable entender que existe, aunque sea mínimo, riesgo financiero para quien trabaja. En efecto, si el conductor pasa días enteros sin conseguir traslado de usuarios, o si sufre un accidente y el vehículo se pierde, se produce un impacto económico negativo para el mismo. Este podría considerarse como un fuerte indicio de independencia.

Asimismo, creemos que de todas las características que identificamos en las relaciones trabadas entre UBER y los conductores, la más importante a los efectos del Derecho del Trabajo que respalda la afirmación de que los trabajadores revisten la calidad de independientes, es la de que esta plataforma brinda absoluta libertad a dichos conductores para que fijen, de manera unilateral y arbitraria un aspecto fundamental, como ser el horario de inicio y de finalización de su jornada de trabajo.

En efecto, no existe un horario de trabajo definido, o una jornada de trabajo mínima que deba cumplir el conductor.

Inclusive, el conductor puede decidir no trabajar ciertos días en la semana, o durante un período prolongado de tiempo, sin que sea necesario justificativo alguno. Por el contrario, basta con mantener cerrada la aplicación para que el conductor pierda todo contacto con la plataforma, sin que le sean exigidas explicaciones, justificaciones, etc.

Es decir que resulta indiscutible que los conductores tienen la potestad de definir todos los aspectos relativos al tiempo de trabajo: jornada diaria, cantidad de horas semanales y mensuales, tiempo de descanso diario, tiempo de descanso semanal y finalmente, tiempo de descanso anual (licencia).

Estas consideraciones revisten especial relevancia si se lo mira desde la perspectiva de que el trabajo dependiente supone que el trabajador venda su tiempo, y a cambio perciba una remuneración. Podría sostenerse que los conductores registrados en UBER también venden su tiempo, pero no directamente a UBER sino a los usuarios, y de ahí que sean independientes. En otras palabras, venden su trabajo directo al público, lo que se corresponde con las figuras de trabajo independiente.

El aspecto que resulta un tanto contradictorio con esta libertad relativa a la fijación del tiempo de trabajo es la que refiere a la forma en que se procede a abonar al conductor y el hecho de que la tarifa no sea abonada directamente por los usuarios.

Otro elemento que contribuye a mirar a estos conductores como independientes es el hecho de que no existe exclusividad. Por el contrario, un conductor puede -y generalmente así ocurre- tener un trabajo de tiem-

po completo, y realizar sus tareas como conductor en su tiempo libre.

También puede ocurrir la situación opuesta, es decir, que el conductor dedique gran parte de su tiempo realizando tareas como tal, y dedique sus horas libres a desempeñarse en otra actividad, ya sea como trabajador dependiente o independiente.

Finalmente, consideramos del caso realizar la siguiente reflexión. En nuestro país, al igual que en muchos otros existen múltiples actividades que se encuentran reguladas por el Estado y sus organismos y el objetivo de dicha regulación es el de establecer ciertas reglas que obliguen a realizar esas actividades de determinada manera. No por ello se concluye que quienes decidan realizar esas actividades reguladas por el Estado, se transformen en trabajadores dependientes de aquél.

Entonces, ¿cabría trasladar estas consideraciones a las plataformas como UBER, y entender que éstas hacen las veces de organismo regulador y de contralor de la actividad realizada por los conductores que en ella se registren, sin que ello implique relación de trabajo o de dependencia?

Si miramos la cuestión desde esta óptica, lo único que difiere entre cualquier servicio que esté regulado por el Estado y el servicio prestado por los conductores registrados en UBER, es el organismo que se encarga del control de esta actividad, siendo en un caso público y en el otro privado.

En definitiva, se llegaría a la conclusión de que el solo hecho de que exista una especie de organismo regulador de la actividad, este extremo no habilita a que se incluyeran a los conductores en la categoría de trabajadores dependientes.

7. Conclusiones

De todas las consideraciones que venimos de hacer, cabe concluir que la aparición de nuevas tecnologías, y consecuentemente, de modalidades de trabajo humano novedosas, supone un desafío para los operadores jurídicos.

En terreno del Derecho del Trabajo, la gran incógnita consiste en dilucidar si quienes ponen a disposición su fuerza de trabajo y su tiempo, lo hacen en condiciones de independencia o de dependencia, o por el contrario, si se debería crear un nuevo estatuto específico para este tipo de modalidades de trabajo.

Con relación a la dependencia e independencia referidas a UBER, todo gira en torno a la determinación de si los conductores que prestan servicios de traslado de personas físicas a través de dicha plataforma deben ser calificados de trabajadores independientes, o por el contrario, si debe entenderse que los rasgos de independencia presentes en esas relaciones contractuales no son otra cosa que una mera fachada.

Es decir, si una vez que se mira debajo de esa fachada (Principio de Primacía de la Realidad), nos deparamos con la existencia de una relación de trabajo dependiente, desde que están presentes -aunque de manera un tanto deformada- varios de los indicios típicos a los que hace referencia la Recomendación N° 198 de la OIT sobre la relación de trabajo.

Por lo tanto, podríamos concluir que por más novedosas y desafiantes que puedan resultar las innovaciones y avances tecnológicos aplicados al trabajo humano, es posible que no sea necesario sancionar nuevas normas sino que alcanzaría con flexibilizar los conceptos tradicionales del Derecho del Trabajo, dando una mirada renovada a los mismos, y no perdiendo en ningún momen-

to de vista las particularidades que contienen las nuevas tecnologías.

En definitiva, a través de la modernización de antiguos conceptos y Principios, sería perfectamente posible determinar ante qué tipo de relación nos enfrentamos.

Crisis y despidos colectivos en Brasil(1)

por **Estêvão Mallet**

Profesor de DT (Facultad de Derecho Univ. de San Pablo). Doctor y Libre Docente en Derecho y Abogado

Resumen: En ausencia de normas positivas expresas, una tendencia jurisprudencial reciente ha comenzado a plantear en Brasil la exigencia de que los despidos colectivos estén precedidos de negociación con el sindicato. Los pronunciamientos judiciales se sustentan en determinados principios (p. ej.: dignidad de la persona humana, valorización del trabajo y, especialmente, del empleo, sumisión de la propiedad a su función socioambiental) y en la afirmación de que el ordenamiento jurídico brasileño presenta un vacío en la materia, que debe ser integrado por el juzgador. El artículo analiza críticamente los principios invocados en los fallos judiciales y su correspondencia con la temática a la que son aplicados, así como si efectivamente puede entenderse que existen lagunas normativas en la materia. También se plantea el problema de la falta de definición expresa del concepto de despido colectivo (y se proponen posibles aproximaciones al mismo) y de las consecuencias que podrían atribuirse a aquellos despidos que se ejecutan sin cumplir con la previa exigencia de negociación con el sindicato.

Palabras claves: despido – despido colectivo – principios – reglas – integración – negociación colectiva – interpretación – rol de la jurisprudencia

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Fundamentos de la tesis. 4. Sustento de los fundamentos. 4.1. Los principios invocados para justificar la necesidad de negociación colectiva. 4.2. Laguna normativa y posibilidad de imposición de negociación colectiva. 4.3. Prohibición de ejercicio abusivo del derecho de despedir y negociación colectiva. 5. Indeterminación del concepto. 6. Aspectos a considerar. 7. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de negociar. 8. Conclusión. Bibliografía.

1. Introducción

La grave crisis económica enfrentada por Brasil en los últimos tiempos provocó un súbito y sensible crecimiento del desempleo, cuyos índices se duplicaron en casi dos años(2), alcanzando el "mayor resultado de la serie histórica de la Encuesta Nacional por Muestra de Domicilios Continua"(3). Son frecuentes las noticias sobre despidos de gran número de trabajadores de una misma empresa, realizadas simultáneamente o en un corto espacio de tiempo. La Confederación Nacional de Comercio, por ejemplo divulgó que se ha producido el cierre de casi setenta mil comercios entre enero y junio de 2016(4).

Se plantea, en consecuencia, el problema de la necesidad o no de la previa negociación con el sindicato para la realización de los despidos colectivos, tema que ya provocó gran debate en la jurisprudencia y que todavía permanece pendiente de solución. Volver a examinarlo resulta, por lo tanto, innegablemente pertinente.

(1) Traducción a cargo de Mario Garmendia.

(2) Si en diciembre de 2013 el porcentaje de desempleo estaba en el entorno del 6%, ya pasó 11% en 2016, llegando en abril a 11,2%, según datos de PNAD (http://br.advfn.com/indicadores/pnad); visitado el 10.08.2016.

(3) Desemprego sobe e renda volta ao nível de 2013 *in* O Estado de S. Paulo, caderno Economia, 30.07.2016, p. B 6.

(4) Cf. la nota, Varejo cerró 375 tiendas por día durante 2016 *in* O Estado de S. Paulo, cuaderno Economía, 03.08.2016, p. B 6. Dos días después, el mismo periódico traía la noticia sobre la industria montadora de vehículos que pretende despedir 1.800 empleados, debido a la reducción de las ventas (Mercedes-Benz anuncia demissão no ABC e metalúrgicos param produção *in* O Estado de S. Paulo, caderno Economia, 05.08.2016, p. B 10).

2. Los antecedentes

Al parecer, fue a partir de un primer fallo del Tribunal del Trabajo de la 2ª Región, emitido en diciembre de 2008,(5) que comenzó a considerarse necesaria la negociación con el sindicato previo a disponer el despido colectivo de empleados. La materia adquirió más notoriedad todavía, con el subsiguiente pronunciamiento del Tribunal de Trabajo de la 15ª Región, que reafirmó la misma posición(6). En el ámbito de ese último proceso, el Tribunal Superior del Trabajo, al considerar recursos de las partes, confirmó, por mínima mayoría (cinco votos contra cuatro), la tesis de que "la negociación colectiva es imprescindible para decidir el despido en masa de trabajadores"(7), tesis que ha sido aplicada en sucesivos pronunciamientos desde entonces(8).

En el proceso radicado en el Tribunal de Trabajo de la 15ª Región, sin embargo, se interpuso recurso extraordinario. Inicialmente su procesamiento fue diferido(9), pero luego el Plenario concluyó, con un voto en contra, que la materia tenía repercusión general(10) y actualmente se aguarda la decisión del recurso extraordinario.

(5) TRT – 2ª Reg., SDC, Proc. N. 20281200800002001, Rel. Ivani Contini Bramante, Ac. n. 00002/2009-0, juzg. el 22.12.2008.

(6) TRT – 15ª Reg., SDC, Proc. n. 00309-2009-000-15-00-4 DC, Rel. José Antonio Pancotti, Ac. 00333/09 *in* DEJT de 30.03.2009.

(7) TST – SDC, Proc. n. 309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, juzg. el 10.08.2009.

(8) Por ejemplo, como mera ilustración: TST – SDC, Proc. RO n. 173-02.2011.5.15.0000, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, juzg. el 13.08.2012 *in* DEJT de 31.08.2012; TST – SDC, Proc. n. 1000191-61.2014.5.02.0000, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, juzg. el 11.04.2016 *in* DEJT de 29.04.2016 e TST – SDC, Proc. n. 6155-89.2014.5.15.0000, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, juzg. el 22.02.2016 *in* DEJT de 26.02.2016.

(9) STF – ARE n. 647.651, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão de 24.03.2012.

(10) Ac. de 22.03.2013.

3. Fundamentos de la tesis

Sin perjuicio de las naturales y esperables diferencias de fundamentación, una línea común entre los pronunciamientos mencionados, es el largo empleo que en ellos se encuentra, a lo largo de toda la argumentación, de principios constitucionales. Desde el principio de la dignidad de la persona humana -principio de baja densidad normativa, de fácil utilización, por lo tanto, en los más variados contextos-, que aparece citado en los tres fallos, hasta otros, con conexión mucho menos obvia y más distante con el problema, como el principio de solución pacífica de controversias, referido en el preámbulo de la Constitución y que aparece en la decisión del Tribunal de la 2ª Región, en todos se invoca extensamente el rol de principios para considerar ilícito el despido colectivo no precedido de negociación sindical. La síntesis paradigmática del razonamiento está en el siguiente pasaje del pronunciamiento del Tribunal Superior del Trabajo: "Reglas y principios constitucionales que determinan el respeto a la dignidad de la persona humana (art. 1º, III, CF), la valorización del trabajo y especialmente del empleo (arts. 1º, IV, 6º y 170, VIII, CF), la sumisión de la propiedad a su función socioambiental (arts. 5º, XXIII y 170, III, CF) y la intervención sindical en las cuestiones colectivas de trabajo (art. 8º, III y VI, CF), todo impone que se reconozca la distinción normativa entre los despidos meramente concretos e individuales y los despidos masivos, colectivos, los cuales son social, económica, familiar y comunitariamente impactantes. En esta línea, es inválido el despido colectivo en tanto no sea negociado con el sindicato de trabajadores, sea espontáneamente, sea en el plano del proceso judicial colectivo"(11).

(11) TST – SDC, Proc. n. 309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, juzg. el 10.08.2009, fl. 30.

Las decisiones judiciales también citan para afirmar la necesidad de negociación previa en el despido colectivo: a) la laguna existente sobre la materia en el orden jurídico brasileño, que reclama la integración por el decisor y b) la imposibilidad de que se admita el ejercicio abusivo del derecho de despedir empleados, como consta, en particular, en la decisión del Tribunal Superior del Trabajo.

4. Análisis de los fundamentos

4.1. Los principios invocados para justificar la necesidad de negociación colectiva

La extensa utilización de principios constitucionales para afirmar la ilegalidad de los despidos colectivos no negociados, es un síntoma bien indicativo, en un dominio particular -el Derecho del Trabajo- de una transformacion más amplia experimentada por la reflexión jurídica brasileña más reciente, en línea con lo que se aprecia en los sistemas romano-germánicos en general. Un autor portugués escribió, a propósito, que "nunca antes, como hoy, tuvo tamaña intensidad la idea de un Derecho fundado -a partir de la cúspide- en 'principios'..."(12).

De un mayor apego al positivismo, determinante en el razonamiento jurídico hasta la Constitución de 1988, se pasó gradualmente hacia el campo del post positivismo o neopositivismo, en favor de la argumentación basada en principios(13). Hasta en las normas el fenómeno se aprecia nítidamente. Para poner un ejemplo bien elocuente y actual, no deja de ser significativo el hecho de que el Código de Proceso Civil de 2016 mencione catorce principios(14), mientras que el Código anterior, de 1973, se refería, como mucho, a tres(15). Lo mismo se ve en varias otras normas, inclusive en la propia Constitución, en la que figuran más de tres decenas de principios(16).

El legislador ha abusado de la mención de principios, al punto de que hoy es corriente iniciar cualquier texto legislativo o norma con un listado de ellos. Es el caso, por ejemplo, de la Ley sobre Mediación (Ley n. 13.140), en cuyo art. 2º se desarrolla una lista de ocho principios. También el proyecto de Código de Comercio(17) se abre con un título deno-

---

(12) António Cortês, Jurisprudência dos principios – Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 171.

(13) A propósito, cf. Humberto Ávila, "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o direito da ciência", Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, 2009, n. 17, p. 2, Elival da Silva Ramos, Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional, São Paulo, s. e. p. (tese), 2009, p. 241/242, bien como, en Derecho Comparado, el texto ya citado de António Cortês, donde se lee: "Por detrás de todas estas novas realidades metódicas o que se esconde é, no fundo, una nova filosofia que confere um peso acrescido aos principios de Direito – enquanto parâmetros normativos e enquanto referenciais ideais – sobre as meras normas em sentido técnico dotadas de previsão e estatuição." (Jurisprudência dos principios – Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional cit., p. 79).

(14) Cf. arts. 41, parágrafo único, 166, 167, § 2º, 322, § 2º, 489, § 2º, 685, parágrafo único, e 927, § 4º, con menciones a los principios de "reciprocidad de tratamiento", "independencia", "imparcialidad", "autonomía de la voluntad", "confidencialidad", "oralidad", "informalidad", "decisión informada", "igualdad dentro de la misma área de actuación profesional", "buena fe", "duración razonable del proceso", "seguridad jurídica", "protección de la confianza" e "isonomía".

(15) Art. 548, con la alusión a los principios de "publicidad...alternatividad y ... sorteo". No se considera la referencia, en el art. 126, a los principios generales del derecho, por tratarse de mero criterio de integración del ordenamiento, no de un principio a ser observado en la aplicación de la legislación procesal. Tampoco se toma en cuenta al art. 588, *caput*, en que la alusión a los "principios" que rigen la ejecución provisoria resultan de clara falta de técnica, ya que no se trata de principios, sino de verdaderas reglas, como se explicitó con la redacción dada al precepto por la Ley n. 10.444.

(16) Hay algunos que se muestran muy sorprendentes, como, por ejemplo, um principio de excepción, a saber, el principio de la excepcionalidad de la medida privativa de la libertad de crianza, adolescente y jóven (art. 227, § 3º, inciso V).

(17) PL n. 1.572/2011, en la versión original.

minado "De los principios del derecho de la empresa", cuyo art. 4º relaciona tres principios. Sigue un capítulo sobre "Principios de derecho comercial societario"(18) y una sección sobre "principios de derecho contractual empresarial"(19).

De muchos de los principios que el legislador menciona en los diversos textos normativos, no se tenía noticia hasta el momento en que fueron enunciados en la norma. Como mera ilustración y sin pretender ser exhaustivo, se puede citar la Ley n. 9.394, en que se alude, por ejemplo, a un supuesto principio de "garantía de patrón de calidad" de la enseñanza (art. 3º, inciso IX, repetición, además, del art. 206, inciso VII, de la Constitución), la Ley n. 12.965, sobre *internet*, que hace referencia a otro principio inusitado: el de la "preservación de la estabilidad, seguridad y funcionalidad de la red" (art. 3º, inciso V), además de la Ley Complementaria n. 95, que crea el principio según el cual "el mismo asunto no podrá ser regulado por más de una ley, excepto cuando la subsiguiente se destine a complementar la ley considerada básica, vinculándose a ésta por remisión expresa" (art. 7º, inciso IV).

La jurisprudencia, como sería de esperar, sufre la influencia del legislador. El uso de los principios en la fundamentación de las decisiones judiciales se banalizó. Para demostrarlo, tomaremos como referencia el Boletín n. 591 del Superior Tribunal de Justicia, que comprende el período del 4 al 18 de octubre de 2016(20). Allí aparecen citados 19 casos. En 7 de ellos – o sea, en más de un un tercio de los casos- se invocan diferentes principios para justificar la solución de la controversia.

Claro está que en muchos casos lo que hay es un uso desvirtuado del concepto de principio. Se le llama principio a lo que no pasa de una regla, de un derecho del usuario o del consumidor o, incluso, de una obligación impuesta a ciertos agentes.

De cualquier forma, los principios que son concretamente invocados en el caso de los despidos colectivos no bastan para justificar la conclusión que se pretende alcanzar. Incluso, es difícil comprender cómo tales principios (dignidad de la persona humana, valorización del trabajo y, especialmente, del empleo, sumisión de la propiedad a su función socioambiental), con los alcances que tienen, puedan ser utilizados para afirmar la prohibición de, sin negociación previa, sólo los despidos colectivos y no de los despidos individuales. En los términos del art. 8º, III, de la Constitución, le corresponde al sindicato no sólo la defensa de los derechos e intereses colectivos de los empleados, sino también, de los individuales. Y la dignidad de la persona humana, en particular, no tiene índole meramente colectiva. Antes bien, está mucho más asociada al individuo, a la persona humana, que a los grupos. Por lo tanto, si fuese un buen argumento, también los despidos individuales y no sólo los colectivos, deberían ir precedidos de negociación, cosa que todavía no se ha visto que se plantee.

Lo que se nota en la situación concreta, es que los principios, especialmente el de la dignidad de la persona humana, son utilizados de manera "meramente retórica"(21), aprovechándose de su mayor indeterminación para instrumentalizarlos "en favor

(18) Arts. 113 y ss.

(19) Arts. 303 y ss.

(20) Texto disponible en su totalidad en la página del Superior Tribunal de Justicia, en http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0591'; visitado el 15.11.2016.

(21) Jorge Reis Novais, A dignidade da pessoa humana – Dignidade e Direitos Fundamentais, Coimbra, Almedina, 2015, vol. I, p. 13.

de concepciones particulares no totalmente consensuadas que se procuran imponer coercitivamente"(22). Más allá de los problemas generales que eso ocasiona, con soluciones no siempre correctas, se produce una patente "degradación normativa" de todos ellos -una "desvalorización y descualificación"(23) –, al lado de una latente amenaza a la "estabilidad de los límites funcionales del poder judicial, ya que una eventual facilidad del recurso al principio como fundamento del control de las opciones del legislador democrático estimula un activismo judicial no constitucionalmente sustentado"(24).

Es una reiteracion de lo que se ha visto en otros lugares y en otros tiempos. En los Estados Unidos de América, especialmente en la época de la llamada Corte Warren, tal vez en su último expresivo pronunciamiento, adoptado luego del retiro del *Chief Justice* que tanto la marcó, hasta el derecho a la intimidad, no previsto en la Constitución, más deducido del *due process of law*, sirivió para afirmar la inconstitucionalidad de la criminalización del aborto. En el resumen de la decisión se lee: "*3.State criminal abortion laws, like those involved here, that except from criminality only a life-saving procedure on the mother's behalf without regard to the stage of her pregnancy and other interests involved violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which protects against state action the right to privacy, including a woman's qualified right to terminate her pregnancy*"(25).

Con el principio de la dignidad de la persona humana del derecho brasileño se puede, hasta más fácilmente y con menos necesidad de elaboración teórica, llegar a cualquier resultado que se desee. Posiciones opuestas y antagónicas pueden ser igualmente defendias con pretendido amparo en la Constitución(26).

El problema es que tamaña apertura tiene también sus inconvenientes. Para volver a la experiencia norteamericana, el mismo principio del *due process of law*, que permitió enunciar el derecho al aborto, antes había habilitado la declaración de inconstitucionalidad de la ley estadual limitadora de la jorna-

(22) Jorge Reis Novais, A dignidade da pessoa humana – Dignidade e Direitos Fundamentais cit., vol. I, p. 122.

(23) Jorge Reis Novais, A dignidade da pessoa humana – Dignidade e Direitos Fundamentais cit., vol. I, p. 82.

(24) Jorge Reis Novais, A dignidade da pessoa humana – Dignidade e inconstitucionalidade, Coimbra, Almedina, 2016, vol. II, p. 74. El mismo autor, en otro pasaje anota: "um menor rigor jurídico na alegação de violação da dignidade da pessoa humana, atendendo aos efeitos destrutivos que produz quando é bem sucedida, é naturalmente problemática. Veja-se, nesse sentido, a utilização muito comum do princípio da dignidade da pessoa human por parte dos tribunais brasileiros..." (A dignidade da pessoa humana – Dignidade e Direitos Fundamentais cit., vol. I, p. 22).

(25) *Roe v. Wade* (410 U.S 113).

(26) El uso dilatado – tal vez sea más apropiado hablar de abuso– del principio de la dignidad de la persona humana puede servir, por ejemplo, tanto para afirmar la completa prohibición de la realización de experimentos científicos con embriones humanos como para, al contrario, afirmar su perfecta licitud. La hipótesis no es sólo académica. Jorge Reis Novais recuerda, de manera expresiva, que en dos sistemas en que se respeta el citado principio (Reino Unido y Alemania), la solución dada al problema es opuesta. Cf. A dignidade da pessoa humana – Dignidade e Direitos Fundamentais cit., vol. I, p. 23, nota 8. Otro ejemplo, citado por el mismo autos, tiene que ver con el célebre caso del lanzamiento del enano. Una empresa de espectáculos promovía una exhibición consistente en el lanzamiento de un enano a distancia. La actividad fue prohibida por decisión del *Conseil d' État* francés (*Commune de Morsang-sur-Orge*, Processo n. 136.727, decisão de 27.10.1995), con el fundamento de "*atteinte à la dignité de la personne humaine*". Lo curioso es que el principio de la dignidad humana fue invocado en el proceso administrativo, tanto por el Estado como por el enano, "que imputaba al Estado la violación de su dignidad, en la medida que en nombre de concepciones morales, de orden público o de dignidad que él no compartía y que supuestamente se destinaban a protegerlo, los poderes públicos lo privan del único empleo a su alcance y le impiden vivir una vida honesta, en autodeterminación y libertad individual" (Jorge Reis Novais, A dignidade da pessoa humana – Dignidade e Direitos Fundamentais cit., vol. I, p. 111).

da de trabajo en panaderías(27). Un razonamiento desarrollado de esa forma no escapa al chiste de Eco: "*a voler trovare connessioni se ne trovano sempre, dappertutto e tra tutto, il mondo explode in una rete, in un vortice di parentele e tutto rimanda a tutto, tutto spiega tutto...*"(28).

El punto débil, entonces, no es tanto -o no es apenas- el resultado, sino, sobre todo, la forma como se llega a él.

De la participación obligatorio de los sindicatos en la negociación colectiva, que la Constitución efectivamente impone (art. 8º, VI), no se deduce, en forma alguna, la exigencia de entendimiento antes de los despidos colectivos. La participación del sindicato supone la necesidad de negociación. Pero el despido, como acto caracterizado por el Derecho positivo, como recepticio unilateral, sea ejecutado en forma individual o colactiva, no depende de la negociación. Depende solo de la comunicación. El argumento utilizado adopta como premisa lo que pretende probar (*petitio principii*).

No deja de causar incluso alguna perplejidad el uso que se hace de ciertos principios al lado del silencio en torno a la aplicación de normas con contenido preceptivo bastante más fuerte y claro. Si la dignidad de lapersona humana sirve para impedir despidos colectivos, ¿por qué no aplicarla, conjugada inclusive con el art. 7º, inciso VI, de la Constitución, y, eventualmente, con otros principios que habría para mencionar, a fin de elevar el valor del salario mínimo, teniendo presente la notoria insuficiencia de la cifra establecida por la ley? ¿Qué hay en el principio que permite un resultado y no impone el otro?

Los demás fundamentos no directamente principiológicos citados por las decisiones (laguna sobre la materia que debe ser integrada por el juzgados, e imposibilidad de admitir el ejercicio abusivo del derecho de despido) también presentan debilidades significativas.

4.2. Laguna normativa y posibilidad de imposición de negociación colectiva

Es cuestionable la idea de que exista una laguna en el sistema jurídico brasileño sobre el despido colectivo. La CLT se refiere sí a una hipótesis, verdaderamente paradigmática, de despido colectivo. Se trata de la extinción de la empresa, caso típico de despido colectivo que el legislador mexicano mencionó en forma expresa y en primer lugar, al tratar los despido colectivos. La *Ley Federal del Trabajo*, en su art. 433, bajo el título de *Terminación colectiva de las relaciones de trabajo*, establece: "*La terminación de las relaciones de trabajo como consecuencia del cierre de las empresas o establecimientos o de la reducción definitiva de sus trabajos, se sujetará a las disposiciones de los artículos siguientes*". En Italia, igualmente, la doctrina subraya que en el "*ambito del licenziamento collettivo per riduzione di personale viene compresso anche quello intimato dall'impreditore che intenda cessare totalmente e definitivamente l'attività*"(29). Pues

(27) Se trata de la decisión tomada en *Lochner v. New York* (198 U.S. 45), en la que se afirma: "*The statute necessarily interferes with the right of contract between the employer and employees, concerning the number of hours in which the latter may labor in the bakery of the employer. The general right to make a contract in relation to his business is part of the liberty of the individual protected by the 14th Amendment of the Federal Constitution*". El pronunciamento, que merece severa crítica, se torna todavía más defectuoso cuando parte de quien favorece una incontenible aplicación de principios constitucionales.

(28) *Il pendolo di Foucault*, Milano, Bompiani, 1988, n. 85, p. 285.

(29) Edoardo Ghera, Alessandro Garilli e Domenico Garofalo, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 578. La doctrina hace referencia al *articolo* 24, *comma* 2, da *Legge* nº 223/1991: "*Le disposizioni richiamate nel comma 1 si applicano anche quando le imprese di cui al medesimo comma intendano cessare l'attività*".

bien, los arts. 497 y 502 de la CLT se refieren a la extinción de la empresa y no mencionan la necesidad de la negociación colectiva. El art. 498, a su vez, regula el "cierre del establecimiento, filial o agencia" -otra hipótesis que involucra despidos colectivos y tampoco alude a la negociación colectiva. Esas disposiciones, que tratan de casos relacionados necesariamente con despidos colectivos(30), sin mencionar la previa negociación sindical, muestran que el legislador no quiso exigir la formalidad. Se puede censurar al legislador y considerar que es una solución incorrecta. Pero no se puede decir que estuvo omiso.

La propia Constitución, en el art. 10 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, limitó la protección establecida por el art. 7º, inciso I, la elevación de la multa en caso de despido inmotivado y la prohibición de ciertos despidos. No aludió a la negociación sindical previa en despidos colectivos. Echar mano a los principios para contrariar a la regla positiva contenida en la Constitución se presenta como un exceso. Como indica la doctrina, "en un conflicto, efectivo o aparente, entre una regla constitucional y un principio, debe vencer la regla"(31).

No se debe confundir no regulación de una situación especial de una cierta forma con una verdadera laguna. No siempre que el legislador deja de establcer una disciplina propia para un caso particular -o nuevo- hay una omisión. Muchas veces hay, tan solo, sujeción de ese caso particular a la regla general prevista(32). Hay, como mucho, "*lacune improprement dite*"(33) o, si se prefiere, laguna *de iure condendo*, no *de iure condito*(34). Es lo que sucede con el despido colectivo en el derecho brasileño, que queda sujeto a las reglas previstas para el despido en general, individual o colectivo.

Si hubiese laguna en la regulación del despido colectivo, no sería integrada con la imposición, por el juzgador, de la obligación de negociación previa. El sistema jurídico brasileño no incorporó la directriz del derecho suizo, donde ante la falta de disposición legal el juez decide "*selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*"(35). La integración se hace de otro modo y supone la aplicación sucesiva de los criterios establecidos por el art. 8º de la CLT(36). Ahora, en la jurisprudencia -primer criterio al que se refiere el legislador- no había, antes de las decisiones mencionadas hace poco, exigencia de negociación sindical para el despido colectivo. La analogía -segundo criterio- lleva a adoptar la regulación correspondiente al despido común, que es lo más próxi-

(30) Cf. la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Trabajo, en el Proc. RO n. 6-61.2011.5.05.0000 (SDC), Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, juzg. en 11.12.2012 *in* DEJT de 22.02.2013, en que se define como colectivo al despido por el hecho de "la empresa demandada cerró sus actividades en el municipio de Aratu-BA, procediendo al despido de todos los empleados de esa unidad industrial...".

(31) Humberto Ávila, "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o direito da ciência" cit., p. 5.

(32) Cf. Oscar Tenorio, Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, n. 166, p. 107/108.

(33) Georges Scyboz, Pierre-Robert Gilliéron e Pierre Scyboz, *Code Civil suisse et Code des Obligations annotés*, Lausanne, Payot, 2004, p. 4.

(34) Cf. Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 158/159.

(35) Art. 1º, n. 2, do *Code Civil suisse*. La doctrina anota que ni siquiera delante de la regla transcripta al juez le es dado crear libremente el derecho (*jus dare*). Le incumbe, en el fondo, buscar la solución emergente del sistema (*jus dire*). Cf., para algunas pocas notas sobre la materia, Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Neuchatel, Delachaux & Niestlé, 1948, n. 216, p. 201.

(36) "As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros principios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público".

mo al despido colectivo, o sea, ausencia de necesidad de negociación previa. Los principios -tercer criterio- no ofrecen indicación de solución, ya que, como se ha visto, no se ocupan del asunto. Los usos y costumbres -cuarto criterio- no incluían, antes del cambio de jurisprudencia, la práctica de la negociación. Eran poco significativos y aislados los casos en que eso ocurría. Predominaba la ausencia de negociación, siendo cierto que el elemento material de la costumbre es también la "generalidad"(37), lo que supone una práctica "*largement répandu dans le millieu social, la profession, la localité, observé par la plupart des gens*"(38).

El Derecho Comparado, por último, además de ser, por razones obvias, poco utilizado como criterio de integración de lagunas de la legislación laboral de(39), no ofrece indicación segura de parámetro, debido a la multiplicidad de definiciones de despido colectivo que se encuentran en el mismo, como seguidamente será mejor expuesto. Quiere decir, considerando lagunoso el ordenamiento nacional, ni siquiera así pasa a ser necesaria la negociación sindical para el despido colectivo de empleados.

4.3. Prohibición de ejercicio abusivo del derecho de despedir y negociación colectiva

Es correcta la tesis contraria al ejercicio abusivo del derecho de despedir. Incluso, Josserand, cuando escribió sobre el abuso de derecho en general, en la primera mitad del siglo pasado, tuvo en mente que "*le droit qui appartient à chacune des parties, dans le louage de services à durée indéterminée, de rompre unilatéralement le contrat, est susceptible d'abus*"(40). Tiempo después, Camerlynck advirtió que el contrato de trabajo es "*un terrain de choix*" de prácticas abusivas, por causa "*de l'inégalité des contractants en présence*"(41).

Pero la ilicitud del ejercicio abusivo del derecho existe tanto en el plano colectivo como individual. En otros términos, es ilícito no solo el despido colectivo abusivo, sino también el despido individual abusivo. Bien se puede decir, de manera más acertada, que es ilícito el despido abusivo *tout court*. En todo caso, la prohibición del ejercicio abusivo del derecho a despedir no se traduce en la exigencia de previa negociación sindical. Implica solamente la ilicitud del despido que se tenga por abusivo.

5. Indeterminación del concepto

Otro punto importante en el examen de legitimidad de la exigencia de negociación sindical para el despido colectivo involucra al propio concepto. La jurisprudencia creó la obligación, sin definir su hipótesis de incidencia. En otros términos, no se sabe, con algún grado de previsibilidad mínimamente aceptable, cuándo hay o no obligación de negociar el despido.

En el Derecho Comparado existen los más variados criterios, cuantitativa y cualitativamente. En algunos sistemas, el número de empleados no es un dato relevante. Impor-

(37) Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, vol. 1º, n. 50, p. 115.

(38) Jean Brethe de la Gressaye e Marcel Laborde-Lacoste, *Introduction générale a l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, n. 306, p. 277.

(39) Diferencias económicas, sociales e historias hacen mucho más difícil la eficiente utilización del Derecho Comparado para la integración de las lagunas de la legislación laboral.

(40) *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1939, n. 141, p. 193.

(41) *Traité de Droit du Travail – Contrat de Travail*, Paris, Dalloz, 1968, 195, p. 350.

ta el motivo de los despidos. Es el caso de la *Ley Federal del Trabajo* do México, cuyo art. 434 define como colectivo el despido realizado por alguno de los siguientes motivos: "*I. La fuerza mayor o el caso fortuito no imputable al patrón, o su incapacidad física o mental o su muerte, que produzca como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la terminación de los trabajos; II. La incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación; III. El agotamiento de la materia objeto de una industria extractiva; IV. Los casos del artículo 38; y V. El concurso o la quiebra legalmente declarado, si la autoridad competente o los acreedores resuelven el cierre definitivo de la empresa o la reducción definitiva de sus trabajos*".

En otros sistemas jurídicos, al contrario, no alcanza el motivo. El número de empleados alcanzados también es determinante. Es el caso de Portugal, cuyo Código del Trabajo define así el despido colectivo: "*Considerase despedimento colectivo a cessação de contratos de trabajo promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de una ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabajadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos*"(42).

También existen países en que lo importante es el número de empleados despedidos en determinado periodo de tiempo, independientemente del motivo, caso de Alemania(43).

Incluso en los países en que se conjugan motivos con número de empleados, el parámetro de cuantificación oscila. A veces se indica un número mínimo de empleados para que se califique como colectivo el despido, como es el caso ya mencionado de Portugal; a veces se establece solo un porcentaje sobre el número total de empleados, caso de Colombia(44); otras veces se conjugan porcentajes con número de empleados, como en Alemania(45) y en España, donde el art. 51 del *Estatuto de los Trabajadores* dispone: "*Despido colectivo. 1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la*

(42) Art. 359º, n. 1.

(43) Martin Fischer e Siegurd Milde, *Employing Staff in Germany – Outline of German Labour Law*, German-British Chamber of Industry & Commerce, 2005, p. 42/43. Cf. § 17 de la Ley de Protección contra el despido (*Kündigungsschutzgesetz –KüSchG*). Versión en inglés disponible en http://www.mayr-arbeitsrecht.de/wp-content/uploads/2016/05/Protection-Against-Unfair-Dismissal-Act.pdf; visitado el 07.08.2016).

(44) Art. 67, n. 4, de la Ley n. 50, de 1990: "*El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no podrá calificar un despido como colectivo sino cuando el mismo afecte en un período de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente al treinta por ciento (30%) del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador, en aquellas empresas que tengan un número superior a diez (10) e inferior a cincuenta (50); al veinte por ciento (20%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cincuenta (50) e inferior a cien (100); al quince por ciento (15%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cien (100) e inferior a doscientos (200); al nueve por ciento (9%) en las que tengan un número de trabajadores superior a doscientos (200) e inferior a quinientos (500); al siete por ciento (7%) en las que tengan un número de trabajadores superior a quinientos e inferior a mil (1.000) y, al cinco por ciento (5%) en las empresas que tengan un total de trabajadores superior a mil (1.000).*"

(45) "*The employer shall notify the Agency for Employment within 30 calendar days prior to dismissing 1. more than 5 employees in establishments with regularly more than 20 and fewer than 60 employees, 2. 10 per cent of the regularly employed employees or more than 25 employees in establishments with at least 60 and fewer than 500 employees, 3. at least 30 employees in establishments with regularly at least 500 employees.*" (*KüSchG cit.*; visitado el 07.08.2016).

empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores".

Se puede adoptar cualquier criterio. Cada uno tiene ventajas y desventajas. Lo que no se concibe es la imposición de cierta obligación (negociar con el sindicato) a partir de un concepto (despido colectivo) mal definido o, peor aún, completamente no definido, como ocurre en el presente caso(46). Con esta práctica se abre un espacio de enorme inseguridad jurídica, no sabiendo las personas si están ante una situación en que deben adoptar un determinado comportamiento o no. Es lo que se llama *concept flou*, en la expresion francesa(47), algo que atrae la severa crítica de la doctrina, *verbis*: "*l'indétermination d'une notion juridique est bien plus grave lorsque la construction d'une prévision juridique est rendue aléatoire, qu'il s'agisse d'un comportement à adopter ou d'un acte à conclure*"(48). Al fin y al cabo, se transfiere para la jurisprudencia un papel que no le es propio, de establecimiento, de manera casuística, del concepto. Los tribunales pasan a tener que lidiar con la ausencia de parámetros mínimamente claros(49). En Italia, en el período previo a la Ley n. 223/1991, la doctrina llamaba la atención sobre el hecho de que la reglamentación "*di origine giurisprudenziale, per la sua natura incerta e variabile, non poteva surrogare fonti legislative o collettive dotate di efficacia generale. Di qui l'esigenza di una normativa legale idonea a regolamentare la materia*"(50).

Pero incluso, establecer heterónomamente la exigencia de negociación sindical en caso de despido colectivo, sin definir el concepto, desconoce el límite del art. 5º, inciso II, de la Constitución. El principio de legalidad en la imposición de obligaciones -postulado basal en la idea del Estado de Derecho- repele los *concepts flous* y reclama una densificación mínima del concepto establecido por la ley(51), que se traduce en el *divieto di indeterminatezza* mencionado por la doctrina italiana(52). Cuando la exigencia no es respeta-

(46) No es casual que las propuestas legislativas para la regulación de la materia casi siempre comienzan por la definición del concepto de despido colectivo. Es el caso, por ejemplo, del Proyecto de Ley n. 1.826/2015, en trámite en la Cámara de Diputados, que trata de la "requalificação profissional obrigatória em situações de despido em massa" y pretende incorporar a la CLT una norma del siguiente tenor: "Art. 486-A. Nos casos de despido sem justa causa de número igual ou superior a 10% (dez por cento) dos empregados, as empresas com mais de 100 (cem) empregados fornecerão ao trabajador dispensado condições para sua requalificação profissional, visando a relocação na empresa ou reinserção no mercado de trabalho. Parágrafo único. No cômputo do número de trabajadores dispensados, serão consideradas todas as despidos realizadas no período de noventa dias". No discrepa el Proyecto de Ley n. 5.232/2009, cuyos dos primeros artículos establecen: "Art. 1º A despedida coletiva, despido coletiva, demissões colectivos ou em massa por qualquer motivo será regulada pela presente lei. Art. 2º. Para os efeitos desta lei, é considerada despedida coletiva, despido coletiva, demissões colectivos ou em massa, a demissão de mais de 5% (cinco per cento) do quadro de funcionários das empresas públicas, das empresas privadas ou das empresas de economia mista que tenham mais de 100 (cem) funcionários, dentro do período de um ano". Pueden ser citados también, siempre en el mismo sentido, los Proyectos de Ley ns. 6.356/2005 y 5.353/2009.

(47) Thomas Piazzon, *La sécurité juridique*, Paris, Éditions Defrénois, 2009, n. 127, p. 226 y ss.

(48) Thomas Piazzon, *La sécurité juridique cit.*, n. 127, p. 229.

(49) El Tribunal Superior del Trabajo en cierta oportunidad decidió: "...no existiendo un concepto de despido colectivo en nuestra legislación, más allá de que la ley no establece un porcentaje que sirva como parámetro para sua caracterización, esta Corte considera que, fuera del aspecto cuantitativo, pertinente al número de empregados despedidos, debe ser tenida en cuenta la repercusión económica, social, política y asistencial que el despido pueda traer aparejado." (TST – SDC, RO n. 60900-44.2012.5.13.0000, Rel. Dora Maria da Costa, juzg. el 14.12.2015 *in* DEJT de 19.02.2016).

(50) Edoardo Ghera, Alessandro Garilli e Domenico Garofalo, *Diritto del lavoro cit.*, p. 569.

(51) Cf. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, A reserva de densificação normativa da lei para a preservação do princípio da legalidade *in* Princípio da legalidade – Da dogmática jurídica à Teoria do Direito, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 221 y ss.

(52) Vezio Crisafulli e Livio Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, p. 185.

da, se incurre en aquello que en el derecho norteamericano se llama *void for vagueness* o *unconstitutional uncertainty*, configurada cuando, en palabras de la Suprema Corte de los Estados Unidos, la norma legal "*fails to provide a person of ordinary intelligence fair notice of what is prohibited, or is so standardless that it authorizes or encourages seriously discriminatory enforcement*"(53). Consonante con la máxima romana, *ubi jus incertum ibi jus nullum*.

Si bien en toda norma legal existe cierto margen de análisis, ponderación e integración -no se pretende afirmar lo contrario y suponer normas cuya aplicación sea hecha de manera mecánica, sin aporte del juzgador(54) –, no se puede llevar a extremos la imprecisión. No se imagina, por ejemplo, sancionar la conducción de un vehículo por un conductor embriagado sin definir el concepto de embriaguez. Como dijo la Corte Constitucional italiana -aunque lo haya dicho en materia penal, campo en que el tema adquiere particular sensibilidad, pero en términos extensibles a otros dominios- la exigencia de respeto de la legalidad reclama de la norma una "*descrizione intellegibile della fattispecie astratta*"(55).

Dejar de lado la exigencia de determinación del precepto normativo, sería, en realidad, lo mismo que transformar en ley lo que la ley no es, pues, "*although it is impossible to precisely define all human conduct which is restricted by legislation, to make laws so vague that they will encompass every conceivable activity, is actually to make no law at all*"(56). Y, como expresó Carnelutti, de manera elocuente, "*fin che si trata di interpretare un verso della Divina Commedia il dubbio non fa male a nessuno, ma quando abbiamo da fare, invece, con un articolo del codice penale, se non viene eliminato, la macchina non funziona*"(57).

6. Aspectos a considerar

No obstante la imprecisión señalada y sus graves consecuencias desde el punto de vista de la validez de la obligación impuesta, la exigencia formulada por la jurisprudencia fuerza la necesidad de intentar alguna delimitación del concepto de despido colectivo. A falta de previsión legal, se puede intentar establecerlo por exclusión, diciendo que es colectivo el despido que no reviste naturaleza de individual, o sea, aquel que no alcanza a un trabajador, sino a varios, por motivos que no les sean personalmente imputables. Como

(53) *United States v. Williams* (553 U.S. 285). Sobre el tema, en doctrina, Cristina D. Lockwood, *Defining indefiniteness: suggested revisions to the void for vagueness doctrine* em *Cardozo Pub. Law, Policy & Ethics Journal*, 2009-2010, vol. 8, p. 255 y ss.

(54) "*…ogni norma, in quanto definizione di fattispecie astratte, pressuppone…un margine di indeterminatezza nell'individuazione dei comportamenti concreti da sussumere…*" (Vezio Crisafulli e Livio Paladin, *Commentario breve alla Costituzione cit.*, p. 185).

(55) Con la decisión (Sentencia n. 96/1981), la Corte declaró la inconstitucionalidad del delito de *plagio*, tipificado en el art. 603 del Código Penal, en los siguientes términos: "*Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni*". La síntesis de los fundamentos de la decisión está en el item 16, *verbis*: "*L'esame dettagliato delle varie e contrastanti interpretazioni date all'art. 603 del codice penale nella dottrina e nella giurisprudenza mostra chiaramente l'imprecisione e l'indeterminatezza della norma, l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale e pertanto l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione. Giustamente essa è stata paragonata ad una mina vagante nel nostro ordinamento, potendo essere applicata a qualsiasi fatto che implichi dipendenza psichica di un essere umano da un altro essere umano e mancando qualsiasi sicuro parametro per accertarne l'intensità. L'art. 603 del c.p., in quanto contrasta con il principio di tassatività della fattispecie contenuto nella riserva assoluta di legge in materia penale, consacrato nell'art. 25 della Costituzione, deve pertanto ritenersi costituzionalmente illegittimo*".

(56) Jay R. Herman, comentários em *Constitutional Law-Void-for-Vagueness*-United *States v. Vuitch,* 305 F. Supp. 1032 (D.C. Cir. 1969) em *Suffolk University Law Review*, 1969-1970, vol IV, p. 921.

(57) *Metodologia del diritto,* Padova, CEDAM, 1990, p. 49. *Il va de soi* que el espirituoso comentario no debe ser entendido como pertinente solo en el Derecho Penal, sino que es válido igualmente para cualquier norma jurídica.

establece la Directiva 98/59 de la Unión Europea, colectivo es el despido cuyos motivos no sean "inherentes a la persona de los trabajadores". No se considera colectivo, por lo tanto, el despido que, incluso afectando a varios empleados, esté relacionado con la conducta individual de los mimos en la empresa. Por ejemplo, identificado un grupo de trabajadores involucrados en un fraude, el despido de todos, por justa causa, no es un despido colectivo. Del mismo modo que se habla de acción individual plúrima para definir a la acción que no es colectiva a pesar de involucrar a varios autores, cabe hablar, *mutatis mutandis*, de despido individual plúrimo en el caso del despido sin naturaleza colectiva de una pluralidad de empleados.

La jurisprudencia y la doctrina agregan otros dos elementos para la caracterización del despido como colectivo, a saber: a) elemento único en la motivación(58) y b) reducción definitiva de los empleos o no sustitución de trabajadores despedidos(59). El primer elemento no debe ser considerado de manera estricta. Si los contratos de trabajo son rescindidos por la acumulación de motivos económicos y tecnológicos, no por eso deja de ser colectivo el despido.

El establecimiento de un número mínimo de empleados o de un porcentaje para darle coloración colectiva al despido e bastante difícil en el contexto brasileño, ante la completa falta de previsión legal. Decir, con seguridad, que no es colectivo el despido por motivos económicos de 30 empleados en un universo de 200, por ejemplo, no es posible. Será mucho más sorprendente tildar de colectivo, sin embargo, el despido de 2 empleados en un universo de 100, incluso cuando el contrato de ambos haya sido rescindido por el mismo motivo, la reducción de la actividad de la empresa, sin que otros trabajadores hayan sido contratados para sustituirlos. La falta de certeza predomina y el casuismo, con sus indeseables discrepancias arbitrarias, no siempre comprensibles o aceptables, debe prevalecer.

A pesar de la imposibilidad de limitación cuantitativa antes mencionada, también resulta problemático imponer la negociación cualquiera que sea el tipo de empresa o número de empleados involucrados. Aunque ontológicamente debe ser visto como colectivo el despido de 3 empleados de una panadería que antes contaba con 6 trabajadores, como consecuencia de la caída abrupta de ventas provocada por cambios de mercado local, suena aberrante exigir que sea precedida de discusión sindical. En el Derecho Comparado la dimensión de la empresa es un factor siempre tenido en cuenta para establecer la exigencia(60), tal como en los proyectos de ley en trámite en el Congreso Nacional de Brasil(61). Hay un piso por debajo del cual la exigencia, sea cual fuere la naturale-

(58) "3. La descaracterización de la hipótesis de dimisión colectiva, emerge ya de su aspecto causal, que constituye el núcleo del concepto, por tratarse de premisa básica y constante en su formulación, según las normas del derecho internacional y derecho comparado. No se verifica aquí la existencia de un hecho único, sea de orden económica, tecnológica o estructural, ajena a la persona del empleado, que puede calificar el caso en una hipótesis de despido colectivo. Se trata en la especie, de despido plúrimo. Recurso Ordinario a que se niega proveimiento." (TST – SDC, Proc. RO n. 147-67.2012.5.15.0000 , Rel. Min. Maria de Assis Calsing, juzg. el 15.04.2013 *in* DEJT de 19.04.2013). En doctrina, con referencia al motivo único ("même motif"), Gérard Couturier, *Droit du Travail – Les relations individuelles de travail*, Paris, 1993, n. 150, p. 270.

(59) "...dos trazos caracterizan al despido colectivo, permitiendo distinguirlo del despido plúrimo. Son: a - la peculiaridad de la causa; b – la reducción definitiva del cuadro del personal" (Orlando Gomes, despido colectiva na Reestruturação da Empresa - Aspectos Jurídicos do Desemprego Tecnológico, LTr, ano 38, São Paulo, Julho de 1974).

(60) Cf. Catarina de Oliveira Carvalho, Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 375 e segs.

(61) Cf. nota 43, supra.

za del despido, no se aplica, lo que además ya se aprecia en el derecho positivo, aunque en otros campos(62).

7. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de negociar

Si el propio concepto de despido colectivo no está definido, no sorprende que la sanción para el incumplimiento de la obligación tampoco haya sido precisada. Imposible, por lo tanto, dejar de formular la interrogante: ¿prohibido el despido colectivo no precedido de negociación sindical, cuál es la consecuencia para la violación de la regla, o sea, cuál es la proyección jurídica que sigue? A fin de cuentas, la sanción para el incumplimiento de una norma jurídica puede variar y de hecho varía, conforme los conocidos modelos de la *lex perfecta, lex minus quam perfecta* e *lex imperfecta*(63), sin perjuicio de cierta combinación entre ellos(64).

Como no hay disciplina legal de la materia, la jurisprudencia propone alternativas distintas y opuestas. Menciona tanto el reintegro de los despedidos(65) como la inexistencia de dicha posibilidad, con mero pago de indemnización(66). Ha predominado la última alternativa, por ser la refrendada por el Tribunal Superior del Trabajo(67). Pero hoy se va más allá, estableciendo una indemnización adicional, con forma de daño moral colectivo(68), práctica que implica, en gran medida, una importación para el derecho

(62) Cf. art. 74, § 2º, de la CLT y Ley Complementaria n. 123, art. 51, con indicación de las formalidades laborales no aplicables a las microempresas y empresas de pequeño porte.

(63) Vicente Ráo, O direito e a vida dos direitos, São Paulo, RT, 1997, vol. 1º, n. 215, p. 297/298. Para examen doctrinario del tema, bajo la perspectiva del Direito Romano, cf. Aracy Augusta Leme Klabin, Observações sobre a sanção ('sanctio') das leis em Direito Romano *in* Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1996, p. 37 e segs.

(64) Cuando la privación del efecto al acto practicado en contraste con la ley se acumula a multa, hay combinación de *lex perfecta* com *lex minus quam perfecta*, lo que llevó a los juristas medievales a una cuarta categoría, la de *lex maius quam perfecta*. (José de Oliveira Ascensão, O Direito – Introdução e teoria geral, Coimbra, Almedina, 1991, n. 54, p. 108).

(65) "5. Declaro nulo el despido en masa, con fundamento en los artículos (art. 1º, III e IV, art. 5º, XIV, art. 7º, XXVI, 8º III e VI, CF) teniendo en vista la inobservancia del procedimiento de negociación colectiva y del derecho de información, siendo que deberán ser revistas para observar el procedimiento adecuado." (TRT – 2ª Reg., SDC, Proc. nº 20281200800002001, Rel. Ivani Contini Bramante, Ac. n. 00002/2009-0, juzg. el 22.12.2008).

(66) En el acuerdo del TRT de la 15ª Región consta: "...declaro: a) la abusividad del procedimiento de las suscitadas al practicar el despido colectivo, sin ninguna negociación colectiva previa con las entidades sindicales, ni institución de programa de despido voluntario incentivado; b) la inexistencia de garantía de empleo o de estabilidad que justifique el reintegro, excepto los casos de estabilidad provisoria previstos en la ley o en normas colectivas, que podrán ser objeto de despidos individuales; c) el derecho de cada empleado despedido a una compensación financiera de dos valores correspondientes a un mes de aviso previo, hasta el límite de siete mil reales..." (TRT 15ª Reg., SDC, Proc. n. 00309-2009-000-15-00-4 DC, Rel. José Antonio Pancotti, Ac. 00333/09 *in* DEJT de 30.03.2009).

(67) En la sentencia del TST consta: "...declaro: a) la abusividad del procedimiento de autos al practicar el despido colectivo, sin ninguna negociación colectiva previa con las entidades sindicales, ni em nenhuma negociação colectiva prévia com as entidades sindicais, ni institución de programa de despido voluntario incentivado; b) la inexistencia de garantía de empleo o de estabilidad que justifique el reintegro, excepto los casos de estabilidad provisoria previstos en la ley o en normas colectivas, que podrán ser objeto de despidos individuales..." (TST – SDC, Proc. n. 309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, juzg. el 10.08.2009 *in* DJ de 17.08.2009).

(68) "Recurso de revista. despido en masa de trabajadores. Ausencia de negociacion previa. Indenmización por daño moral colectivo. Despido colectivo posterior. Lo que determina el daño moral colectivo es la conducta ilícita del empleador, que afecta la esfera moral de la sociedad, como en el caso en examen, en que una empresa procede al despido en masa de los trabajadores, violando el principio constitucional del trabajo, que conceptúa también el principio de dignidad del trabajador. La reparación es debida con el fin de restituir el patrimonio inmaterial frente al acto ilícito en relación al grupo de trabajadores, en el importe de R$50.000,00, com el fin de atribuir carácter pedagógico a la condena, teniendo en cuenta que, en el despido colectivo el grupo de trabajadores tuvo garantida la nulidad del acto, habiendo la empresa realizado un acuerdo que posibilitó facilitar la conducta ilícita ya perpetrada. Recurso de revista conocido y proveído." (TST – 6ª T., Proc. RR - 9800-84.2009.5.02.0251, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, juzg. el 26.09.2012 *in* DEJT 28.09.2012).

brasileño de los *punitive damages* del derecho del *common law*(69). La condena, en particular, suele ser genérica, sin indicación clara del perjuicio o de los elementos que justifican el importe objeto de condena, con mera utilización de fórmulas abstractas, como la naturaleza del derecho lesionado, la dimensión de la emprea y la conducta verificada.

8. Conclusión

La falta de delimitación del concepto de despido colectivo determina que la exigencia de previa negociación sindical, creada por la jurisprudencia, suscite serios problemas teóricos y prácticos, incluso en torno a la legitimidad constitucional de la obligación. Hay que considerar, además, que si algún despido debe ser regulado en el derecho brasileño con limitación de la amplia libertad actualmente concedida al empleador, es el individual antes que el colectivo. El costo económico inherente al despido de varios empleados, los impactos sobre la continuidad del negocio y a pérdida de informaciones en la empresa, además de otras consecuencias desfavorables para el empleador, hacen que su implementación suela ser, salvo en situaciones excepcionales, más contenida. Si es fácil imaginar un despido individual gratuito o realizado de manera precipitada, sin real necesidad -lo que siempre es indeseable-, es mucho más difícil que lo mismo ocurra cuando se trata de despidos colectivos, detrás de los que suelen haber razones económicas, estructurales o tecnológicas.

(69) Para un excelente y profundo examen del tema de los *punitive damages*, en una de las mejores obras de la bibliografía nacional, cf. Flávio da Costa Higa, Responsabilidade civil punitiva – Os "punitive damages" no direito brasileiro, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, *passim*.

Bibliografía

Ascensão, José de Oliveira, O Direito, Introdução e teoria geral, Coimbra, Almedina, 1991

Ávila, Humberto, "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o direito da ciência", Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, 2009

Bobbio, Norberto, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960.

Brethe de la Gressaye, Jean e Laborde-Lacoste, Marcel, *Introduction générale a l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947

Camerlynck, G. H., *Traité de Droit du Travail – Contrat de Travail*, Paris, Dalloz, 1968

Carnelutti, Francesco, *Metodologia del diritto*, Padova, CEDAM, 1990

Carvalho, Catarina de Oliveira, Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

Cavalcanti, Franciso de Queiroz Bezerra, A reserva de densificação normativa da lei para a preservação do princípio da legalidade *in* Princípio da legalidade – Da dogmática jurídica à Teoria do Direito, Rio de Janeiro, Forense, 2009

Cortês, António, Jurisprudência dos principios – Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010

Couturier, Gérard, *Droit du Travail – Les relations individuelles de travail*, Paris, 1993

Crisafulli, Vezio e Paladin, Livio, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990

Espinola, Eduardo e Espinola Filho, Eduardo, A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, vol. 1º

Fischer, Martin e Milde, Siegurd, *Employing Staff in Germany – Outline of German Labour Law*, German-British Chamber of Industry & Commerce, 2005

Ghera, Edoardo, Garilli, Alessandro e Garofalo, Domenico, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2013

Gomes, Orlando, despido colectiva na Reestruturação da Empresa - Aspectos Jurídicos do Desemprego Tecnológico, LTr, ano 38, São Paulo, Julho de 1974

Herman, Jay R., *Constitutional Law-Void-for-Vagueness*-United *States v. Vuitch,* 305 F. Supp. 1032 (D.C. Cir. 1969), *Suffolk University Law Review*, 1969-1970, vol IV

Higa, Flávio da Costa, Responsabilidade civil punitiva – Os "punitive damages" no direito brasileiro, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016

Josserand, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1939

Klabin, Aracy Augusta Leme, Observações sobre a sanção ('sanctio') das leis em Direito Romano, Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1996

Lockwood, Cristina D., *Defining indefiniteness: suggested revisions to the void for vagueness doctrine* em *Cardozo Pub. Law, Policy & Ethics Journal*, 2009-2010, vol. 8

Novais, Jorge Reis, A dignidade da pessoa humana – Dignidade e Direitos Fundamentais, Coimbra, Almedina, 2015, vol. I

_____, A dignidade da pessoa humana – Dignidade e inconstitucionalidade, Coimbra, Almedina, 2016, vol. II

Du Pasquier, Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Neuchatel, Delachaux & Niestlé, 1948

Piazzon, Thomas, *La sécurité juridique*, Paris, Éditions Defrénois, 2009

Ramos, Elival da Silva, Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional, São Paulo, s. e. p. (tese), 2009

Ráo, Vicente, O direito e a vida dos direitos, São Paulo, RT, 1997, vol. 1º

Scyboz, Georges, Gilliéron, Pierre-Robert e Scyboz, Pierre, *Code Civil suisse et Code des Obligations annotés*, Lausanne, Payot, 2004

Tenorio, Oscar, Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955

La huelga en los servicios esenciales:
Un breve relevamiento del derecho comparado regional

por **Diego Andrade Sosa**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Ayudante (G1) de Derecho Civil (FCCEEYA-UR). Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (FD-UR). Maestrando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Escuela de Posgrado – FD- UR)

Resumen: En el presente trabajo se abordará la temática del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales, mediante un estudio de derecho comparado, que recorrerá las previsiones que sobre la materia ha explicitado la OIT, así como los ordenamientos jurídicos de las Repúblicas de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.
Palabras claves: Huelga - Servicios Esenciales - OIT - Argentina - Brasil - Chile - Paraguay - Uruguay

Sumario: I. Introducción. II. La Oit Y Los Servicios Esenciales. III. Argentina. IV. Brasil. V. Chile. Vi. Paraguay. Vii. Uruguay. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. Introducción

Señala CASTELLO que "*el derecho de huelga, como cualquier derecho o libertad, no es ilimitado ni puede implicar el sacrificio total de otros derechos y libertades fundamentales de igual rango. No existen derechos absolutos ni ilimitados (salvo la vida), por lo que tanto a nivel jurídico, doctrinario y jurisprudencial, se acepta pacíficamente que la huelga está sometida a límites*"(1). Dicha limitación puede provenir, como manifiesta ERMIDA URIARTE, del interés de la colectividad en la continuidad de aquellos servicios que son indispensable para la misma, y respecto de los cuales se busca evitar una interrupción prolongada o, en algunos casos, cualquier tipo de interrupción(2).

Agrega CASTELLO que la dificultad radica, como es evidente, en la determinación de cuáles son esos límites admisibles. La respuesta no es universal. Depende de la regulación de cada país. Así, en varias legislaciones se admiten algunos de los denominados "*límites internos*" de la huelga, en virtud de los cuales ciertas modalidades atípicas de la huelga son consideradas ilegitimas por constituir un abuso de derecho, ser contrarias al deber de buena fe, ocasionar al empleador perjuicios desproporcionados en relación a los gravámenes que sufren los huelguistas o provocar grave desorden en el aparato productivo(3). También se ha señalado la existencia de "*límites externos*". En tal dirección, TERRADILLOS señala que "*una sociedad repleta de complejidades como se concibe ésta en la que nos ha tocado vivir, donde los límites entre los derechos se encuentran en permanente roce, si no colisión, reclama un*

(1) CASTELLO, Alejandro, *Servicios Educativos y Servicios Esenciales*, in rev. CADE Profesionales y Empresas, Tomo XXXII, Año 7, Montevideo, Octubre de 2015, p. 15.

(2) ERMIDA URIARTE, Oscar, *Apuntes sobre la Huelga 2da Edición*, Editorial FCU, Montevideo, 1996, p. 53.

(3) CASTELLO, Alejandro, op. cit., p. 16.

equilibrio constante entre las garantías para la efectividad de los derechos y sus propios límites, identificables con otros bienes o derechos", agregando que "*desde una perspectiva general, los límites externos al ejercicio del derecho de huelga no se diferencian de los límites de otros derechos. Son límites externos a cualquier derecho, la moral, el orden público, la seguridad del Estado o los genéricos derechos de terceros (…) desde una perspectiva general que mira al derecho de huelga en particular (…) entre los intereses que limitan desde fuera el ejercicio del derecho de huelga ocupan un lugar más destacado que el resto aquellos que se garantizan a través de los servicios esenciales a la comunidad*"(4).

El objeto del presente trabajo será precisamente será la búsqueda de las limitaciones al derecho de huelga cuando el mismo colide con los servicios o actividades denominadas "*esenciales*" "*indispensables*" o "*imprescindibles*", en los ordenamientos jurídicos regionales. Si bien la elección de los países a estudiar podría tildarse de arbitraria (Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay); se buscó efectuar una comparación de la temática en torno a sistemas jurídicos de proximidad geográfica con el nuestro; lo que permitirá averiguar si la cercanía física también ha implicado o no un paralelismo en la regulación normativa del fenómeno.

Primeramente, y sobre el entendido de que para el abordaje del tópico detenta un carácter ineludible, se hará referencia a los criterios establecidos por la Organización Internacional del Trabajo sobre el punto. Dicho alusión se relaciona con unos de los fines de este artículo, que es, determinar en qué medida lo dispuesto en órdenes jurídicos precitados guarda concordancia con los lineamientos impartidos por dicha entidad supranacional.

(4) Cfr. Ídem, pp. 16-17.

II. La OIT y los servicios esenciales

En el año 1983, la Comisión de Expertos de la OIT arribó a una definición de servicios esenciales, según la cual se consideran servicios esenciales "*en el sentido estricto del término a los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población*".(5)

La consecuencia de la inclusión de actividades en el alcance del concepto de "*servicios esenciales en sentido estricto*" reside en que, para la propia doctrina de los órganos de la OIT , es admisible que la restricción alcance el grado de prohibición del ejercicio del derecho de huelga.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, apunta CASTELLO que en esta materia, del análisis de los dictámenes emanados de los órganos de contralor de la OIT parece desprenderse que los mismos han tenido una evolución a lo largo de las últimas décadas, yendo desde un enfoque muy restringido del concepto de servicios esenciales, en la que solo se tutelaban los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad, hacia una visión más amplia, que pone bajo protección a otras libertades y derechos fundamentales como por ejemplo la libertad de circulación, la tutela judicial efectiva o la educación, incluyéndose en la posibilidad de restringir el derecho de huelga a algunas actividades (como por ejemplo el transporte, los servicios de justicia y la educación) que tradicionalmente no eran consideradas como esenciales para la OIT.(6)

Por un lado, para el Comité de Libertad Sindical existe una noción estricta o restringida,

(5) OIT, Conferencia Internacional del Trabajo (1983), *Libertad sindical y negociación colectiva, Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones,* Ginebra, 1983, párr. 214.

(6) CASTELLO, Alejandro, op. cit., p. 17.

especificada en el primer párrafo del presente capítulo, en virtud de la cual los servicios esenciales son "*aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o en parte de la población*", siendo indiferente que no esos servicios sean prestados por instituciones públicas o privadas.

De acuerdo con la doctrina casuística del Comité, pueden ser considerados servicios esenciales "*en sentido estricto*" las siguientes actividades: el sector hospitalario; los servicios de electricidad; los servicios de abastecimiento de agua; los servicios telefónicos; la policía y las fuerzas armadas; los servicios de bomberos; los servicios penitenciarios públicos o privados; el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares; y el control de tráfico aéreo(7)

A *contrario sensu, e*l Comité de Libertad Sindical ha considerado que ciertas actividades no constituyen servicios esenciales, a saber: 1. La radio y televisión; 2. Los sectores del petróleo; 3. Los puertos (carga y descarga); 4.Los bancos; 5. Los servicios de informática para la recaudación de impuestos y aranceles; 6. Los grandes almacenes; 7. Los parques de atracciones; 8. La metalurgia y el conjunto del sector minero; 9. Los transportes, en general; 10. Los pilotos de líneas aéreas; 11. La generación, transporte y distribución de combustibles; 12. Los servicios ferroviarios; 13. Los transportes metropolitanos; 14. Los servicios de Correos; 15. El servicio de recolección de basura; 16. Las empresas frigoríficas; 17. Los servicios de hotelería; 18. La construcción; 19. La fabricación de automóviles; 20. Las actividades agrícolas; 21. El abastecimiento y distribución de productos alimentarios; 22. La reparación de aeronaves; 23. La Casa de la Moneda; 24. La agencia Gráfica del Estado; 25. Los monopolios estatales del alcohol, la sal y el tabaco; 26. Los servicios de transbordadores para atención de los isleños; 27. Las empresas de embotellamiento de agua mineral; 28. El sector de la educación y la actividad docente(8).

No obstante lo expuesto, como oportunamente manifestara MANTERO ÁLVAREZ, el concepto de servicio esencial no puede prescindir de circunstancias de tiempo y lugar propias de una sociedad determinada, por lo tanto sólo puede estar referido a un derecho positivo determinado(9). Dicha línea conceptual que se encuentra en sintonía con la prédica de los Comités de Libertad Sindical y de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, los cuales han sostenido en reiteradas ocasiones que lo que se entiende por servicios esenciales en sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país; y recuerda que, más allá de la importancia fundamental que concede al carácter universal de las normas, es necesario tener en cuenta las circunstancias especiales que puedan darse en los diferentes Estados Miembros(10).

Se extrae como corolario de esta exposición que el concepto de servicios esenciales no es absoluto "*puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud*

(7) Cfr. GARCÍA, Héctor O. *La regulación de la huelga en los servicios esenciales. Compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del derecho*, recuperado de: https://undeca.cr/media/uploads/documentos_pdf/derecho_huelga_y_servicios__esenciales.pdf

(8) Cfr. Ídem.

(9) MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites al Derecho de huelga*, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo 1992, p. 181

(10) OIT, Conferencia Internacional del Trabajo (1994), *Libertad sindical y negociación colectiva, Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones,* Ginebra, 1994, párr. 160.

de toda o parte de la población"(11), dando lugar así a los denominados "*servicios esenciales por extensión*". En otras palabras esto significa que hay servicios que, aunque inicialmente no califiquen como esenciales, en caso de una situación prolongada de huelga podría provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, lo que transforma a ese servicio en esencial en la medida que se pueden poner en riesgo a los tres derechos fundamentales señalados: la vida, la salud y la seguridad(12). Así, a título ilustrativo, el Comité de Libertad Sindical ha considerado que el servicio de recolección de residuos de basura puede convertirse en esencial; así como podría ocurrir con la fabricación de ciertos medicamentos y alimentos (por ejemplo, los lácteos), la distribución de combustibles, el suministro de gas, entre otros(13).

A las dos nociones anteriores, la OIT agregó en las últimas décadas el concepto de afectación de "*servicios públicos de importancia trascendental*". En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha dicho que "*el establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga solo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro; y 3) en servicios públicos de importancia trascendental*"(14) . Se trata, en definitiva de una categoría más amplia que las dos anteriores ya que no necesariamente se trata de actividades cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en todo o parte de la población, sino que puede tratarse de servicios que tengan especial o vital utilidad o trascendencia para el normal desarrollo de la economía o la vida en sociedad, cuya interrupción puede poner en peligro otros derechos fundamentales o libertades constitucionales de igual rango que la huelga, como pueden ser, por ejemplo, la libertad de circulación, el acceso a la tutela efectiva o la educación; y que ameritan se disponga un servicio mínimo de funcionamiento en caso de huelga.

Expresa ROSENBAUM que estos nuevos pronunciamientos de la OIT reflejan una "*flexibilización" y un punto de "inflexión*" en el enfoque tradicional del Organismo acerca de cuáles son los servicios esenciales, generándose "modulaciones" y "desviaciones" que llevan a analizar la situación caso por caso, según las circunstancias o condiciones propias de cada país(15).

III. Argentina

En la República Argentina, la huelga en los servicios esenciales aparece regulada en el artículo 24 de la Ley Nº 25.877 dictada en 2004 y derogatoria de la Ley 25.250 del año 2000 de la que sin embargo reiteró prácticamente en los mismos términos el artículo de aquella en lo atinente a la temática que nos ocupa. Debe aludirse como disparador de la normativiza-

(11) Cfr. CASTELLO, Alejandro, op. cit., p. 21.

(12) Ídem, p. 21.

(13) Cfr. Ibídem

(14) OIT: La libertad sindical. *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT 5º edición*, Ginebra, 2006, párrafo 625.

(15) ROSENBAUM RIMOLO, Jorge; *La huelga en los servicios esenciales. Algunas inflexiones en los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical*, in rev. Derecho Laboral, Tomo LVI, Nº 252, Editorial FCU, Octubre-Diciembre 2013, p.623.

ción de esta cuestión al caso "UTA" del año 1994, en el cual con motivo de una huelga del transporte automotor de pasajeros, el Ministerio de Trabajo declaró que se trataba de un servicio esencial y exigió una prestación mínima. El comité de Libertad Sindical de la OIT criticó, diciendo que la determinación de si un servicio público es indispensable no podía ser potestad del Gobierno, sino de un órgano judicial; agregando que la fijación de un porcentaje elevado como servicio mínimo implica en los hechos la prohibición de la huelga.

El precitado artículo reza: "*Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.*

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos:

a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.

b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo" .

La norma de marras concluye, en su párrafo final, encomendando al Poder Ejecutivo Nacional, con la intervención del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad y previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, al dictado de la reglamentación correspondiente, la cual fuera materializada con el Decreto Nº 272/2006 de fecha 10 de marzo de 2006.

La ley no ha definido cuando las medidas de acción directa son consideradas legítimas y cuando no. Sobre el particular SAPPIA considera que las acciones directas son legítimas cuando la exteriorización de su contenido, contempla derechos e intereses de los trabajadores o de los empleadores, que se reclama sean atendidos(16). Sería ilegítima, por ejemplo, una medida de acción directa destinada a provocar el derrocamiento del gobierno. La declaración de ilegalidad no se encuentra legislada en el país vecino. Por ende, agrega SAPPIA, y sin perjuicio de tratarse de una afirmación que reconoce admitiría polémica, una huelga podría ser considerada ilegal cuando las partes han sido convocadas a la conciliación obligatoria, establecido en dicho ordenamiento jurídico, y se niegan a acatar esa decisión de la autoridad administrativa, continuando con las medidas de fuerza.

Las atribuciones de la comisión independiente a la que hace referencia el tercer inciso de la precitada norma, aparecen reguladas en el artículo 2 del Decreto Nº 272/2006. Con carácter preliminar debe señalarse que dicho órgano pasa a ser denominado como "Comisión de Garantías"; instituto que proviene del sistema italiano y su "*Comissione di Garanzia*", y según GARCÍA, su naturaleza naturaleza jurídica sería la de un órgano de naturaleza arbitral no estatal "independiente"(17). La primera de sus facultades consiste en: "*Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el*

(16) SAPPIA, Jorge J., *La huelga y los servicios esenciales.* Disponible en: LA LEY online Argentina. En: DT 2015 mayo, p. 941 - DJ 01/07/2015, p. 8 Cita Online: AR/DOC/1232/2015

(17) GARCÍA, Héctor O., op. cit.

segundo párrafo del artículo 24 de la Ley Nº 25.877, de conformidad con lo establecido en los incisos a) y b) del tercer párrafo del citado artículo". Debe acotarse que, en razón de lo prevenido por el artículo 11 de este decreto, la actuación de la Comisión no es automática , sino que es convocada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a pedido de cualquiera de las partes involucradas en el conflicto o de oficio.

TRIBUZIO manifiesta que, a pesar del silencio reglamentario sobre el punto, una vez realizada la convocatoria, la comisión debería pronunciarse primeramente sobre la admisibilidad formal de aquélla, para luego expedirse sobre la calificación excepcional en el caso concreto traído a su conocimiento. (18)

El resto de las funciones de la Comisión son netamente consultivas, a saber: "*b) Asesorar a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes, para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la CONSTITUCION NACIONAL, conforme al procedimiento que se establece en el presente. c) Pronunciarse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa. d) Expedirse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa requieran su opinión. e) Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales y extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas, siempre que se garantice la imparcialidad de las mismas*".

La cláusula "b" del mencionado artículo 2, mediante la cual se mantiene en cabeza del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social la potestad de fijar unilateralmente la extensión de los servicios mínimos ante la falta de acuerdo entre las partes y la facultad de incrementarlos cuando a su juicio resultaren insuficientes; ha merecido críticas por parte de la doctrina argentina. En tal sentido, TRIBUZIO reprocha que, no sólo la autoridad de aplicación conserva intacta la delicada función de fijar los servicios mínimos (cuando lo lógico y deseable hubiera sido que dicha atribución pasara a manos de la Comisión de Garantías), sino que también dicha facultad se ve ahora peligrosamente robustecida, ya que del art. 10º de la reglamentación no se desprende limitación alguna respecto del alcance máximo de fijación de los servicios mínimos(19). También resultaría criticable, según este autor, el hecho de que se amplíe la posibilidad de intervención administrativa, ya que ésta no sólo tendrá lugar ante la falta de acuerdo entre las partes respecto de la fijación de los servicios mínimos, sino que tendrá cabida, también, cuando la autoridad de aplicación entienda que los acuerdos fueren insuficientes; sin que se establezca, por parte de la norma reglamentaria ninguna pauta objetiva sobre cuál será el parámetro que la administración utilizará para determinar la insuficiencia de los acuerdos a los que arribaren las partes. En suma, en este punto, el decreto se aparta así, de la recomendación expresa efectuada por la Comisión de Expertos de OIT en 2003 al analizar la memoria enviada por el Gobierno argentino el año anterior, tendiente a que "*…la determinación de los servicios mínimos a mantener durante la huelga, si las partes no llegan a un acuerdo, no corresponda al Ministerio de Trabajo sino a un órgano independiente*"(20).

(18) TRIBUZIO, José E., *Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales*, in rev. Derecho del Trabajo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 713.

(19) Ídem, p. 714.

(20) Cfr. Ibídem, p. 715.

En cuanto a la integración de la Comisión de Garantías, ésta contará con cinco miembros que durarán en sus cargos tres años, pudiendo ser reelectos por una sola vez. El decreto establece que la selección recaerá sobre personas de "*…reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones del trabajo, del derecho laboral o del derecho constitucional de destacada trayectoria*". Entre las personas que se encuentran expresamente inhibidas de integrar la comisión, se encuentran los legisladores (nacionales o provinciales o de la Ciudad de Buenos Aires) y aquellos que "*…ocupen otros cargos públicos electivos y aquellas personas que ejerzan cargos electivos de dirección o conducción en partidos políticos, en asociaciones sindicales o en organizaciones de empleadores…*". Señala GARCÍA que al no encontrarse incluidos dentro de la excepción, podrían integrar la Comisión los miembros del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo siempre que reúnan las condiciones de idoneidad técnica exigidas por el propio reglamento(21).

De otro lado, y nuevamente en contra de lo establecido en el texto legal con referencia a la "*independencia*" que debe ostentar la comisión de marras, el texto reglamentario reserva una vacante para ser cubierta por el candidato (y su suplente) que designe directamente el Poder Ejecutivo Nacional. Con relación al mecanismo de selección de los restantes comisionados, éstos, también serán elegidos por el Poder Ejecutivo, pero a propuesta de las ternas que seleccionen las asociaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) y el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN), respectivamente y en forma proporcional (tres candidatos cada uno).

Para TRIBUZIO habría sido preferible, en concordancia con los criterios de OIT que la elección de los integrantes de la Comisión de Garantías hubiese recaído directamente en manos de las mencionadas asociaciones y organismos(22). Puntualmente, el Comité de Libertad Sindical de la aludida organización internacional entendió que: "*el nombramiento por el ministro en último término de los cinco miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales pone en tela de juicio la independencia e imparcialidad de dicho Tribunal, así como la confianza de los interesados en tal sistema. Las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores deberían poder, respectivamente, elegir a los miembros del Tribunal de Arbitraje en los Servicios Esenciales que los representan*"(23)

Por su parte GARCÍA entiende que la circunstancia de la integración de la Comisión por un funcionario gubernamental no altera la independencia formal del órgano, en tanto la composición, ya sea de tipo tripartito como pluripartito o plurisectorial, pues esto resulta compatible con los principios de la OIT a los que reenvía el artículo 24 de la ley reglamentada, como demuestra la propia integración del Comité de Libertad Sindical, modelo de órgano imparcial de integración tripartita. En tal sentido como surge del citado pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical, la designación de los miembros de la Comisión por el Ministro "en último término", en sí, no resulta incompatible con la doctrina de los órganos de control mientras se garantice que las organizaciones de trabajadores y de empleadores puedan elegir a los miembros que los representen en los órganos de tipo arbitral, como es el caso de la Comisión de Garantías(24).

En cuanto al procedimiento a desarrollarse, en los artículos 7 y siguientes del decreto, se señala que, superada una instancia concilia-

(21) GARCÍA, Héctor O., op. cit.

(22) TRIBUZIO, José E., op. cit., p. 716.

(23) Cfr. GARCÍA, Héctor O., op. cit.

(24) Ídem.

toria prevenida por el artículo 2 de la Ley Nº 14.786 (25) y vencido el plazo de quince días previsto en el artículo 11 de la misma norma, la parte que se propusiere ejercer medidas de acción directa que involucren a los servicios referidos en el artículo 1 del Reglamento, deberá preavisarlo a la otra parte y a la autoridad de aplicación en forma fehaciente y con cinco días de anticipación a la fecha en que se realizará la medida. Dentro del día inmediato siguiente a aquél en que se efectuó el preaviso establecido en el artículo anterior, las partes acordarán ante la Autoridad de Aplicación sobre los servicios mínimos que se mantendrán durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se asignará a la prestación de los mismos.

Posteriormente el artículo 10 expresa que si las partes no cumplieran con las obligaciones anteriormente señaladas, dentro de los plazos establecidos para ello, o si los servicios mínimos acordados por las mismas fueren insuficientes, la Autoridad de Aplicación, en consulta con la Comisión de Garantías, fijará los servicios mínimos indispensables para asegurar la prestación del servicio, cantidad de trabajadores que se asignará a su ejecución, pautas horarias, asignación de funciones y equipos, procurando resguardar tanto el derecho de huelga como los derechos de los usuarios afectados. La decisión será notificada a las partes involucradas y, en caso de incumplimiento, se procederá a la aplicación de sanciones. Según TRIBUZIO el trabajador no podrá ser nunca sancionado por la falta de cumplimiento del deber de trabajar cuando aquél hubiere sido designado para ejecutar servicios mínimos; sino que la sanción podría ir dirigida sólo hacia el sindicato, único responsable de las consecuencias del ejercicio colectivo de este derecho (26)

El artículo 12 del decreto reza: "*La empresa u organismo prestador del servicio considerado esencial garantizará la ejecución de los servicios mínimos y deberá poner en conocimiento de los usuarios, por medios de difusión masiva, las modalidades que revestirá la prestación durante el conflicto, dentro del plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, antes del inicio de las medidas de acción directa, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones. Asimismo deberá arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas*". En el punto referente a la titularidad del deber de garantizar la prestación de los servicios mínimos, que aborda este artículo, hay quienes entienden que el Decreto contraría a la Ley que reglamenta; dado que el art. 24 de la Ley Nº 25.877 impone a la parte que decide la adopción de una medida legítima de acción directa que involucre actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, la obligación de garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción; mientras que de acuerdo al art. 12 de la norma reglamentaria, será "*…la empresa u organismo prestador del servicio considerado esencial…*" quien "garantizará" la ejecución de los servicios mínimos para evitar su interrupción, lo cual relevaría al sindicato de colocarse eventualmente en la posición de garante donde la norma legal lo ubica(27). Para TRIBUZIO tal contradicción podría ser superada únicamente si se entendiera que el primer párrafo del art.

(25) ARGENTINA Artículo 2 de Ley Nº 14.786 del 22 de diciembre de 1958 relativa a "Disposiciones para substanciar los conflictos de intereses cuyo conocimiento sea de competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social": "*Suscitado un conflicto que no tenga solución entre las partes, cualquiera de éstas deberá, antes de recurrir a medidas de acción directa, comunicarlo a la autoridad administrativa, para formalizar los trámites de la instancia obligatoria de conciliación. El ministerio podrá, asimismo, intervenir de oficio, si lo estimare oportuno, en atención a la naturaleza del* conflicto".

(26) TRIBUZIO, op. cit., p. 718.

(27) Ídem, p. 712.

24 de la norma legal refiere a la garantía de la parte que adopte la medida de acción directa respecto de la puesta a disposición de los medios necesarios para el cumplimiento de los servicios mínimos (que serán meramente personales, si se trata del sindicato, o técnicos y materiales, si se trata de la empresa), mientras que, por su parte, el art. 12º del reglamento alude a la garantía de la puesta en práctica de dichos medios. Desde este enfoque, y en el caso de que fuera el sindicato el que hubiese adoptado la medida de conflicto que afectara servicios esenciales, éste cumpliría con su deber legal garantizando efectivamente que una porción del colectivo de trabajadores en conflicto no resultara afectado a la huelga; por su parte, la empresa debería poner en funcionamiento el servicio afectado con aquellos trabajadores que la organización gremial hubiera puesto a su disposición(28).

IV. Brasil

El artículo 9 de la Constitución brasileña reza: "*La ley definirá los servicios o actividades esenciales y proveer a la satisfacción de las necesidades urgentes de la comunidad.*" Como señala MONTEIRO DE BRITO, esto no implica que la huelga en relación con estas actividades está prohibido, sino que sólo se ejerce dentro de los límites propios, siendo un derecho bajo "*condición*"(29). En definitiva se garantiza a los trabajadores el derecho de huelga, delegando en el Poder Legislativo la determinación de las actividades esenciales y la regulación de las "*necesidades inaplazables de la comunidad*". El art. 37 de dicho cuerpo normativo discrimina el caso de los "servidores públicos", a quienes cuyo derecho de huelga, estará delimitado por la legislación. Y el art. 42, apartado 5º, por otra parte, prohíbe a los militares la sindicalización y la huelga.

El derecho de huelga se encuentra reglamentado por la Ley Nº 7.783, sancionada en el año 1989, que se refiere a su "*legítimo ejercicio*". Impone, entre otras condiciones previas a la adopción de la medida, que la parte patronal debe ser notificada de la decisión con cuarenta y ocho horas de anticipación. Si afecta a los servicios esenciales, el preaviso se extiende a 72 horas y se debe también publicar en favor de los usuarios.

De acuerdo al art. 4 de la ley, la titularidad del ejercicio del derecho de huelga corresponde a la entidad sindical o a una asamblea general de trabajadores cuando la primera no exista. Señala GIGLIO, conjuntamente con la doctrina y jurisprudencia preponderante que, a estos efectos se entienden por "*trabajadores*", los prestadores de servicio con vínculo de empleo y aquellos que fueran equiparados legalmente con ellos, como los "desempleados"(30)

El art. 7 prohíbe la rescisión de los contratos de trabajo y la contratación de trabajadores sustitutos, por parte del empleador.

Yendo al tópico objeto de este trabajo, el art. 9 obliga a mantener equipos de empleados en actividad con el propósito de asegurar la prestación de servicios cuya paralización determine un perjuicio irreparable por el deterioro que produzca a bienes, máquinas y equipamientos y de aquellas cosas que resulten esenciales a fin de retomar las actividades.

El art. 10 señala un listado de actividades consideradas esenciales, en el cual se encuentran contenidas "*tratamiento y abastecimiento de agua; producción y distribución de energía eléctrica, gas y combustible; asistencia médica y hospitalaria; distribución y comercialización de medicamentos y alimen-*

(28) Ibídem, pp. 712-713

(29) MONTEIRO DE BRITO FILHO, José C. *Ação Sindical Direta* en Direito Sindical (en línea), recuperado de http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:BR,CL/huelga+%28servicios+OR+esenciales%29/p2/WW/vid/577697722, p. 290.

(30) Cfr. GARCÍA, Héctor O., op. cit.

tos; servicios funerarios; transporte colectivo; captación y tratamiento de aguas servidas y basura; telecomunicaciones; guarda, uso y control de sustancias radioactivas, equipamientos y material nuclear; procesamiento de datos ligados a servicios esenciales; control de tráfico aéreo; compensación bancaria".

SOUZA CAMPOS BATALHA entiende que el carácter de este listado es taxativo y no meramente ejemplificador; aún si se entendiera que existen otras actividades que merecen el calificativo de esencial (31)

En el art. 11 se exige tanto a los sindicatos como a los empleadores y a los trabajadores, que de común acuerdo garanticen los servicios indispensables para atender las necesidades que, no siendo atendidas, coloquen en peligro inminente la supervivencia, salud o seguridad de la población. Acota MONTEIRO DE BRITO, que en este punto abre un espacio importante para la autonomía privada colectiva, permitiendo que los mismos involucrados - aquéllos que desencadenan y los que llevan la huelga puedan definir cómo mantener a las necesidades urgentes de los comunidad(32).

En defecto de dicho acuerdo para la realización de los servicios o que la prestación de los mismos es insuficiente para cubrir las necesidades de la población; estos deberán ser garantizados por el "*gobierno*" conforme al art. 12 de la ley. Para MONTEIRO DE BRITO, la acepción "*gobierno*" debe entenderse su sentido más amplio, como cualquier entidad estatal o cuerpo de este (incluyendo al Poder Ejecutivo, federal, estatal o local) que tiene que ver con los servicios considerados esenciales(33).

Respecto de la forma en que deberán garantizarse las necesidades urgentes de la comunidad, si bien del texto legal ello no se desprende, la jurisprudencia del país atlántico ha estandarizado el mantenimiento del treinta por ciento de los trabajadores existentes en la actividad en huelga. Así fue el criterio utilizado en el año 2006 por el "Tribunal Superior do Trabalho" en el caso de una huelga que involucraba a "PETROBRAS" y a los sindicatos de trabajadores petroleros; en virtud del requerimiento efectuado por el Ministerio de Trabajo brasileño(34).

Por último debe reseñarse el artículo 13 de la ley precitada, el cual previene que los sindicatos o los trabajadores en su caso, deberán informar a los empleadores y usuarios de la medida de huelga a efectivizarse en un servicio o actividad esencial, con un plazo mínimo de antelación de 72 horas.

V. Chile

Como manifiesta AGUIRRE SALAS, la normativa chilena del derecho de huelga detenta un carácter excepcional en el panorama del derecho comparado y por su distanciamiento de la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo; lo cual es producto de un sistema que fue originalmente cimentado sobre la base de la "*negación del conflicto colectivo en las relaciones laborales*"(35)

En tal sentido, corresponde referirse primeramente al numeral 16 del artículo 19 de la Constitución del país transandino, el cual reza "*No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de la municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que tra-*

(31) Cfr. MONTEIRO DE BRITO FILHO, José C., op. cit., p. 291.

(32) Ídem, p. 292.

(33) Ibídem, p. 294.

(34) Cfr. MONTEIRO DE BRITO FILHO, José C., op. cit., p. 294.

(35) AGUIRRE SALAS, Camila, *Eficacia y efectividad del derecho de huelga en Chile*, Santiago, 2015, recuperado de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/131264/Eficacia-y-efectividad-del-derecho-de-huelga-en-Chile.pdf?sequence=1, p. 65

bajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso".

Señala IRURETA URIARTE que en el texto constitucional la huelga no es reconocida como un derecho explícito derecho de los trabajadores, aún cuando indirectamente se admite su existencia(36). Por su parte la Corte Suprema chilena, en fallo del año 1988, ha manifestó que "*la Constitución de 1980 implícitamente reconoce la huelga como derecho y sólo la prohíbe para los funcionarios del Estado*"(37)

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, debe tenerse presente que el inciso 2º del artículo 5 de la Carta chilena dispone: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*". Un sector preponderante de la doctrina de la nación andina entiende que, en razón de este artículo, los tratados internacionales que consagran derechos humanos adquieren rango constitucional, siendo imperativa la aplicación de los derechos y obligaciones establecidos en dichos instrumentos internacionales; por lo que, al haber Chile ratificado tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los Convenios de OIT números 87 y 151, en los que se reconoce los derechos de sindicación, huelga en general y en particular para el sector público, cabría la posibilidad del ejercicio de este derecho para los funcionarios estatales; y dicha defensa que podría hacerse efectiva, en caso de privación mediante el recurso de protección prevenido en el artículo 20 de la Constitución(38). Sin embargo, el propio artículo 20 de la Constitución excluye expresamente al derecho de negociación colectiva y huelga de la tutela que confiere el recurso de protección(39).

A nivel de normativa de rango legal, la huelga se encuentra regulada dentro del Código del Trabajo, en el Título VI "*De la huelga y del cierre temporal de la empresa*" del Libro IV "*De la negociación colectiva*". Conforme describe AQUINO(40), el Código del Trabajo regula el derecho de huelga en general y, en particular, el procedimiento a seguir en los casos de excepciones o exclusiones a la citada garantía. De esta normativa, siguiendo al autor citado, surgen tres grupos de exclusiones: 1) Trabajadores a los que no les resultan aplicables las normas del Código, entre los que se encuentran: los funcionarios de la

(36) IRURETA URIARTE, Pedro, *Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 Nº 16 de la Constitución Chilena*, Colección de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2006, p. 188.

(37) Cfr. AGUIRRE SALAS, Camila, op. cit., p. 67.

(38) Cfr. Ídem, pp. 68-71.

(39) CHILE, Artículo 20 de la Constitución Política de la República: "*El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24°, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.*

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

(40) Cfr. GARCÍA, Héctor O., op. cit.

Administración estatal, los miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad, los funcionarios de los Poderes Legislativo y Judicial, los trabajadores de empresas dependientes del Ministerio de Defensa, los empleados de empresas del Estado cuyos regímenes específicos lo prohíban, los trabajadores de empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, dentro de los dos últimos ejercicios hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado en forma directa o a través de impuestos, los trabajadores de empresas prestadoras de servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional; 2) Actividades excluidas del régimen de negociación colectiva: los trabajadores sujetos a contratos de aprendizaje y los contratados exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada; los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, que se encuentren dotados de facultades generales de administración; las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores (haciendo constar la prohibición en sus respectivos contratos de trabajo); los trabajadores que ejerzan cargos superiores o de mando o inspección en las empresas, siempre que se encuentren investidos de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización; y, por último, 3) Casos especiales de trabajadores que, pese a reconocérseles el derecho a negociar colectivamente, carecen de la prerrogativa de la huelga. Las limitaciones, a su vez, consisten en dos tipos de exigencias: 1) la del mantenimiento de un equipo de emergencia en los servicios esenciales o para la prevención de daños irreparables a bienes de la empresa; y 2) la de reanudación de las faenas en el caso de ciertas huelgas que afectan a servicios esenciales.

De acuerdo con el art. 380 del Código del Trabajo, toda vez que se realice una huelga en una empresa, predio o establecimiento, cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial de salud, o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador está obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar ese daño.

La enumeración de los servicios esenciales se concreta en el mes de julio de cada año por resolución conjunta de los Ministros de Trabajo, de Defensa y de Economía(41)

Pero las restricciones al ejercicio del derecho de huelga no se agotan en las normas mencionadas. En tal sentido, la Ley Nº 12.927 sobre "*Seguridad del Estado" tipifica la huelga como delito, estableciendo en su artículo 11: "Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos, o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio. En la misma pena incurrirán los que induzcan, inciten o fomenten alguno de los actos ilícitos a que se refiere el inciso anterior. En tiempo de guerra externa la pena será presidio o relegación menores en su grado medio a presidio o relegación mayores en su grado mínimo*".

Esta criminalización de la huelga le ha valido a Chile el reproche de la comunidad internacional. En tal sentido el Informe anual sobre derechos humanos en Chile del año 2008 concluye: "*Se trata de un completo despropósito legislativo el criminalizar las huel-*

(41) Ídem, op. cit.

gas que no se sujetan a las leyes, disposición legal prácticamente injustificable en el estado actual de avance del Derecho Internacional, donde la huelga, como ya se ha apuntado reiteradamente en este capítulo, corresponde a un derecho fundamental. Se trata, en rigor, de una norma legal que más que dirigida a sancionar las huelgas ilícitas busca criminalizar la disidencia político laboral, y así lo confirma las vece s que se le ha dado aplicación"(42). Por su parte la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que "*únicamente debería ser posible imponer sanciones por acciones de huelga en los casos en los que las prohibiciones de que se trate estén de acuerdo con los principios de la libertad sindical. Ahora bien, incluso en tales casos, tanto la jurisdiccionalización excesiva de las cuestiones relacionadas con las relaciones laborales como la aplicación de graves sanciones por acciones de huelga pueden provocar más problemas que los que resuelven. La imposición de sanciones penales desproporcionadas no favorece en modo alguno el desarrollo de relaciones armoniosas y estables y, si se imponen penas de prisión, las mismas debería justificarse en virtud de la gravedad de las infracciones cometidas y estar sometidas a un control judicial regular. En consecuencia, la Comisión pide al Gobierno (de Chile) que tome las medidas necesarias para que dicha disposición sea derogada a fin de poner la legislación en conformidad con las disposiciones del Convenio*"(43)

También resulta menester hacer referencia a la Ley Nº 18.834 que aprueba el Estatuto Administrativo. En el literal "i" del artículo 78, en armonía con la prohibición del ejercicio del derecho de huelga que afecta a los funcionarios del Estado y las municipalidades establecida constitucionalmente dispone que: "*El funcionario estará afecto a la s siguientes prohibiciones: i) Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de persona s o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado*". Por lo que, no sólo prohíbe a los funcionarios públicos el ejercicio del derecho de huelga sino que incluso prohíbe su sindicación. Una disposición análoga rige para los funcionarios municipales, de conformidad con al Ley Nº 18.883.

No obstante lo expuesto, en la práctica el sector público negocia colectivamente y participa en huelgas, interrupciones o paralizaciones de actividades con más éxito y mayor repercusión que el sector privado; lo cual es corolario de la fortaleza de las asociaciones de funcionarios públicos y su poder negociador, que ha permitido que las autoridades acepten estas negociaciones colectivas ilegales.(44)

A modo de síntesis, y coincidiendo con FERNÁNDEZ BRIGNONI, debemos afirmar que la constelación normativa chilena instaura un modelo de huelga altamente reglado e intervenido; lo que en definitiva ubica a dicho ordenamiento jurídico en una posición marginal en el orbe; ya que se coloca a dicho derecho lo más lejos posible de su utilización efectiva, y aún aceptándolo se prevén formas de intervención estatal que arrasan con el mismo sin correspondencia o contrapartida. (45)

(42) Informe anual sobre Derecho Humanos en Chile 2008, Universidad Diego Portales, p. 161.

(43) Cfr. AGUIRRE SALAS, Camila, op. cit., p. 75.

(44) Ídem, pp. 77-78.

(45) FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo, *Derecho de huelga y medios de composición de los conflictos colectivos de trabajo*, in rev. Relaciones Laborales, N° 10, Montevideo, 1996, p. 75

VI. Paraguay

El artículo 98 de la Constitución del Paraguay establece: "*Todos los trabajadores de*

los sectores públicos y privados tienen el derecho a recurrir a la huelga en caso de conflicto de intereses…", con exclusión expresa de "*los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación*" y "*de las policiales*". El mismo artículo determina que "*La ley regulará el ejercicio de estos derechos, de tal manera que no afecten servicios públicos imprescindibles para la comunidad.*"

Como vemos el constitucionalista paraguayo denomina como "*imprescindibles*" a los servicios esenciales; en una variante de la acepción, que estimamos no es sustancial.

Reproduciendo la terminología constitucional, la legislación paraguaya toma el concepto de "*servicios públicos imprescindibles*" para limitar el ejercicio del derecho de huelga. En tal sentido el Código de Trabajo (en lo sucesivo CT), en su artículo 361 previene que: "*Los trabajadores en los servicios públicos imprescindibles para la comunidad, como ser suministro de agua, energía eléctrica y hospitales, deberán asegurar, en caso de huelga, el suministro esencial para la población. Los hospitales deberán mantener activos los servicios de primeros auxilios y todo servicio necesario para no poner en peligro la vida de las personas*." La jurisprudencia de la nación guaraní ha sostenido que este principio "*debe compatibilizarse también con la noción de 'servicio mínimo,' que en términos generales, define la cuota de servicio o actividad que debe mantenerse en toda circunstancia*"(46)

Más adelante, en el artículo 369 CT, complementa la restricción al ejercicio de la huelga en estas actividades, ordenando que el "*Sindicato, o en su defecto el Comité de Huelga, garantizará la prestación de los servicios esenciales a que se refiere la Constitución Nacional…*."

En análogo sentido al cuerpo normativo anteriormente referido, la Ley Nº 1.626 "*De la función pública*" de fecha 21 de Diciembre de 2000, establece en su artículo 130: "*Se consideran servicios públicos imprescindibles para la comunidad aquellos cuya interrupción total o parcial pongan en peligro la vida, la salud o la seguridad de la comunidad o parte de ella*". Posteriormente dicho artículo señala que estos servicios públicos imprescindibles serán: "*a) la atención sanitaria y hospitalaria; b) la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles; c) el transporte de pasajeros; d) la educación en todos sus niveles; y, e) las telecomunicaciones*". Y en su artículo 131 esta ley establece: "*Al declararse en huelga, quienes presten servicios públicos imprescindibles, deberán garantizar el funcionamiento regular de dichos servicios. La autoridad administrativa del organismo o entidad afectada comunicará al sindicato propiciante, la nómina del personal necesario para el efecto*".

Del cotejo del CT con la Ley "*De función pública*", detectamos una ligera contradicción, ya que esta última parecería estar determinando con carácter taxativo que servicios específicos califican como esenciales o imprescindibles; mientras que aquél lo hace a título ilustrativo y no excluyente. Personalmente estimamos más adecuada, por su flexibilidad y paralelismo con el criterio evolutivo denotado por los lineamientos de la OIT, la solución aportada por el CT.

VII. Uruguay

En el caso de nuestro país, la huelga en los servicios esenciales, en cuanto a sus límites externos aparece regulada por los artículos. 4 y 5 de la Ley Nº 13.720 de fecha 16 de Diciembre de 1968, la cual establece, entre otras cosas, lo siguiente: "*Artículo 4º. Tratándose de*

(46) Cfr. GARCÍA, Héctor O., op. cit.

servicios públicos, incluso los administrados por particulares, además de ser de aplicación el régimen de los dos últimos Incisos del artículo anterior, la Comisión podrá indicar, por resolución fundada dentro del plazo de cinco días a contar de la recepción de la comunicación los servicios esenciales, que deberán ser mantenidos por turnos de emergencia, cuya interrupción determinará la ilicitud de la huelga o el "lock out" en su caso". A través de esta norma, cuya redacción es calificada por CASTELLO como vaga, confusa e imperfecta(47), se le confiere al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la facultad de determinar, caso a caso, cuáles son aquellos servicios esenciales cuyo funcionamiento debe ser asegurada en régimen de turnos.

La Ley Nº 13.720 no define qué debe entenderse por "*servicios esenciales*", sin perjuicio de aludir en primera instancia a los "*servicios públicos*". Sin embargo, y como expresa ERMIDA URIARTE, la doctrina vernácula ha señalado que no todo servicio público es esencial, lo cual va en consonancia con lo sostenido por la OIT(48), por lo que debe considerarse que la ley se refiere exclusivamente a la restricción del derecho de huelga en aquellos servicios, públicos o privados, que tengan la calidad de "*esenciales*".

La indefinición del concepto de servicios esenciales exhibida por la norma, plantea un vacío legal que debe ser integrado. Sobre el particular GOLDSTEIN señala que no corresponde acudir al sistema del artículo 16 del Código Civil ya que lo que se está limitando, aunque sea por la vía legal, es un derecho de rango constitucional; por lo cual debe recurrirse al artículo 332 de la Carta Magna, empleando el método de las doctrinas generalmente admitidas para alcanzar la noción de servicios esenciales(49). En la especie, de acuerdo a la opinión más aceptada se debe recurrir a los criterios y pronunciamientos emanados del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT, por ser éstos la "*doctrina más recibida*" en esta materia(50); por lo cual, ineludiblemente debemos remitirnos a la lectura de los conceptos vertidos segundo capítulo del presente trabajo para así ilustrar el punto. De hecho, el basamento en los lineamientos de la OIT, ha permitido, por parte del Poder Ejecutivo nacional, que, en los últimos tiempos y ante sendos conflictos colectivos, se decrete la esencialidad en actividades tales como la salud, la educación, los servicios meteorológicos, etc.

Por su parte, el artículo 5 del precitado cuerpo normativo señala: "*En los casos del artículo anterior, así como en los previstos en los dos últimos apartados del artículo 3º, la Comisión podrá disponer por sí -antes o después de la aplicación de las medidas a que ellos se refieren y bajo el régimen de votación secreta, la que deberá tener lugar dentro del plazo que determine- que las organizaciones gremiales efectúen una consulta a los trabajadores o empleadores afectados por las medidas, con objeto de verificar si ratifican o rechazan el empleo de las mismas o, eventualmente, las fórmulas de conciliación propuestas. En tales casos la Comisión podrá, por sí o a pedido de cualesquiera de las organizaciones gremiales interesadas, solicitar la intervención de la Corte Electoral en la votación respectiva*"

Manifiesta ERMIDA URIARTE que, en definitiva, la norma parte del reconocimiento del derecho de huelga en los servicios esenciales,

(47) CASTELLO, Alejandro, op. cit., p. 19.

(48) ERMIDA URIARTE, Oscar, op. cit. p. 155.

(49) GOLDSTEIN, Eduardo, *Decreto de Esencialidad de los servicios de Educación - Validez Y Eficacia* in rev. CADE Profesionales y Empresas, Tomo XXXII, Año 7, Montevideo, Octubre de 2015, pp. 31-32.

(50) CASTELLO, Alejandro, op. cit., p. 18.

para someterlo a un primer grado de limitaciones consistente en la obligación de los trabajadores de mantener su funcionamiento por turnos de emergencia y la posibilidad de que el gobierno exija que se someta a "*plebiscito*" la continuación del conflicto(51).

VIII. Conclusiones

Del análisis de las regulaciones acogidas de por los ordenamientos jurídicos explicitados, es posible afirmar que es el modelo chileno el que se encuentra más lejos de los lineamientos consignados por la OIT; en tanto cercena por completo el ejercicio del derecho de huelga no sólo para quienes se desempeñan en los servicios, sino para los funcionarios públicos en general.

Por su parte los sistemas brasileño y paraguayo representan indudablemente un avance en comparación con las regulaciones del país andino; en tanto se permite el ejercicio de la precitada garantía, siempre que se asegure a la población el cubrimiento de esas necesidades inaplazables. Sin perjuicio de lo manifestado, entendemos que ambos ordenamientos adolecen de cierta rigidez, en tanto utilizan fórmulas taxativas o cuasi-taxativas en el señalamiento de cuáles son los servicios esenciales o imprescindibles; lo que en cierta medida constriñe la posibilidad previsión normativa del asunto, dado que el devenir histórico-evolutivo de la sociedad puede marcar el surgimiento de actividades cuya satisfacción resulta impostergable para esta última, y que actualmente no recogerían correlato en el derecho positivo vigente.

En cuanto a la regulación nacional del tópico, la cual ha sido calificada como *"abstencionista"* por parte de la doctrina foránea(52), el hecho de que no se defina el concepto de servicios esenciales si bien tiene la ventaja de flexibilizar la acepción de cara a los cambios que depare el porvenir, a su vez detenta el defecto de que dicha ambigüedad es en definitiva un vacío legal que, en última instancia será colmado por los criterios del Poder Ejecutivo. Independientemente de que desde la dogmática laboralista vernácula se sostenga que, son los lineamientos de la OIT los que deben ser empleados como "*doctrina más recibida*" para colmar la laguna jurídica; dicho criterio debió recogerse a texto expreso en el articulado de la Ley Nº 13.720, para brindar mayor certeza jurídica.

Finalmente, de los cinco comparados, es el sistema argentino el que mayormente nos satisface. Esto es así porque además de brindar una somera definición del de servicios esenciales y aportar algunos ejemplos; crea un órgano pluri-representativo encargado de evaluar otras situaciones originariamente no previstas y que eventualmente puedan merecer dicho calificativo. También entendemos como un factor positivo la remisión a texto expreso que efectúa la normativa a los criterios de la Organización Internacional del Trabajo.

IX. Bibliografía

-AGUIRRE SALAS, Camila, *Eficacia y efectividad del derecho de huelga en Chile*, Santiago, 2015, recuperado de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/131264/Eficacia-y-efectividad-del-derecho-de-huelga-en-Chile.pdf?sequence=1

-CASTELLO, Alejandro, *Servicios Educativos y Servicios Esenciales*, in rev. CADE Profesionales y Empresas, Tomo XXXII, Año 7, Montevideo, Octubre de 2015.

-ERMIDA URIARTE, Oscar, *Apuntes sobre la Huelga 2da Edición*, Editorial FCU, Montevideo, 1996.

(51) ERMIDA URIARTE, Oscar, op. cit. p. 63.

(52) GARCÍA, Héctor O., op. cit.

-FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo, *Derecho de huelga y medios de composición de los conflictos colectivos de trabajo*, in rev. Relaciones Laborales, N° 10, Montevideo, 1996.

-GARCÍA, Héctor O. *La regulación de la huelga en los servicios esenciales. Compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del derecho*, recuperado de: https://undeca.cr/media/uploads/documentos_pdf/derecho_huelga_y_servicios__esenciales.pdf

-GOLDSTEIN, Eduardo, *Decreto de Esencialidad de los servicios de Educación - Validez Y Eficacia* in rev. CADE Profesionales y Empresas, Tomo XXXII, Año 7, Montevideo, Octubre de 2015.

-Informe anual sobre Derecho Humanos en Chile 2008.

-IRURETA URIARTE, Pedro, Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 Nº 16 de la Constitución Chilena, Colección de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2006.

-MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites al Derecho de huelga*, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo 1992.

-MONTEIRO DE BRITO FILHO, José C., *Ação Sindical Direta* en Direito Sindical (en línea), recuperado de http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:BR,CL/huelga+%28servicios+OR+esenciales%29/p2/WW/vid/577697722

-OIT, Conferencia Internacional del Trabajo (1983), *Libertad sindical y negociación colectiva, Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Ginebra, 1983.

-OIT, Conferencia Internacional del Trabajo (1994), *Libertad sindical y negociación colectiva, Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Ginebra, 1994.

-OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT 5º edición*, Ginebra, 2006.

-ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, *La huelga en los servicios esenciales. Algunas inflexiones en los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical,* in rev. Derecho Laboral, Tomo LVI, Nº 252, Editorial FCU, Octubre-Diciembre 2013.

-SAPPIA, Jorge J., *La huelga y los servicios esenciales.* Disponible en: LA LEY online Argentina. En: DT 2015 mayo, p. 941 - DJ 01/07/2015, p. 8 Cita Online: AR/DOC/1232/2015

-TRIBUZIO, José E., *Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales*, in rev. Derecho del Trabajo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.

Los intereses legales en los procesos laborales ¿se aplican a petición de parte o pueden ser impuestos de oficio?

por **Eduardo Goldstein**

Magíster en Derecho (Orientación DTSS – FD- UR). Docente de DTSS, FD - UR

Resumen: En el presente trabajo se analiza si los intereses legales aplicables a la sentencia de condena en los procesos laborales, requieren pedimento del reclamante en su demanda o si por el contrario el tribunal debe aplicarlos aun a falta de su requerimiento.
Palabras claves: Intereses legales - proceso laboral - demanda - pedimento - aplicables de oficio

Sumario: I.- situación jurídica planteada. II.- Los intereses legales en el Proceso Laboral antes de la sanción de la Ley N° 18.572. III.- La innovación en la imposición de los intereses legales en el nuevo proceso laboral. IV.- Conclusiones.

I. Situación jurídica planteada

1.- En el proceso civil regulado por el CGP y el mecanismo de reajuste de las obligaciones previsto por el Decreto Ley N° 14.500, ha planteado el debate (hoy superado), si los intereses legales del Art. 4° de la norma mencionada, que modifica la tasa de interés prevista por el Art. 2207 del Código Civil, es de orden público o debe peticionarse en la demanda.

2.- Se ha sostenido por la casi unanimidad de la doctrina y jurisprudencia civil, que los intereses legales si no son objeto de pedimento en la demanda, por aplicación del principio de congruencia (Arts. 1(1) y 198(2)) del CGP, no corresponde su imposición de oficio.

A mayor abundamiento, el Art. 1348 del Código Civil(3), no opera "*ex lege*", hallándose la norma privada de la calidad de disposición de orden público, pues su función es resarcir al acreedor por la privación de la suma de dinero durante el lapos de tiempo de que se trate, y dada tal naturaleza y función, son renunciables(4).

Por ello, no procede tampoco su reclamo, ni en la etapa de liquidación de sentencia, si no

(1) Establece el Artículo: Iniciativa en el proceso.- *"La iniciación del proceso incumbe a los interesados.*

Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código".

(2) Dispone la norma: Contenido de la sentencia.- *"Las sentencias contendrán decisiones expresas, positivas y precisas. Recaerán sobre las cosas litigadas por las partes con arreglo a las pretensiones deducidas, declararán el derecho de los litigantes y se pronunciarán sobre las condenaciones en costas y costos".*

(3) Reza la disposición: *"En las obligaciones que se limitan al pago de cierta suma, los daños y perjuicios provenientes de la demora en la ejecución, no consisten sino en la condenación en los intereses legales, excepto las reglas peculiares al comercio y a las fianzas.*

Esos daños y perjuicios se deben sin que el acreedor tenga que justificar pérdida alguna y aunque de buena fe el deudor no se considere tal. Sólo se deben desde el día de la demanda o la citación a juicio de conciliación seguido de demanda con arreglo al artículo 1236; excepto los casos en que la ley hace correr los intereses ipso jure o sin acto alguno del acreedor"

(4) Cfr. Carnelli, Santiago, Comentario de la Ley N° 14.500 asepcto civil, en conjunto con Gamarra, Jorge, Editorial Vinaak, Montevideo, 1976, pág. 78.

fueron condenados en la sentencia que culmina el proceso de conocimiento(5).

3.- Otro de los fundamentos al que acude la jurisprudencia civil, es a la opinión de Bermúdez, quién sostiene que "*La función de los intereses y de la indexación es claramente diferente....pues los primeros consiste resarcir al acreedor del lucro cesante, es decir , por verse privado de utilizar el capital durante un tiempo, daño este que no resulta satisfecho con el reajuste del crédito porque este solo mantiene el valor económico del capital....El reajuste del Decreto Ley N° 14.500no procura reparar el daño provocado por inflación, sino contemplar entre el nominalismo y realismo monetario"*(6)

4.- En otra posición discordante (y tratándose ya de un proceso laboral, sustanciado bajo el rito procesal del CGP), Torello entiende que los intereses aun a falta de objeto de reclamo en la demanda, debe interpretarse que la petición de condena va implícita y son de precepto cuando el actor solicita la aplicación de el reajuste previsto por el Decreto Ley N° 14.500(7).

Expresa Torello que *"En la especie, no existe una sentencia ejecutoriada que deniegue el pago de intereses específicamente pedidos; existe un pedimento genérico de actualización del crédito conforme a la ley Nº 14500 -que en mi opinión incluye ínsitamente los intereses legales del 6%- y una sentencia de primer grado que los rechaza, y que, apelada, fue revocada en alzada incluyendo en la condena el pago de los correspondientes intereses"*.(8)

En igual sentido Guillot, en una discordia de un fallo de la SCJ, también ha sido promotor de la misma tesis, en función de que cuando la parte pide en su demanda la condena más el reajuste del Decreto Ley N° 14.500, lo que está haciendo es solicitar la aplicación de un régimen íntegro que incluye actualización mas intereses. En otras palabras el ruego de condena al pago de intereses está latente y por ello debe entenderse que es objeto de pedimento.

En sus argumentos, sostiene que: "*... es muy obvio que se refiere al sistema íntegro de la norma que incluye la actualización por IPC más con el interés legal anual, como un todo global, como constituyendo todo un solo paquete. Lo que es acorde a la ratio legis del Decreto ey N° 14.500 importa una respuesta a la polémica jurisprudencial que precedió a su sanción referida a las teorías de las obligaciones de valor"*(9)

5.- Finalmente en la misma sentencia, la mayoría de los Ministros de la Corporación descartan de plano que los intereses legales sean de orden público .

La máxima Corporación ha dicho que se confunde la imperatividad de aplicación del interés legal con la imperatividad de la aplicación de la tasa del 6% anual.

La sala por mayoría en Sent. Nº 368/97 sostuvo que: "*El carácter preceptivo que según la opinión mayoritaria del foro nacional tiene la actualización prevista en el art. 1º del D.L. Nº 14.500, no afecta la conclusiones precedentes ya que, como señala la Sala ... reajuste e intereses son conceptos jurídicos diversos. Y el art. 4º del Dec. Ley meramente regula la incidencia de la liquidación legal del perjuicio establecida en el art. 1.348 C.C. en las obligaciones sujetas al reajuste, pero nada indica que -a diferencia de la regla matriz- se trate de una*

(5) Cfr. RUDP c. 1163, N° 1/93

(6) Cfr. Sent, N° 217 del 20.10.93, TAC 6° ADCU, t XXIV, c. 666.

(7) Cfr. Sent, N° 22 del 14.03.01, TAC 5°, ADCU, t XXXII, c 470.

(8) Cfr. LJU on line, Sent. N° 85/99 del 21.04.99, c 13.859

(9) Cfr. Sent cit

norma de orden público preceptivamente aplicable (A.D.C.U., T. XXIII, caso 449, T. XXVII, caso 297)"(10).

6.- Por consiguiente, el criterio de los tribunales civiles y la SCJ en mayoría entienden que la petición de la aplicación de los intereses legales del Art. 4° del Decreto Ley N° 14.500 no son de orden público, tampoco se encuentran comprendidos cuando en la demanda se solicita la condena al reajuste de la misma norma genérica y por tanto deben ser objeto de petición efectiva, clara y precisa para ser amparados en una sentencia de condena.

II. Los intereses legales en el Proceso Laboral antes de la sanción de la Ley N° 18.572

1.- La jurisprudencia especializada en la materia ha seguido el mismo criterio de los tribunales civiles.

En rigor y durante la vigencia del CGP para la materia laboral, si el actor no demandaba los intereses legales en su escrito de pretensión, los fallos condenatorios no los acogían(11).

No reiteramos los fundamentos vertidos en dichas sentencias, en tanto guardan identidad con lo descrito en el capítulo que antecede respecto a la jurisprudencia en materia civil.

III. La innovación en la imposición de los intereses legales en el nuevo proceso laboral

La sanción de la Ley N° 18.572 nos lleva a reflexionar sobre este tema.

De su lectura, surge que los intereses legales previstos por el Art.16 de la Ley y el contenido de la sentencia regulado por el Art. 15 de la misma norma, dan a nuestro juicio un giro trascendental al sistema previsto por el proceso civil regulado por el CGP, en la medida que en las nuevas estructuras laborales procesales (proceso ordinario y de menor cuantía), los intereses se aplican en forma preceptiva, incluso a falta de pedimento.

Veamos; el Art 15 tercer párrafo establece: *"En los procesos regulados por esta ley, las sentencias que condenen al pago de créditos laborales de cualquier naturaleza* ***deberán establecer el monto líquido de los mismos, incluidas las multas, intereses, actualizaciones y recargos que correspondieren"***. Y a continuación el Art. 16° dispone: "*En los procesos regulados por esta ley,* ***el monto líquido del crédito reconocido por sentencia generará un interés del 6% (seis por ciento) anual contado desde la fecha de su exigibilidad,*** *además de la actualización monetaria prevista en el Decreto-Ley Nº 14.500, de 8 de marzo de 1976, y de los daños y perjuicios establecidos por el artículo 4º de la Ley Nº 10.449, de 12 de noviembre de 1943".*

2.- En el numeral que antecede, hemos destacado en negrita dos aspectos medulares y peculiares del proceso laboral que refieren a los intereses. En primer lugar la imposición del legislador al tribunal de condenarlos en la sentencia, al conjugar el verbo "*deber*" en modo imperativo, y en segundo lugar otra situación innovadora en el proceso autónomo que si bien excede el objeto de la presente investigación, merece una referencia; se devenga desde la exigibilidad del crédito

(10) Cfr. Sent cit

(11) Cfr. Sent N° 16 del JLT 9° del 20.03.09, AJL años 96/97 c. 1162; Sent N° 134 del TAT 1° del 25.06.98, AJL año 98, c. 586; Sent. N° 85 del 28.03.00 del TAT 2°, AJL año 2000 c. 775, Sent del TAT 2° N° 359 del 25.10.00, AJL año 2000, c. 776, Sent. N° 153 del 15,10.03 del JL 14°, AJL año 2003, c. 656.

laboral de que se trate, a diferencia del proceso civil en que salvo los casos de responsabilidad extracontractual(12), se genera desde la interposición de la demanda.

3.- En consecuencia advertimos que en el proceso laboral, el tribunal está obligado a fallar, imponiendo en la sentencia de condena el monto líquido, incluyendo los intereses legales desde su exigibilidad, aunque el actor no los haya solicitado en su demanda.

Incluso cabe señalar que el tribunal no incurrirá en ultrapetita, pues el legislador estableció a texto expreso que el juez debe incluirlo, so pena de incumplir lo ordenado por el tercer párrafo del Art. 15 mencionado.

4.- Tampoco debemos olvidar, que el Art. 8° de la Ley N° 18.572, le impone al demandante incluir el valor total de la pretensión y liquidación detallada de cada uno de los rubros y si así no lo hiciera, el tribunal, en función del despacho saneador , deberá controlar la demanda y si constata que no se cumple con lo señalado entre otros aspectos, otorgará a la parte un plazo de tres días para enmendarlo, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda.

La ley le da allí al actor, la posibilidad de incluir los intereses que omitió incluir en su pretensión

No obstante, si aun al juez esta situación le pasare como inadvertida, por lo que el accionante no liquidó su reclamo con los intereses legales, en este caso de acoger la demanda, deberá incluir su cálculo y condenaciones en el fallo.

5.- El mensaje de la ley a nuestro criterio es claro y no admite otra interpretación. El legislador ordena al tribunal a liquidar los intereses legales a una tasa del 6% anual desde la fecha de la exigibilidad del crédito. Otra forma de interpretar y aplicar la norma no se concibe.

Sin embargo, la jurisprudencia de la SCJ mantiene el criterio de la exigencia de su pretensión en la demanda para que se incluyan en la sentencia.

Tal es el criterio que surge de la sentencia N° 474/2014 del 12.05.14, publicada en el AJL 2014, c 310.

Nuestra máxima Corporación al respecto expresa: "*En otro orden, se agravia la parte actora por considerar que "... la omisión en el reclamo de los intereses legales no puede entenderse jamás como un acto de renuncia tácita a dicho derecho sin perjuicio de que los mismos deben imponerse preceptivamente" (fs. 1393). Respecto de los intereses, la Sala consideró que ellos "... han de ser solicitados por el actor para que pueda incluirse en la condena" (fs. 1366). En concepto de la totalidad de los miembros de la Corporación que suscriben esta decisión, corresponde desestimar el agravio expresado en este orden.No surge de la demanda de autos (fs. 165/190) que los actores hubieran peticionado que se adicionara a las sumas reclamadas intereses de ninguna clase.*

*En consecuencia, resulta trasladable al subexamine lo expresado por la Corte en Sentencia No. 283/2009:"En cuanto al pago de los intereses, en tanto no se efectuó pretensión concreta a su respecto, en aplicación del principio dispositivo, no se dispondrá su condena".*De todos modos cabe advertir al lector que no puede interpretarse que ese es el criterio de la SCJ en la aplicación de los intereses legales previstos en la Ley N° 18.572.Lo dicho surge, del análisis de la totalidad del fallo, que está publicado en la Base de Jurisprudencia

(12) Así lo dispone la jurisprudencia civil en notoria mayoría.

Nacional del Poder Judicial(13).La situación fáctica deducida si bien se trata de una enfermedad de la víctima contraída por su actividad laboral en la empresa demandada y fundada en el Art. 7° de la Ley N° 16.074 de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la acción se ventilo ante los estrados civiles y no en los laborales, lo que hace presumir que el proceso laboral aplicado es el del CGP y no el de la Ley N° 18.572.

IV. Conclusiones

1.- Una de las tantas innovaciones del novel proceso laboral, es la aplicación preceptiva de los intereses legales a una tasa del 6% desde la fecha de exigibilidad del crédito, aunque el reclamante no lo haya pedido en su demanda.Esa es la voluntad del legislador conforme a la redacción del Art. 15° tercer párrafo de la ley laboral procesal, por lo que en aquellos casos en que la condena se imponga aun ante la omisión del reclamante en solicitarlos, el tribunal no incurrirá en ultrapetita.2.- Interpretar y aplicar la solución del proceso civil, implica un apartamiento de una norma especial, que modificó no solo el momento en el cual los intereses deben comenzar a computarse, sino la obligatoriedad de su condena, aspecto que nos lleva a considerar que en el caso del proceso laboral, los intereses son de orden público, ergo indisponibles e irrenunciables tácita o expresamente por quien plantea una acción ante los estrados judiciales.
3.- No debe dejar de mencionarse aunque que pequemos de Perogrullo que lo dicho es aplicable al proceso laboral ordinario y al de menor cuantía.

(13) www.poderjudicial.gub.uy

Accidente "in itinere" en Uruguay: requerimientos operativos y costos. Un aporte desde la salud pública para el abordaje interdisciplinario

por **Rodolfo Vázquez Pedrouzo**

Doctor en Medicina. Magíster en Epidemiología. Especialista en Accidentología Vial y Laboral. Diploma en Gestión de los Servicios Sanitarios. Diploma en Salud Pública. Profesor Agregado Titular del Departamento de Medicina Preventiva y Social (FM-UR), Director División Central de Servicios Médicos del Banco de Seguros del Estado.

Resumen: El accidente "in itinere" es una modalidad de accidente del trabajo contemplada parcialmente por la Ley N° 16.074. La ampliación incondicionada de su cobertura plantea dificultades administrativas, técnicas y de prueba. Se agrega la pérdida de coherencia que sufriría la normativa uruguaya, ya que se trasladaría la responsabilidad del accidente "in itinere" al empleador, cuando no tiene posibilidades de influir en su prevención ni en acreditar la veracidad de su ocurrencia.
También existirá un incremento sustancial de costos en el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que afectará la eficacia y eficiencia de su gestión.
Desde el año 2006 el Poder Legislativo viene analizando el tema y en la legislatura iniciada en 2015 nuevamente está en estudio un proyecto de ley para la inclusión incondicionada del riesgo.
El análisis epidemiológico permite objetivar que se generaría un incremento entre el 15 y 25% en la siniestralidad laboral anual país, fundamentalmente en base a accidentes de tránsito (más del 60%), determinando un incremento de costos del seguro difícilmente inferior a los 12 millones de dólares anuales.
Palabras claves: Salud ocupacional - Accidente "in itinere" - Accidente en trayecto - Accidentes de trabajo.

Sumario: I. Introducción: concepto y definición. II. Importancia epidemiológica del tema. III. Costos. IV. Requerimientos operativos para su instrumentación. V. El accidente "in itinere" en la realidad social actual.

I. Introducción: concepto y definición

Los accidentes en el trayecto o "in itinere" son la modalidad de siniestros laborales que acontecen en el trayecto de ida o regreso desde el domicilio al lugar de trabajo, siendo determinados por una acción súbita producida por un agente externo. Generalmente, son origen de lesiones o daños corporales en el trabajador.

Para definir el accidente "in itinere" es condición necesaria, aunque no suficiente, que el mismo se produzca al ir o volver del lugar de trabajo. El concepto de accidente "in itinere" requiere como condición imprescindible el nexo causal entre el domicilio y el trabajo(1), (2). En principio no constituiría accidente laboral si el agente agresor no guarda relación con el trabajo, aunque el suceso haya ocurrido en el trayecto de ida o de regreso del mismo. A modo de ejemplo, si el trabajador

(1) Conejo Pérez, A.M, La casuística en el accidente in itinere, El Derecho Editores, Barcelona, 2013, 112 p.

(2) Pérez del Castillo S., Manual Práctico de Normas Laborales, 7ma edic., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1987, XX, 199-205.

sufre una agresión de un tercero, no relacionada con su trabajo, no correspondería la cobertura de la entidad aseguradora. Tampoco estarían contemplados los episodios agudos de patologías crónicas que se presentan en el trayecto al trabajo (un infarto agudo de miocardio por ejemplo). Incluso podría llegar a ponerse en duda la cobertura, pese a cumplirse la condición de producirse el accidente al ir o volver del trabajo, en caso de existir dolo o culpa grave por parte del trabajador.

A diferencia de la modalidad de accidentes laborales que se producen en el lugar de trabajo, en el "in itinere", la relación con el trabajo es indirecta(3). Ello implica que el empleador no es responsable del accidente porque el trabajador no se encuentra sujeto a su subordinación y control. Tampoco puede comprobar los hechos aducidos, correspondiendo al propio trabajador acreditar la conexión existente entre el accidente y el daño sufrido con el trabajo.

Por esta razón, la inclusión del accidente "in itinere" en la normativa nacional no es coherente con la filosofía que enmarca la cobertura de los accidentes del trabajo en Uruguay. La Ley N° 16.074 cubre la responsabilidad civil del empleador ante los siniestros laborales que padecen sus dependientes. La modalidad "in itinere" no genera responsabilidad del empleador.

Por otra parte, la relación indirecta antes reseñada, obliga al propio trabajador a evidenciar el accidente, siendo un factor clave en la dificultad de administración y acreditación de la cobertura por los enormes problemas de prueba que se generan.

En la doctrina y jurisprudencia mundial, se adoptan tres posiciones respecto a la inclusión de este riesgo: la exclusión absoluta, la inclusión incondicionada, su inclusión condicionada a determinadas circunstancias(4).

Uruguay, en el marco de la Ley N° 16.074, en su Artículo 14°, adoptó la tercera posición, contemplando la cobertura cuando:

a) Estuviere cumpliendo una tarea específica ordenada por el patrono.

b) Cuando el patrono hubiere tomado a su cargo el transporte del trabajador.

c) Cuando el acceso al establecimiento de trabajo ofrezca riesgos especiales.

Como puede deducirse, en estas tres circunstancias, está implicada la responsabilidad del empleador, teniendo, en consecuencia, la solución legal planteada armonía con el resto de las disposiciones de la ley en cuestión.

Desde el año 2006, el Poder Legislativo viene discutiendo y analizando la posibilidad de ampliar la cobertura del riesgo, habiéndose elaborado proyectos que contemplaron la incorporación exclusiva del accidente de tránsito en trayecto, hasta los que plantean la inclusión del accidente "in itinere" en forma incondicionada. En la legislatura 2005 -2010, el proyecto obtuvo aprobación parlamentaria en ambas cámaras, habiendo luego sido vetado en el año 2009 por el Poder Ejecutivo, argumentando la difícil administración y el encarecimiento del seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Por las dificultades de administración y operativas, como también en relación a los medios de prueba sobre la ocurrencia del siniestro, la cobertura del riesgo de accidente "in itinere" es de las más discutidas entre los seguros sociales.

(3) Flores Sarrion, M.D., Rivas Recio, J.R, Valoración de los accidentes de trabajo In Itinere, Guías Prácticas para facultativos, Seguridad y Promoción de la Salud, N° 138, Segundo Trimestre 2015, Madrid, 2015.

(4) Ossorio, M, Diccionario de ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1998, P 33.

Las dificultades deben ser analizadas desde un abordaje interdisciplinario del tema, con el propósito de lograr que la protección integral del trabajador frente al riesgo de siniestrarse en el trabajo sea eficaz y eficiente a la vez.

II. Importancia epidemiológica del tema

A nivel internacional, y según cada uno de los países analizados, el accidente "in itinere" representa entre el 13% y el 25% de los accidentes del trabajo.

En España, en 2013, el 13.6% de los accidentes del trabajo fueron "in itinere", con una incidencia comparativa superior en mujeres que en hombres. Las mujeres sufrieron más del 50% de los accidentes "in itinere", pese a ser cerca del 40% de la fuerza de laboral española. Representaron casi el 20% del total de accidentes del trabajo mortales(5), (6). Estas cifras evidencian que los accidentes "in itinere" producen daños humanos comparativamente más graves que los que ocurren, generalmente, en el lugar de trabajo.

En Francia, en 2012, representaron el 15% de los accidentes laborales(7).

Epidemiológicamente, más del 60% de los accidentes "in itinere", son siniestros de tránsito(8). En España, la mayoría de los accidentes en el trayecto son de tránsito, no sólo en el rol de conductor de un automóvil o motocicleta, sino también en el de peatón o pasajero de un ómnibus. Tal es la importancia de los siniestros viales en la accidentalidad laboral de España, que la imprudencia considerada temeraria del trabajador, es causa de la denegación de cobertura.

Se considera configurada imprudencia temeraria cuando, de forma consciente y voluntaria, el trabajador realiza un acto arriesgado e innecesario sin las debidas precauciones (exceso de velocidad, circular bajo los efectos del alcohol, cruzar la calle o una carretera por lugares peligrosos, en lugar de hacerlo por el paso de peatones)(9).

Pese a que nuestro país, en el marco de la Ley N° 16.074, en su Artículo 14°, adoptó una cobertura del accidente "in itinere" condicionada a determinadas circunstancias, la siniestralidad vial laboral igualmente representa en la actualidad el 6% del total de accidentes del trabajo.

No obstante, el hecho de que el siniestro vial sea el determinante del 6% de la siniestralidad laboral en el Uruguay, representa el 26% de los siniestros laborales que requieren cuidados de medicina crítica (CTI), con un promedio de estadía de los pacientes de 13 días, comparado con 8 días para el resto de los accidentados del trabajo que requieren CTI(10). Esta información evidencia la gravedad de las lesiones que determinan los siniestros viales.

Debe agregarse, en el mismo sentido, que el 33% del total de fallecimientos en asistencia como consecuencia de accidentes del trabajo en Uruguay, se debieron a accidentes de tránsito. El accidente de tránsito se ha convertido en la primera causa de muerte labo-

(5) Serna Calvo, M, La Nueva Realidad Social y el Accidente "In Itinere" en la Jurisprudencia, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 2013, IUSLabor 2/2014.

(6) Alonso Olea, M, Accidente de trabajo y accidente de tráfico, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, n° 79. Madrid 2002.

(7) Serna Calvo, M, Op. cit.

(8) Vázquez R., Loza G., Peluso G., Portas P., Sánchez D., Siniestralidad vial en el trabajo. Un problema emergente, Uruguay, 2014, Dpto. de Medicina Preventiva y Social, Facultad de Medicina, UDELAR. Monografía de 6° Año, presentado en el cierre de cursos de Facultad de Medicina y publicado en Poster. Setiembre 2014.

(9) Flores Sarrion, M.D., Rivas Recio, J.R, Op. cit.

(10) Vázquez R., Loza G., Peluso G., Portas P., Sánchez D. Op. cit.

ral en Uruguay y constituye un problema de salud pública(11).

Uno de cada tres individuos siniestrados laboralmente en el tránsito, que requirieron CTI, falleció o padeció al menos una secuela consolidada al alta, pese a la calidad de asistencia y esfuerzo de la medicina clínica(12).

El estudio del que surge la información también evidencia que en el 60% de los siniestros viales en el trabajo, el vehículo participante fue una motocicleta(13).

El análisis epidemiológico, pone de manifiesto en este caso, que la ampliación de cobertura del accidente "in itinere", incrementará la siniestralidad en el trabajo entre un 15 y un 25%. El incremento se producirá además en base a los accidentes de tránsito, que generan las lesiones más graves, con más prolongados períodos de asistencia, y con más incapacidades permanentes resultantes.

III. Costos

Conocer los costos económicos de la inclusión integral del accidente "in itinere" en la normativa del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Uruguay, representa una variable imprescindible para una decisión eficiente.

Resultaría ideal disponer de un estudio económico ajustado. En ausencia del mismo, es válido realizar extrapolaciones a la realidad nacional con la información disponible.

Suponiendo que la ampliación de cobertura del accidente "in itinere" determinara el menor incremento de la siniestralidad laboral que se genera en el mundo, el cual se encontraría en el orden del 15% y teniendo en cuenta la siniestralidad laboral del país en el último año móvil a disposición (agosto 2015 – julio 2016) fue de 33.625 siniestros, se pueden hacer las siguientes proyecciones.

Realizando proyecciones lineales de información, la inclusión del accidente "in itinere" integralmente, produciría un incremento de aproximadamente 5.000 siniestros al año.

La duración media de la baja (lo que se conoce en Uruguay como renta temporaria) es de 24 días por siniestro. Esta cifra se aproxima a la que presentan los países con funcionamiento más eficiente del seguro. Por ejemplo, en Europa, las cifras oscilan entre las de España con 22 días y las de Francia, donde se sitúa en 59 días(14). El Banco de Seguros del Estado (BSE) paga por renta temporaria, en promedio, U$S 800 por siniestro. El incremento en 5.000 siniestros anuales, implicaría un costo anual adicional, solamente por renta temporaria, de U$S 4.000.000.

En el cálculo de los costos hay que incorporar los otros dos grandes rubros del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: la renta vitalicia por incapacidad permanente y los costos asistenciales. Realizando nuevamente extrapolaciones lineales, la ampliación de la cobertura del accidente "in itinere" determinaría un incremento -considerando exclusivamente estos dos rubros- de aproximadamente U$S 8.000.000 anuales más.

En suma: la proyección lineal permite estimar que la inclusión incondicionada del accidente "in itinere" en la Ley N° 16.074, tendría un costo anual superior a los U$S 12.000.000.

(11) Ídem.

(12) Ídem.

(13) Ídem.

(14) Curso ISO 45001. Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud Laboral. Siniestralidad laboral en Francia. Noviembre de 2013. Disponible en: http://www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2013/11/10/siniestralidlagoral.aspx [consulta: 20.09.16].

IV. Requerimientos operativos para su instrumentación

En el accidente "in itinere" corresponde al trabajador acreditar que el accidente se produjo y que existe conexión causal entre el trayecto desde y hacia el domicilio y el trabajo. La forma de acreditar (testigos, parte policial, declaración jurada, entre otros) es el paso limitante en la administración e instrumentación de la cobertura por las dificultades operativas que ello conlleva.

El trabajador deberá acreditar la existencia, simultánea e imprescindible, de los siguientes factores(15).

a) *Factor Teleológico*. Se deberá probar que la finalidad principal y directa del desplazamiento vino impuesta por la obligación de acudir al trabajo o volver de éste. Se requiere una relación causal entre el domicilio y el trabajo y deberá acreditarse.

b) *Factor topográfico*. El accidente debe ocurrir en el trayecto de ida o regreso al trabajo. Se requiere que se trate de un trayecto razonable (habitual y normal) entre domicilio y trabajo y deberá acreditarse.

c) *Factor cronológico*. Debe ocurrir en un plazo razonable de tiempo entre la llegada o salida del trabajo. Se requiere que se utilice el tiempo que normalmente se necesita para realizar el trayecto. Por tanto, se requiere que el recorrido no se altere por motivos de interés particular (pasar por el club, ir a retirar los niños de la escuela, pasar por el médico, hacer compras). De probarse el incumplimiento de este requerimiento, se rompe el nexo causal.

d) *Factor idoneidad del medio de transporte*. El recorrido debe realizarse con un medio de transporte o forma de traslado normal, habitual. Por tanto se requiere que el trabajador utilice un transporte apropiado y que no actúe con imprudencia (patineta, caminar en forma excesiva).

Los factores se interconectan de forma tal, que es prácticamente imposible hacer su valoración individual, requiriéndose habitualmente una acreditación o prueba conjunta de varios de ellos. Puede ser suficiente la ausencia de uno de los factores para no poder acreditar la cobertura de un accidente "in itinere".

V. El accidente "in itinere" en la realidad social actual

Las transformaciones de la sociedad moderna, han influido en la modificación de los hábitos de movilidad de las personas. Ello también influye en cambios en la forma de acudir diariamente al trabajo.

Para dar algunos ejemplos: el explosivo aumento del parque automotor que no incentiva el uso del transporte público, el sostenido incremento en la utilización de birrodados, medios de transporte modernos y rápidos que permiten mayor accesibilidad a lugares de trabajo alejados del domicilio (incluso ciudades alejadas del lugar de residencia), instalación de centros de trabajo en zonas alejadas de las ciudades. Ello determina que sean cada vez más frecuentes los desplazamientos superiores a una hora en los trayectos de ida o vuelta al trabajo.

En consecuencia, la exposición al riesgo de sufrir un accidente "in itinere", se ha incrementado en los últimos años.

No es conveniente mantenerse ajeno a esta nueva realidad, sin contemplarse el objetivo de protección integral del trabajador frente al riesgo de siniestrarse en el trabajo.

Pero debe tenerse en cuenta, que las herramientas a crear para cubrir el riesgo, deben

(15) Flores Sarrion, M.D., Rivas Recio, J.R., Op. Cit.

ser eficaces para eliminar las zonas de duda o conflicto cuando el evento se produce, eliminando al mínimo la incertidumbre entre la cobertura y el rechazo.

Debe contemplarse la necesaria financiación de la ampliación del seguro. No hacerlo puede tornar ineficiente un seguro que ha funcionado de forma tal que, la salud ocupacional no sea un problema en Uruguay, porque está sustentada en un seguro autofinanciado y que brinda prestaciones médicas de eficacia reconocida.

Accidentes de trabajo "in itinere": su regulación actual y consecuencias de una posible extensión de la cobertura en nuestro país

por **Rodrigo Vázquez Pepe**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UR). Aspirante a Profesor Adscripto en DTSS (FD-UR). Integrante del IUDTSS, de la AUDTSS y del Colegio de Abogados del Uruguay

Resumen: Uno de los temas más controvertidos y con regulación dispar, según cada país, en sede de la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, es el relativo a los denominados accidentes "in itinere" o de trayecto. En nuestro país, desde el año 2006 a esta parte, se ha intentado modificar el artículo 14 de la Ley N° 16.074, a los efectos de ampliar el conjunto de supuestos en los que el accidente de trayecto sea considerado accidente de trabajo. Recientemente, se ha presentado un nuevo proyecto de ley, que se encuentra a estudio de la Comisión de Legislación y del Trabajo de la Cámara de Representantes, el cual es objeto de análisis en el presente trabajo, especialmente, tomando en cuenta las tendencias de algunos países de la región, como también la legislación española. Se analizan también las consecuencias económicas, sociales y laborales de la posible extensión de la cobertura de accidentes del trabajo a estas contingencias.
Palabras claves: Accidente de trabajo – Accidente "in itinere" – Accidente de trayecto – Ley N° 16.074 – Argentina – Chile – Colombia – España - Uruguay

Sumario: I. Introducción. II. Definición del accidente "in itinere" y su regulación actual en nuestro país. III. Proyectos de ley modificativos del artículo 14 de la Ley N° 16.074. IV. El accidente de trabajo "in itinere" en otro países. Su tratamiento específico. V. Análisis de las consecuencias de una posible aprobación del proyecto de ley presentado en nuestro país. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

En el presente trabajo se abordará la temática de los denominados accidentes "in itinere", los cuales vuelven a encontrarse en el tapete legislativo de nuestro país, al haberse presentado un nuevo proyecto de ley para darle nueva regulación (o una más extensiva) que la actual.

Puede afirmarse que dentro del campo del accidente de trabajo, específicamente, la temática del accidente "in itinere", tanto en el Uruguay, como en muchos otros países, ha sido un tema de difícil e imprecisa regulación. En efecto, algunos países han optado por excluir tajantemente el accidente "in itinere" del elenco de los accidentes de trabajo, otros han aceptado algunas situaciones puntuales "in itinere", considerándolas un accidente de trabajo y finalmente, otro grupo de países, han aceptado (con varios matices por cierto) que los accidentes de trayecto o "in itinere" sean considerados –en su mayoría- accidentes de trabajo.

En nuestro país, la temática de la reparación de los accidentes de trabajo, viene dada desde la década de 1920, donde se sancionaron las primeras leyes que regularon este insti-

tuto(1). Luego, hasta el año 1989, se encontró en vigencia el sistema regulado –mayoritariamente- por las leyes N° 10.004 del 28 de febrero de 1941 y N° 12.949 del 23 de noviembre de 1961, en las cuales, la temática del accidente "in itinere" no se reguló específicamente, lo que llevó a nuestra doctrina a considerar que los mismos eran accidentes de trabajo(2).

Con la sanción de la Ley N° 16.074 del 10 de octubre de 1989, la temática del accidente "in itinere" pasó a regularse específicamente por el artículo 14 de la ley mencionada, adoptando a nuestro entender, como seguidamente se dirá, una de las vertientes intermedias de regulación del instituto que regula los accidentes de trayecto.

A partir del año 2006, se han presentado en nuestro país al menos dos proyectos de ley, a los efectos de ampliar la cobertura de los "accidentes in itinere" que podrían considerarse accidentes de trabajo. Dichos proyectos, como el actual, han tenido distintas variantes, lo cual refleja no sólo lo opinable de la cuestión, sino también las dificultades que se han presentado en otros países que han adoptado una definición inclusiva de los accidentes de trayecto, dentro del elenco de los accidentes de trabajo.

De modo que, seguidamente, explicaremos la regulación vigente del accidente "in itinere" en nuestro país, luego presentaremos el proyecto modificativo actual, como también las regulación que se le ha dado a la temática en otros países de la región y en España. Asimismo, realizaremos algunas consideraciones tendientes a analizar cuáles serían las consecuencias prácticas de la aprobación del proyecto reflotado en el Parlamento.

II. Definición del accidente "in itinere" y su regulación actual en nuestro país

El accidente "in itinere" ha sido definido doctrinariamente en nuestro país como el que *"…sufre el trabajador en el trayecto de ida al trabajo o de vuelta a su domicilio."*(3). En idéntico sentido, en Argentina, se ha definido como "*…la responsabilidad del empleador por los accidentes que ocurran a sus empleados en el trayecto de ida y vuelta entre su domicilio y el trabajo*"(4) (5).

Por su parte, en España, la jurisprudencia, siguiendo el artículo 115.2.a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, ha dado un concepto un tanto distinto a los expresados anteriormente, definiendo a los accidentes "in itinere" como aquel acontecido en el trayecto de ida o regreso al lugar de trabajo(6). Tal como puede observarse, ni en la legislación española, ni en su jurisprudencia, se hace referencia al elemento "domicilio", lo cual, como se verá, no es un aspecto de menor importancia.

Desde el punto de vista normativo, la regulación actual del accidente de trabajo "in itinere" en el Uruguay, se encuentra dada en el

(1) Leyes N° 7.309 del 26 de noviembre de 1920 y N° 7.709 del 5 de mayo de 1924.

(2) Ermida Uriarte, Óscar, *Las concausas en los accidentes de trabajo*, en Derecho Laboral, Tomo XXII, N° 116 (oct-dic 1979), p. 706. / Mangarelli, Cristina y Rosenbaum, Jorge, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, en La seguridad social en el Uruguay, 1984, p. 252.

(3) Mangarelli, Cristina, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, en La Seguridad Social en el Uruguay, FCU, 1991, p. 351.

(4) Pozzo, Juan D, Derecho del Trabajo, Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1949, p. 560.

(5) Cabe resaltar que la normativa argentina sí hace referencia al "domicilio" del trabajador en el artículo 6° de la Ley N° 24.557 de Riesgos del Trabajo.

(6) Kahale Carrillo, Djamil T., *Algunas consideraciones sobre el accidente de trabajo in itinere*, en Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, N° 8/2007, Universidad de Valladolid, p. 150. Disponible en: http://www.ruct.uva.es/pdf/RUCT8.pdf

artículo 14 de la Ley N° 16.074(7). Tal como puede observarse, la mencionada disposición, parece dar una definición de lo que se considera accidente "in itinere", como *"…el que sufra un obrero o empleado en el trayecto al o del lugar de desempeño de sus tareas…"*. Puede verse que, al igual que la legislación española, no se hace referencia alguna al domicilio del trabajador.

Por lo cual, podría decirse que en nuestro país, el accidente "in itinere" es el que ocurre en el trayecto de ida o de vuelta al lugar de trabajo, sin perjuicio de que el punto de salida o llegada sea el domicilio del trabajador.

Asimismo, cabe señalar que la mencionada disposición, por regla general, excluye de la delimitación(8) de accidente de trabajo dada por el artículo 2° de la ley en cuestión, a los accidentes de trayecto, es decir, los "in itinere" previamente definidos. No obstante, plantea tres excepciones, donde, algunos supuestos de accidentes de trayecto sí se consideran accidentes de trabajo.

La primera de ellas, refiere a **que el trabajador "*estuviere cumpliendo una tarea específica ordenada por el patrono*"**. En este caso, puede resultar discutible que estemos frente a un supuesto de accidente "in itinere", ya que el trabajador, al estar cumpliendo una tarea específica ordenada por el patrono, estaría actuando en el marco del poder de dirección(9). No obstante, lo que entendemos que el legislador quiso prever, siguiendo a la jurisprudencia tradicional francesa(10), es el supuesto donde el trabajador cumple un encargo fuera del horario habitual de trabajo, ya sea de ida o de vuelta a su lugar de residencia o hacia donde se dirija. De lo contrario, no hubiese sido necesaria hacer esta salvedad, ya que la misma encuadraría dentro de la "definición" de accidente de trabajo del artículo 2° de la ley de accidentes de trabajo de nuestro país.

Puede plantearse alguna duda también, en cuanto a qué ocurre una vez cumplido el encargo por parte del trabajador. Por ejemplo: el trabajador termina su horario habitual de trabajo a las 17:00 horas. Recibió un encargo del empleador de dejar un sobre a un cliente de la empresa para la cual trabaja, en el trayecto de vuelta a su casa. A las 17:15 horas cumple con dicho encargo. A partir de ese momento, si el trabajador sufre un accidente de tránsito, ¿se lo debe considerar accidente de trabajo?

Mangarelli entiende que *"…si el siniestro tiene lugar en el viaje de regreso después de terminado el encargo, el accidente es indemnizable. En cambio estaría fuera del amparo legal si se produce en el momento de realizar una tarea de interés personal, luego de haber cumplido con la encomendada por el empleador."*(11).

En este punto, no tenemos el honor de compartir lo expresado por la distinguida Profeso-

(7) El mencionado artículo reza: "*No será considerado accidente del trabajo el que sufra un obrero o empleado en el trayecto al o del lugar de desempeño de sus tareas, salvo que medie alguna de las siguientes circunstancias:*

a) Que estuviere cumpliendo una tarea específica ordenada por el patrono;

b) Que éste hubiere tomado a su cargo el transporte del trabajador;

c) Que el acceso al establecimiento ofrezca riesgos especiales".

(8) Hago referencia a "delimitación" y no a definición, ya que como bien señala Mangarelli, *"… en nuestro derecho positivo no se enuncia una definición del accidente laboral…"*. Simplemente se delimita como aquél que ocurre "*a causa del trabajo o en ocasión del mismo*" (Mangarelli, Cristina, Ob. Cit., p. 344).

(9) Algunos autores sostienen que ninguna de las tres hipótesis del artículo 14 es un accidente "in itinere" –opinión que no tenemos el honor de compartir, según se dirá- (Babace, Héctor y López López, Adriana, *Comentario del proyecto de ley sobre accidentes de trabajo in itinere*, en Derecho Laboral, Tomo LII, N° 234 (abr-jun 2009), p. 342.

(10) De Ferrari, Francisco, Derecho del trabajo, Tomo III, p. 391.

(11) Mangarelli, Cristina, Ob. cit, p. 353.

ra. En primer término, porque resulta difuso determinar, en cada caso, cuándo el trabajador se encontraría frente a un "interés personal". Pero además, también puede entenderse que se estaría frente a dicho interés, cuando el trabajador inicia el regreso a su domicilio o a cualquier otro lugar. Parece razonable sostener que el regreso al domicilio (como a cualquier otro lugar no solicitado por el empleador) por parte del trabajador, no es más que un interés personal del propio trabajador. De modo que, si el trabajador cumplió con el encargo encomendado, ya habría culminado su jornada de trabajo, quedando liberado del poder de dirección, y en consecuencia, libre de tomar las decisiones que entienda pertinentes (ir a su domicilio, visitar a un amigo, ir a un club, etc.)(12).

Distinta sería la situación en el caso de que el encargo se realice antes de la entrada al lugar de trabajo. Supongamos que el trabajador inicia su jornada habitual a las 9:00 horas. El día anterior, el empleador le solicitó que dejara un sobre a un cliente de la empresa a las 8:45 y luego se dirija a la empresa para seguir con su jornada habitual. Si el trabajador en esos 15 minutos, sufre un accidente de tránsito, pacíficamente podría entenderse que sí estaríamos frente a un accidente de trabajo, ya que el siniestro ocurrió una vez iniciada la jornada -aunque no habitual- de trabajo.

El segundo tipo de accidente "in itinere" considerado en nuestro derecho como accidente de trabajo, se da cuando **el empleador** ***"…hubiere tomado a su cargo el transporte del trabajador."***. Este es el típico caso de trabajadores de zonas francas en nuestro país, los cuales, en muchos casos, son llevados y devueltos desde sus domicilios (o un punto fijo de la ciudad en que viven) a sus lugares de trabajo por camionetas, propias o contratadas al efecto, por parte del empleador.

En este caso, independientemente de que el tiempo del trayecto pueda ser considerado o no como jornada de trabajo(13), en principio, no siendo el viaje superior a una hora, la jornada de trabajo no se consideraría iniciada, por lo cual, también en este caso estaríamos frente un supuesto de accidente de trayecto o "in itinere", expresamente considerado por la ley como accidente de trabajo.

El tercer supuesto mencionado por la norma, se da **cuando** ***"…el acceso al establecimiento ofrezca riesgos especiales."***. En este punto, debe reconocerse que la norma es muy escueta en cuanto a la determinación de qué se considera un "riesgo especial". Por lo general, el Banco de Seguros del Estado, sin perjuicio de no limitar los casos a este supuesto, ha entendido que el acceso a lugares de trabajo donde para ingresar a los mismos existan riesgos mayores a los habituales en la industria y en el comercio, se pueden considerar dentro de este supuesto. A modo de ejemplo, se podría pensar en el caso de un trabajador rural, quien para acceder o llegar al establecimiento en el cual labora, deba recorrer algunos kilómetros a caballo, por lugares no señalizados, cruzar charqueras o similares, bajar y subirse del caballo para abrir porteras, cruzar montes, etc.

En ese caso, parece razonable pensar que el riesgo para acceder al lugar de trabajo, es sensiblemente mayor que en el caso de cualquier trabajador de la industria o el comercio

(12) Adviértase que admitir un criterio distinto al que venimos de expresar, nos puede plantear el absurdo de no saber a qué empleador imputarle responsabilidad en algunas situaciones (es decir, contra qué póliza de seguros habrá que reclamar). Supongamos el caso del trabajador con multi-empleo. Cuando el trabajador termina el horario de trabajo con un empleador y se dirige hacia su otro lugar de trabajo, si en el trayecto sufre un accidente de tránsito, ¿a cuál de los dos empleadores debe imputarse responsabilidad?

(13) Téngase en cuenta lo preceptuado por el artículo 1° del Decreto N° 353/014 que modificó el artículo 9° del Decreto de fecha 29 de octubre de 1957.

típico, por lo que la cobertura de este trayecto como un riesgo cubierto por el accidente de trabajo, resulta atinada. De lo contrario, y en cierta medida, el riesgo de la actividad, se estaría descargando en el propio trabajador.

De modo que, el régimen de nuestro país en cuanto a los accidentes "in itinere", es que los mismos, por regla general, no se encuentran cubiertos, salvo las tres excepciones que acabamos de explicar.

Asimismo, y sin perjuicio de lo expresado, cabe recordar también que estas tres excepciones, se encuentran alcanzadas por las demás disposiciones que regulan el régimen de los accidentes de trabajo. Es decir que, cuando el accidente ocurra dentro de alguno de los tres supuestos mencionados, se dará un tratamiento reparatorio idéntico a aquel accidente de trabajo ocurrido dentro de la empresa y en el horario de trabajo. Es decir, los empleadores –y en su caso, el trabajador- se encuentran obligados a realizar la denuncia pertinente, el trabajador (o sus derechohabientes) tendrá derecho a las prestaciones establecidas en la normativa y sólo se podrá excluir de las mismas al trabajador cuando éste haya provocado dolosamente el siniestro(14), cuando agrave sus lesiones, niegue asistirse o prolongue el período de curación intencionalmente (artículo 9 de la ley).

III. Proyectos de ley modificativos del artículo 14 de la Ley N° 16.074

En nuestro país, las iniciativas parlamentarias para ampliar el número de accidentes "in itinere" considerados accidentes de trabajo, no son tan novedosas como parece.

Desde la promulgación de la Ley N° 16.074 el 10 de octubre de 1989, contando el actual, se han presentado al menos tres proyectos de ley, tendientes a darle una nueva regulación a los accidentes "in itinere". En todos los casos, el objeto del proyecto era la modificación del artículo 14 de la ley de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pero, con distintas variantes que se han dado en cada una de las iniciativas parlamentarias.

El proyecto original, el cual data del año 2006, luego de pasar por la Comisión de Legislación y del Trabajo de la Cámara de Representantes y por la posterior aprobación por ambas cámaras del Poder Legislativo, fue vetado por el Poder Ejecutivo(15).

En julio del año 2009, el Poder Ejecutivo, presentó un nuevo proyecto de ley, con algunas modificaciones al del año 2006, pero dicho proyecto, a pesar de haber sido aprobado unánimemente por la Comisión de Legislación y del Trabajo de la Cámara de Representantes, terminó siendo archivado.

Por tercera vez, al comienzo de la Legislatura del año 2015, el Diputado Gonzalo Novales (quien había sido el promotor del proyecto de ley del año 2006), volvió a presentar un proyecto tendiente a ampliar la cobertura de los accidentes "in itinere", modificándose el artículo 14 de la Ley N° 16.074(16).

El mencionado proyecto de ley, consta de un único artículo, el cual reza: "*Sustitúyase el artículo 14 de la Ley No. 16.074, de 10 de octubre de 1989, por los siguientes:*

"ARTÍCULO 14.- Será considerado accidente de trabajo el que sufra un obrero o emplea-

(14) Sería objeto interesante de otro trabajo determinar si el "dolo eventual" del trabajador, podría ser considerado o no causal de exclusión de la cobertura.

(15) Dicho veto no fue posteriormente levantado por la Asamblea General, la cual, fue convocada a dichos efectos para el día 10 de junio del año 2009, no alcanzando el quórum necesario para sesionar.

(16) Vide: http://alianzanacional.com.uy/web/novales-replanteo-proyecto-de-ley-que-modifica-la-ley-de-accidentes-de-trabajo/

do al trasladarse directamente hacia o desde su lugar de trabajo.

Entiéndase por traslado directo a los efectos de esta ley, el traslado por el camino razonablemente más adecuado, ya sea a pie o utilizando los medios de trasporte colectivos o individuales.

Esta cobertura cesará cuando haya concurrido a la producción del siniestro el hecho de la víctima y ésta hubiere obrado con dolo o culpa grave.

La asistencia médica será prestada por la Institución a la que el damnificado tenga derecho por el Sistema Nacional Integrado de Salud.

Artículo 14 Bis. También será considerado accidente de trabajo a los efectos de esta ley, el siniestro ocurrido cuando medie alguna de las siguientes circunstancias:

A) Que el damnificado estuviera cumpliendo una tarea específica ordenada por el patrono fuera del lugar u horario habitual.

B) Que el patrono hubiera tomado a su cargo el transporte del trabajador.

C) Que el acceso al establecimiento ofrezca riesgos especiales.

Asimismo, será considerado accidente de trabajo el que sufre el trabajador durante el horario habitual de su jornada de trabajo, si se encontrare en uso y en actividad propia de licencia gremial.".

Tal como puede advertirse, las características más resaltantes del proyecto son las siguientes:

a) Se deja de lado la regla general de que los accidentes "in itinere" no son considerados accidentes de trabajo, reafirmando también como siniestros laborales, las excepciones mencionadas originalmente en el artículo 14 de la ley actual, explicadas en el apartado anterior (las cuales se vuelven a reproducir en el artículo 14 Bis del proyecto);

b) Se consideran accidentes "in itinere" los que sufran los trabajadores al trasladarse directamente "*hacia o desde su lugar de trabajo*", sin hacerse referencia alguna al domicilio del trabajador (como ocurría en el proyecto del año 2006).

c) También se consideran accidente de trabajo los que sufran los trabajadores durante el horario habitual, "*si se encontrare en uso y en actividad propia de licencia gremial*".

d) Se exige que el traslado hacia o desde el lugar de trabajo, sea "directo", definiéndose este extremo como, "*el traslado por el camino razonablemente más adecuado, ya sea a pie o utilizando los medios de transporte colectivos o individuales*".

e) Por su parte, a los solos efectos de los accidentes "in itinere" regulados por el artículo 14 y 14 Bis en cuestión, se modifican algunos aspectos generales del resto de la ley de accidentes de trabajo. En efecto, se establece que la cobertura del siniestro cesará cuando se haya verificado "*hecho de la víctima y ésta hubiere obrado con dolo o culpa grave*". **Actualmente**, la cobertura de accidentes de trabajo, n**o excluye los siniestros ocurridos por hecho de la víctima, ni siquiera en los casos de culpa grave**, tal como se desprende del **artículo 9**(17).

f) Finalmente, también hay otra diferencia resaltante con el régimen general, que

(17) Sí se excluye en los casos de dolo.

está dada por la cobertura de asistencia médica en estos casos de accidentes de trayecto. El proyecto en cuestión, establece que quien sufre un accidente de trayecto regulado por estos artículos, tendrá derecho a asistencia médica, la cual será prestada por la "*Institución a la que el damnificado tenga derecho por el Sistema Nacional Integrado de Salud*". Con la ley actual, en todos los casos, la asistencia médica será brindada por el Banco de Seguros del Estado, conforme el artículo 8.

IV. El accidente de trabajo "in itinere" en otros países. Su tratamiento específico

La regulaciones relativas a los accidentes "in itinere" existentes en el Derecho comparado, especialmente en lo que tiene que ver con los países de la región y España, pueden resumirse básicamente en tres grandes vertientes.

Algunos países optaron por la exclusión absoluta de los accidentes de trayecto como accidentes de trabajo; otros optaron por un sistema de inclusión cuasi-absoluta, con variantes específicas en cada país, generalmente determinadas por las pautas jurisprudenciales; y otros, en una posición tal vez más intermedia, optaron por la no cobertura de los accidentes "in itinere" como regla, con algunas excepciones expresamente consignadas en la normativa(18).

Estas tres opciones asumidas por las distintas legislaciones, terminan siendo una elección de cada país, tendiente a atribuirle mayor o menor grado de responsabilidad al empleador por la ocurrencia de accidentes de trayecto que sufran sus dependientes(19).

De modo que, como seguidamente se verá, algunas legislaciones han optado por atribuirle ***responsabilidad absoluta*** al empleador por la ocurrencia de los accidentes "in itinere" que puedan sufrir sus dependientes al ir o volver de su lugar de trabajo, en el entendido de que dichos siniestros se producen "a causa del trabajo"(20). Por el contrario, otras legislaciones, entienden que los accidentes "in itinere" ***no son responsabilidad del empleador***, en tanto, el trabajador ya no se encuentra sujeto a subordinación, por lo cual, no sería aplicable al caso la teoría del riesgo de autoridad admitida en los demás casos. Dentro de las ***tesis intermedias***, a mi modo de ver, tendríamos una gama muy importantes de soluciones, dentro de las que se encontrarían la solución actual de nuestra ley (es decir, no cobertura de los accidentes "in itinere", salvo las excepciones planteadas expresamente por la norma) o también la solución dada por el proyecto de ley en cuestión, donde se aceptarían como accidentes de trabajo los accidentes de trayecto que sufra el trabajador, salvo en determinados casos (hecho de la víctima que actúe con dolo o culpa grave).

Podría sostenerse que nuestro país se encontraría dentro de las soluciones intermedias, en las cuales, por regla general, el accidente "in itinere" no se considera accidente de trabajo, salvo las excepciones expresamente establecidas en el artículo 14 de la Ley N° 16.074.

Analizando, algunas legislaciones extranjeras sobre el tema en cuestión, seguidamente

(18) Flores Sarrión, M.D. y Rivas Recio, J.R., *Valoración de los accidentes de trabajo in itinere. Guía práctica para facultativos.*, en Seguridad y Promoción de la Salud, Año 35, N° 138, Segundo trimestre 2015, Fundación Mapfre, Madrid. Disponible en: http://www.mapfre.com/fundacion/html/revistas/seguridad/n138/es/articulo4.html

(19) En este sentido, parecen haberlo expresado Babace, Héctor y López López, Adriana, ob. cit., p. 340-342.

(20) Babace, Héctor y López López, Adriana, ob. cit., p. 340. En este punto, el Dr. Babace, según lo expresa en su trabajo, se afilia a la posición de otorgarle responsabilidad absoluta al empleador en los supuestos de accidentes de trayecto.

veremos las soluciones que se han dado en Argentina, Chile, Colombia y España.

Comenzando por **Argentina**, la **Ley N° 24.557** del 3 de octubre de 1995, definió al accidente de trabajo en su artículo 6°, como *"…todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo". El trabajador podrá declarar por escrito ante el empleador, y éste dentro de las setenta y dos (72) horas ante el asegurador, que el itinere se modifica por razones de estudio, concurrencia a otro empleo o atención de familiar directo enfermo y no conviviente, debiendo presentar el pertinente certificado a requerimiento del empleador dentro de los tres (3) días hábiles de requerido".*

En el tercer inciso del mismo artículo, la normativa del país vecino señala que se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley N° 24.557, en los siguientes casos:

"a*) Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales causados por dolo del trabajador o por fuerza mayor extraña al trabajo:*

b) Las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen preocupacional efectuado según las pautas establecidas por la autoridad de aplicación".

Como puede observarse, la regla general, es la cobertura de los accidentes "in itinere", pero con limitaciones de estricta aplicación. Entre estas limitaciones, se pueden mencionar, que el accidente debe ocurrir entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo. Es decir que, en principio, no rige la regla de que el accidente de trayecto cubierto como accidente de trabajo, sea aquél que se da genéricamente en el trayecto de ida o de vuelta al lugar de trabajo, sino que se hace especial hincapié en que el punto de partida y el de llegada debe ser el domicilio del trabajador.

Además, sin perjuicio de que el domicilio sea el punto de partida y de llegada al lugar de trabajo, se acumula el requisito de que el trayecto no haya sido interrumpido o alterado por causas ajenas al trabajo. De modo que, aún en los casos en que el trabajador haya partido o se dirija a su domicilio, si en el trayecto alteró su viaje para realizar algo ajeno al trabajo, eso interrumpe inmediatamente el nexo causal entre el trabajo y el accidente.

Por su parte, se encuentran expresamente establecidas las excepciones por las cuales, el trabajador puede modificar el punto de partida o llegada "domicilio" particular (que son: razones de estudio, concurrencia a otro empleo o atención de familiar directo enfermo y no conviviente), siempre y cuando se declare por escrito ante el empleador y este último lo haga dentro de las 72 horas al asegurador, que se modificará el trayecto por las razones expuestas. Asimismo, las causas de modificación del trayecto, deberán ser justificadas por el trabajador dentro de los 3 días hábiles de su configuración.

Considero que la solución dada en Argentina, tiende a generar más incertidumbre que certezas, tanto a los empleadores como a los trabajadores. En primer lugar, obsérvese que se establece como punto de referencia el "domicilio del trabajador". No obstante, en toda la Ley N° 24.557, no se establece qué se entiende por domicilio del trabajador a los efectos de esta ley. En segundo lugar, las excepciones por las cuales se puede modificar la regla del "domicilio", son bastante limitadas y con un procedimiento ciertamente engorroso para su correcta aplicación. Parece bastante absurda (y de difícil instrumentación práctica) la exigencia de justificar ante el empleador y este ante la compañía de segu-

ros, 72 horas antes, el hecho de tener que asistir a un familiar directo enfermo.

A todo esto se suma la circunstancia de que, el trabajador accidentado además de contar con la carga de demostrar las circunstancias que venimos de referir, también debe probar que el siniestro, no haya ocurrido "por fuerza mayor extraña al trabajo", elemento éste que tampoco se encuentra delimitado en la normativa, por lo cual, puede resultar de relativamente fácil alegación y prueba por parte de las compañías aseguradoras(21). Adviértase además que, en el régimen actual de nuestro país, aún en supuestos de accidentes de trabajo ocurridos por fuerza mayor extraña al trabajo, igualmente se da cobertura al siniestro.

Todas estas imprecisiones, tienden a generar mayores dudas a los operadores, haciendo que la litigiosidad sobre la cuestión de los accidentes de trayecto en Argentina, sea mayor a la que se da en otros sistemas. Además, debe tenerse presente que, la jurisprudencia de aquél país, por lo general, exige que la prueba de cada uno de los presupuestos para que se otorgue cobertura a los accidentes "in itinere" debe operar *onus probando*, es decir, debe ser concluyente y concreta, *"... que permita tener una visión categórica del accidente y el nexo causal que este tenga con el trabajo"*(22).

En **Chile**, la **Ley N° 16.744** del 1° de febrero de 1968, en su artículo 5°(23), luego de definir los accidentes de trabajo en forma muy similar a la de nuestro país, como aquellos que ocurren "*a causa o con ocasión del trabajo*" dispone: "*Son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar de trabajo, y aquéllos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro. Se considerarán también accidentes del trabajo los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales. Exceptúense los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima. La prueba de las excepciones corresponderá al organismo administrador*".

La normativa chilena resulta ser más garantista que la de Argentina. Como puede verse, el punto de partida o de llegada al lugar de trabajo, debe ser la "habitación" del trabajador y no el domicilio. El concepto de habitación, es más amplio que el de domicilio, ya que no necesariamente implica que el trabajador tenga un vínculo jurídico concreto con el inmueble donde va a morar en forma permanente u ocasional, como ocurre con el domicilio. La diferencia entre la legislación argentina y la chilena, se puede manifestar en el siguiente ejemplo: el trabajador que se queda a dormir en el domicilio de su novia, si yendo al mismo sufre un accidente de tránsito, en Argentina no tendría cobertura como accidente de trabajo, mientras que en Chile sí la tendría.

En coincidencia con la normativa argentina, en Chile, también se exceptúan de cobertura los casos de dolo por parte del trabajador y los ocasionados por fuerza mayor que no tenga relación alguna con el trabajo, pero, la diferencia entre ambos países se da en que, las mencionadas excepciones, en el caso de

(21) Neil Bühler, Walter, *Accidentes "in itinere"*, disponible en http://www.eltribuno.info/accidentes-in-itinere-n631951

(22) Neil Bühler, Walter, Ob. cit. / Blandón Bedoya, Sandra Milena, El accidente in itinere o de trayecto en Colombia, España, Argentina y Chile (derecho comparado), en Diálogos de Derecho y Política, N° 14 (may-ago 2014), año 6, p. 23.

(23) En la redacción dada por la Ley N° 20.101 del 28 de abril de 2006.

Chile deben ser demostradas por la compañía aseguradora (por el "*organismo administrador*" dice la ley), mientras que en Argentina, es el trabajador quien debe demostrar que estas excepciones no se configuraron.

En **Colombia**, la **Ley N° 1.562** del 11 de julio de 2012, define al accidente de trabajo de la siguiente manera: "*Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.*

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión".

Como ocurre en nuestro país, salvo las excepciones expresamente previstas en el artículo transcripto, la normativa colombiana no admite con carácter general la cobertura como accidente de trabajo de los accidentes "in itinere". Los casos donde parece haber cobertura de estas contingencias son aquellos en que el empleador suministre el transporte al trabajador, y cuando, aún fuera del horario y lugar de trabajo, mantiene al trabajador bajo el ejercicio del poder de dirección. A diferencia de nuestro país, no se hace mención al supuesto de que el acceso al lugar de trabajo ofrezca riesgos especiales.

No obstante, en el caso colombiano, sí se consideran accidentes de trabajo, los que puedan sufrir los trabajadores que estén cumpliendo "función sindical", lo cual no encuentra recepción expresa en nuestro país.

En **España**, la cuestión de los accidentes "in itinere" se regula a través del **Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social**, el cual en su artículo 115 establece: "*1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.*

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.

b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos. (…)

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo".

Asimismo, la referida ley, establece las causales de exclusión de la cobertura de accidente de trabajo, en los siguientes casos: "*Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal*

naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente.

En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

a) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

b) La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira.

c) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo".

Como puede verse, la regla general en España, se encuentra dada por la cobertura como accidente de trabajo del accidente "in itinere", utilizando un giro similar al que se encuentra en el proyecto de ley uruguayo comentado en el apartado anterior.

No obstante, cabe señalar que en España, tanto la jurisprudencia como la doctrina(24) han tenido –y tienen- gran influencia en la determinación de los límites del accidente "in itinere", incluso, alcanzando conclusiones bastante más restrictivas que las que el texto legal parece establecer.

En efecto, el **Tribunal Supremo español** ha entendido: *"…para calificar un accidente como laboral "in itinere", la simultanea concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que la finalidad principal y directa del viaje este determinada por el trabajo (elemento teleológico); b) que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico) c) que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto (elemento cronológico); o, lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo; d) que el trayecto se realice con medio normal de transporte (elemento de idoneidad del medio)"*(25).

De modo que, como podrá observarse, la jurisprudencia española ha establecido requisitos mayores a los legales para que el accidente "in itinere" sea considerado accidente de trabajo, haciendo especial hincapié en que el siniestro ocurra en el trayecto habitual entre el domicilio (elemento no mencionado en la normativa) y el lugar de trabajo, o que la finalidad principal del viaje esté determinada por el trabajo.

Asimismo, no debe dejarse de mencionar, la amplia cantidad de excepciones a la cobertura de los accidentes de trabajo referidas (incluidos los accidentes de trayecto), consagradas en la normativa española, dentro de las cuales, encontramos algunas que pueden tener especial incidencia en los accidentes "in itinere". Por ejemplo, la imprudencia temeraria del trabajador accidentado no se cubre como accidente de trabajo (imaginemos el caso de un trabajador que está llegando tarde a su trabajo, por lo cual conduce a exceso de velocidad o sin respetar las reglas de tránsito).

Tampoco se cubre como accidente de trabajo la "*imprudencia profesional*", ni la "*concurrencia de culpabilidad civil o profesional* (…) *de un tercero*", extremos todos estos que,

(24) Cfme. Kahale Carrillo, op. cit. p. 150-155. / Cavas, Faustino, *Accidente de trabajo in itinere y delimitación teleológico-espacial del iter laboris* , en Arazadi Social, N° I, 1998, p. 2469-2474.

(25) Sentencia del Tribunal Supremo del 19/01/2005 disponible en: http://aplicacionesbiblioteca.udea.edu.co:2318/vid/17696657?ix_resultado=19.0&query%5Bq%5D=accidente+in+itinere

actualmente en nuestro país se cubren como accidentes de trabajo.

De modo que, para analizar los cambios que se intentan introducir en el Uruguay, en materia de accidentes "in itinere", no sólo hay que tener en cuenta esta contingencia específicamente, sino, todo el sistema en su conjunto. Sin perjuicio de que en nuestro país, actualmente, no se cubre en forma general los accidentes "in itinere", también cabe reconocer a nuestro sistema actual, que cuenta con menos exclusiones alegables por la compañía aseguradora monopólica, que las posibles defensas que tienen las aseguradoras o mutuas privadas en los demás sistemas antes estudiados. Por lo tanto, es dable sostener que uno de los objetivos –legítimos- de la legislación, es aumentar en la medida de lo posible las coberturas, pero ello, no debe hacerse sin tener en cuenta la viabilidad futura de todo el sistema de cobertura de los accidentes de trabajo.

A los efectos de resumir lo presentado en este apartado, se ofrece el siguiente cuadro comparativo:

	ARGENTINA	**CHILE**	**COLOMBIA**	**ESPAÑA**	**URUGUAY (ACTUALMENTE)**	**URUGUAY (PROYECTO DE LEY)**
Regla general: consideración del accidente "in itinere" como accidente de trabajo	Sí	Sí	No	Sí	No	Sí
Determinación del trayecto	"*entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo*"	"*entre la habitación y el lugar del trabajo*"		"*ir o volver del lugar de trabajo*"		"*trasladarse directamente hacia o desde su lugar de trabajo*"
Posibilidad de alterar el trayecto por causa ajena al trabajo	No	No		Sí, aunque la jurisprudencia no lo admite		No
Exclusiones	Dolo del trabajador o fuerza mayor extraña al trabajo; incapacidades preexistentes al trabajo	Dolo del trabajador o fuerza mayor que no tenga relación alguna con el trabajo		Fuerza mayor extraña al trabajo; dolo o imprudencia temeraria del trabajador; imprudencia profesional; concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, compañero de trabajo o de un tercero		Hecho de la víctima y dolo o culpa grave del trabajador; agravamiento de lesiones, negarse a asistirse o prolongue período de curación (art. 9 ley actual)

Carga de la prueba	Trabajador	Aseguradora		No nace presunción de accidente de trabajo en el accidente "in itinere" por no ocurrir dentro del horario y lugar de trabajo		Aseguradora
¿Se excluye como accidente de trabajo en caso de fuerza mayor?	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Observaciones particulares	Posibilidad de modificar el trayecto desde y hacia el domicilio en los casos expresamente previstos en la ley		Sólo se cubre el accidente "in itinere" cuando el transporte lo "*suministre el empleador*"	Importante incidencia de la jurisprudencia y la doctrina para determinar los elementos configurativos del accidente "in itinere"		

Seguidamente, corresponde analizar las posibles consecuencias de la aprobación del proyecto de ley presentado en nuestro país.

V. Análisis de las consecuencias de una posible aprobación del proyecto de ley presentado en nuestro país

Con lo visto hasta ahora, se intentó presentar un pantallazo sobre nuestra regulación actual del accidente "in itinere", el proyecto de ley presentado en nuestro país para darle una nueva regulación a la temática y también, algunas soluciones que se presentan en el Derecho comparado.

Ahora bien, a los efectos de intentar completar el análisis del proyecto de ley presentado en nuestro país, correspondería tener presente cuáles serían las posibles consecuencias de la aprobación del proyecto en cuestión, especialmente, en el campo estadístico, de los costos, como también de la cobertura de los riesgos.

No resulta difícil advertir que en nuestro país, la problemática de la siniestralidad vial (como ocurre también en otros países) es un flagelo que ataca a gran parte de la población, y el cual además, resulta ser un riesgo al que todos estamos expuestos, ya sea como conductores de vehículos, pasajeros de un medio de transporte colectivo o como peatones. Tampoco resulta ocioso señalar, que la gran mayoría de los accidentes "in itinere" resultan ser accidentes de tránsito(26).

(26) En España, en el año 2015, el 61% de los accidentes "in itinere" lo representaron accidentes de tránsito. Mientras que el 24% estuvieron representados por choques, golpes, caídas y tropiezos contra objetos inmóviles (cfme. Estadística de Accidentes de Trabajo, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España, 2015. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/eat15dicAv/ATR_12_2015_Resumen.pdf).

Estos extremos, se evidencian analizando las estadísticas de los países en los cuales, el accidente "in itinere", se considera –en forma general- accidente de trabajo. A modo de ejemplo, en el año 2015, en España, se produjeron 518.988 accidentes de trabajo con baja(27), de los cuales, 69.765 fueron accidentes "in itiniere". Es decir, que en el año referido, los accidentes de trayecto en España, representaron el 13,44% del total de accidentes de trabajo(28). En los dos primeros meses del año 2016, en el mismo país, la estadística fue en el mismo sentido. De los 83.771 siniestros laborales ocurridos en el bimestre enero-febrero, 11.461 fueron accidentes "in itinere", lo que representa un 13,6% en el total de los accidentes de trabajo(29).

En Francia, en el año 2012, los accidentes "in itinere"(30), representaron un 15% del total de los accidentes de trabajo ocurridos(31). Por su parte, en Argentina, en el año 2014, aun teniendo en cuenta los estrictos requisitos del sistema para configurar accidentes de trabajo "in itinere", el 14,7% de los accidentes de trabajo, fueron accidentes de trayecto. Pero además, cabe señalar que desde el año 2007 hasta el año 2014, los accidentes de trayecto en aquél país, pasaron de representar el 5,5% al 14,7% del total de los accidentes de trabajo(32). Es decir que, la prevalencia de los accidentes "in itinere" en el total de los accidentes de trabajo en Argentina prácticamente se triplicó en 7 años.

Con lo que se viene de decir, apriorísticamente, puede alcanzarse una primera reflexión: la adopción de los accidentes "in itinere" como accidentes de trabajo en el Uruguay, si tomáramos lo que las estadísticas en otros países nos muestran, probablemente representen un aumento de la siniestralidad laboral que ronde un 15%. Pero este dato, que de por sí ya resulta alarmante, no termina de plantear conclusiones definitivas a la cuestión.

Para comprender los costos sociales y económicos que comprendería la eventual aprobación del accidente "in itinere" como accidente de trabajo, es necesario no sólo tener en cuenta la incidencia de los accidentes de trayecto en el total de la siniestralidad laboral, sino que es fundamental tener comprender otro dato mucho más importante: **la gravedad de las consecuencias** (lesiones graves, grandes incapacitados, muerte) **que deja el accidente "in itinere"** (representada en muchos casos por los altísimos costos de atención médica, los largos períodos de cobertura de rentas temporarias y las altas tasas de pagos de rentas permanentes o vitalicias por las secuelas que este tipo de siniestros dejan), que en general es mayor a lo que ocurre en los demás accidentes de trabajo.

En efecto, de los 500 accidentes de trabajo mortales ocurridos en España en el año 2015,

(27) El término "con baja" refiere a que el trabajador, como consecuencia del accidente, tuvo que dejar de asistir a su trabajo para recuperarse de sus lesiones o enfermedad. El término "sin baja" es cuando el trabajador, aun obteniendo las prestaciones del seguro, no es necesario que deje de trabajar. Este último caso, es algo similar a lo que en el Uruguay se llama el "alta franquicia".

(28) Estadística de Accidentes de Trabajo, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España, 2015. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/eat15dicAv/ATR_12_2015_Resumen.pdf

(29) Estadística de Accidentes de Trabajo, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España, enero-febrero 2016. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/eat16febAv/ATR_02_2016_Resumen.pdf

(30) Cubiertos como accidentes de trabajo por la normativa, aunque con una cotización en la prima claramente diferenciada a los demás siniestros laborales. Vide: Rodríguez Martín-Retortillo, Rosa María, El accidente de trabajo in itinere en el Derecho francés. Un estudio contrastante con el Derecho español, Netbiblo S.L., La Coruña, España, 2011, p. 23-33.

(31) Serna Calvo, Mar, La nueva realidad social y el accidente "in itinere" en la jurisprudencia. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013, en IUSLabor 2/2014.

(32) Cfme. http://www.srt.gob.ar/estadisticas/anuario/2014.pdf, p. 34.

108 de ellos fueron accidentes "in itinere". Mientras que en el período enero-febrero de 2016, de los 82 accidentes mortales ocurridos, 24 fueron "in itinere"(33). De estos datos surge pues que, entre el 21% al 26% de los accidentes de trabajo mortales ocurridos en España entre enero de 2015 a febrero de 2016 inclusive, fueron accidentes "in itinere". En Argentina, los datos son aún peores. Del total de fallecidos en el año 2014 por accidentes de trabajo, el 37,5% murieron como consecuencia de accidentes "in itinere"(34).

Tal como podrá observarse entonces, a los efectos de analizar la conveniencia –o no- de la regulación más extensiva de los accidentes "in itinere" en nuestro país, es necesario tener en cuenta, no sólo el aumento de siniestros laborales que representaría la nueva regulación, sino, y especialmente, es fundamental considerar el agraviamiento de los riesgos que se estarían cubriendo, lo cual, indudablemente se trasladaría a costos laborales mucho más altos que los actuales, que en nuestro sistema, serían únicamente cubiertos por los empleadores. Adviértase que en nuestro sistema actual, la cobertura del seguro es financiada únicamente por los empleadores.

Alcanzamos esta conclusión, en tanto, como se podrá comprender, el flagelo del accidente "in itinere", a diferencia de los demás riesgos por siniestros laborales, es común a todo trabajador. Es decir: todo trabajador, por el mero hecho de trasladarse hacia o desde su lugar de trabajo, se encuentra ante un riesgo de índole social (no laboral) que es el de circular por las calles, teniendo como cualquier persona (trabajador o no) riesgo de sufrir un accidente de tránsito, un tropiezo, un golpe con un objeto inerte, etc.

Esto, en materia de primas o costos del seguro de accidentes de trabajo en nuestro país, indudablemente impactará en todos los sectores de actividad. Pero, **principalmente impactará en aquellos sectores que menores riesgos laborales tienen en su actividad**.

Y ¿por qué decimos esto? La respuesta es simple: el obrero de la construcción o el trabajador de la industria forestal, que por la propia naturaleza peligrosa de su tarea, cuentan con primas de seguros más altas que un trabajador administrativo de una empresa de servicios, al momento de ir o salir de su jornada habitual de trabajo, pasará a tener **exactamente el mismo riesgo que el trabajador administrativo**. Ergo, añadir un nuevo riesgo a cubrir en el seguro de accidentes de trabajo (y enfermedades profesionales), implicará el aumento de las primas del seguro para todas las actividades, pero principalmente, para aquellas menos riesgosas desde el punto de vista estrictamente laboral.

Con lo opinable que la temática es, sinceramente, no nos parece razonable que un riesgo de tipo claramente social, deba ser cubierto por una cobertura de tipo laboral, menos aun cuando el propio empleador, no tiene incidencia alguna o posibilidad de controlar la conducta de su dependiente.

Por otro lado, cabe consignar que actualmente en nuestro país, si el trabajador sufre un accidente de tránsito, un tropiezo, un golpe, u otra contingencia que le produzca una lesión al ir o volver del lugar de trabajo puede tener cobertura por dos institutos: el **seguro de enfermedad común**, o también, en el caso de siniestros donde intervino un vehículo, **el Seguro Obligatorio de Automotores** (S.O.A.), regulado por la Ley N° 18.412 del 17 de noviembre de 2008.

De modo que, actualmente, en nuestro país, el trabajador que sufre un accidente extra laboral, al ir hacia o desde su lugar de

(33) Estadística de Accidentes de Trabajo, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España, 2015, ob. Cit.

(34) http://www.srt.gob.ar/estadisticas/anuario/2014.pdf, p. 71.

trabajo, sin perjuicio de que no cuenta con la cobertura de accidentes de trabajo (salvo las excepciones establecidas en el artículo 14 de la Ley N° 16.074), sí cuenta con otras coberturas sociales, más acordes al riesgo que se está cubriendo.

Adviértase además que, en aquellos países donde el accidente "in itinere" se considera accidente de trabajo, ya se han manifestado importantes críticas al funcionamiento del sistema, presentándose posturas doctrinales que apuntan a ***deslaboralizar*** **el accidente de trabajo "in itinere"**(35), en tanto, "*El accidente de trabajo "in itinere" no guarda relación con las condiciones de trabajo, ni el empresario puede establecer medidas preventivas frente a él* (…). *El razonamiento para que se realice esta propuesta deviene por el propio concepto preventivo que se quiere dar al accidente de trabajo, puesto que no se puede prevenir desde el punto de vista laboral*"(36).

Esta tesis, no niega que deba darse cobertura a estas contingencias. De hecho, sostiene que deben darse prestaciones médicas y económicas similares a las que otorgan las compañías de seguros o mutuas para los demás accidentes de trabajo, pero, en este caso, deben ser cubiertas por un seguro de índole social (y no laboral), como ocurre actualmente en el Uruguay con el seguro de enfermedad común y/o el Seguro Obligatorio de Automotores.

VI. Consideraciones finales

A modo de conclusión, se pueden realizar las siguientes apreciaciones:

1. La regulación de los accidentes de trabajo "in itinere" o también denominados "de trayecto", a nivel comparado, resulta ser dispar y en algunos casos imprecisa.
2. En nuestro país, el accidente "in itinere" se ha determinado por la Ley N° 16.074, en su artículo 14, como el que sufre un obrero o empleado en el trayecto al o del lugar de desempeño de sus tareas. No obstante, por regla general, estas contingencias no son consideradas accidentes de trabajo en nuestro país, salvo en los casos expresamente establecidos en el referido artículo.
3. Como consecuencia de esta limitación en la cobertura, desde el año 2006 hasta la fecha de este trabajo, se han presentado tres proyecto de ley distintos, los cuales, con diferentes variantes, han intentado extender en forma general la protección del accidente de trabajo a la gran mayoría de los accidente de trayecto que pueda sufrir el trabajador. Las características más resaltantes del último proyecto presentado, son analizadas en este trabajo, como también las diferencias más importantes que se plantean con el régimen general actual de la Ley N° 16.074.
4. Analizando la experiencia comparada, nos permite evidenciar que para modificar la cobertura de los accidentes "in itinere", es fundamental que, previamente, se analicen todas las derivaciones que puedan surgir de la inclusión de los accidentes de trayecto en el elenco de los accidente de trabajo, en tanto las mismas, seguramente generen importantes cambios en el régimen general.
5. De aprobarse tal y como se presentó el proyecto de ley actual en nuestro país, es esperable que los costos del seguro suban en forma exponencial y de manera pareja para todas las actividades in-

(35) Cfme. En España: Sempere, Antonio, Una reflexión crítica sobre el accidente *in itinere*, Aranzadi Social, Tomo V, 1999, p. 69-78; Kahale Carrillo, Djamil Tony, op. cit. p. 155-156. En Chile: Gómez García, Juan José, El accidente in itinere y su necesaria deslaboralización, Universidad de Chile, 2015.

(36) Kahale Carrillo, Djamil Tony, op. cit. p. 155.

dustriales, comerciales y de servicios, ya que el riesgo que se estaría cubriendo, no es de índole estrictamente laboral, sino social.

6. En este trabajo, no se plantea la posibilidad de desamparar de cobertura alguna a la persona que sufra un accidente "in itinere". Por el contrario, se plantea que la cobertura que se reciba, sea la más acorde al riesgo que generó la contingencia, debiendo soportarse dicho riesgo por quien tuvo mayor responsabilidad en su generación. A nuestro entender, en la ocurrencia de los accidentes de trayecto, parece existir una incidencia mayor de la sociedad que la que pueda tener el propio empleador, salvo en ciertas circunstancias, especialmente mencionadas por el régimen vigente.

CLAVES DEL DERECHO DEL TRABAJO

La Sección tiene por objeto presentar, de manera condensada, la esencia de diversas nociones fundamentales de la disciplina.

Crowdworking o trabajo de la multitud

por **Gustavo Gauthier**

Magíster en DTSS. Profesor Adjunto (Grado 3) de DTSS (FD – UR)

Los cambios tecnológicos están configurando una nueva modalidad de prestación del trabajo humano, que comienza a conocerse como **el trabajo de la multitud o "*crowdworking*".**

Ciertamente no existe una única y homogénea multitud de trabajadores, sino varios grupos o multitudes que están dispuestos a realizar tareas o trabajos directamente para los consumidores o clientes o bien para grandes corporaciones de internet.

Los miles o millones de choferes a lo largo y ancho del mundo que están dispuestos a ofrecer sus vehículos para transportar pasajeros por intermedio de las diversas plataformas existentes en esta materia (UBER, Lift, Cabify, Easy Taxi, Didi, etc,), es uno de los ejemplos más claros; pero también los miles o millones de personas que en todo momento asumen tareas en línea que una computadora no puede realizar, porque requieren de cierto grado de inteligencia humana.(1)

En lugar de contratar ayuda, las empresas solo publican sus necesidades a la Web y es aquí donde obtienen los trabajos aquellos que están dispuestos a hacerlos por el precio más bajo.

Según Gray, este trabajo a destajo en línea, o "crowdwork," representa un cambio radical en la forma en que se define el propio empleo, pues las personas que realizan este trabajo no son empleados tradicionales, aunque tampoco son trabajadores independientes; son "usuarios" o "clientes" de las plataformas basadas en la Web que entregan tareas preprecio como tantos kits de bricolaje listo para el montaje. Las transacciones no están reguladas por las relaciones obrero-patronales, sino por los "acuerdos de usuario" y "términos de servicio" que se asemejan a las licencias de software más que a cualquier contrato de trabajo.

En este contexto, Gray sentencia: *"Olvídense de la subida de los robots y la amenaza distante de la automatización. El problema inmediato es la uberización del trabajo humano, la fragmentación de puestos de trabajo en tareas externalizadas y el desmantelamiento de los salarios en los micropagos".* (2)

Casi un siglo después que Frederick Taylor presentara su tesis sobre la gestión científi-

(1) Estas tareas se conocen como HIT´S ("Human Intelligence Tasks" o "Tareas de Inteligencia Humana") y sirven tanto para llenar espacios en blanco, como para entrenar al algoritmo del computador para hacer un mejor trabajo en el futuro. Los ordenadores son muy buenos para ciertos tipos de tareas, tales como la identificación de errores de ortografía, el procesamiento de datos en bruto y el cálculo de cifras financieras; sin embargo, son menos capaces de realizar otros, como la detección de un sesgo positivo o negativo en un artículo, reconocer la ironía, leer con precisión el texto en una fotografía de un edificio, determinar si algo es NSFW (no seguro para el trabajo en inglés) o discernir entre los resultados de búsquedas ambiguas. Aquí es donde la "multitud" entra en juego y donde las empresas, desde las más pequeñas de nueva creación a las empresas más grandes, transforman absolutamente todo en tareas externalizables, desde la programación de reuniones y sitios web, a la búsqueda de oportunidades de ventas y la gestión de los archivos de recursos humanos empleados a tiempo completo.

(2) GRAY, M., Ob. cit., http://www.inthecrowd.org/2016/01/11/la-times-op-ed-your-job-is-about-to-get-taskified/

ca del trabajo, las grandes corporaciones de internet dieron con un enfoque similar de la productividad del trabajador. Sin embargo, mientras que Taylor ponía énfasis en el tiempo de las tareas en la línea de montaje, reduciendo todo el trabajo hábil en pequeñas micro-tareas, ahora se crean líneas de montaje virtual, donde se puede haber creado el mercado laboral más desregulado que haya existido nunca.

Así, los empleadores (llamados "Solicitantes") pueden ser seres humanos, o un programa de computador que ejecute un "script" que externaliza de forma automática todas las tareas que no puede realizar, a la multitud de internautas dispuestos a realizarlas. Los Solicitantes requieren las microtareas –Hit´s- y ofrecen contratos no negociables con una cláusula de tómalo o déjalo por cada HIT. Los trabajadores (oficialmente llamados como "Proveedores") realizan sólo pequeñas microtareas una y otra vez, como recopilación de datos, la transcripción, búsquedas, etiquetado, revisión de contenido, categorización y otras tareas similares y rara vez obtienen una visión de la totalidad.

Para intentar explicar este fenómeno, puede resultar interesante recurrir al concepto desarrollado por Karl Marx, en su obra El Capital, que se refiere a la existencia estructural, en las sociedades cuyo modo de producción es el capitalista, de una parte de la población que resulta excedentaria como fuerza de trabajo respecto a las necesidades de la acumulación del capital, un *ejército industrial de reserva* —un ejército de desempleados permanente— que sería necesario para el buen funcionamiento del sistema de producción capitalista y la necesaria acumulación de capital.(3)

Actualmente existe el *ejército industrial de reserva* compuesto por trabajadores típicamente desempleados, pero también por trabajadores "desempleados" en términos de que no se encuentran bajo una relación de empleo clásico, pero que están dispuestos a trabajar y de hecho lo hacen, crecientemente, bajo formas independientes. A diferencia del *ejército de reserva* de Marx, el actual *ejército de reserva* posee niveles de cualificación superiores y se encuentra pertrechado con ordenadores, teléfonos inteligentes y una conexión a internet, debido a la difusión y penetración de las tecnologías de la información y comunicación y gracias a las cuales trabajan. El paralelismo también resulta válido respecto a que el excedente de trabajo no utilizado total o parcialmente en la red, que sirve de reserva de trabajo potencialmente utilizable, actúa como poderoso regulador del salario o ingreso que perciben estos trabajadores y sobre los que da cuenta la forma de fijar el precio del trabajo en subastas virtuales a la baja.

(3) Marx, K., El capital: crítica de la economía política, Libro I, Tomo III. Siglo XXI editores. pp. 91 y siguientes.

PARECERES

La Sección tiene por objeto presentar breves comentarios de expertos (nacionales o extranjeros) que son invitados a opinar sobre algún tema de particular interés o actualidad (sentencia, norma, proyecto, iniciativa o situación específica), cuyo análisis se puede enriquecer a partir de abordajes realizados desde perspectivas diversas.

Tema propuesto: Protección de la actividad sindical

La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú(1)

PARECER DE **Guillermo Boza Pró*** y **Luis Mendoza Legoas**** (Perú)

*Profesor principal de Derecho del Trabajo y Jefe del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Director de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP
**Abogado laboralista. Miembro de la Junta Directiva 2015-2017 de la Sociedad Peruana de DTSS. Asociado senior del área laboral del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría

Resumen: La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de Perú (en adelante: LRCT), aprobada originalmente por el Decreto Ley 25593 del año 1992, comparte la impronta de la legislación Latinoamericana sobre el fenómeno sindical: tan intervencionista como restrictiva. De hecho, sensibles incumplimientos a aspectos fundamentales para la acción organizada de los trabajadores llevaron a que sus preceptos fueran, en la práctica, ineficaces. Esto se debió fundamentalmente a la ausencia de sanciones jurídicas efectivas que hicieran las veces de desincentivos contra comportamientos empresariales contrarios a la libertad sindical. En este artículo pasaremos revista del impacto regulatorio que ha tenido la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobada por la Ley 28806 (en adelante: LGIT) y —sobre todo— de su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 019-2006-TR (en adelante: RLGIT). Gracias a esta normativa es que recién, desde el año 2006, se han establecido sanciones administrativas contra actos que atenten contra este importante derecho fundamental y sus diversas manifestaciones (individuales y colectivas). Finalmente, señalaremos una perspectiva contemporánea de actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, que se plasma en acciones de actuación orientativa y pedagógica, señalando sus puntos problemáticos y las oportunidades que de ello pueden desprenderse para la promoción de la Libertad Sindical.

Palabras Claves: Libertad Sindical; Inspección laboral; regulación; actos antisindicales; sanciones; multas; desincentivos; paradigma orientador.

Sumario: I. Libertad sindical e inspección laboral: antecedentes normativos en Perú. II. Funcionalidad de la LGIT y su Reglamento en la protección preventiva del derecho de libertad sindical. 1. Protección de los derechos de constitución y afiliación. 2. La extensión de los ámbitos subjetivo y material de la protección contra actos de discriminación antisindical. 3. Las sanciones contra los actos que atenten contra las facilidades sindicales. 4. La solicitud de información económica y financiera. 5. La oposición al pliego de reclamos. 6. La sanción de la práctica del esquirolaje. 7. Sanciones contra la intermediación laboral fraudulenta con incidencia en la libertad sindical.- III. Inspección laboral y derechos colectivos: ¿una agenda renovada para el fortalecimiento de los sindicatos en el país?

I. Libertad sindical e inspección laboral: antecedentes normativos en Perú

La importancia del derecho de libertad sindical como pivote de todo sistema de relaciones laborales que se precie de democrático, moderno y mínimamente desarrollado, es incuestionable. En el Perú, este derecho tiene un antiguo y extenso reconocimiento normativo. Basta señalar su raigambre constitucional desde hace treinta años, así como que forma parte de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos ratifi-

(1) El presente artículo es una versión actualizada del que fuera publicado con anterioridad (con el mismo título) en otros espacios académicos.

cados por nuestro país, en particular, los convenios 87, 98 y 151 de la OIT.

Sin embargo, este panorama normativo quedó desdibujado por su desarrollo en el ámbito infraconstitucional. Entre los problemas que ha acusado nuestra legislación laboral a lo largo del tiempo en este tema se observan fenómenos sucesivos: una intervención autoritaria sobre las relaciones colectivas de trabajo (practicada por el Estado en las décadas de los 70 y los 80), hasta el período de radical flexibilización de la legislación laboral de la década de 1990 (con desregulación o, incluso, regulación a la baja en el ámbito de los derechos individuales del trabajador) que estuvo acompañada del establecimiento de una normativa restrictiva en el plano de los derechos colectivos laborales. Esto conformó una ecuación perfecta para el desmantelamiento del derecho laboral en nuestro país.

La LRCT —que data del año 1992— es la norma que otorga el marco para el desenvolvimiento de las relaciones colectivas de trabajo, y si bien ha sufrido algunas modificaciones positivas a fines del 2002, con la vuelta a la normalidad democrática, ha mostrado desde el inicio de su vigencia diversos problemas: reglamentarismo de la negociación colectiva, limitación a una serie de supuestos restrictivos de sindicación (hoy superados por un hecho social trasversal en las empresas peruanas, como es la descentralización productivas). Junto con ellos, otro problema estructural ha sido el de la generalizada ausencia de sanciones frente a los incumplimientos, por parte de los empleadores, de las obligaciones derivadas de los derechos colectivos reconocidos a los trabajadores o a sus representantes.

Así, la LRCT cumplió con el cometido básico de declarar ciertos derechos, pero "descuidó" un aspecto elemental: el garantizarlos. Se enunciaron muchos derechos a favor de los trabajadores (o de sus representantes) sin establecerse las consecuencias jurídicas mediante las cuales se sancione o desincentive el incumplimiento de tales normas.

Existía entonces una abierta insuficiencia de mecanismos de protección contra actos antisindicales de diversa índole (preventivos, reparadores, procesales, etc.), incumpliéndose de esta manera con el doble mandato del Convenio No. 98 de la OIT en esta materia: de un lado, con la exigencia de una adecuada protección para los trabajadores, frente a actos de discriminación motivados en el ejercicio sindical, así como para los propios sindicatos, frente a actos de injerencia estatal o patronal; y, de otro, respecto de la obligación del Estado de crear "organismos" dirigidos a garantizar el respeto de los derechos de sindicación.

Como ha manifestado reiteradamente el Comité de Libertad Sindical de la OIT, de poco sirve la existencia de normas sustantivas que proscriban las prácticas antisindicales, si estas no van acompañadas de procedimientos eficaces para hacerlas cumplir en la práctica. Se requiere, por tanto, de "mecanismos o procedimientos eficaces, rápidos y confiables para el control, la prevención y la reparación"(2) de los actos de discriminación sindical, medidas que, en definitiva, garanticen el pleno ejercicio de la actividad sindical.

Sin desmerecer al hecho de que en Perú se haya operado una muy saludada reforma procesal (Ley 29497, "Nueva Ley Procesal del Trabajo"), que entre otras cosas ha mejorado las vías de acceso a la justicia y la oportunidad de que los trabajadores obtengan una tutela efectiva, lo cierto es que muy a pesar de estas mejoras, la inspección sigue siendo un mecanismo preventivo que tiene denota-

(2) Ermida, Oscar y Villavicencio, Alfredo: *Sindicatos en libertad sindical*, ADEC-ATC, Lima, 1991, pp. 66-67.

das ventajas relacionadas con su mayor celeridad e inmediación.(3)

Ahora bien, la inspección laboral es un mecanismo preventivo por excelencia, que "constituye uno de los ejes centrales en una política pública de cumplimiento laboral y de tutela a través de la vigilancia y del asesoramiento técnico a los empleadores y trabajadores [...], convirtiéndose así en un canal de atención de los reclamos y en un verdadero mecanismo de prevención y solución de los conflictos laborales".(4) En este orden de ideas, la inspección laboral puede actuar como un mecanismo de protección eficiente que permita al Estado garantizar la libertad sindical, mediante la prevención, la disuasión(5) y las sanciones que puedan establecerse.

Desde nuestro punto de vista, la dación de la LGIT, y particularmente la de su Reglamento, han representado un avance en la protección del derecho de libertad sindical, cuya construcción ha sentado sus bases en la evolución de la jurisprudencia constitucional. El RLGIT ha introducido en el ordenamiento jurídico peruano una serie de mecanismos preventivos y sancionadores contra los actos del empleador que atenten contra las manifestaciones fundamentales del derecho de libertad sindical reconocidas en la LRCT y desarrolladas por el TC, tutelando también a la libertad sindical individual de actividad o participación, con lo que se amplía el espectro de manifestaciones del derecho de libertad sindical sobre las que el ordenamiento dispensa alguna clase de protección.

A continuación desarrollamos los mecanismos preventivos de protección del derecho de libertad sindical señalados en el RLGIT. En materia sancionadora, baste señalar que la normativa sobre inspección ha establecido la cuantía de las sanciones a partir de la gravedad de la infracción cometida: muy grave, grave y leve. No obstante, cabe precisar que no siempre se impondrá una sanción pecuniaria, dado que en los casos menos lesivos resulta posible que el inspector se limite a realizar una advertencia o recomendación.

II. Funcionalidad de la LGIT y su Reglamento en la protección preventiva del derecho de libertad sindical

Nos interesa aquí señalar la medida en que la LGIT y su Reglamento han venido a complementar el sistema de protección otorgado por el ordenamiento al derecho de libertad sindical en sus diversas manifestaciones. Y es que una crítica fundamental que se hizo al marco legal establecido por la LRCT (y que nunca llegó a ser subsanado del todo, pese a las diversas modificaciones legislativas realizadas a determinadas disposiciones), tiene que ver con la insuficiencia de mecanismos procesales y sustantivos que garanticen el ejercicio pleno del derecho en cuestión frente a posibles represalias empresariales.(6)

(3) Recuérdese que para el maestro uruguayo Óscar Ermida los "mecanismos preventivos" tienen especial valoración si procuran evitar que un acto antisindical llegue a producir los efectos perniciosos sobre el derecho de la organización o de sus trabajadores. En ese sentido, consúltese: Ermida Uriarte, Óscar: *La protección contra actos antisindicales.* En: *Revista Derecho Laboral,* t. XL, No. 146, abril-junio 1997, p. 326 y ss.

(4) García Granara, Fernando: *Alcances y límites de la inspección del trabajo. Los criterios para el ejercicio de las facultades de la inspección del trabajo en el Perú.* En: 3er. Congreso Nacional de la Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SPDTSS, Chiclayo, 2008, p. 294.

(5) Actualmente se sostiene que la disuasión es uno de los principios estratégicos de la inspección laboral, ya que la amenaza de ser inspeccionada –con las consecuencias que ello supone- induce a la empresa a realizar cambios respecto de sus prácticas internas, así como en su actitud frente a la ley. Al respecto, véase Weil, David: *Un planeamiento estratégico de la inspección del trabajo*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 127, No. 4, 2008, p. 395.

(6) Cfr. Boza Pró, Guillermo y Canessa Montejo, Miguel: *Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el*

La LGIT tiene entre sus múltiples fines velar por el cumplimiento de las normas que consagran derechos laborales,(7) lo que en materia colectiva representa un significativo avance respecto de la LRCT de cara a tornar efectiva la protección de la libertad sindical. Se está refiriendo la LGIT, en concreto, a la obligación que tiene el empleador de respetar los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, anclados en el artículo 28 de la Constitución, y en los Convenios No. 87 y No. 98 de la OIT. Por esta razón, el RLGIT considera como falta muy grave la transgresión, en términos generales, del derecho de libertad sindical, pero tipifica también como infracciones específicas a un conjunto de conductas antisindicales comunes, tanto en materia de negociación colectiva como de huelga.

A partir de la entrada en vigencia de la LCT y de su Reglamento, el procedimiento administrativo sancionador a iniciarse ante la verificación de un incumplimiento pueden leerse como la adopción de una política laboral dirigida a fortalecer la libertad sindical en supuestos hasta entonces descuidados por la LRCT.

1. Protección de los derechos de constitución y afiliación

Es en materia de libertad sindical, y específicamente en la fase de la constitución de un sindicato o de la afiliación de los trabajadores al mismo, donde se produce gran parte de las afectaciones a este derecho. Con esto, malos empleadores buscan erradicar de plano y desde el inicio, cualquier intento de los trabajadores de organizarse para la defensa de sus intereses: el empleador despide a los principales dirigentes sindicales o motiva la desafiliación de los trabajadores al sindicato, intentando que no conserve el número mínimo legalmente exigido para subsistir.

Por esta razón el Tribunal Constitucional peruano ha resaltado la necesidad de proteger la dimensión colectiva o plural de la libertad sindical y las de los dirigentes, ya que sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades (Exp. 3311-2005-PA/TC).

En concreto, el artículo 25.10 del RLGIT (que en puridad es una cláusula general que habilita a la Inspección Laboral a intervenir ante las violaciones de cualquiera de las tres manifestaciones de la libertad sindical) califica de infracción muy grave en materia de relaciones laborales a los actos del empleador "que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización". Cabe destacar el acierto de esta norma cuando especifica qué entiende por "libertad sindical", al comprender no sólo al derecho de constituir sindicatos o a afiliarse a sindicatos ya existentes; sino que alcanza también a los actos que en general obstaculizan la representación sindical, lo que a la luz de la jurisprudencia constitucional,(8) implica la protección frente a las violaciones a los derechos de las organizaciones sindicales de: a) elegir libremente a sus representantes (autonomía o libertad de

intervencionismo estatal. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. OIT, Lima, 2000, p. 201.

(7) El artículo 3.1.a de la LGIT establece entre las funciones y facultades de la inspección del trabajo la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas que se refieren a "la ordenación del trabajo y las relaciones sindicales".

(8) A la fecha de la dación del RLGIT, el TC ya había señalado que la libertad sindical también tiene una dimensión plural, "que se manifiesta en la autonomía sindical y la personalidad jurídica" (Exp. N° 008-2005-PI/TC, fundamento 26), remitiéndose al artículo 3.1 del Convenio 87 de la OIT. Asimismo, el TC ha establecido que la libertad sindical, en su dimensión plural (léase colectiva), no sólo garantiza "que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten", sino también "las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos" (Exp. 3311-2005-PA/TC, fundamento 8).

representación); y b) organizar su administración y sus actividades, así como formular su programa de acción (autonomía o libertad de gestión).

2. La extensión de los ámbitos subjetivo y material de la protección contra actos de discriminación antisindical

La especial consideración de la actividad sindical y su trascendencia para el sistema de relaciones laborales requieren que las legislaciones nacionales establezcan un conjunto de medidas que la garanticen y faciliten su libre ejercicio de la actividad sindical, lejos de cualquier acto u omisión estatal y empresarial, para una adecuada defensa de los intereses de los trabajadores.(9)

En primer lugar, nos ocuparemos del *ámbito subjetivo* de la protección contra actos de discriminación antisindical, que es la dirigida a proteger a todos los trabajadores que ejercen la actividad sindical. Este nivel de protección se corresponde con el establecido en el Convenio 98 de la OIT, cuyo primer artículo consagra un concepto amplio de protección que alcanza a todos los trabajadores sin distinción, por el solo hecho de ejercer la actividad sindical. Sin embargo, la LRCT y su Reglamento establecen que el fuero sindical ampara únicamente a determinados trabajadores (artículo 30°).

Felizmente, y en consonancia con pronunciamientos del TC, la RLGIT concibe a una tutela administrativa de mayor amplitud. El artículo 25.12 de dicho cuerpo normativo sanciona la discriminación de los trabajadores por su actividad sindical (sea cual sea su régimen de contratación), calificando a estos actos como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales. Este mecanismo preventivo y sancionador complementa al de reparación (nos referimos a la tutela jurisdiccional efectiva frente al despido nulo del dirigente sindical).

Como norma administrativa, su aplicación puede representar un desincentivo a los actos de discriminación antisindical. Inclusive, el artículo 25.12 del RLGIT podría llegar a ser un factor positivo relevante que facilite el incremento de la población sindicalizada a nivel nacional, aunque todavía es preciso que se corrijan otras condicionantes normativas que dificultan la actividad sindical a nivel nacional.(10)

En segundo lugar, cabe reflexionar acerca del *ámbito subjetivo* de la protección contra actos de discriminación antisindical que (sin perjuicio de todo lo antes señalado) no puede desconocerse que los representantes de los trabajadores merecen una protección especial respecto al resto de trabajadores sindicalizados,(11) dado que la actividad sindical realizada por estas personas las hace particularmente susceptibles de sufrir represalias empresariales.

En ese sentido, el artículo 25.11 del RLGIT establece que las trasgresiones a las garantías reconocidas contra los amparados por el fuero sindical en la LRCT constituyen infracciones muy graves en materia de relaciones

(9) En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado en reiteradas oportunidades que "la existencia en la legislación de normas de fondo que prohíban los actos de discriminación antisindical no resulta suficiente si las mismas no van acompañadas por procedimientos eficaces para hacerlas cumplir en la práctica". OIT: *Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.* 5ta edición revisada. Oit, Ginebra, 2006, p. 174.

(10) Al respecto, la doctrina nacional ha señalado insistentemente los condicionantes normativos que impiden la plena vigencia de la libertad sindical en el Perú. Ver por todos: Boza Pró y Canessa Montejo: *op.cit.* pp. 232 y 233.

(11) *Ibíd.* p. 202.

laborales.(12) Esto supone un *plus* de protección de los representantes de los trabajadores que, sin embargo, puede resultar insuficiente en la práctica. Lamentablemente para muchos empresarios es preferible asumir el costo de la sanción administrativa antes que tolerar la existencia de un sindicato. Esto es mucho más dramático cuando las represalias se concentran en aquellas personas que ejercen cierto liderazgo dentro de la organización de trabajadores, y en ciertos momentos esenciales donde su presencia resulta trascendente en la acción del sindicato.

Por eso una normativa que cumpla con otorgar el referido *plus* de tutela y, por ende, sea consistente en la prevención de los actos antisindicales dirigidos contra los representantes de los trabajadores, tendría que otorgar mayores garantías a estos trabajadores. Esto podría concretarse en la imposición al empresario de la obligación de acreditar ante la autoridad administrativa del trabajo la causalidad de las decisiones que adopten respecto a los representantes de los trabajadores, tales como la movilidad geográfica, la licencia en cierta época particularmente sospechosa o incluso el despido.(13)

En tercer lugar, en lo que refiere al *ámbito material* de la protección contra la discriminación antisindical, la LRCT se circunscribe al despido y a los traslados inmotivados como posibles actos antisindicales, y si bien se trata de dos actos contrarios a la libertad sindical de la mayor trascendencia, no son los únicos y no siempre los de mayor frecuencia (piénsese, por ejemplo, en las listas negras, las suspensiones y otras medidas disciplinarias, la desigual distribución de la carga de trabajo, la demora en el pago de las remuneraciones, el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el retardo en ascensos o promociones, la negativa a negociar colectivamente, el no otorgamiento de facilidades sindicales, y un largo etcétera).

En este aspecto el artículo 25.10 del RLGIT (que habíamos identificado antes como "cláusula general" de protección de la libertad sindical) considera como infracción "muy grave" a que se obstaculice a la representación sindical. Es a partir de este mandato genérico que la pragmática de la inspección laboral podrá incorporar nuevos contenidos al ámbito objetivo de la protección frente al acto antisindical.

3. Las sanciones contra los actos que atenten contra las facilidades sindicales

Las facilidades sindicales son un conjunto de medidas o prerrogativas que se reconocen a las organizaciones sindicales y sus representantes, a fin de posibilitar o favorecer el ejercicio de los derechos de libertad sindical: permisos a los dirigentes sindicales para que puedan realizar actividades vinculadas a su función representativa; descuento de cuotas sindicales por planilla; otorgamiento de locales sindicales y de espacios para la colocación de tablones de anuncios; libre circulación de los representantes de los trabajadores por las instalaciones de la empresa; etc. Algunas de estas medidas de facilitación de la actividad sindical —las más básicas— han sido recogi-

(12) Que en este caso son: los trabajadores de sindicatos en formación, los candidatos a dirigentes sindicales y los miembros de comisiones negociadoras Aunque el artículo 25.11 del RLGIT omite a los miembros de la junta directiva de los sindicatos, la violación de sus garantías estaría ya protegida por el artículo 25.10 del mismo cuerpo normativo, cuando sanciona los actos que "obstaculicen a la representación sindical".

(13) Así, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha propuesto que "además de los mecanismos de protección preventiva contra actos de discriminación antisindical (como por ejemplo, la obtención de una autorización previa de la inspección del trabajo antes de proceder al despido de un dirigente sindical), otra forma de garantizar una protección eficaz podría consistir en obligar a los empleadores a aportar la prueba de que su decisión de despedir a un trabajador no está vinculada a las actividades sindicales del mismo". OIT: *op. cit.* p. 174.

das expresamente en la LRCT,(14) remitiendo el resto a su eventual regulación por convenio colectivo.

El artículo 28° de la LRCT impone al empleador la obligación de practicar, a petición del sindicato, las deducciones en las remuneraciones de los trabajadores afiliados que autoricen esta operación a fin de cancelar sus *cuotas sindicales*. La norma contiene toda una tipología de estas cuotas sindicales (legales; ordinarias; extraordinarias; y contribuciones destinadas a la constitución y fomento de cooperativas de trabajadores sindicalizados), teniendo todas ellas en común el hecho de que su entrega al sindicato por parte del empleador es obligatoria. Vale la pena precisar que el incumplimiento del empleador de alguna de estas deducciones puede provenir no sólo respecto de las obligaciones expresamente establecidas en la LRCT y su Reglamento, sino también de los convenios colectivos que resulten aplicables.

Como es común en múltiples disposiciones de la LRCT, la obligación que en este caso se impone al empleador viene desprovista de una consecuencia jurídica en caso de incumplimiento. ¿Qué ocurriría, por ejemplo, si el empleador decide postergar la entrega de las cuotas sindicales? La situación es grave pues ni siquiera la LRCT o su reglamento se habían ocupado de asignar un plazo para que se efectúe todo este procedimiento. Por ello la regulación del artículo 24.10 del RLGIT, que califica como infracción grave al incumplimiento del empleador de sus obligaciones derivadas del mandato del artículo 28° LRCT, cierra el círculo lógico de esta norma, estableciendo una sanción que apuntala la efectividad del precepto.

No cabe duda de que se trata de un tema cuya importancia podría calificarse como "secundaria" en la práctica de la inspección laboral. En efecto, aunque el sistema de la LGIT ha sido diseñado con la finalidad de dar vigilancia y exigencia al cumplimiento de las normas legales en general, lo cierto es que la inspección del trabajo debe arreglárselas para enfrentarse a una realidad donde el nivel de incumplimiento de la normativa laboral es alto, y por ende la respuesta natural del propio sistema de inspección laboral es enfocar su atención en las violaciones más urgentes de derechos humanos laborales.(15)

De otro lado, el artículo 32º de la LRCT señala que será el convenio colectivo el encargado de establecer las medidas tendentes a facilitar reuniones, comunicaciones, licencias y permisos de naturaleza sindical. A falta de convenio, prosigue la norma citada, el empleador sólo está obligado a conceder permiso a determinados dirigentes para que puedan asistir a actos de concurrencia obligatoria (negociación del pliego de reclamos, diligencias administrativas y judiciales, etc.). Los permisos que se realicen dentro de la jornada de trabajo son retribuidos (se entienden trabajados para todo efecto legal) y no excederán de treinta días por año calendario, por dirigente. No hay más.

El RLGIT califica como infracción grave a la inobservancia de las obligaciones derivadas de las facilidades sindicales señaladas anteriormente, tanto las recogidas en sede legal como aquellas que pudieran estar previstas

(14) Al respecto, Boza Pró y Canessa Montejo (*op. cit.* p. 202) refieren que la entrada en vigor de la LRCT supuso la derogación de normas estatales que otorgaban facilidades sindicales, tales como las reuniones, comunicaciones, desplazamiento de los dirigentes sindicales dentro de la empresa, descuentos de cuotas sindicales por planillas, etc.

(15) De acuerdo con Weil (*op. cit.* p. 395) esta idea corresponde a uno de los principios estratégicos de la inspección laboral: la fijación de prioridades, mediante el cual la Administración del Trabajo "ordena" de peor a mejor los sectores y lugares de trabajo para, a partir de dicho orden, dirigir su atención prioritaria mediante la inspección.

a nivel convencional. En otras palabras, en el caso de los permisos a los dirigentes sindicales, el incumplimiento empresarial se produce sea que las obligaciones tengan como fuente una norma heterónoma (en específico, la LRCT y/o su Reglamento), o bien cuando provengan de un convenio colectivo. En el caso de las facilidades sobre reuniones y comunicaciones sindicales, la infracción se produce respecto de las obligaciones que se encuentren reconocidas por convenio colectivo (ya que la normativa estatal expresamente no regula este tema) y en los términos que éste lo haga.

4. La solicitud de información económica y financiera

Ya dentro de la dimensión de la negociación colectiva, un derecho de singular relevancia en el funcionamiento del esquema de negociación colectiva, es el reconocido a los representantes de los trabajadores de solicitar al empleador información económica y financiera relativa a la empresa. No debe perderse de vista que, idealmente, una negociación colectiva es un intento de los sujetos colectivos de elaborar una regulación de carácter económico en el ámbito correspondiente.

Tal y como en el caso de las facilidades sindicales, la regulación de la LRCT no ha tipificado una sanción específica al empleador ante el incumplimiento de suministrar información en forma oportuna y completa. Todo esto generó, en algún momento, por un lado, la falta de interés de los representantes de los trabajadores en solicitar información; y de otro, la entrega incompleta o fuera de plazo por parte del empleador de la información que le es solicitada o, sencillamente, la negativa de éste de suministrarla a los representantes de los trabajadores. Esto permite establecer que, en gran parte de las negociaciones colectivas peruanas, los pliegos de reclamos son elaborados por la representación laboral sin contar con información adecuada e indispensable, afectándose así la dinámica de las tratativas entre las partes.

Esto último se ha corregido con la dación del RLGIT, cuyo artículo 24.9 establece que es infracción grave la negativa del empleador de suministrar información a los representantes de los trabajadores para negociar colectivamente. Debemos señalar que no estamos de acuerdo con la graduación asignada en la sanción de este incumplimiento, que creemos debería merecer la calificación de "muy grave", que permite establecer las mayores sanciones previstas en el RLGIT. No encontramos argumentos para sostener que el incumplimiento de la obligación de entregar información para la negociación colectiva, no sea contemplado como una infracción muy grave, pues afecta esencialmente al propio derecho a la negociación colectiva.

Por otro lado, consideramos que de la lectura del artículo 24.11 del RLGIT se desprende que el empleador incurrirá en esta infracción no solo cuando se niegue a suministrar información (usando, por ejemplo, indebidamente su derecho de veto), sino también cuando no la entregue en la oportunidad que corresponda o, de hacerlo, lo haga en forma incompleta. Esta interpretación no es intrascendente, dado que la regulación que mantiene la LRCT sobre el derecho a la información para la negociación presenta diversos problemas que permanecen hasta hoy irresolutos. Entre ellos destacan la falta de definición del tipo de documentación que debe de ser proporcionada a la sola solicitud por parte de los representantes de los trabajadores, o a la amplitud con la que ha concebido el derecho de veto otorgado al empleador (es decir, la facultad que se le otorga para negarse a suministrar la información cuya divulgación pudiera considerar perjudicial para los intereses de la empresa), todo lo cual nos lleva pensar que la modificación de la LRCT

en los aspectos anotados es una asignatura pendiente.

5. La oposición al pliego de reclamos

Como es sabido el derecho de negociación conlleva la obligación de negociar para la parte empresarial, obligación que, además, tiene que ejecutarse de buena fe. Esto no supone, sin embargo, la imposición de una obligación de convenir, por lo que el empleador podría no llegar a un arreglo determinado con la contraparte laboral. Pero lo que sí se le exige al empleador, y también a la representación de los trabajadores, es que hagan los esfuerzos necesarios y razonables que estén a su alcance para arribar a un acuerdo. Una consecuencia lógica de la obligación de negociar es la obligatoriedad de la recepción del pliego de reclamos presentado por la parte laboral (artículo 54° de la LRCT). Sin este trámite no será posible dar inicio a la negociación directa entre las partes.

Sin embargo, dentro del procedimiento de negociación colectiva diseñado por la LRCT, resulta válida la oposición del empleador de recibir el pliego de reclamos cuando medie una causa legal o convencional objetivamente demostrable (piénsese, por ejemplo, en casos en los que un sindicato que no se encuentre legitimado pretenda negociar, o que un sindicato presente un pliego antes de la fecha en la que corresponda hacerlo). Ahora bien, esta oposición del empleador a negociar debe hacerse dentro del plazo de los diez días calendario que tiene el empleador para la instalación de la negociación directa (artículo 57° de la LRCT), ya que en caso contrario, es decir, si la oposición al pliego se produce con posterioridad a dicho plazo, esto pondría en evidencia la intención de dilación de la negociación y un comportamiento antisindical del empresario.

En el estado previo a la entrada en vigencia del RLGIT las oposiciones efectuadas por el empleador eran tramitadas ante el MTPE, careciendo la autoridad de algún procedimiento idóneo que permita resolver la controversia en un plazo apropiado. Esta regulación –o desregulación- propició un espacio de impunidad para aquellos empleadores que injustificadamente rechazaban iniciar la negociación con los sindicatos. Hoy la situación ha cambiado pues una oposición al pliego de reclamos fuera del plazo podría ser calificada como una infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 25.8 del RLGIT. Esta norma ha venido así a darle contenido coercitivo a las normas declarativas de la LRCT y su Reglamento, referidas a la obligación de la recepción del pliego de reclamos.

6. La sanción de la práctica del esquirolaje

El esquirolaje es una modalidad de acto antisindical por el cual una empresa decide hacerse de los servicios temporales de trabajadores que le son externos para que sustituyan a los suyos mientras éstos se encuentren en huelga. Resulta evidente que esta práctica empresarial es contraria al derecho de huelga, y que su finalidad es restarle eficacia a la medida de fuerza. Por esa razón se encuentra expresamente prohibida en nuestro ordenamiento. Así, el artículo 70º del Reglamento de la LRCT establece que cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma "el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga".

El reconocimiento de la huelga como derecho y su consecuente garantía suponen, más bien, la negación de validez del "esquirolaje": es incompatible con la Constitución esta práctica, que vaciaría de contenido al derecho constitucional de huelga. Por tanto, la contratación de esquiroles como acto antisindical justifica la intervención de la Autoridad de Trabajo a fin de que establezca las

medidas correctoras correspondientes. En ese sentido, el artículo 25.9 del RLGIT, establece como infracción muy grave en materia de relaciones laborales la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, entre ellos "la sustitución de trabajadores en huelga".

Ahora bien, el propio precepto anteriormente citado recuerda que la paralización no alcanza al personal que se requiera para los servicios de seguridad y mantenimiento de la empresa, así como al personal que debe garantizar la continuidad de los servicios mínimos en caso de huelgas que afecten servicios esenciales para la comunidad. Por tanto, ante el incumplimiento de esta disposición por parte de los trabajadores llamados a continuar prestando servicios, consideramos que el empleador quedaría habilitado para contratar personal de reemplazo, pero exclusivamente de los trabajadores infractores.

Cabe precisar, no obstante, que, atendiendo a su finalidad, debe darse a los denominados servicios de seguridad y mantenimiento un carácter necesariamente restrictivo. Es decir, deben responder, estrictamente, a garantizar la seguridad de las personas y las cosas, el mantenimiento de las instalaciones y maquinarias de la empresa, así como permitir la reanudación inmediata de las actividades una vez finalizada la huelga, pero no podrían ser utilizados como una forma de neutralizar la medida de fuerza por parte del empleador. Una lógica similar debería guardar el establecimiento de los servicios mínimos en aquellas empresas o entidades que brinden servicios esenciales para la comunidad.

7. Sanciones contra la intermediación laboral fraudulenta con incidencia en la libertad sindical

Un tema en el que el RLGIT también ha incidido es la utilización de la intermediación laboral fraudulenta con la finalidad de afectar la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores (artículo 25.10). En Perú, la subcontratación de mano de obra (o intermediación) supone que una empresa, llamada "empresa de servicios", proporciona *trabajadores* a otra empresa en la que desarrollan directamente su actividad laboral. Esta última, a la que se denomina "empresa usuaria", tiene la potestad de dirigir y controlar las labores del personal destacado, pero el poder disciplinario lo mantiene la empresa de servicios. Esta configuración organizativa ha llevado a sostener que dichos trabajadores tienen, en estricto, dos empleadores, uno formal (la empresa de servicios) y otro real (la empresa usuaria), no existiendo —por mandato de la ley— relación laboral entre el empleador real y los trabajadores destacados.

Las normas especiales que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (Ley 27626), establece una sanción clara y razonable para los supuestos de infracción a las normas de intermediación laboral. De incumplirse los requisitos de esta operación entre empresas, en aplicación del principio de primacía de la realidad, dice la norma, se entiende que desde el inicio de la prestación de los servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato con la empresa usuaria.(16)

La Ley 27626 consagra mecanismos de naturaleza preventiva (la fianza) y reparado-

(16) El artículo 14° del Reglamento establece taxativamente cuáles son los casos de infracción a los supuestos de intermediación laboral: (i) "el exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales"; (ii) "la intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia"; (iii) "la intermediación para labores distintas de las reguladas (...)", y (iv) "la reiterancia (*sic*.) del incumplimiento regulado en el primer párrafo del artículo 13° del presente Reglamento" (contratar con una empresa de servicios que no está inscrita para operar como tal y/o no solicitar la constancia de inscripción vigente de dicha empresa).

ra (la responsabilidad solidaria), cuya finalidad es garantizar adecuadamente los derechos laborales de los trabajadores destacados. En forma complementaria, la inspección laboral concurre como un mecanismo de prevención contra la aplicación fraudulenta de la intermediación.

III. Inspección laboral y derechos colectivos: ¿una agenda renovada para el fortalecimiento de los sindicatos en el país?

Hasta aquí hemos desarrollado una de las principales funciones tradicionales de la Administración del Trabajo plasmada en la inspección del cumplimiento de las normas que regulan las relaciones laborales del país. Sin embargo, en años recientes la inspección laboral ha tenido una evolución que ha supuesto un cambio de enfoque, dirigido hacia la prevención frente al incumplimiento de dichas normas y educación acerca de cómo deben cumplirse las obligaciones a las que está obligado el empleador.

Es desde mediados de la década de 1990 que se sostiene esta función de la inspección laboral, calificada como "pedagógica" ante los actores sociales, y que se presenta como complementaria de la fiscalizadora. Esta corriente ha llevado a una situación actual en la que "en la mayoría de países en los que el mandato de los servicios de inspección abarca las relaciones laborales, la inspección [...] tiene atribuidas, entre otras, la labor de familiarizar a los empleadores y a los trabajadores con la legislación laboral y de evitar los conflictos"(17).

En realidad, lo que existe detrás de esta concepción "educativa" de la fiscalización podría ser entendido como un sutil "retroceso" de la Administración del Trabajo, donde la inspección laboral pasa por un ejercicio selectivo de sus competencias y funciones, reforzando su dimensión técnica de actuación.(18) Todo esto, sin duda, guarda sintonía con la necesidad proclamada por diversos Ministerios de Trabajo de incentivar un determinado comportamiento de los empleadores, fomentando lo que se ha venido a denominar una "cultura de cumplimiento", y ya no tanto por el miedo a las sanciones administrativas.

La LGIT incluye a esta función de la inspección laboral, que la propia norma denomina como "de orientación y asistencia técnica". En general, sobre esta labor se ha anotado con acierto que "con independencia de cómo se lleve a cabo, el principal objetivo de esta función inspectora es el poner a disposición de empresarios y trabajadores un servicio gratuito de información y asesoramiento, mediante el cual poder instruirles sobre sus respectivos derechos y obligaciones".(19) Creemos, sin embargo, esta concepción educativa o pedagógica no debería amparar una cultura de la impunidad, donde lo que prevalece es el incumplimiento por el incumplimiento mismo, y no por falta de información o conocimiento de las obligaciones laborales, de seguridad y salud en el trabajo, de seguridad social, entre otras, que, en definitiva, los empleadores deber observar.

En el caso de los derechos colectivos, esta función se concreta con la información que es puesta al alcance de trabajadores y sus representantes (para prevenirlos del alcance de la libertad sindical de organización y/o de actividad, según sea el caso) y de los empleado-

(17) Von Richthofen, Wolfgang, *La inspección del trabajo. Guía de la profesión,* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 146.

(18) Palomeque López, Manuel: *El nuevo espacio funcional de la Inspección del Trabajo: reflexiones* críticas. En: Derecho y razón crítica. Varona, Salamanca, 2004. p. 381.

(19) Blasco Pellicer, Ángel y García Rubio, Ma. Amparo: *Curso de Derecho Administrativo Laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 61.

res (previniéndolos de cometer infracciones administrativas relacionadas con la libertad sindical). Así, un sindicato puede dirigirse directamente al servicio de inspección laboral con el objeto de solicitar su intervención para que aclare algún punto controvertido en la aplicación de un derecho laboral. El problema es que no existen estadísticas que distingan en cuántos casos los sindicatos han hecho uso de esta función orientadora durante los años de vigencia que la norma tiene, aunque puede pensarse que esta función podría ser mucho más viable en el futuro (con sindicatos fortalecidos) de lo que es hoy.

Es posible que la asistencia técnica pueda percibirse como un modo de intervención "blanda" de de la Administración del Trabajo en el ámbito de las relaciones laborales –y de hecho lo es-, pero no por ello se pierde la función fiscalizadora que forma parte de su esencia y que, lógicamente, dependiendo de lo que se pueda constatar en cada oportunidad, podría activar el sistema sancionatorio. En ese sentido, la importancia de la función de "asistencia técnica" en la protección de los derechos colectivos resulta más amplia que la obvia función pedagógica, pudiendo convertirse en una útil herramienta de disuasión para que el empleador no incurra en comportamientos antisindicales.

En el panorama actual el debilitamiento de los sindicatos sumado a un contexto complejo de organización de las empresas implica un gran reto para la inspección del trabajo, desde que las organizaciones de trabajadores fungen de aliados de los inspectores.(20) De cualquier modo, la evolución virtuosa de las relaciones colectivas de trabajo hacia un fortalecimiento del sistema democrático con actores sociales dialogantes trae tras de sí a la reducción programada de la intervención de la Administración del Trabajo en las relaciones laborales, explorándose nuevos espacios funcionales de actuación. Así lo entiende de Palomeque López(21) para quien la definición del Estado social y Democrático de Derecho guarda en sí mismo el fundamento de este replanteamiento de la función de la inspección laboral.

El cambio de enfoque señalado implica mayores niveles de desarrollo de la libertad sindical, en un contexto donde los sindicatos se vean fortalecidos y "la autotutela colectiva de la clase trabajadora desplazará así, en la defensa de sus particulares intereses, a la intervención tuitiva estatal"(22). De esta manera la inspección laboral y la actividad de las organizaciones de trabajadores pueden aportar esfuerzos complementarios y coordinados en la defensa de la libertad sindical con vista a un reforzamiento del sistema de relaciones colectivas de trabajo.(23)

Como quiera que en el sistema de relaciones colectivas de trabajo en Perú se encuentre inmerso en un lento proceso de afianzamiento no parece oportuno plantear la sustitución total ni parcial de la función de control. Más bien la sinergia de las diversas funciones de la inspección laboral podrían obtener resultados más aceptables de cara a una vigencia amplia del derecho de libertad sindical.

(20) Weil: *op. cit.* p. 389.

(21) *Op. cit.* p. 373.

(22) Palomeque López: *op. cit.* p. 381.

(23) En la misma línea opina Ermida Uriarte (*op. cit.* p. 326), quien sostiene que el mecanismo disuasivo más eficaz para prevenir que se consume un acto de agresión al activista sindical es la existencia de un movimiento sindical poderoso y representativo, aunque ello no descarte ni haga inútil la instauración de mecanismos especiales que produzcan el mismo resultado. Un ejemplo del nivel avanzado a que puede llegar esta coordinación lo aportan países como Finlandia, donde la principal función de la inspección laboral es la de fiscalizar la situación de los trabajadores que no están cubiertos por los convenios colectivos o quienes no están amparados por sindicatos (Von Richthofen: *op. cit.,* pp.147-148).

Tema propuesto: Protección de la actividad sindical

La protección de la actividad sindical en la República Argentina. Contextualización normativa y jurisprudencial

PARECER DE **JUAN PABLO MUGNOLO** (ARGENTINA)

Docente e investigador. Doctor en Derecho (Universidad de Granada, España). Profesor Adjunto Regular de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de Cátedra del Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés. Docente de Posgrado en la Maestría en Derecho del Trabajo de la UBA, en la Especialización en Derecho del Trabajo de la UCA y docente en la Maestría en Gestión Pública y Desarrollo Gubernamental de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA.

I. La protección de la actividad sindical en la Constitución Nacional argentina

La Constitución Nacional Argentina tras la reforma del año 1957 incorpora el artículo 14 bis. que contempla un amplio tratamiento relativo a los derechos de los trabajadores, muy especialmente en lo que a derechos colectivos del trabajo respecta.

En materia de libertad sindical, el mentado artículo 14 bis estableció expresamente como garantía de los trabajadores el derecho a una *organización sindical libre y democrática*. Dicha norma que reconoce formalmente la agrupación de los trabajadores con fines de interés propio, impone como principio para su organización la libertad sindical, entendida esta como "conjunto de poderes individuales y colectivos que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración y gobierno y actividad sindical de las asociaciones profesionales de trabajadores"(1).

El constituyente de 1957 complementó el principio de libertad sindical garantizando el principio de *democrática sindical*. La mayoría de las interpretaciones doctrinarias sobre dicho principio suelen ser algo restrictivas,

(1) Cfr. JUSTO LÓPEZ, "Aspectos de la libertad sindical", LT, XX-B,673. En el mismo sentido, en el ámbito nacional también implica garantizar el derecho del trabajador individualmente considerado a afiliarse, no afiliarse o desafiliarse Vid. DEVEALI, Mario, *Derecho sindical y la previsión social,* Buenos Aires, 1957, pp. 68 y ss.; GALLART FOLCH, "Sindicato y libertad sindical", DT, 1952, pp. 205-206; BIELSA, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo IV, (La Ley), p. 142. La libertad sindical implica garantizar el ejercicio de los derechos colectivos a los trabajadores, protegiéndolos de toda acción estatal que implique su anulación o subsumisión al campo del derecho públicoCfr. TARELLO, Giovanni, Teoría e Ideologías en el Derecho Sindical, (Comares), colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Dir. José Luis Monereo Pérez, Granada, 2002, pp. 33 y ss.; Cfr. JUSTO LÓPEZ, "Libertad sindical" (versión actualizada en el año 2010 por el Dr. Julio César Simón), en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo,* (Tomo I), Dirección: Julio Simón, (La Ley), Buenos Aires 2012, pp.169-171.

acotándolo al campo "interno" de las asociaciones gremiales en tanto continente de los derechos a participar en un sindicato con la garantía de pluralidad en la conformación de sus órganos internos, a sufragar, a postularse como representante de los trabajadores. Tales derechos, que en general aparecen desarrollados por la normativa infracontitucional en su parte relativa a la regulación de los estatutos sindicales, en el caso particular de la experiencia argentina, es aprovechada por el legislador para, partiendo del principio constitucional de democracia sindical, imponer un intervencionismo desmedido sobre la organización gremial que en muchos casos linda la vulneración del otrora principio de libertad sindical(2).

No obstante lo señalado, cabe destacar que la reforma consitucional de 1957 intentó un camino que implicó desandar el modelo sindical que desde 1943 comenzó a diseñarse en la República Argentina. Dicha línea de política jurídica garantista en materia de libertad sindical – sobre todo respecto de su antecesora Constitución Nacional de 1949 (aprobada por la mayoría peronista de la Asamblea Constituyente) - explica la expresa mención a la libertad sindical y a la democracia sindical en tanto ello - suponían los constituyentes del 57´ - constituía las nuevas bases para impulsar el desarrollo de un modelo sindical de diferentes características al que hasta entonces venía siendo promovido o impuesto desde el Estado(3).

Continuando con el análisis relativo al tratamiento constitucional de la organización sindical efectuado por el artículo 14 bis, cabe efectuar una mínima reflexión respecto a la parte final del enunciado constitucional que delimita el campo dentro del cual habrá de desarrollarse la actividad gremial. Nos referimos a la expresa mención en la que el constituyente de 1957 estableció que la existencia de un sindicato debía, de manera libre y democrática, ajustarse a una sola formalidad: *la simple inscripción en un registro*. Dicha particular redacción resulta extraña y de difícil explicación si no se contextualiza (¿por qué dejar expresamente aclarado en la Carta Magna el requisito exclusivo de "simplemente inscribirse en un registro"?). En cambio, se comprende fácilmente y se explica teniendo a la vista la normativa infraconstitucional preexistente (Decreto 23.852/45) que configuró el régimen de sindicato único en la Argentina tras el otorgamiento estatal - de manera exclusiva y excluyentemente - de aquellas prerrogativas vitales para defender los derechos colectivos de los trabajadores a la organización más representativa, el sindicato con personería gremial(4). La entidad sociológico jurídica que el legislador y la doctrina le han dado al sindicato *"simplemente inscripto"* se alinea con tantas otras acciones tendientes a intentar justificar un sistema sindical de unidad impuesto por la ley y promocionado desde el Estado que nada tiene que ver con la dispuesto por la Constitución Nacional(5).

Debe también destacarse que el artículo 14 bis, a diferencia de sus normas constitucionales predecesoras, garantiza a los representantes gremiales las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

En materia de derecho de las relaciones colectivas del trabajo, ha sido la reforma de

(2) En palabras de De Buen, "a mayor libertad sindical, menor reglamentarismo; a menor libertad sindical, mayor reglamentación", Cfr. DE BUEN, Néstor, *Organización y funcionamiento de los sindicatos,* México, 1983. P. 147.

(3) Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, Manual de Derecho Constitucional – tercera edición actualizada - (Ediar), Buenos Aires, 1974, p. 360.

(4) Cfr. SLAVIN, Pablo, y SERDEGNA, Paula, Derecho Colectivo del Trabajo op. cit. p 66.

(5) En sentido contrario Cfr. CORTE, Néstor T., El modelo sindical argentino, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1994, p.18.

1994 la que, tras la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional vía el artículo 75 inciso 22(6), puso fin a un debate sobre el tipo de política jurídica que en materia de derecho colectivo fue la adoptada por el constituyente, despejando todo tipo de dudas e interpretaciones. Y la ausencia de dudas al respecto radica en que, el artículo 14 bis cuyo contenido cabe objetar al haberse tratado de una reforma efectuada durante un gobierno de facto, no solo no ha sido impugnada por el cuerpo constituyente – ahora sí, reforma en democracia y sin proscripciones - sino que, más aún, tras la incorporación de los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional – especialmente el convenio 87 de la OIT - se consolidó la opción por la construcción de un sistema de relaciones colectivas sustentado sobre el principio de libertad sindical. Ello no sólo resolvió las discrepancias constitucionales que se venían suscitando respecto de los contenidos regulados en el máximo nivel jerárquico sino que, además, centró una potente mirada crítica respecto a las normas infraconstitucionales en materia de derechos colectivos del trabajo.

II. Regulación legal sindical infraconstitucional

La acción legal infraconstitucional que regula la protección de la actividad sindical en la Argentina, desde mediados del siglo XX - tras el advenimiento del peronismo al poder- se ha centrado en el sindicato más representativo como el sujeto preferido a tutelar. Dicho régimen, que podría haberse leído en una primera instancia como promocional del sindicato único, ya hoy día deja poco margen analítico para sostener que no se trate de un modelo de sindicato único.

La conceptualización de ese sistema sindical como de "unidad impuesta por la ley y promocionada desde el Estado" corresponde a Goldin, con quien coincidimos en que "pese a diversos eufemismos acuñados por la doctrina nacional ("pluralidad sindical con unidad de representación", "unidad promocionada", etc.) el argentino es un régimen de sindicato único impuesto por ley y promocionado por el Estado, en sendas expresiones de máxima intervención legislativa y administrativa" (7). Acompañamos el sustento de dicha afirmación tras detectar el hecho de que en realidad la legislación no contempla un régimen de sindicato más representativo, del mismo modo que no consagra un sistema de unidad promocionada ni de pluralidad sindical con unidad de representación sino que en realidad consagra un "régimen de sindicato único diferido a favor del *primo capiendi* con apariencia de suficiente representatividad" pues inviste al sindicato de aptitud representativa de la facultad negocial exclusiva y de otras de tal importancia que relegan al menos representativo en una agrupación plural de nulo poder sindical(8).

(6) Cabe resaltar que dichos tratados internacionales son incorporados "en las condiciones de su vigencia", lo que implica que deben ser aplicados en el orden interno tomando en cuenta la interpretación jurisprudencial que sobre ellos efectúen los tribunales internacionales competentes. Cuestión de no poca relevancia pues, como se verá más adelante, la incorporación del convenio 87 de la OIT implica también darle magnitud constitucional a las interpretaciones que sobre su aplicación realicen tanto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones como el Comité de Libertad Sindical.

(7) Cfr. GOLDIN, A., *El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina,* (EUDEBA), Buenos Aires, 1997, p. 54.

(8) Señala ABOS que la personería gremial otorgada por el Estado al sindicato más representativo y que conlleva las prerrogativas que le permiten actuar verdaderamente como un sindicato (no así al menos representativo) constituye un instrumento de carácter político que cuestiona la autonomía sindical pues cuanto más cercano al poder sindical ha estado un gobierno, menos personerías gremiales tendía a otorgar, mientras que los gobiernos más alejados del poder sindical, tendían buscar la conformación de nuevos sindicatos y procuraban el debilitamiento del sindicalismo tradicional organizado por rama de actividad (Cfr. ABÓS, Alvaro, *El modelo sindical argentino: autonomía y estado,*

Entre dichas prerrogativas que dotan al colectivo sindicalizado con mayor representación en el único susceptible de ser considerado como el exclusivo y excluyente actor con influencia en el campo de las relaciones colectivas de trabajo debemos destacar la facultad de ejercer la huelga, la eximición de impuestos y gravámenes, la posibilidad exclusiva de retener por nómina salarial las cuotas sindicales, la administración de fondos y gestión de las Obras Sociales que brindan servicios de salud a un número más que significativo de ciudadanos, la exclusividad de la representación en la negociación de convenios colectivos de eficacia general y la protección del representante sindical siempre sólo a aquellos dirigentes o delegados de personal que estén afiliados a un sindicato más representativo.

Al sindicato menos representativo (y no por ello huérfano de representatividad, claro está) la ley N° 23.551 sólo le asigna la facultad de defender los derechos colectivos de los trabajadores mediante los típicos instrumentos mencionados supra siempre y cuando desplacen al preexistente sindicato más representativo en un número "considerablemente superior", número que el decreto reglamentario de dicha norma cuantifica en el 10% de afiliados cotizantes. Hecho que en la práctica ocurre con casi nula frecuencia.

Dicha configuración estatal del tipo sindical descripto involucra directamente al tema que nos convoca dado que la legislación restringe sin matices la protección de la actividad sindical sólo a aquellos colectivos reconocidos como más representativos.

III. El modelo sindical argentino a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

III.1. La acción jurisprudencial de deconstrucción del modelo sindical argentino

La construcción del monopolio sindical, en la argentina se sostiene sobre un andamiaje legal cuya razón de ser se explica, como señaláramos, por la preferencia estatal del sujeto sindical más representativo al que le otorga un cúmulo de prerrogativas que definitivamente lo consagran en el único actor colectivo con capacidad suficiente para el ejercicio de defensa de los intereses de clase (las facultades exclusivas de negociar colectivamente, de ejercer el derecho de huelga , de contar con protección especial para los representantes de los trabajadores a él afiliados, el cobro de las cuotas sindicales por descuento en la planilla de sueldos, exenciones impositivas). Se resigna así al sindicato menos representativo (no por ello "no" representativo) el derecho a peticionar y representar a solicitud de parte los intereses individuales de sus afiliados (o los intereses colectivos "solo" ante la inexistencia de sindicato con mayor representatividad en la actividad o categoría) y a otras acciones menores que nada agregan a la actividad sindical. Dicha construcción del monopolio sindical, que apelando a eufemismos suele denominar cierta doctrina argentina como sistema de unidad promocionada o sistema de pluralidad sindical con unidad de representación,

---

Fundación Friedrich Ebert, 1989). Si bien dicha afirmación puede ser compartida en general, existen excepciones tales como el gobierno del Partido Radical del Dr. Raúl Afonsín quien recibiera un trato incomprensiblemente confrontativo por parte del sindicalismo tradicional (una huelga general cada 5 meses durante sus 6 años de mandato) y a pesar de ello fue el presidente que desde el retorno de la democracia (1983 –2017) extendió menos personerías gremiales que los presidente peronistas Menem (1989-1999) y Kirchner (2003-2007); dicha situación lleva otra posible conclusión más vinculada a las tradiciones de los partidos en el gobierno en lo que a administración del Estado, en relación con el fenómeno sindical, respecta (Cfr. PALOMINO, Héctor y GURRERA, Silvana, "Caracterización de las nuevas inscripciones y personerías gremiales en la argentina", Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, p. 172).

en no pocas ocasiones encuentra su justificación en el "principio de unidad sindical".

La unidad de negociación ha sido explicada, primeramente, como la germinal respuesta en pos de la eliminación de la concurrencia entre los trabajadores, función primaria del contrato colectivo(9). Los postulados de libertad e igualdad formal dictados desde el liberalismo no tardaron en poner de manifiesto la disparidad de fuerzas existente entre ambos sujetos de la relación de trabajo que se veía potenciada por una creciente demanda de empleo. Dicha situación empujaba a los trabajadores a una pelea en el mercado laboral tras puestos de empleo que finalmente conseguían aquellos que aceptaban las peores condiciones de trabajo ofrecidas para puestos en disputa; se ajustaba el mercado en detrimento de las condiciones efectivas de labor. Ante tal escenario comienza a surgir la necesidad de procurar un método de contratación igualador, que fijara las mismas condiciones para todos los trabajadores(10). La prosecución del objetivo igualador consistente en el establecimiento de condiciones de trabajo uniformes para todos los obreros nos sitúa ante la primera referencia a la unidad, respondiendo ésta a la necesidad de potenciar la fuerza o poder de conflicto del que carecía un solo trabajador. A tales efectos, la búsqueda de unidad en lo colectivo implicó determinar con quienes unirse, a que efectos y cuales serían las cuestiones comunes que amalgamasen la colectividad. Redunda señalar que aquel primer dato aglutinante de los trabajadores fue el evitar la competencia vía la común fijación de condiciones de trabajo conformando pues el génesis de un agrupamiento constituido por aquellos que perseguían los mismos puestos de trabajo en un mismo ámbito(11).

Intentar explicar hoy la unidad en la acción de los trabajadores desde el argumento de la sola finalidad de evitar la competencia entre ellos resulta simplificadora e incompleta(12), y más aún, superada por las evoluciones y cambios producidos en los métodos productivos e incluso de organización del trabajo. No obstante ello, esa sensación de comunidad que supervive en la clase trabajadora(13), esa intuición de tener los mismos obstáculos e inconvenientes así como también fines comunes, genera en lo colectivo una unión que empuja el accionar – también común – con el objetivo de satisfacer ese interés que comparten(14).

La prosecución de la satisfacción de los intereses de la clase necesariamente debía canalizarse a través de acciones, instancias y procedimientos que eleven del campo de lo

(9) Cfr. KAHN FREUND, O: "I conflitti tra i gruppi e la loro composizione", Política Sindicale, 1960, Nº 1, p. 18; DEVEALI MARIO, *Derecho Sindical*, p.141 KROTOSCHIN TRATADO PRACTICO TOMO II, P 727; SANTORO PASARELLI, F. *Nozioni di Diritto del Lavoro,* 6ª. Ed., (Eugenio Jovene Editore), Napoli, 1952, p. 38.

(10) Vid. S. y B. WEBB, "Historia del sindicalismo, 1666-1920", (MTSS), 1990.

(11) Cfr. WEBER, A. R., *The Structure of Collective Bargaining. Problem and perspectives,* The Free Press of Glencoe, 1961, p. XVIII.

(12) Algunos autores sostienen que la búsqueda de uniformidad entre las condiciones de trabajo además cumplen funciones de igualar costes entre de producción entre las empresas que compiten en el mercado o dicho de otra forma, evitar que dicha competencia se produzca en detrimento de las condiciones de trabajo. Cfr. SEPÚLVEDA GOMEZ, M., "La función uniformadora de condiciones de trabajo del convenio colectivo de sector y la libertad de establecimiento en el Derecho Comunitario", en *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva,* XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías Laborales, (Junta de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 2009; Cfr. ALONSO OLEA, M., *Pactos colectivos y contratos de grupo,* (Comares), 2000, p. 88.

(13) *"…esa poderosa sensación de compartir la misma suerte…",* Vid. *La negociación colectiva en los países industrializados con economía de mercado*, OIT, Ginebra 1974, p. 100.

(14) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Luz, *La estructura de la negociación colectiva, (*Lex Nova), Valladolid, 2000, pp. 33 y ss.

meramente declamativo aquellas cuestiones de grupo o clase. En definitiva ello justificaba, y como hemos señalado explicaba, la unidad de los trabajadores. Y ese objetivo históricamente perseguido por ellos que los condujo a la necesaria unidad, lo constituyó el hecho de potenciar su poder de contratación con el objeto de equilibrar la disparidad existente respecto del empresario; disparidad potenciada por las razones jurídicas y económicas.

Así pues, es innegable la importancia de la unidad sindical, y no es ello lo que se cuestiona del régimen sindical argentino sino que, al contrario, el cuestionamiento recae sobre la imposición por parte de la ley de un tipo organizacional exclusivo y excluyente que coarte la libertad de elección de alternativas diferentes por parte de los trabajadores: sea ella una alternativa monopólica o de pluralidad o descentralización sindical(15).

Si bien es clara la conveniencia de que los trabajadores decidan unirse en un solo sindicato, esa decisión debe estar alejada de cualquier tipo de imposición estatal(16). El sustento jurídico de dicho marco de libertad se anuncia en nuestra Constitución Nacional, la que garantiza el ejercicio sindical en libertad y democráticamente; nótese la ausencia de referencias a la unidad sindical en tanto principio constitucional. Ello impide equiparar el principio de libertad sindical, contemplado constitucionalmente, con el "principio" de unidad sindical(17). En otras palabras, la libertad sindical es condición primera y garantía fundamental a efectos de posibilitar que los trabajadores se organicen en sindicatos únicos, si así lo estimaran conveniente.

Ante dicha arquitectura legal infraconstitucional que con pocas variaciones se mantiene vigente desde mitad del siglo pasado en la Argentina, la Corte Suprema de Justicia no ha ejercido un cuestionamiento sobre su constitucionalidad sino hasta recién pocos años atrás. Es tras los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo" (11/11/2008), "Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional" (9/12/209) y "Asociación Trabajadores del Estado c/ Municipalidad de Salta" (18/6/2013) comienza a vislumbrarse lo que he denominado la "deconstrucción del monopolio sindical". La referencia a deconstrucción no es casual pues, en palabras de Derrida, se diferencia del término destrucción que implica de forma demasiado visible un aniquilamiento, una reducción negativa más próxima de la demolición y bien alejado del ejercicio que nos viene por delante. La deconstrucción se encuentra más bien vinculada al desmontaje de un concepto o de una construcción legal por medio de su análisis, mostrando así contradicciones y ambigüedades pero contando ya con algunas irreversibles certezas(18).

Los fundamentos reiterados por el Máximo Tribunal en los tres decisorios citados supra pueden sintentetizarse en la doctrina que a continuación esbozaremos.

---

(15) Cfr. GOLDIN Adrián, "La representación en la empresa y la tutela sindical. A partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", DT 2011 (febrero), pp. 219 y ss.

(16) No faltan los ejemplos donde la ley garantiza la pluralidad sindical pero los trabajadores optan por una representación unitaria. En Europa, es el caso de Alemania, Austria y los países escandinavos. En América del Sur, tenemos el cercano ejemplo del Uruguay.

(17) En sentido contrario Vid. RECALDE, Mariano, "El sistema sindical argentino y la libertad sindical", DT, 2004. (agosto), 1030-DT 2004-B, p. 1030 y VALDOVINOS, Oscar "La libertad sindical, la negociación colectiva y los derechos fundamentales de la persona del trabajador", DT, 2004, 1595.

(18) La inevitable deconstrucción del monopolio sindical que entendí ver sin retroceso posible y así lo manifestara en mi "Deconstrucción del Monopolio Sindical" (Revista Derecho del Trabajo, La Ley, año LXXII, N° 1, Buenos Aires, Enero 2012, p. 5 y ss.), se encuentra al momento de elaborar el presente trabajo confirmada tras el reciente fallo "ATE c/ Municipalidad de Salta" lo que me obliga a traer aquí algunas de aquellas reflexiones.

Señaló la Corte que el artículo 14 bis resultó no sólo un temprano continuador de los documentos internacionales que lo precedieron, al dar cabida a los impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad de siglo sino que también se erigió, no con menor significación, como norma anticipatoria de los que le seguirán, poniendo una precisa y definitoria impronta: "organización sindical libre y democrática". La libertad en el plano individual implica - según el Alto Tribunal - que el trabajador sin ataduras disponga afiliarse "en la organización que escoja", desafiliarse o no afiliarse; afiliación libre y consciente que no pude verse herida con supuestas razones de interés sindical y bien común(19). La libertad en el plano colectivo implica que los sindicatos puedan ser fundados y realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado, que reduzcan injustificadamente las funciones que le son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden sindical.

Pero más aún y por si quedaban dudas respecto de la ratio del artículo 14 bis la Corte citando al constituyente Becerra pone en claro que no contiene la Ley Suprema directiva o calificación alguna respecto a la "forma" de sindicalismo pues de lo que se trata es de garantizar que sean los obreros agremiados libremente los que deberán darse la forma sindical que consideren responde mejor a sus propios intereses.

Concluye la Suprema Corte la referencia al artículo 14 bis de la Constitución Nacional señalando que dicho precepto manda que el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad la mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos que el propio universo laboral quiera darse.

Claro y contundente. Tal como trajera a colación al comentar el fallo ATE(20) con el artículo 14 bis alcanza y sobra para explicar la luz con que el concepto de *organización sindical libre y democrática* alumbra la legislación infraconstitucional.

Pero no obstante el contenido del propio artículo 14 bis, la Corte Suprema también hizo referencia al Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación, reconociéndole jerarquía constitucional, reforzando así el principio de libertad sindical previsto constitucionalmente pero al mismo tiempo cerrando la discusión sobre el rango que adquirió dicha norma internacional en el orden jurídico interno luego de la incorporación de los dos Pactos Internacionales de 1966 (el relativo a Derechos Civiles y Políticos y el concerniente a Derechos Econó-

(19) Cfr. "Outon, Carlos José y otros", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/ 03/1967, LL, 126-292; Cfr. LITTERIO, Liliana "Consideraciones acerca de la libertad sindical", Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Director Mario Ackerman), La Ley, 2002, p.217. El mentado fallo ha sido analizado y valorado de manera peyorativa por cierta doctrina por tratarse de una fallo de la Corte Suprema durante un gobierno de facto. Vale señalar que – en lo que a sus contenidos respecta - dicho decisorio declaró inconstitucional una norma emitida por el propio gobierno de facto, es decir en contra de dicha dictadura, y que los fundamentos normativos a los que recurrió el Máximo Tribunal para dicha declaración de inconstitucionalidad fueron (ver considerando núm. 25) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que proclama la naturaleza fundamental del derecho al trabajo y a la libre agremiación de los trabajadores para la defensa de sus intereses (art. 23) y consagra el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, que ampare a todas las personas contra los actos que violan sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley (art. 8°). Así también apeló el Alto Tribunal a la doctrina relativa al convenio 87 generada por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (O. I. T.), sobre libertad sindical, ratificada por la ley 14.932.

(20) Cfr. el artículo de mi autoría "El Aleph de la Corte" ABELEDO PERROT, Revista Laboral y Seguridad Social, Diciembre de 2008 – Nº 23, *Buenos Aires.*

micos, Sociales y Culturales) a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994(21).

Puntualmente, sobre el Convenio 87 de la OIT la Corte Suprema destaca que los trabajadores sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. También, que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades, y poniendo límites a la acción estatal señala - citando textualmente al Convenio 87 - que las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o entorpecer su ejercicio legal y que la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente convenio(22).

Debe señalarse que ese recurso al convenio 87 de la OIT que el máximo tribunal contextualiza en el marco del artículo 75.22 de la Constitución Nacional, ha de efectuarse de manera acorde al modo en que las normas internacionales son incorporadas al ordenamiento nacional, ello es, *en las condiciones de su vigencia*. En definitiva, la Corte Suprema de Justicia no hizo más que reafirmar un camino iniciado tras el fallo "*Giroldi"* donde puso de manifiesto que los tribunales nacionales deben aplicar e interpretar dichos instrumentos internacionales en concordancia con los criterios que sobre ellos hayan determinado sus respectivos órganos de control(23).

La deconstrucción del monopolio sindical, sustentada en los fundamentos jurídicos esbozados por la Corte Suprema de Justicia en el fallo ATE, en el que declaró la inconstitucionalidad del artículo 41 inciso a) de la ley 23.551, en el fallo Rossi, mediante el cual declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley 23.551 y el fallo ATE c. Municipalidad de Salta que declara inconstitucional el artículo 31 inc. a), se hace efectiva mediante dos fuerzas distintas que en direcciones opuestas he identificado como descendente y ascendente a fin de graficar el inevitable proceso iniciado.

(21) Sobre dicha la jerárquica constitucional del Convenio 87 me he manifestado en "El Convenio 87 en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo", Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, LexisNexis, noviembre de 2004, N° 22, pp. 1659 y ss.

(22) Pero además de la referencia al Convenio 87 de la OIT, la Corte trae para su análisis aquellos instrumentos internacionales que también desde la reforma de 1994 tienen jerarquía constitucional y que contemplan el derecho de libre agremiación. Así referencia la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Pactos de New York relativos a Derechos Civiles y Políticos y a Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966. También caber hacer referencia al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de jerarquía supralegal al que la Corte también referencia en el fallo.

(23) Vid. Giroldi, Horacio David y otro s/Recurso de casación" (Fallos: 328:514); "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes – ley 9688" (sent. del 21-09-04)"; "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad" (sent. 14-06-05); "Madorrán, María Cristina c. Administración Nacional de Aduanas" (sent. del 3-05-07). Dicho criterio es tomado luego por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo "Ferulano, Pío Leonardo y otros contra FACEBA S.A. s/ Amparo gremial. Restitución en el puesto. Salarios caídos (procedimiento sumario art. 52 ley 23.551)".

III.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: una fuerza descendente de deconstrucción del monopolio sindical

En uno de los análisis doctrinarios del fallo ATE, surgía el interrogante de porqué la Corte fue más allá de la revocación de la sentencia de segunda instancia y se abstuvo de dejar librada la solución de la cuestión de fondo en el tribunal de grado que tomara intervención a continuación. Asimismo, ¿Qué factor determinó a la Corte a retener para sí el tratamiento sustancial del planteo de inconstitucionalidad? ¿Consideró, acaso, nuestro mayor tribunal, que la garantía constitucional de la libertad sindical no quedaría debidamente a salvo en la nueva sentencia del inferior, sin el previo dictado de instrucciones precisas y condicionantes? La respuesta más sólida a dichos interrogantes entendemos que es aquella que sostiene que la Corte Suprema se propuso dictar una fallo que *"…además de sentar doctrina en materia de libertad sindical, tuviera un efecto disciplinante de la jurisprudencia inferior en torno a un aspecto que devino central para el ordenamiento jurídico argentino con la reforma constitucional de 1994: la interpretación y aplicación de las normas internacionales siguiendo el método establecido por la propia Constitución en su art. 75, inc. 22, tal como el máximo tribunal lo ha dictaminado en reiteradas oportunidades"*(24).

En consonancia, en el fallo Rossi, sostiene García que la reacción disciplinadora de la Corte encuentra fundamento en la exégesis de los artículos 35, 48 y 52 de la ley 23.551 efectuada por la Sala II, también de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, en coincidencia con la fiscalía general del trabajo, que también omitía la aplicación de la normativa internacional *en las condiciones de su vigencia*(25).

La potencia del mensaje de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante la reiterada falta de receptividad de las normas internacionales y su escasa aplicación a la luz de los respectivos órganos de control, constituyeron una fuerza descendente ejercida desde el máximo tribunal hacia las instancias judiciales inferiores cuyos efectos sobre la deconstrucción del monopolio sindical hoy resultan insospechables(26). Fuerza descendente no tardó en surtir efectos sobre el **régimen legal de unidad sindical impuesta por ley que, como señalara** Goldin, no es ni siquiera una variable fronteriza de la unidad sindical en libertad sino más bien un territorio ubicado en sus antípodas(27).

---

(24) GARCÍA, Héctor Omar, "La representación sindical en el lugar de trabajo a partir del fallo "ATE": muchas preguntas y algunas respuestas", Revista de Derecho Laboral Actualidad (Rubinzal Culzoni), año 2009, número extraordinario. Tan temprana y firme explicación del porqué del fallo de la Corte resulta incomprensible si se omite analizar la sentencia de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo en el mismo caso, la que, según destaca García, tras confirmar la resolución del Ministerio de Trabajo que se impugnaba, y que había anulado la convocatoria a elecciones de delegados efectuada por ATE en los ámbitos del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, descartó "por inoficiosos" los planteos fundados en los principios de libertad sindical y representación "legislados" en los Convenios 87, 98 y 135 de la OIT, y así también las "citas de decisiones (…) del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT" (del voto del Dr. Fernández Madrid). Por su parte, en el voto minoritario del Dr. Capón Filas —que con distintos fundamentos tampoco hizo lugar al recurso de la actora—, omite remisión alguna las normas internacionales y a su metodología de aplicación.

(25) Cfr. GARCÍA, Héctor Omar, "La estabilidad en el empleo como garantía inherente al marco protectorio constitucional del representante gremial", DT Nº 2 (feb. 2010), pp. 203 y ss.

(26) Ya ante el primer fallo de la Corte en el caso ATE, hubo quienes señalaron que no se debían tener dotes de adivino para imaginar que vendrían otros pronunciamientos judiciales que descalificarían distintos aspectos de la ley 23.551 por contrarios al convenio 87 y al bloque de constitucionalidad (Cfr. BRONSTEIN, Arturo, "La libertad sindical y el fallo de la Corte: ¿Qué puede pasar ahora?, DT, 2008 (diciembre), p. 1071 y ss.).

(27) Cfr. GOLDIN Adrián, "La representación en la empresa y la tutela sindical. A partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", op. cit. p. 229.

Así pues, se explican los fallos de la Cámara de Apelaciones del Trabajo que declararon la inconstitucionalidad de otros artículos de la ley de asociaciones sindicales que no habían sido objeto de señalamiento por la Corte aunque apelando a los argumentos que había utilizado la Corte para declarar la inconstitucionalidad de los artículos 41.a) y 52 de la ley 23.551 en los ya referidos pronunciamientos(28). A saber, "Ministerio de Trabajo c/ Asociación Personal de la Universidad de Córdoba" (sala IV – fecha 14/05/2010) mediante el cual se declara la inconstitucionalidad del artículo 29 de la ley 23.551 y "Estado Nacional -Ministerio de Trabajo- c/ Asociación Sindical de Intérpretes Masivos", (sala IV- fecha 22/04/2010) en el que se hiciera lo propio con el artículo 30 del mismo texto lega.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de Mendosa (sala II) en "Alaniz, Juan Faustino c/ Municipalidad de Godoy Cruz p/ tutela sindical s/ inconstitucionalidad y casación" (11/08/2011) declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley 23.551 recogiendo los antecedentes dictados por las Corte Suprema de Justicia de la Nación en ATE y Rossi.

Finalmente, cabe destacar que en sendos fallos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos, - "Ferulano, Pío Leonardo y otros contra FACERA S.A. s/ Amparo gremial. Restitución en el puesto. Salarios caídos (procedimiento sumario art. 52 ley 23551" y "Sandes, Hugo Raúl, c/ Subpga S.A. Indemnización por despido", - se declara la inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley 23.551 sustentando las sentencias en la doctrina sentada por Corte Suprema de Justicia de la Nación en ATE y Rossi. Sobre estos últimos conviene detenerse también para constatar la potencia de esa fuerza descendente que desde el Máximo Tribunal hace operativa la deconstrucción del monopolio sindical en la instancia judicial.

La fuerza descendente ejercida desde el máximo tribunal hacia las instancias judiciales inferiores, avanza sobre el despojamiento de los componentes que convierten al régimen sindical argentino en objeto de reproche judicial, deconstruyendo el monopolio sindical y permitiendo la configuración de un modelo de *sindicato más representativo* compatible con la Constitución Nacional y las normas internacionales.

III.3. La consolidación de las representaciones unitarias en la empresa como fuerza ascendente de deconstrucción del monopolio

El régimen legal argentino no sólo manifiesta (e impone) una clara opción por el monopolio sindical sino que, además, exterioriza una predilección por la consolidación de esa tipología en un ámbito funcional específico.

El artículo 10 de la ley 23.551 considera asociaciones sindicales de trabajadores las constituidas por trabajadores de una misma actividad o actividades afines, trabajadores de un mismo oficio, profesión o categoría aunque se desempeñen en actividades distintas, y por trabajadores que presten servicios en una misma empresa. Si bien dicha previsión legal pareciera garantizar un marco de autonomía y libertad dentro del cual los trabajadores decidirán cómo organizarse, lo cierto es que la legislación construye, mediante otras normas del mismo cuerpo legal, una estimulación y eventualmente la preservación de un proceso de máxima concentración sindi-

(28) La violación de las normas declaras inconstitucionales (art. 29 y 30 – ley 23.551) y el entendimiento de que las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, son jurídicamente tan obligatorias en el derecho nacional como lo puede ser el texto mismo del convenio.

cal(29). Así pues, los artículos 29 y 30 de la ley 23.551 coartan la posibilidad de que los trabajadores se organicen en el ámbito de empresa, oficio, profesión o categoría, negando la posibilidad de otorgamiento de personería gremial si existiese en ese mismo ámbito un sindicato de actividad.

Dicha opción legislativa nuevamente impone a los trabajadores la forma de organizarse, esta vez privilegiando un ámbito por sobre otro. La consecuencia de dicha acción legal resulta fácilmente constatable en el sistema de relaciones colectivas de trabajo pues tan solo el 12,4 de las empresas cuentan con delegados de personal y el 38% de trabajadores están contenidos en las representaciones directas en las empresas(30). A ello ha de sumarse que la presencia de delegados de personal al momento de la firma del acuerdo colectivo de empresa, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 17 de la ley 14250 de negociación colectiva, se constata en no más del 47% de las negociaciones(31).

El paupérrimo desarrollo sindical en los niveles menos abarcativos no hace más que describir las consecuencias – esperables – de un tipo sindical impuesto por la ley en el que las representaciones en la empresa ostentan un rol relativamente marginal. Marginalidad que se constata tanto en el pobre desarrollo de las representaciones afiliadas al sindicato más representativo - las que cuentan con una protección legal especial en atención a la preferencia estatal por la organización sindical a la que adhieren - y que se potencia en aquellas otras representaciones vinculadas a organizaciones menos representativas ante la falta de protección especial a las que la ley sindical las condena.

La descripta pobre realidad sindical en el ámbito de la empresa explica la otra fuerza de deconstrucción del monopolio sindical. Fuerza esta que, a diferencia de la anteriormente descripta, ejerce su influencia de abajo hacia arriba, desde los niveles inferiores de organización hacia la cúpula. Mientras la discusión central – por cierto no exclusiva – respecto del modelo sindical parecía radicar en la eventual habilitación estatal de la pluralidad de centrales sindicales(32) - sobre todo luego de la conformación de la Central de Trabajadores de la Argentina en la década del 90´ - casi inesperadamente surge una fuerza ascendente que tras la extensión de la protección de los representantes de los trabajadores en la empresa adheridos a los sindicatos simplemente inscriptos efectuada por la Corte,

(29) Cfr. GOLDIN, Adrián, *El Trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina,* op. cit., pp. 62-63.

(30) Módulo de Relaciones Laborales de la Encuesta de Indicadores Laborarles – MTEySS – Trabajo, Ocupación y Empleo 2008.

(31) Cfr. Informe Anual sobre Conflictividad Laboral y Negociación Colectiva en la Argentina (2009), Observatorio del Derecho Social de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), Buenos Aires, 2010.

(32) Un ejemplo de fuerza deconstructiva del monopolio inversa (descendente/ desde las centrales sindicales hacia las de menor grado) se encuentra en el Brasil, en la reforma impulsada por el entonces presidente Lula Da Silva. Las centrales sindicales en Brasil nacen de forma autónoma como respuesta de los trabajadores al modelo sindical corporativo y con fuertes críticas a sus componentes característicos (contribuciones obligatorias, unicidad sindical, control estatal de las organizaciones sindicales, entre otras). Justamente se señala a las Centrales Sindicales como no componentes del modelo corporativista sino que representan su contrapunto, su instancia de superación y la vocación de constituir un punto de vista político e ideológico diferente de actuación sobre la pirámide sindical brasileña. En el año 2008 el gobierno mediante la ley 11.648 reconoce formalmente a las centrales sindicales (en tanto entidad asociativa de derecho privado compuesta por organizaciones sindicales de trabajadores) como una entidad de representación general de los trabajadores constituida a "nivel nacional" (recuérdese la prohibición existente sobre dicho nivel organizacional) constituida con el fin de coordinar dicha representación por medio de las organizaciones sindicales afiliadas a ellas y de participar en todos los espacios de dialogo social de composición tripartita. Así pues, la central sindical integra la estructura sindical brasilera sin estar incluida en el sistema de unicidad sindical y sin ser tampoco una entidad de grado superior (del sistema confederativo). Vid. TULIO BARROSO, Fabio, *Manual de Direito Coletivo do Trabalho,* (LTR), 2009, p. 220.

hizo operativa otra línea de deconstrucción del modelo monopólico centrada en el nivel de empresa. Dicha fuerza deconstructiva se basa en la potenciación de "todas" las representaciones sindicales en la empresa, despojando los escollos legales/institucionales que obstaculizan el normal ejercicio sindical en ese ámbito funcional.

En esa misma línea, mediante el fallo Rossi la Corte provocó un fuerte cambio en lo que venía siendo la interpretación generalizada sobre la protección del delegado sindical en el régimen monopólico.

Hasta dicho pronunciamiento del máximo tribunal, la tutela genérica contenida en el artículo 47 de la ley 23.551 dirigida a la protección de derechos de libertad sindical que no sean de representación y la de los representantes de las entidades simplemente inscriptas (Art. 47) se diferenciaba de aquella otra tutela especial, exclusividad de los representantes de las entidades con personería gremial (Arts. 48 a 52).

Tal era el estado de cosas antes del fallo de la Corte Suprema que desde la jurisprudencia(33) y la doctrina se aceptaba casi naturalmente las diferentes intensidades de tutela: una *"fuerte"* a los delegados de las entidades con personería, a los de entidades simplemente inscriptas cuando no haya entidad con personería, a los candidatos, a los que ocupen cargos electivos y representativos en los sindicatos con personería, y otra protección *"débil"*, a los directivos o representantes en ejercicio de las entidades simplemente inscriptas, a los delegados elegidos afiliados a las entidades simplemente inscriptas, a los promotores sindicales que no han completado el trámite de inscripción(34). Ante dicho acotamiento del espacio tutelar establecido – paradójicamente – por la normativa laboral sindical, los operadores jurídicos procuraron discurrir una vía alternativa construyendo una protección especial a través del despido discriminatorio para aquellos representantes sindicales no alcanzados por la tutela "fuerte" de los artículos 48 a 52(35).

Pero en el fallo Rossi, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley 23.551, entendiendo que se violentaba de manera patente como injustificada la esfera en que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones más representativas en detrimento de la actividad de los sindicatos simplemente inscriptos que compartían con aquellos, total o parcialmente, el mismo ámbito de actuación.

Así pues, esa fuerza ascendente que se constata en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tras la reivindicación de la acción sindical en la empresa a todos los actores sindicales, ha sido potenciada por otros decisorios judiciales. Vale recordar los ya citados pronunciamientos efectuados por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo mediante los que se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 29 y 30 de la ley 23.551, casualmente dos artículos que obstaculizan la libre organización de los trabajadores en niveles inferiores al preferido nivel de actividad. También los cita-

(33) Cfr MEGUIRA, Horacio "El "Fallo Rossi" y la estabilidad de todos los representantes de los trabajadores", DT, 2010 (febrero), pp. 209 y ss. con especial detenimiento a cita nº 20 relativa al fallo SD. 95.075 Expte. 29.545/2006 - "Alvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/acción de amparo" - CNTrab. - sala II - 25/06/2007.

(34) MACHADO, José D. y OJEDA, Raúl Horacio, *Tutela Sindical, Estabilidad del representante gremial*, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 88 – 90.

(35) Cfr. Balaguer, Catalina Teresa c. Pepsico de Argentina SRL s/Juicio Sumarísimo", (fecha 10/03/04);"Greppi, Laura K. c. Telefónica de Argentina S.A.", (de fecha 31/05/2005), "Parra Vera, Máxima c. San Timoteo SA s/Acción de Amparo"; "Quispe, Néctar c. Compañía Argentina de la Indumentaria SA s/Juicio Sumarísimo", (de fecha 20/12/2007) - Sala V CNAT; "Arecco, Maximiliano c. Praxair Argentina S.A. s/ Juicio sumarísimo (de fecha 26/12/2006) - Sala V.

dos fallos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y de Suprema Corte de Provincia de Buenos Aires mediante los cuales se declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley 23.551.

La ampliación tutelar de las representaciones en la empresa ha generado un potenciamiento de la acción sindical en ese ámbito que, de abajo hacia arriba, como una fuerza ascendente, habrá de influir en la reconfiguración del sujeto colectivo en detrimento de las tendencias monopólicas.

IV. Corolario

En el último de los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativo a la constitucionalidad del modelo sindical argentino ("Asociación Trabajadores del Estado c/ Municipalidad de Salta" - 18/6/2013) se declaró la inconstitucionalidad del artículo 31 inciso a) de la ley 23.551, en cuanto impidió que A.T.E. representara los "intereses colectivos" invocados por considerárselo un derecho exclusivo de la asociación sindical con personería gremial.

Vale recordar que el mentado artículo establece que *son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial: a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores.*

Semejante definición, implica una estocada certera en lo profundo del régimen legal sindical nacional que excluye al sindicato menos representativo de las acciones indispensables para la defensa de sus representados, los trabajadores. Tal como lo indicara el Máximo Tribunal, la libertad sindical es un principio arquitectónico que sostienen e imponen la Constitución Nacional, en su arto 14 bis, y un muy comprensivo corpus iuris proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que goza de jerarquia constitucional en los términos del arto 75.22(36).

En efecto – continúa su argumentación - *en la sentencia recaida in re "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo- esta Corte ha expresado que el aludido principio constitucional consagra la libertad para todos los sindicatos, con el propósito de que puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial.* Es en tal virtud que se explica la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones de la ley 23.551 (ATE y Rossi), en la medida en que concedían a los sindicatos reconocidos por el Estado como más representativos -mediante el otorgamiento de la personeria gremial- privilegios que excedían de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta por las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales, lo cual iba en detrimento de la actividad de los sindicatos simplemente inscriptos que compartian con aquéllos, total o parcialmente, el mismo ámbito de actuación.

En un fallo del año 2016, "Orelllano", la Corte Suprema, consolidando el mismo diseño de política jurídica, intepreta que la Constitución Nacional al otorgar la titularidad del derecho de huelga al "gremio" está refiriéndose al sindicato menos representativo y no sólo al más representativo (con personería gremial) tal como venía siendo la interpretación hasta entonces.

(36) Dicho corpus está integrado, entre otros instrumentos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16), por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales, a su vez, se hacen eco, preceptivamente, del citado Convenio N° 87la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (arts. 8.3 y 22.3, respectivamente.

La convergencia de fuerzas, desatadas tras los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los posteriores decisorios de Cortes Provinciales y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que receptan esa direccionalidad jurídica, sumado al poder que les otorgó a las representaciones unitarias en el ámbito de la empresa tras reconocerles amplia protección para la labor sindical, y en la reciente sentencia sobre la titularidad sindical "amplia" del derecho de huelga en el caso "Orellano", obligará un replanteo respecto del actual sistema de protección de la acción sindical de todos los actores involucrados.

Tema propuesto: Protección de la actividad sindical

Aplicación de las normas internacionales de la OIT relativas la la libertad sindical en Brasil(1)

PARECER DE **Fábio Túlio Barroso** (BRASIL)

Post Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto, Bilbao. Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Presidente Honorario de la Academia Pernambucana de Derecho del Trabajo - APDT. Miembro Efectivo del Instituto de Abogados Brasileños - IAB. Miembro Efectivo del Instituto de Abogados de Pernambuco – IAP (Presidente de la Comisión de Derecho y Proceso del Trabajo). Miembro de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Profesor de la Universidad Católica de Pernambuco–UNICAP (Graduación y PPGD). Profesor de la Facultad de Derecho de Recife - FDR, de la Universidad Federal de Pernambuco - UFPE. Profesor de la Facultad Integrada de Pernambuco - FACIPE. Abogado

Resumen: El presente texto pretende abordar los elementos característicos del modelo de libertad sindical brasileño, en comparación con las normas internacionales derivadas de la OIT, en especial, el Convenio nº 87. Brasil posee un modelo propio o *sui generis* de libertad sindical, dado que, la pesar de no haber ratificado el citado convenio, absorbió varios de sus postulados. El país ratificó, por su parte, el Convenio nº 98 y el nº 135, respectivamente. La metodologia utilizada fue la deductiva, con investigación bibliográfica y prospección normativa, estableciendo parámetros comparativos entre los modelos de organización sindical propuestos por la OIT y el regulado en Brasil. Se tiene como resultado, que el país presenta límites específicos en relación La la forma de libertad sindical propuesta por el Convenio nº 87 de la OIT, en lo referente al mantenimiento de la unicidad sindical para las entidades que conforman el sistema confederativo (sindicatos, federaciones y confederaciones), así como la contribución sindical de naturaleza tributaria, obligatoria para afiliados o no La los sindicatos, sea del sector profesional o económico. Además, existen limitaciones La la libertad sindical cuando se acuerdan entre las entidades representativas de intereses de clase para la proposición de acciones colectivas económicas, así como la delimitación por ley de los criterios de creación y mantenimiento de las entidades de cúpula, las centrales.

El Convenio nº 87 de la OIT (17 de junio de 1948, San Francisco – EUA), intitulado "Convenio sobre la libertad sindical y la Protección del Derecho sindical", todavía hoy es uno de los que genera mayores polémicas en el plexo normativo y doctrinario brasileño.

Aprobado en un momento en que el mundo se recuperaba de los efectos de la segunda guerra mundial y de prácticas gubernamentales no democráticas, sobre todo del fascismo italiano que irradió por el mundo un modelo de legislación en que los sindicatos eran instrumentos de la política pública, con absoluta intervención en sus actividades, este Convenio acabó siendo una respuesta al modelo corporativo, estableciendo parámetros de actividades sindicales de acuerdo con la naturaleza asociativa de las organizaciones de clase.

(1) Una versión original del presente artículo fue presentado en el *X Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, realizado en la ciudad de Panamá, en setiembre de 2016, como informe de la Subsección Brasileña de Jóvenes Juristas sobre el tema

En ese aspecto, la libertad sindical en su concepción más amplia deberá ser entendida como:

(...) la imposibilidad de cualquier agente extraño, ajeno a la entidad sindical, sea éste el Estado o cualquier persona física o jurídica, que pueda mitigar o limitar la creación, el ejercicio de sus actividades negociales, de afiliación o desafiliación, de representatividad y de administración

El ordenamiento jurídico deberá garantizar una actividad sindical sin que haya intervenciones de agentes extraños a la actividad interna y externa de las entidades sindicales, ni tampoco que sea posible la interferencia en sus actividades específicas en el seno de la sociedad del trabajo, en cuanto el ejercicio sindical deberá estar exento de compromisos o limitaciones que tengan por finalidad desvirtuar la representatividad de los intereses proprios de las bases que conforman los colectivos sindicales, económicos o profesionales, sea administrativamente o judicialmente(2).

Por su parte, como afirmó Amauri Mascaro Nascimento, se tienen en cuenta para el análisis del tema:

(...) cinco aspectos que reúnen los problemas centrales de la cuestión: la libertad sindical como libertad de asociación, libertad de organización, libertad de administración, libertad de ejercicio de las funciones y libertad de afiliación sindical(3).

Pero también se debe tener en cuenta que la estructura normativa internacional de protección a la sindicalización no se restringe al Convenio nº 87 de la OIT. De la misma época es el Convenio nº 98 de la OIT (Ginebra, 08 de junio de 1949), que trata del "Direcho de Sindicalización y Negociación Colectiva". También el Convenio nº 135, aprobado en la 56ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra 1971, que trata de la "Protección de los Representantes de los trabajadores", también expande criterios relacionados a la libertad sindical(4), asociado al Convenio nº 154, aprobado en la 67ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra, 1981, que trata del fomento a la libre negociación colectiva.

Frente a esa seguridad otorgada por el ordenamiento jurídico al fundamental direcho de sindicalización(5), según el propio Convenio

libertad sindical. Para esta publicación se realizó la revisión y ampliación del contenido.

(2) BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho, São Paulo, LTR, 2010, pág. 86.

(3) NASCIMENTO, Amauri Mascaro *In memoriam*, NASCIMENTO, Sônia Mascaro e NACIMENTO, Marcelo Mascaro. Compêndio de Direito Sindical, 8ª edição, São Paulo, LTr, 2015, pág. 35.

(4) Para PÉREZ, José Luis Monereo, NAVARRETE, Cristóbal Molina y VIDA, Maria Nieves Moreno. Manual de Derecho Sindical, 9ª edição, Granada, Comares, 2014, pág. 26. "La aprobación por la OIT del Convenio nº 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (1948), y el Convenio nº 98, sobre aplicación de los princípios del derecho de sindicación y negociación colectiva (1949), marcará un cambio radical. Estas normas pueden considerarse, pese a sus carencias y contradicciones, como dos de las piezas normativas más señeras del entero Derecho Internacional del Trabajo. La preocupación de la OIT por crear los principios y las reglas de un nuevo modelo de regulación de la autonomia colectiva de los trabajadores se proyectará en otros instrumentos normativos posteriores, tanto en Convenios cuanto en Recomendaciones. (...) Y después con la adición de nuevos instrumentos, fundamentalmente el Convenio nº 135 (y la Recomendación nº 143), sobre protección y facilidades a otorgar a los representantes de los trabajadores en la empresa (1971), que configuran, en contraste con la posición anterior del própio movimiento asociativo, la acción en la empresa como un contenido esencial de la libertad sindical".

(5) Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 23, 4. Todo hombre tiene derecho a organizar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. Para DUARTE, Bento Herculano e MORAES, José Diniz de, A libertad Sindical Como DerechoFundamental e a não ratificação de la Convenção nº 87 de la OIT pelo Brasil: los Limites de la Negociação Coletiva e a Proteção en Face de Atos Antissindicais. Em: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa Franco e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (organizadores). Direito Internacional do Trabalho. O Estado de la Arte Sobre a Aplicação das Convenções Internacionales da OIT no Brasil. São Paulo, LTR, 2016,

nº 87 de la OIT, sobre todo en la norma de su artículo 2, éste se desdobla en dos vertientes; la libertad sindical colectiva y la individual, ambas con previsión en el sistema sindical brasileño.

La libertad sindical colectiva es institucional, en cuanto deberá ser desarrollada la actividad de la asociación de esta naturaleza sin que exista injerencia de un tercero, público o privado, en que pese la intención principal de defensa de la actividad sindical haya sido proyectada para evitar toda actitud de intromisión estatal en la esfera asociativa representativa, como expresión del modelo corporativo.

La libertad sindical individual o subjetiva, es la que posibilita la participación o no del sujeto en la actividad asociativa, con protección del ordenamiento jurídico frente a las opciones de participar de esta entidad especial, salvaguardando, inclusive, protecciones personales a los dirigentes en el sentido de evitar persecuciones y conductas antisindicales, como en el caso de la estabilidad en el empleo y la inamovilidad, como garantías en el empleo emprego.

En su aspecto funcional, la libertad sindical deberá ser de equilibrio y comosición entre los sujetos, que por la naturaleza del capital y del trabajo, son asimétricos y dialécticos en sus intereses, generando el conocido conflicto de clases en las sociedades capitalistas. En su función normativa, tal libertad propicia la creación de fuentes de derecho del trabajo y de cohesión social, al posibilitar el diálogo entre los representantes del sector profesional y económico. Por último, también posibilita la vigencia real de la disciplina, por el compromiso formal asumido por las entidades sindicales en la aplicación de sus normas(6).

El actual modelo de organización sindical brasileño es complejo y contradictorio, en vista a que en el art. 8º de la Constitución se indica que es libre la asociación profesional y sindical, pero en la práctica permanecen algunos institutos del modelo de organización anterior, como la unicidad y la contribución obligatoria para los afiliados y no afiliados, tanto del sector profesional como del económico.

En líneas generales no hay ninguna incompatibilidad entre el sistema sindical brasileño enunciado en el art. 8º de la Constitución con el contenido del Convenio nº 87 de la OIT, sobre todo con las normas de los artículos 1º a 10º.

pág. 60: "La Constitución de la OIT, en 1919, previó el *princípio de libertad sindical* como postulado básico de sus programas de acción, y desde entonces, la libertad sindical representa un derecho fundamental consagrado en el orden jurídico internacional. Lo que se confirma por fuerza moral y jurídica de varias declaraciones de derechos y normas internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (ONU, 1948), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), las Declaraciones Americanas, Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) la Declaración de Filadelfia (OIT, 1944), la Carta Europea y otras declaraciones internacionales". Asimism, como afirma CARINCI, Franco e outros: "La libertad de asociación y de acción sindical goza además de reconocimiento en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 1950 (...); En la Carta Social Europea de 1961 (...); y en Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en el ámbito de las Naciones Unidas, en 1966. (...) La Carta de los Derechos Fundamentales de Estrasburgo del 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales adoptada en Niza el 7 de diciembre 2000". CARINCI, Franco, TAMAJO, Raffaele de Luca, TOSI, Paolo e TREU, Tiziano. Colaboradores: BROLLO, Marina, CAMPANELLA, Piera e LUNARDON, Fiorella. Derecho del Trabajo. 1. El Derecho Sindical. Tradução: AVILÉS, José Antonio fernández, MURRONE, Maria Giovanna, MARTÍNEZ, Luis Angel Triguero, INSUA, Belén del Mar López, BERNARDINO, Manuela Durán e SÁNCHEZ, Sonia Fernández. Coordinador de la traducción José Antonio Fernández Aviléz. Granada, Comares, 2015, pág. 110.

(6) RÍOS, Afredo Villavicencio. A libertad sindical nas normas e procedimentos de la OIT, São Paulo, LTr, 2011, págs. 15-18.

Esto porque la referida norma internacional influenció la estructura del sindicalismo, como se puede apreciar en la comparación entre las normas(7). Las diferencias son puntuales y relativas a la libertad colectiva.

Con todo, incluso con la evolución de la nueva etapa iniciada con la Constitución de 1988, existe una memoria corporativa en el Derecho Sindical brasileño, derivada de la segunda fase de su desarrollo, en la época de la CLT, que en lo relativo a esta materia tuvo como fuente a la *carta del lavoro*(8) italiana, en que los sindicatos tenían funciones públicas delegadas y debían colaborar con el poder poder público(9), cuyos institutos de la unicidad y de la contribución obligatoria para afiliados y no afiliados, trabajadores y empleadores y con naturaleza tributaria todavía permanecen por fuerza de las normas de los incisos II y IV, respectivamente, del mismo art. 8º de la Constitución(10), el que representa elementos de coyuntura a la estructura sindical brasileña.

Más allá de la unicidad y de la contribución obligatoria, en 2008 la ley nº 11.648, reconoció la centrales como entidades de esta naturaleza y acabó por establecer un nuevo intervencionismo estatal en la actividad sindical, como se verá más adelante.

Así, a pesar de que el referido Convenio no hace referencia directa a la imposibilidad de utillización de la unicidad y al costeo por medio de fuente formal heterónoma, establece que las autoridades públicas deberán abstenerse de intervenir en temas relativos a la creación y a la administración de sus actividades, en aplicación del principio de legalidad en aquellos países ratificantes.

(7) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 25ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010, págs. 185 e 186.

(8) Como aseveró uno de sus redactores y elaboradores, SUSSEKIND, Arnaldo, Instituições de Direito do Trabalho, 18ª edição, volume 1, en SUSSEKIND, Arnaldo, Maranhão, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, João de Lima, LTr, São Paulo, 1999, que de los once títulos que componen la CLT, solo el título V, que trata de la matéria sindical provino de la carta del lavoro italiana. Aun así, nada más hicieron los integrantes de la comisión de elaboración de la CLT que transplantar para su proyecto los decretos leyes de 1939 a 1942, que reorganizaron el modelo de sindicalismo brasileño.

(9) Características presentes todavía hoy en el art. 514 de la CLT, no recogido por la Constitución de 1988, justamente por colidir con el tenor de su art. 8º, I y III, este último que define lo siguiente: al sindicato cabe la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de la categoria, inclusive en cuestiones judiciales o administrativas. CLT, Art. 514. *São deveres dos sindicatos: a) colaborar com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social; b) manter serviços de assistência judiciária para os associados;c) promover a conciliação nos dissídios de trabalho. d) sempre que possível, e de acordo com as suas possibilidades, manter no seu quadro de pessoal, em convênio com entidades assistenciais ou por conta própria, um assistente social com as atribuições específicas de promover a cooperação operacional na empresa e a integração profissional na Classe. Parágrafo único. Os sindicatos de empregados terão, outrossim, o dever de :a) promover a fundação de cooperativas de consumo e de crédito; b) fundar e manter escolas do alfabetização e pré-vocacionais.*

(10) Art. 8º *É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;* (...) *IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;*

En este sentido a pesar de no haber ratificado el Convenio n. 87 de la OIT(11) (12), Brasil respeta y admite en su ordenamiento jurídico un largo espectro de normas que están contenidas en el Convenio, algunas con la restricción del modelo de organización sindical de su sistema confederativo, que todavía es por medio de la unicidad.

En el art. 8º de la Constitución se establecen las líneas generales del sindicalismo en el país, la autonomía sindical es reconocida y aplicada, en cuanto la ley no puede exigir autorización del Estado para la creación de los sindicatos, siendo ésta la primera previsión del incido I(13) del referido artículo. Cabe señalar, de paso, que esta no autorización sirve parra todas las entidades sindicales del país, desde las de base, los sindicatos, hasta las de grado superior: federaciones y confederaciones, que constituyen sistema confederativo que se organiza por unicidad(14).

Debería ser aplicada también a las entidades de cúpula, las centrales sindicales(15), que no hacen parte del sistema confederativo y, curiosamente, se organizan por pluralidad (siendo ésta una de las mayores contradicciones del sistema sindical del país). Entretanto, como fue dicho, la ley n. 11.648/2008 establece nuevos criterios de control, de creación y de actividades de las centrales, en coordinación con la política neocorporativa establecida en aquella década, no respetando el precepto constitucional, dado que la referida ley determina detalladamente todos los criterios para la creación de las centrales sindicales(16).

O sea, paradojalmente, para las entidades que forman el sistema confederativo y se organizan por unicidad: sindicatos, federaciones y confederaciones, la ley no puede exigir autorización del Estado para la creación de estos entes. Para las centrales sindicales, que se organizan por pluralidad y para que ser creadas dependen de la asociación de entidades del sistema confederativo, la ley delimita circunstancialmente los requisitos de existencia. Estos sujetos forman el sistema sindical brasileño.

Incluso así, tanto para el sistema confederativo como para las centrales, consigue al mis-

(11) Según la OIT: las normas internacionales del trabajo influyen considerablemente en la legislación, las políticas y las decisiones judiciales adoptadas a nivel nacional, así como las disposiciones de los convenios colectivos de trabajo. Independientemente de que una país haya ratificado un determinado convenio, las normas aportan orientaciones sobre el funcionamiento de las instituciones y mecanismos nacionales en materia de trabajo, así como sobre la adopción de buenas prácticas sobe trabajo y empleo. Por consiguiente, las normas internacionales del trabajo tienen un impacto sobre la legislación y las prácticas nacionales que excede largamente la simple adaptación de la legislación a las obligaciones impuestas por un convenio ratificado. http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_pt.htm Visitado el 30 de mayo de 2015.

(12) Liberdade Sindical na Prática: Lições a Retirar. Relatório Global de Acompanhamento de la Declaração de la OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, Conferência Internacional del Trabalho, 97ª Sessão 2008, Relatório I (B), Bureau Internacional del Trabalho, Lisboa, 2008, pág. 6. *Cerca de la mitad de la población activa total de los Estados Miembros de la OIT vive en cinco países que aún no han ratificado el Convenio (n.º87) (Brasil, China, India, República Islámica del Irán y Estados Unidos). En los últimos cuatro años, estos países no tomaron ninguna medida significativa en el sentido de la ratificación.*

(13) Art. 8º, I Constitución: - *a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;*

(14) Los sindicatos son las entidades de base, con contacto directo con los grupos representados, las categorías y poseen base territorial municipal. Las entidades de grado superior son las federaciones y confederaciones. Las federaciones se organizan por la reunión de al menos cinco sindicatos de la misma categoría y poseen base territorial en los estados de la federación. A su vez, las confederaciones son nacionales y se organizan por la unión de al menos tres federaciones pertenecientes al mismo grupo.

(15) BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho. Obra citada, pág. 92.

(16) En este sentido: BARROSO, Fábio Túlio. Neocorporativismo e Concertação Social. Análise político-jurídica de las atuais relações coletivas de trabalho no Brasil. Recife: Editora Universitária de la UFPE, 2010.

mo tiempo coordinar el contenido del art. 8º, I de la Constitución con los arts. 2(17) y 5(18) del Convenio nº 87, en lo que atañe a la libertad de asociación como derecho fundamental.

En el mismo inciso del art. 8º de la Constitución hay, con todo, restricción al registro de la entidad sindical, que deberá ser en el Ministerio de Trabajo, con miras al mantenimiento de la unicidad prevista en el inciso II. Esta definición vino apenas después de la judicialización de la cuestión, cuando el Supremo Tribunal Federal unificó la interpretación mediante la súmula n. 677(19), dando efectividad a la norma.

Esta exigencia de registro no contradice formalmente las normas del Convenio nº 87 de la OIT, dado que no es requisito de creación, ni es autorización, sino mero registro de la entidad(20), pese a que es requisito de representación sindical su respectivo asentamiento en el órgano competente. Sin embargo, en la práctica, no se tiene el amplio ejercicio de la libertad sindical, dado que al exigir el registro de la entidad con miras a la aplicación de la unicidad sindical(21), se limita el ejercicio de la libertad asociativa.

A su vez, al garantizar un modelo de autonomía que preserva la capacidad de gestión y de regulación interna de las entidades sindicales, el inciso I del art. 8º tgambién determinó que no podrá haber ni interferencia ni intervención en las entidades(22). Eso significa que a partir de 1988, año de la promulgación de la Constitución, las entidades sindicales tienen plena autonomia en sus actividades internas, como elección, mandato de los dirigentes, cantidad de directores, entre otras materias relativas a su poder de autorregulación por medio de sus respectivos estatutos.

En síntesis, es la afirmación de que el estatuto se impone a la ley, en situación inversa a la hermenéutica del periodo anterior, pero siempre respetando los límites de la unicidad y de la contribución compulsoria determinados por la propia carta constitucional.

No obstante, como no hubo revocación expresa de la norma infraconstitucional en cuanto a las condiciones de intervención del poder público en las entidades sindicales, es posible, por mera liberalidad de la entidad que se admita su aplicación, utilizando las normas de la CLT en lo particular, pero sin el aspecto imperativo que existía antes de la Constitución de 1988 para la fijación de los parámetros arriba citado, apenas de forma paradigmática.

(17) *Art. 2 - Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.*

(18) *Art. 5 - As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de constituir federações e confederações, bem como o de filiar-se às mesmas, e toda organização, federação ou confederação terá o direito de filiar-se às organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores.*

(19) *Súmula n. 677 do STF. Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.*

(20) SANTOS, Cibele Carneiro de la Cunha Macêdo. Breves comentários às Convenções nº 87 e 98 da Organização Internacional del Trabalho, Em: Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT. Organização de Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Lorena de Melo Rezende Colnago, São Paulo, LTR, 2014, pág. 413.

(21) BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho. Obra citada, pág. 92.

(22) BARROSO, Fábio Túlio. Idem, pág. 93. Entendido que la interferencia y acto de persuasión, ingerencia inmaterial y la intervencion es un acto físico de intromisión en los asuntos sindicatles, que tiene en su origen la organización, que es propia de una persona jurídica de derecho privado y que no cabe en ninguna hipótesis estas formas de participación estatal en la vida de las entidades sindicales.

Como se dijo, la unicidad sindical determinada en el inciso II del art. 8º(23), establece la forma, la cantidad y a territorialidad de las entidades desta naturaleza que constituyen el sistema confederativo: sindicatos, federaciones y confederaciones. Entidades de base y de grado superior, respectivamente. Las centrales no se incluyen en esta determinación, por tratarse de entidades de cúpula y están jerárquicamente por encima de todas estas, como determina el art. 1º, I de la ley 11.648 de 2008(24).

O sea, la propia Constitución determina que solamente podrá haber una entidad sindical en la base territorial establecida por ley, que se organizará en primer grado por el criterio de la categoría. Como eso ocurre "en cualquier grado", tanto los sindicatos, como las federaciones y las confederaciones, siendo estas últimas de grado superior en territorio, coleticvidad y jerarquía. Así, siguen este criterio determinado en la norma máxima, que está reglamentado en los arts. 533(25) y siguientes de la CLT, normas válidas y preexistentes a la Constitución, que ya definían los criterios de organización de estas últimas entidades y coordinados con la unicidad.

Para las entidades de base, quedó definido que la organización se da por categorías, grupo, colectivo de trabajadores o empleadores, que se organizan por criterios propios, como la identidad y de forma artificial, determinada por ley; la similaridad o la conexión(26), lo que ampía en este aspecto organizacional la discordancia específica sobre las normas gerales de no intervención en la actividad sindical previstas en el Convenio n. 87 de la OIT.

---

(23) *II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município*;

(24) *Art. 1º A central sindical, entidade de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, terá as seguintes atribuições e prerrogativas:*

I-coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; e (...).

(25) *Art. 533 - Constituem associações sindicales de grau superior las federações y confederações organizadas nos termos desta Lei.*

Art. 534 - É facultado aos Sindicatos, quando en número não inferior la 5 (cinco), desde que representem la maioria absoluta de un grupo de actividades o profissões idênticas, similares o conexas, organizarem-se en federação.

§ 1º - Se já existir federação no grupo de actividades o profissões en que deva ser constituída la nova entidade, la criação desta não poderá reduzir la menos de 5 (cinco) el número de Sindicatos que àquela devam continuar filiados.

§ 2º - las federações serão constituídas por Estados, podendo el Ministro del Trabalho, Industria y Comercio autorizar la constituição de Federações interestaduais o nacionais.

§ 3º - É permitido la qualquer federação, para el fim de lhes coordenar los interesses, agrupar los Sindicatos de determinado município o região la ela filiados; mas la união não terá derechode representação de las actividades o profissões agrupadas.

Art. 535 - las Confederações organizar-se-ão con el mínimo de 3 (três) federações y terão sede na Capital de la República.

§ 1º - las confederações formadas por federações de Sindicatos de empleadores denominar-se-ão: Confederação Nacional de la Indústria, Confederação Nacional del Comércio, Confederação Nacional de Transportes Marítimos, Fluviais y Aéreos, Confederação Nacional de Transportes Terrestres, Confederação Nacional de Comunicações y Publicidade, Confederação Nacional de las Empresas de Crédito y Confederação Nacional de Educação y Cultura.

§ 2º - las confederações formadas por federações de Sindicatos de empregados terão la denominação de: Confederação Nacional dos trabajadores na Indústria, Confederação Nacional dos trabajadores no Comércio, Confederação Nacional dos trabajadores en Transportes Marítimos, Fluviais y Aéreos, Confederação Nacional dos trabajadores en Transportes Terrestres, Confederação Nacional dos trabajadores en Comunicações y Publicidade, Confederação Nacional dos trabajadores nas Empresas de Crédito y Confederação Nacional dos trabajadores en Estabelecimentos de Educação y Cultura.

§ 3º - Denominar-se-á Confederação Nacional de las Profissões Liberais la reunião de las respectivas federações.

§ 4º - las associações sindicales de grau superior de la Agricultura y Pecuária serão organizadas na conformidade del que dispuser la ley que regular la sindicalização dessas actividades o profissões.

(26) *CLT, art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos los que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.*

Paradojalmente, la norma del inciso II del art. 8º de la Constitución determina que incumbe e los interesados, seam trabajadores o empleadores la creación de la entidad sindical, que mismo en un texto en que limita la forma de la organización, permite que sea democraticamente definido por los sujetos interesados la creación de la entidad, sin impedimento del poder público en este aspecto.

A su vez, la función de las entidades sindicales, sin que haya ninguna delimitación de sus representatividades fue contemplada en Brasil. Eso porque el inciso III del art. 8º(27) terminó la función colaboracionista anteriormente vigente y asentada en el art. 514 de la CLT(28), no recepcionado por el nuevo orden constitucional. La nueva norma delimita la función representativa sindical en el ámbito administrativo y judicial a sus representados.

Eso se da por medio de la libre negociación colectiva, determinada en los arts. 611 a 625 de la CLT, en admisión también al contenido de los Convenios n. 98(29) y 154(30) de la OIT, ratificadas por Brasil y también por la posibilidad de representación de intereses de los grupos o persons delante del Poder Judicial.

No obstante, la representación judicial de los intereses de los trabajadores por los sindicatos sufrió un duro golpe por medio de la enmienda constitucional nº 45/2004, que determinó la redacción del art. 114, en su parágrafo 2º(31), que en las acciones colectivas representativas de los intereses de la categoría (*dissídios*) de naturaleza económica, solamente podrían ser propuestas de "común acuerdo" entre los litigantes. Eso significó un contundente retroceso social, dado que solamente podrá ser promovida la contienda colectiva una vez frustrada la negociación colectiva, cuando se impone un consenso instrumental para la discusión de la materia, algo que en la práctica es absolutamente inviable(32), en que pese al respeito por los posicionamentos contrários, más atañe a la libertad de representación, la libertad de negociación colectiva, bien como el amplio acceso a los medios de solución de conflictos(33), derechos todos constitucionalmente asegurados en normas originarias de la Constitución(34).

Esta situación limita el ejercicio de la autonomía privada colectiva y, por consecuencia, la libertad de negociación colectiva, una vez que los conflictos de esta naturaleza son mayoritariamente económicos, sobre todo, porque tratan de reajustes de salarios.

(27) *III - ao sindicato cabe la defesa dos direitos y interesses colectivos o individuais de la categoria, inclusive en questões judiciais o administrativas;*

(28) *CLT, art. 514. São deveres dos sindicatos: a) colaborar con los poderes públicos no desenvolvimento de la solidariedade social.* (...)

(29) Aprobada por Decreto Legislativo n. 49, de 27 de agosto de 1952, promulgada por Decreto n. 33.196/1953.

(30) Aprobada por Decreto Legislativo n. 22, de 12 de mayo de 1992, promulgada por Decreto n. 1.256/94.

(31) *Art. 114. Compete à Justiça del Trabalho processar e julgar:* (...)

§ 2º Recusando-se qualquer de las partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça del Trabalho decidir el conflito, respeitadas las disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como las convencionadas anteriormente

(32) Con más detalle: BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho, obra citada, págs. 204-209.

(33) *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade del derechoà vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes*: (...) *XXXV - la ley não excluirá de la apreciação del Poder Judiciário lesão o ameaça la direito;*

(34) Con más detalle: BARROSO, Fábio Túlio; NILO, Taciana Carolina Alípio. A exigência del "comum acordo" para el ajuizamento del dissídio colectivo de naturaleza econômica. (In)constitucionalidade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9213>. Visitado el 16 de diciembre de 2016.

A su vez, el derecho de huelga es asegurado, con previsión tanto en norma constitucional (art. 9º(35)) como en ley específica (ley nº 7.783/89), aunque restringido a los trabajadores civiles, con mera previsión constitucional, sin reglamentación para los funcionarios públicos(36), como se deriva del tenor del art. 37, VII(37) de la Constitución.

A los militares les está vedado tanto el derecho de sindicalización como el derecho de huelga, por norma expresa (art. 142, § 3º, IV(38)).

En materia de limitaciones a la libertad, en el inciso IV del art. 8º de la Constitución(39), existe previsión de contribución de origen heterónoma, una vez que esté prevista en ley. Es justamente la "contribución sindical" de naturaleza tributaria, anual y obligatoria para asociados y no asociados a los sindicatos, sea del setor trabajador o empleador, que sirve como fuente de costeo del sistema confederativo profesional y económico, más allá de las centrales sindicales.

Es el antiguo impuesto sindical del régimen corporativo, anterior a la Constitución, que fue mantenido y es objeto de severas críticas por parte de la doctrina especializada. Sirve, entretanto, como principal fuente de financiamiento de las entidades sindicales profesionales y su extinción podría significar una fuerte ruptura de la capacidad de organización de estas entidades. Pese a ser técnicamente reprochable la obligatoriedad del cobro, es vista como necesaria desde el punto de vista político para el sector trabajador, siendo instrumento de equilibrio entre las entidades sindicales, hasta que el sindicalismo brasileño madure y consiga establecer condiciones propilas de mantenimiento. Para el setor empleador, significa un valor agregado, sin que haya un retorno expresivo del *quantum* invertido.

Esto no significa que esté vedada la creación de contribuciones autónomas por las entidades sindicales. La propia norma del art. 8º, IV de la Constitución fomenta la creación de contribución confederativa, para las entidades del respectivo sistema por medio de asamblea sindical, pudiendo incluso ser creadas otras contribuciones, como la negocial y la derivada de la sindicalización.

A su vez, en lo relativo a la libertad sindical individual, existe previsión en la Constitución y en la CLT, que es preexistente al texto constitucional, en el sentido de establecer garantías en el empleo de los dirigentes sindicales, resguardándolos en el sentido establecido en el art. 2 del Convenio nº 87 de la OIT.

(35) *Art. 9º. É assegurado el derechode greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre los interesses que devam por meio dele defender*.

(36) El Supremo Tribunal Federal, entendió que es aplicable el derecho de huelga a los trabajadores de la iniciativa privada para los funcionarios públicos, en lo que corresponda. Juzgamiento de los *Mandados de Injunção* nºs 670, 708 y 712.

(37) *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes de la União, dos Estados, del Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:* (...) *VI - é garantido ao servidor público civil el derechoà livre associação sindical; VII - el derechode greve será exercido nos termos y nos limites definidos en ley específica;*

(38) *Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército y pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes y regulares, organizadas con base na hierarquia y na disciplina, sob la autoridade suprema del Presidente de la República, y destinam-se à defesa de la Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, de la ley y de la ordem.* (...) *§ 3º los membros de las Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além de las que vierem la ser fixadas en lei, las seguintes disposições:* (...) *IV - ao militar são proibidas la sindicalização y la greve;*

(39) *IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, en se tratando de categoria profissional, será descontada en folha, para custeio del sistema confederativo de la representação sindical respectiva, independentemente de la contribuição prevista en lei;*

De forma sistemática se han interpretado las normas de los Convenios nº 98 y 135(40) de la OIT, ambas ratificados por Brasil, en el sentido de establecer garantías en el empleo del dirigente sindical, impidiendo represalias por su condición(41), en la perspectiva del establecimiento de protecciones formales a la libertad individual.

En el aspecto interno, el art. 543 de la CLT establece los criterios de protección en casos de cambios de lugar o función que cause una modificación de su representación sindical, la inamovilidad, la dificultad o impedimento de despido, salvo justa causa probada judicialmente, la estabilidad provisoria y la posibilidad de apartarse del empleo para ejercer sus actividades representativas, la suspensión del contrato de trabajo(42).

La interpretación del silencio en lo relativo al número de dirigentes con garantías en el empledo también fue planteada a nivel judicial.

En especial la jurisprudência de la más alta corte laboral no establece un límite cuantita-

(40) Aprobada por Decreto Legislativo n. 86, de 14.12.89, del Congreso Nacional y promulgada por Decreto nº 131, de 22 de mayo de 1991.

(41) BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho. Obra citada, págs: 144-145: "Las garantías en el empleo pueden ser consideradas como como el género de protección y de mantenimiento del vínculo laboral, en cuanto el trabajador pasa por determinadas situaciones previstas en la ley, o incluso en norma autónoma colectiva, convenio y acuerdo colectivo de trabajo, que limita el poder directivo del empleador. Esta protección contra actos antisindicales tiene previsión en los Convenios números 98 y 135 de la OIT, respectivamente, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico. Por medio de estas normas se establecen limitaciones o incluso impedimentos para que el empleador pueda despedir al empleado en situación política de representante de los intereses de la categoria o de los trabajadores en la empresa, conforme se observa del tenor de los articulos de los Convenios que se transriben a continuación:

Convenção 98 de la OIT – Artigo 1º .- 1. los trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação con relação a seu emprego. 2. Essa proteção aplicar-se-á especialmente a atos que visem:

a) sujeitar el emprego de um trabalhador à condição de que não se filie a um sindicato ou deixe de ser membro de um sindicato; b) causar a demissão de um trabalhador ou prejudicá-lo de outra maneira por sua filiação a um sindicato ou por sua participação en atividades sindicais fora de las horas de trabalho ou, con el consentimento del empregador, durante el horário de trabalho.

Convenção 135 de la OIT: Artigo 1º los representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados con uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive el licenciamento, e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical, ou participação en atividades sindicais, conquanto ajam de acordo con las leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais vigorando.

Artigo 2º

1 - Facilidades devem ser concedidas, na empresa, aos representantes dos trabalhadores, de modo a possibilitar-se el cumprimento rápido e eficiente de suas funções.

(...)

Artigo 3º Para los fins de la presente Convenção, los termos "representantes dos trabalhadores" designam pessoas reconhecidas como tais pela legislação ou a prática nacionais, quer sejam:

a) representantes sindicais, a saber representantes nomeados ou eleitos por sindicatos;

(...)"

(42) *Art. 543 - o empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido del exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível el desempenho de las suas atribuições sindicais.*

§ 1º - el empregado perderá el mandato se a transferência for por ele solicitada ou voluntariamente aceita.

§ 2º - Considera-se de licença não remunerada, salvo assentimento de la empresa ou cláusula contratual, el tempo en que el empregado se ausentar del trabalho no desempenho de las funções a que se refere este artigo.

§ 3º - Fica vedada a dispensa del empregado sindicalizado ou associado, a partir del momento del registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após el final del seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.

tivo (Súmulas de nº 369(43) y 379(44), en combinación con la Súmula 197 del Supremo Tribunal Federal(45)).

A su vez, se tiene la garantía de no existir restricción ni a la libertad sindical positiva ni negativa, conforme preceptúa el inciso V del art. 8º de la carta mayor, que nadie será obligado a afiliarse o a mantenerse afiliado.

Cabe señalar un hecho particular respecto de la estructura del sindicalismo brasileño. El sistema confederativo formado por sindicatos, federaciones y confederaciones se organiza por unicidad sindical, por determinación de la norma constitucional.

No obstante, la ley que reconoció las centrales sindicales como entideades de tal naturaleza, posibilita la organización plural de las mismas. Frente a esto, como las centrales fueron definidas por ley como "entidad asociativa de derecho privado compuestas por organizaciones sindicales de trabajadores", se tienen que organizar por pluralidad y dependen para su constitución de las asociaciones que se organizan por unicidad, las que conforman el sistema confederativo: sindicatos, federaciones y confederaciones.

Dato curioso en la práctica es la utilización de la pluralidad en las entidades sindicales de cúpula, forma de organizacion propuesta por la OIT (Convenio nº 87), y el sistema de la unicidad, forma no pretendida por la ingerencia estatal y que es utilizada para las entidades del sistema confederativo.

Conclusiones

Por lo expuesto, es posible verificar que el modelo sindical brasileño en algunos casos admite los preceptos del Convenio nº 87 de la OIT y en otros restringe la libertad que allí se consagra. Se caracteriza por ser un "modelo híbrido", en el entendido de que no se tiene absoluta libertad, pero tampoco presenta interferencias del Estado(46). Igualmente, existe en su evolución un movimento de avances y retrocesos en lo relativo a esta materia.

Por todo eso:

Si fuera dada una interepretación inflexible, en que la única forma de libertad sindical fuera la presente en el Convenio número 87 de la OIT, entonces Brasil no poseería liber-

(43) *Súmula nº 369 del TST - DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação del item I alterada na sessão del Tribunal Pleno realizada en 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado en 25, 26 y 27.09.2012.*

I - É assegurada la estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que la comunicação del registro de la candidatura o de la eleição y de la posse sea realizada fora del prazo previsto no art. 543, § 5º, de la CLT, desde que la ciência ao empleador , por qualquer meio, ocorra na vigência del contrato de trabalho.

II - el art. 522 de la CLT fue recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, la estabilidade la que alude el art. 543, § 3.º, de la CLT la sete dirigentes sindicales y igual número de suplentes.

III - el empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa actividad pertinente à categoria profesional del sindicato para el qual fue eleito dirigente.

IV - Havendo extinção de la actividad empresarial no âmbito de la base territorial del sindicato, não há razão para subsistir la estabilidade.

V - el registro de la candidatura del empregado la cargo de dirigente sindical durante el período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura la estabilidade, visto que inaplicável la regra del § 3º del art. 543 de la Consolidação de las Leis del Trabalho.

(44) *Súmula nº 379 del TST - DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE (conversão de la Orientação Jurisprudencial nº 114 de la SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.*

O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração en inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, §3º, de la CLT. (ex-OJ nº 114 de la SBDI-1 - inserida en 20.11.1997)

(45) *Súmula 197 - el empregado con representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito en que se apure falta grave.*

(46) BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito Sindical. Análise del Modelo brasileiro de Relações Coletivas de Trabalho à Luz del Direito Comparado e da Doutrina da OIT – Proposta de Inserção de la Comissão de Empresa, 5ª edição. São Paulo, LTr, 2015, pág. 83.

tad sindical, porque su modelo complejo no respeta totalmente las normas emanadas de dicha norma internacional.

Sin embargo, admitido el hecho de que la libertad sindical puede ser relativa, el país posee un modelo propio, que admite los preceptos contenidos en la referida norma internacional, aunque utilizándolos de manera relativa, aunque no posibilitando el ora ambiente normativo propenso para la adecuación de comportamientos conforme el Convenio nº 87, siendo un caso paradigmático de unicidad sindical(47).

Es un dato que en América Latina existe una característica de intervencionismo estatal en las entidades sindicales, en el que predomina la limitación al ejercicio de la libertad de asociación, salvo el caso de Uruguay(48).

En Brasil, la realidad es similar a la que predominante en América Latina. De todos modos, posee un modelo propio o *suis generis* de libertad sindical, cuyas restricciones en comparación con el modelo propuesto por la OIT, sobre todo en su Convenio nº 87, se refieren a la unicidad y a la contribución compulsiva, que derivan de la estructura del sindicalismo del país. En los últimos años surgieron otras limitaciones al ejercicio del propio modelo de libertad, que fue la exigencia de que exista un acuerdo para promover las acciones colectivas de naturaleza económica y los criterios de creación y mantemiento de las Centrales por medio de ley específica que trata la materia.

Por último, existe en el sistema sindical del país la utilización tanto de la unicidad como de la pluralidad. La primera de las entidades del sistema confederativo, remanentes del modelo corporativo y la segunda, para las centrales que curiosamente dependen de las entidades que se organizan por unicidad para que seam constituídas, adotando la pluralidad.

Referencias Bibliográficas

BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito coletivo do Trabalho, São Paulo, LTR, 2010.

BARROSO, Fábio Túlio. Neocorporativismo y Concertação Social. Análise político-jurídica de las atuais relações coletivas de trabalho no Brasil. Recife: Editora Universitária de la UFPE, 2010.

BARROSO, Fábio Túlio; NILO, Taciana Carolina Alípio. la exigência del "comum acordo" para el ajuizamento del dissídio coletivo de natureza econômica. (In) constitucionalidade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9213>. Acesso en 16 de dezembro 2016.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de, Direito Sindical. Análise del Modelo brasileiro de Relações Coletivas de Trabalho à Luz do DireitoComparado e da dotrina da OIT – Proposta de Inserção de la Comissão de Empresa, 5ª edição. São Paulo, LTr, 2015.

CARINCI, Franco, TAMAJO, Raffaele de Luca, TOSI, Paolo y TREU, Tiziano. Colaboradores: BROLLO, Marina, CAMPANELLA, Piera y LUNARDON, Fiorella. Derecho del Trabajo. 1. El Derecho Sin-

(47) BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho. Obra citada, págs. 84 y 85.

(48) ERMIDA URIARTE, Oscar. Intervenção e autonomia no Direito Coletivo do Trabalho, Em: el Direito Coletivo, liberdade sindical e as Normas Internacionais. O Direito Coletivo na OIT: Normas, Jurisprudência e reflexões sobre a normatividade protetiva de la libertad sindical, vol. 1. Organizadores: Sandro Lunardi Nicoladeli, André Franco de Oliveira Passos e Tatyana Scheila Friedrich, São Paulo, LTR, 2013, págs. 11 e 15.

dical. Tradução: AVILÉS, José Antonio fernández, MURRONE, Maria Giovanna, MARTÍNEZ, Luis Angel Triguero, INSUA, Belén del Mar López, BERNANRDINO, Manuela Durán y SÁNCHEZ, Sonia Fernández. Coordenador de la tradução José Antonio Fernández Aviléz. Granada, Comares, 2015.

DUARTE, Bento Herculano y MORAES, José Diniz de, la libertad Sindical Como DerechoFundamental y la não ratificação de la Convenção nº 87 de la OIT pelo Brasil: los Limites de la Negociação colectiva y la Proteção en Face de Atos Antissindicais. Em: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa Franco y MAZZUOLI, Valério de Oliveira (organizadores). DerechoInternacional del Trabalho. el Estado de la Arte Sobre la Aplicação de las Convenções Internacionales de la OIT no Brasil. São Paulo, LTR, 2016.

http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_pt.htm acesso en 30 de maio de 2015.

Liberdade Sindical na Prática: Lições la Retirar. Relatório Global de Acompanhamento de la Declaração de la OIT relativa aos Princípios y Direitos Fundamentais no Trabalho, Conferência Internacional del Trabalho, 97ª Sessão 2008, Relatório I (B), Bureau Internacional del Trabalho, Lisboa, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro (*In memoriam*), NASCIMENTO, Sônia Mascaro y NACIMENTO, Marcelo Mascaro. Compêndio de DerechoSindical, 8ª edição, São Paulo, LTr, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Derechodel Trabalho, 25ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010.

PÉREZ, José Luis Monereo, NAVARRETE, Cristóbal Molina y VIDA, Maria Nieves Moreno. Manual de Derecho Sindical, 9ª edição, Granada, Comares, 2014.

RÍOS, Afredo Villavicencio. la libertad sindical nas normas y procedimentos de la OIT, São Paulo, LTr, 2011.

SANTOS, Cibele Carneiro de la Cunha Macêdo. Breves comentários às Convenções nº 87 y 98 de la Organização Internacional del Trabalho, Em: DerechoInternacional del trabajo y las Convenções Internacionales de la OIT. Organização de Rúbia Zanotelli de Alvarenga y Lorena de Melo Rezende Colnago, São Paulo, LTR, 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo, Instituições de Derechodel Trabalho, 18ª edição, volume 1, en SUSSEKIND, Arnaldo, Maranhão, Délio, VIANNA, Segadas y TEIXEIRA, João de Lima, LTr, São Paulo, 1999.

URIARTE, Oscar ermida. Intervenção y autonomia no Derechocolectivo del Trabalho, Em: el DerechoColetivo, libertad Sindical y las Normas Internacionales. el Derechocolectivo na OIT: Normas, Jurisprudência y reflexões sobre la normatividade protetiva de la libertad sindical, vol. 1. Organizadores: Sandro Lunardi Nicoladeli, André Franco de Oliveira Passos y Tatyana Scheila Friedrich, São Paulo, LTR, 2013.

JURISPRUDENCIA

Suprema Corte de Justicia

SENTENCIA N° 411/2016

Montevideo, doce de octubre de dos mil dieciséis

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "GONZALEZ, MARCELA C/ ESTADO - MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS - ACCION DE NULIDAD - INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO ART. 32 DE LA LEY NRO. 17.556", IUE: 1-25/2016.

RESULTANDO:

I) La Sra. Marcela González dedujo acción de nulidad respecto a la decisión denegatoria ficta, configurada tras la solicitud presentada a fin que se le reconociera su antigüedad durante los años trabajados en diversos regímenes contractuales, que a su entender disimularon una relación laboral permanente.

II) En este marco, los Sres. Ministros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por Resolución No. 43, dictada el día 10 de marzo de 2016 (fs. 58-63 vto.), dedujeron de oficio la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 32 de la Ley No. 17.556, por considerarlo vulneratoria de los arts. 53 a 59 de la Constitución Nacional.

En síntesis, los Sres. Ministros fundaron su solicitud en los argumentos que se narrarán a continuación.

La calidad de funcionario público ante la acción de inconstitucionalidad. Postura de la SCJ(1)

por **Carolina Costas Martinez**

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UR). Aspirante a Profesora Adscripta de Derecho Administrativo (FD-UR)

Resumen: La Constitución de la República consagra al trabajo como un derecho fundamental al que tienen acceso todos aquellos individuos que desempeñan tareas bajo una relación de subordinación. Ante esa regulación de rango constitucional, el legislador, se enfrenta a una barrera que no puede ser transgredida, so pena de ser pasible de ser declarada inconstitucional. De esa manera, el funcionario público como especie dentro del género trabajador, es un status que conlleva derechos, deberes y garantías que no puede ser quitado ni acotado por la ley ordinaria.

Palabras claves: Funcionario público - contrato a término - acción anulatoria - acción de inconstitucionalidad - trabajador del Estado - exclusión de la protección.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Marco normativo. IV. Posición doctrinal respecto a la calidad de funcionario público. V. Análisis del artículo 32 de la Ley 17.556. VI. Postura de la Suprema Corte de Justicia. VII. Nuestra opinión.

I. Introducción

En este trabajo se analizará la posición adoptada por la Suprema Corte de Justicia frente a la Ley Nº 17.556, respecto a la cual, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo solicita de oficio su declaración de inconstitucionalidad, por entender que la misma excluye de la calidad de funcionario público a los trabajadores contratados que desempeñan servicios en el Estado.

II. Antecedentes

Con **fecha 10 de marzo de 2016** el **Tribunal de lo Contencioso Administrativo** dic-

(1) Siendo la autora funcionaria de la DGI, las opiniones vertidas en el presente trabajo no comprometen la opinión de la mencionada Dirección.

a) El art. 53 de la Carta considera el trabajo en sí mismo, prescindiendo de todo otro factor, de donde emerge un principio tan propio del derecho laboral que es el principio protector, y aparece también, el deber de trabajar.

Luego, de los artículos 54 a 57 de la Constitución, surge el elemento agregado que refiere al cumplimiento del trabajo en régimen de subordinación, sin más calificación. Es decir, todo el régimen de subordinación está alcanzado por los artículos que viene de señalar.

b) Los artículos 58 a 63 agregan un elemento más, y es que el trabajo subordinado lo sea a una entidad estatal. Es aquí donde aparece la palabra "funcionario", surgiendo sólo en referencia a quienes trabajan en relación de subordinación a una entidad estatal.

c) De tal contexto surge cuál es el concepto constitucional de funcionario: "funcionario son todos quienes cumplen con su deber de aplicar sus energías intelectuales y corporales en una relación de trabajo o servicio con una entidad estatal..." (fs. 60 vto.).

"En la especialidad del caso, la actora ingresó a la Administración mediante un procedimiento legal (a través de un llamado público y abierto para ser seleccionada a efectos de su contratación), pero por una calificación ope legis se le desprovee de un conjunto de derechos, deberes y garantías de orden estatutario.

En la emergencia, durante el período anterior a su vinculación con la Dirección General Impositiva, y mientras desempeño tareas para la Contaduría General de la Nación primera y para la Auditoría Interna de la Nación después, aplicó sus energías corporales e intelectuales en una relación de subordinación jurídica en un órgano del Estado.

tó la **Sentencia Nº 43**. Dicha sentencia dispuso, por un lado, la promoción de oficio de la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley Nº 17.556, con la consecuente remisión de las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia y por otro lado, dispuso la suspensión de los procedimientos hasta tanto se resuelva la cuestión

La misma se dictó en el proceso anulatorio en el cual la actora acciona contra el acto denegatorio ficto del Ministerio de Economía y Finanzas que operó con fecha 19/10/2012.

Dicha denegatoria recayó ante la petición calificada que fuera presentada el día 22/05/2012, por la que, la accionante solicita le sea reconocida la antiguedad adquirida como consecuencia del ejercicio de función pública con anterioridad a su ingreso a la Administración Tributaria (Dirección General Impositiva).

Ese acto, se asienta legalmente en el **artículo 32 de la Ley 17.556 de 19/09/2002** (Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal) que respecto a la calidad del contratado expresa lo siguiente:

"*El contratado no adquiere la calidad de funcionario público, ni los beneficios que tal calidad conlleva. Su contrato será a término, revocable por parte del organismo contratante cuando lo estime conveniente y renovable, siempre que subsistan las necesidades del servicio que lo motivaron y el rendimiento haya sido satisfactorio a criterio de la autoridad correspondiente.*".

La mencionada norma reconoce claramente que los sujetos que se vinculan laboralmente con el Estado mediante la suscripción de un contrato a término, no adquieren la calidad de funcionario público, ni los beneficios que ello apareja.

Los Ministros del Tribunal alegan su solicitud de oficio de declaración de inconstitucionalidad, principalmente, en el alcance amplio del concepto constitucional de funcionario público. De esa manera, entienden que adquiere la calidad de funcionario público, todo individuo que desarrolla fun-

La realidad funcional mar-có sencillamente eso..." (fs. 60 vto.).

d) El concepto de funcio-nario público no se caracteriza por la índole de la designación o forma de ingresar a la Administración Pública, sino por la realización o cumplimiento de funciones esenciales y específicas propias de la Administración Pública, o por la contribución a que tales funciones sean realizadas.

e) El legislador debe atenerse al concepto amplio de funcionario público emergente de los textos constitucionales, no siendo posible restringir la definición y en consecuencia el régimen aplicable.

f) Mediante la disposición cuya tacha de inconstitucionalidad es impetrada de oficio, el legislador pretende sustraer del régimen jurídico general de protecciones constitucional, a aquéllos sujetos que se vinculen contractualmente con órganos del Estado a través de la nominación del ligamiento bajo la égida del Derecho del Trabajo.

III) Por Auto No. 667 del 5 de mayo de 2016, la Suprema Corte de Justicia les confirió traslado a la parte demandada y al Sr. Fiscal de Corte por el plazo común de veinte días arts. 516.1 y 518 del C.G.P. (fs. 70).

IV) La actora evacuó el traslado conferido a fs. 75 y 75 vto., manifestando su concordancia absoluta con la inconstitucionalidad planteada de oficio por el Tribunal de lo Contenciosos Administrativo, en tanto, la demandada Estado - Dirección General Impositiva - Ministerio de Economía y Finanzas, abogó por su rechazo (fs. 83-95).

V) El Sr. Fiscal de Corte evacuó el traslado otorgado, expresando que, en su opinión, la inconstitucionalidad promovida de oficio no puede prosperar (fs. 99 a 100 vto.).

ción pública y siempre que el mismo haya ingresado a la Administración por designación o por cualquier otro medio o procedimiento legal.

Sostienen asimismo, que la ley no puede apartarse de un concepto que está en la Constitución, concluyendo que, cualquier ley que se aparte en forma expresa o implícita de ese concepto de funcionario, es inconstitucional.

Sobre esta base, el objeto central de estudio, radica en las consecuencias que esa exclusión normativa puede o no conllevar. A tales efectos, referiremos primeramente a las principales opiniones sostenidas por la Doctrina, para luego explicitar las opiniones vertidas por la Suprema Corte de Justicia para el caso concreto.

III. Marco normativo

Como punto de partida debemos tener en cuenta que la función pública no es más que una forma de trabajo. Ese trabajo, tiene la particularidad de llevarse a cabo dentro o para el Estado (entendido en su sentido amplio).

Tanto en las relaciones de trabajo de Derecho Privado como en las relaciones de trabajo de carácter público, el trabajador es siempre una persona física, siendo que lo que varía es la persona del empleador, por cuanto, en el último de los casos, nos encontramos ante un empleador especialísimo que es, como se dijo, el Estado.

Lo que viene de decirse, no es más que la aplicación de las normas previstas constitucionalmente. Al respecto el **artículo 7 de la Constitución** reconoce genéricamente como derecho fundamental del individuo el ser protegido en el goce del trabajo. Asimismo, se establece en el **artículo 53** que el trabajo se encuentra protegido especialmente por la ley, consagrándose en los **artículos 54 a 57** del mencionado cuerpo normativo, una serie de derechos mínimos a todos los trabajadores que se encuentren en situación de dependencia, sin distinguir si esa relación de trabajo es de Derecho Privado o de Derecho Público y

En síntesis, expresó el jerarca de la Fiscalía: i) La norma no varía el concepto de funcionario público que emerge del contexto de la normativa constitucional, sino que describe una de las formas de vinculación de quienes prestan tareas "en" el Estado, que trabajar "para" el Estado; ii) quienes son contratados mediante un contrato de arrendamiento de servicios o arrendamiento de obras, no adquieren la calidad de funcionarios públicos; iii) dentro de los funcionarios públicos, no todos tienen derecho a la carrera administrativa, que es lo que interesa en el presente caso. Por lo cual, no puede considerarse este derecho como inherente a la función pública; iv) El art. 60 de la Constitución establece la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central, aunque no dice que sean los únicos; v) el funcionario de carrera cumple tareas permanentes en la Administración, y hay otras personas que cumplen tareas eventuales, extraordinarias, específicas, que no pertenecen a la organización normal del servicio. Esto no es obstáculo para que los contratos puedan ser renovados, de subsistir las necesidades; vi) la norma impugnada no incurre en tal desnaturalización, sino que, describe un tipo de vinculación; vii) el cuestionamiento no apunta a la norma en sí misma, sino a la aplicación que se hace de ella. O sea, la crítica estaría en que se usa una determinada estructura legal, para una situación real que no es compatible con ella. En consecuencia, la norma no es objetable desde el punto de vista de su constitucionalidad.

VI) Por Decreto No. 938 del 16 de junio de 2016, se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia (fs. 103), al término del cual se acordó el presente pronunciamiento en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Jus-ticia, por unanimidad de sus integrantes naturales, desestimará

mucho menos si es de naturaleza estatutaria o contractual.

Así, nuestra Constitución utiliza en forma indistinta los términos "*funcionario*", "*empleado*" o "*miembro*" para referir a las personas que brindan funciones en las variadas entidades públicas.

Es la legislación la que nos brinda una definición de funcionario público. Al respecto, la **Ley 19.121 de 28/08/2013** (Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central) en su **artículo 3** lo define como todo individuo que habiendo sido incorporado a través de un procedimiento legal, ejerce funciones públicas en un organismo del Poder Ejecutivo, bajo una relación que se caracteriza por la subordinación y por perseguir en su servicio el interés general.

Tal definición y sin perjuicio de que su ámbito de aplicación se limita a quienes prestan funciones en la Administración Central y las distintas dependencias que la integran, denota amplitud, por cuanto quedan comprendidas todas las personas que ejercen funciones públicas en relación de dependencia y siempre que lo hagan teniendo como faro el interés común.

Dicha amplitud, también resulta del **artículo 75 del Código Penal** vigente, por cuanto, define como funcionario público, a los efectos de dicho Código, a todos los que ejercen un cargo o desempeñan funciones retribuidas o gratuitas, permanentes o temporarias, de carácter legislativo, administrativo o judicial en el Estado, Municipio o cualquier ente público o persona pública no estatal.

IV. Posición doctrinal respecto a la calidad de funcionario público

La Doctrina administrativa uruguaya, ha bregado por un alcance amplísimo del término "funcionario público".

El Maestro **Enrique SAYAGUÉS LASO** refiere a los funcionarios públicos como: "*Ese*

la inconstitucionalidad deducida de oficio por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

II) La norma cuya inconstitu-cionalidad se cuestiona establece: "(Calidad del contratado).- El contratado no adquiere la calidad de funcionario público, ni los beneficios que tal calidad conlleva. Su contrato será a término, revocable por parte del organismo contratante cuando lo estime conveniente y renovable, siempre que subsistan las necesidades del servicio que lo motivaron y el rendimiento haya sido satisfactorio a criterio de la autoridad correspondiente.

Si se produjeren sucesivas renovaciones del contrato a término, ello no implicará en ningún caso que se adquieran derechos a permanencia e inamovilidad del contratado".

Conforme señaló la Corpo-ración en Sentencia No. 432/2013, mediante la Ley No. 17.556 se facultó al Poder Ejecutivo y a los organismos comprendidos en los arts. 220 y 221 de la Constitución a celebrar contratos de trabajo a término al efecto de atender las necesidades que la Administración no pudiera cubrir con sus propios funcionarios (art. 30), estableciéndose, expresamente, que el contratado no adquiría con ello la calidad de funcionario público ni tenía derecho a los beneficios que ésta conlleva, precisándose, además, que su contrato sería a término, revocable por parte del organismo contratante cuando lo estimare conveniente y renovable, siempre que subsistieran las necesidades del servicio y que el rendimiento de los profesionales hubiese sido satisfactorio a criterio de la autoridad pertinente (art. 32).

III) En tal sentido, se com-parte lo consignado por el Sr. Fiscal de Corte, cuando señala que la norma cuya tacha de inconstitucionalidad impetra el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no vulnera las normas de orden superior invocadas, dado que lo que el legislador permitió median-

conjunto de personas al servicio de las entidades estatales (…)".(2)

También **Cristina VÁZQUEZ** sostiene que ingresan en la noción de funcionario público "*(…) todos aquellos individuos que ejercen función pública en una entidad estatal, incorporados por procedimiento legal."* (3)

Asimismo, **Horacio CASSINELLI MUÑOZ** sostiene: "*Un funcionario público es, por definición, una persona que trabaja en una entidad estatal."* (4)

Lo anterior se debe a que esa persona que presta tareas en una entidad de carácter público, no pierde su condición de trabajador, calidad que comprende en su ámbito subjetivo de aplicación, a todos los que desarrollan tareas remuneradas bajo una relación de subordinación. Esta es la postura doctrinal seguida por autores de prestigio, también desde la óptica laboralista. En tal sentido**, BARBAGELATA** señala "*(…) la superación de la conceptuación del derecho del trabajo como "derecho de clase", para orientarse hacia una más amplia que ve a este Derecho centrado en torno de la protección del trabajo y del trabajador.*

(…) el énfasis puesto por un sector importante de la doctrina en la "relación de trabajo", que ha permitido ver a ésta independientemente del título o vínculo jurídico del trabajador con su empleador y de la condición de éste." (5)

(2) Enrique Sayagués Laso en "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo I. Cap. III. Los Funcionarios Públicos. FCU, Octava Edición, 2008, p. 247.

(3) Cristina Vázquez en "Manual de Derecho de la Función Pública". Cap. II. Trabajo de los Funcionarios Públicos: Relación Funcional y Derecho General del Trabajo". FCU, Segunda Edición, 2011, p. 51.

(4) Horacio Cassinelli Muñoz en "Derecho Público". Capítulo XXI. Los Funcionarios Públicos. FCU, Tercera Actaulización, p. 471.

(5) Héctor Hugo Barbagelata en "Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionario Públicos. 1ª Mesa Redonda: Enfoque doctrinario sobre la aplicación del Derecho del Trabajo a los funcionarios públicos. Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UdelaR, 1977, p. 16

te la normativa objeto de estudio fue una forma de vinculación de quienes prestan tareas para el Estado, con el fin de cubrir necesidad que la Administración no pudiera cumplir con sus propios funcionarios.

El régimen de contratos a término establecido en el capítulo IV de la Ley No. 17.556, no vulnera los artículos de la Constitución enumerados por el Tribunal, en tanto no altera el concepto de funcionario público que emerge del contexto de los artículos 58 a 63 de la Carta, sino que, simplemente habilita a la Administración a contratar personal a término, con la posibilidad de renovar sus contratos en caso de subsistir las necesidades.

En este sentido el Tri-bunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno (siendo integrante el Dr. Jorge Larrieux) señaló "...los funcionarios contratados cuyo objeto es la prestación personal de un servicio no ingresan en el alcance conceptual de funcionario público no por no implicar incorporación a la administración, sino por configurar arrendamiento de servicio o de obra. Solo se admite tratándose de prestaciones personales en la adminis-tración pública, el arrendamiento de servicios y la relación en régimen de funcionario público; en el ámbito público la Administración actúa bajo las normas del Derecho Administrativo y por ende no celebra contratos de trabajo en sentido estricto, aunque si puede arrendar servicios personales. La calidad de funcionario público proviene de formas para la que no es hábil la contratación en arrendamiento de servicios (Sayagués Tratado T. I págs. 282 y ss.) (Sentencias Nos. 27/08, 187/2010).

IV) El art. 32 de la Ley No. 17.556 constituye una nueva forma de vinculación de las personas físicas con el Estado (siendo una respuesta a la regularización de diversos regímenes contractuales vigentes a la época de su sanción y considerando asimismo la prohibición de ingreso de

Ésta es la concepción que se ha denominado "unitaria" por cuanto, afirma la existencia de un único Derecho General del Trabajo, que permite un trato igualitario entre el trabajador del ámbito privado y el trabajador del ámbito público, ya que no existen diferencias en los aspectos trascendentes entre la prestación de trabajo de uno y otro.

De ese modo, le son aplicables a los funcionarios públicos, institutos propios y tradicionales del derecho del trabajo, como el derecho de sindicación, huelga, negociación colectiva, estabilidad, descanso semanal, licencia, a lo que actualmente se pueden sumar otros tales como, higiene en el ámbito laboral, capacitación, entre otros.

En el mismo sentido **PLÁ RODRIGUEZ** entendía que la evolución doctrinal y legislativa estaba tendiendo a "*(...) equiparar ambas situaciones, abarcando a los funcionarios públicos dentro del derecho del trabajo y admitiendo, a lo sumo, que el funcionario público tenga un estatuto especial, como lo tienen distintos grupos de trabajadores.*" (6)

V. Análisis del artículo 32 de la Ley 17.556

La Ley 17.556 que nos atañe, en su **Capítulo IV** regula el régimen jurídico aplicable a los denominados **"contratos a término"**.

En cuanto al **ámbito de aplicación** de esta modalidad contractual, el **artículo 30** de la mencionada ley, faculta al Poder Ejecutivo y a los demás organismos previstos en los artículos 220 y 221 de la Constitución (esto es; Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral, Tribunal de Cuentas, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados) a celebrar contratos de trabajo a término

(6) Américo Plá Rodríguez, citado por Héctor Hugo Barbagelata en "Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionario Públicos. 1ª Mesa Redonda: Enfoque doctrinario sobre la aplicación del Derecho del Trabajo a los funcionarios públicos. Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UdelaR, 1977, p. 18.

funcionarios públicos al Estado). Ello no implica violación a norma constitucional alguna, ni una restricción al concepto de funcionario público, ni al régimen que se encuentra sometido, que deriva de las normas creadas por el constituyente a tales efectos.

El régimen estatuido por la Ley No. 17.556 en su capítulo IV aclara que los contratados bajo esa regulación no serán funcionarios públicos, existiendo también otros regímenes de vinculación de las personas físicas con el Estado, sin que por ello adquieran dicha calidad, lo que no implica vulneración alguna del elenco de normas de orden superior invocadas.

Conforme el Dr. Cajarville (Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos, págs. 169/181) la relación que une a una entidad estatal con las personas físicas que le prestan su fuerza de trabajo puede ser, por lo menos, de cuatro tipos:

a) Relación estatutaria propia del funcionario presupuestado;

b) relación contractual (y parcialmente estatutaria) de quien ha celebrado el contrato ha término que ha dado en llamarse "función pública";

c) Relación contractual de quien ha celebrado un contrato de arrendamiento de servicio y

d) relación contractual de quien ha celebrado un contrato de arrendamiento de obra.

Sin perjuicio de compartir lo dicho, la Sra. Ministra Dra. Elena Martínez agrega que bien puede celebrarse un contrato a término y luego concretar una relación estatutaria. Ello no justifica que la antigüedad deba computarse desde aquella primera relación.

con personas físicas a efectos de atender las necesidades que la Administración no pueda cubrir con sus propios funcionarios.

Del análisis de dicho artículo resulta que ese vínculo labor tiene las características siguientes:

- Se trata de un contrato de trabajo.
- Es un contrato a término o con plazo.
- Ese contrato de trabajo es celebrado entre una persona física y el Poder Ejecutivo u otro de los organismos antes referidos.
- Tiene por fin cubrir las necesidades de la Administración contratante, siempre que las mismas no puedan ser satisfechas por los funcionarios que ya integran la misma.

El carácter de ser temporal o con plazo determinado, deriva no solo de su propia denominación, sino que así se establece en forma expresa en su **artículo 34**. Tal disposición, establece que el plazo de ese contrato de trabajo no podrá ser superior a los 12 meses. No obstante, se admite su renovación siempre que subsistan las necesidades que motivaron esa contratación.

Además, el **artículo 31** prevé que la provisión de esos contratos se realizará mediante llamado público y mediante un proceso de selección a través de concurso de méritos y antecedentes.

Avanzando en la lectura del Capítulo IV de este cuerpo normativo, llegamos al **artículo 32** que es objeto de la contienda que suscitó, primero, la acción anulatoria ante el T.C.A. y que luego dio lugar al dictado de la Sentencia de la S.C.J. que es centro de este trabajo.

Dividiremos el estudio del mismo en dos partes, tomando en cuenta sus dos incisos.

El **inciso primero** del artículo 32 en su parte inicial dispone que el contratado no adquiere la calidad de funcionario p**úblico, ni los beneficios que tal condición conlleva.**

La Sra. Ministra no ad-vierte la desprotección del trabajador. Por el contrario, en el caso, amparado por una Ley, luego el trabajador pudo acceder a una relación estatutaria, que lo benefició.

La tesis del órgano accio-nante, llevada a sus últimas consecuencias, conduciría, en realidad, a la desprotección del trabajador.

En efecto, a partir de tal postura y de prosperar, al Estado le sería más beneficioso celebrar contratos de función pública a término y una vez consumado el plazo, rescindir, para luego realizar un llamado público y, ahora sí, contratar funcionarios públicos, que no necesariamente serán aquéllos.

Tales consecuencias serían contrarias a las que, justamente, la impugnante busca evitar.

V) El punto medular aquí es si la Administración utilizó determinada estructura para encubrir la realidad de los hechos. Así fue planteado el asunto por la propia promotora de la nulidad del acto, quien señaló: "...desde el ingreso y durante toda la extensión de tiempo, he desempeñado las actividades laborales en el marco de un incuestionable vínculo de dependencia, realizando diversas tareas técnicas y calificadas en clave de relación laboral.

De modo que, el vínculo contractual fue desvirtuado desde el comienzo, operando como verdadera funcionaria dependiente del Ministerio, en función de las tareas desempeñadas y los términos de la relación" (fs. 3).

Y el Tribunal manifiesta "Entiende la Sede que el artículo 32 de la Ley No. 14.556 al innovar sobre las definiciones supra-legales, desprotege la situación jurídica de la reclamante. En la emergencia, el reconocimiento funcional de su anti-güedad, no es otra cosa que fruto del principio de primacía de la realidad y protector que alcanza a todo trabajador independientemente de quién sea su empleador o patrono" (fs. 59 y vto.)

Resulta entonces que por esta disposición legal, se quita claramente la calidad de funcionario público de aquellas personas físicas que han sido contratadas por el Poder Ejecutivo o cualquiera de las restantes entidades ya referidas para desempeñar tareas en las mismas.

Asimismo, se remarca que tampoco le son alcanzados los beneficios que la condición de funcionario público acarrea.

Finalmente, este artículo 32 en su **inciso segundo** establece que en caso de que se produjeran sucesivas renovaciones del contrato, ello no implicará en ningún caso, que el contratado adquiera derechos a permanencia ni inamovilidad.

Esta disposición, reafirma la intención de que el contratado como no adquiere la calidad de funcionario público, tampoco podrá hacerse de los derechos de permanencia en esa función ni de inamovilidad, que son dos notas típicas del ejercicio de función pública en cargos de carácter presupuestado.

VI. Postura de la Suprema Corte de Justicia

Ante la solicitud de inconstitucionalidad de oficio seguida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativa, recayó la reciente **Sentencia de la Suprema Corte de Justicia Nº 411/2016 de fecha 12 de octubre de 2016.**

La misma, desestima por decisión unánime de los Sres. Ministros la inconstitucionalidad deducida. Tal fallo se asienta básicamente en dos defensas. La primera, refiere a que la norma en cuestión lo que hace es permitir una forma de vinculación de quienes prestan tareas para el Estado, con la finalidad de cubrir necesidades que éste no puede cumplir con sus propios funcionarios. Se trata de una nueva forma de vinculación, que surge como respuesta a la regularización de diversos regímenes contractuales que estaban vigentes a la época. Y la segunda, sostiene que no se altera el concepto de funcionario público que emerge de la Constitución, ya que simplemente habilita a la Administración a contratar personal a término, permitien-

"...como destaca RISSO FERRAND no siempre que nos encontramos con un funcionario contratado, al calificación formal coincide con la realidad, sino que con mucha frecuencia encontramos lo que algunos han denominado sendo contrataciones de trabajo o contrataciones bastar-deadas..." (fs. 62 vto.)

En consecuencia, como lo expresa el Fiscal de Corte, el cuestionamiento no apunta a la norma en sí mismo, sino a la aplicación que se hace de ella, por lo que no puede prosperar. "...la crítica estaría en que se usa determinada estructura legal, para una situación real que no es compatible con ella. La norma no es entonces objetable desde el punto de vista de su constitucionalidad" (fs. 100 vto.).

Como ha señalado reitera-damente la Corporación "La argumentación de la accionante se basa, en rigor, en una desviada aplicación e interpretación de la norma, lo cual, como es sabido, es ajeno al control de constitucionalidad previsto por la Constitución" (Sentencias Nos. 240/2016, 180/2016, 253/2016, 322/2016 entre otras).

VI) Las costas se distribuyen de oficio.

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad,

FALLA:

DESESTIMASE LA INCONSTITUCIONA-LIDAD PROMOVIDA DE OFICIO.

COSTAS DE OFICIO.

NOTIFIQUESE A DOMICILIO Y, OPORTUNAMENTE, REMITASE.

---

do su renovación siempre que persistan las necesidades que motivaron su contratación.

Asimismo, agregan que la cuestión no radica en la constitucionalidad o no de la norma, sino en la aplicación que la Administración hace de ella, usándose una determinada figura legal para una situación real que no es compatible con la misma, lo que resulta ser ajeno al control de constitucionalidad que le compete a la Corte.

VII. Nuestra opinión

Consideramos que la norma en cuestión, resulta ser contraria al alcance amplio que nuestra Constitución dio al término funcionario público que ya fuera explicitado con anterioridad, por cuanto, la misma, no establece ningún tipo de referencia al medio o al instrumento que se utilice como asiento del vínculo laboral entre el trabajador y el empleador.

Al respecto, compartimos la distinción que efectúa **SAYAGUÉS** entre la naturaleza de la relación jurídica en que se encuentra el funcionario frente a la Administración y la naturaleza del acto por el cual se adquiere esa calidad de funcionario.

En cuanto al primer punto, es decir, la **naturaleza del vínculo laboral** que une al funcionario con el Estado, se ha sostenido que es de tipo estatutaria. En ese sentido, se expresa por el Maestro: "*(...) el funcionario se encuentra en una situación estatutaria de origen constitucional, legal o reglamentario cuya existencia es anterior al momento de su ingreso a la función pública, que ha sido creado unilateralmente por la entidad estatal y que, por lo tanto, puede modificar en cualquier momento para adaptarlo a las necesidades de la administración.*"(7)

En lo relativo al segundo punto, la **naturaleza del acto por el cual se ingresa** a ese vínculo laboral de carácter estatutario, varia-

(7) Enrique Sayagués Laso en "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo I. Cap. III. Los Funcionarios Públicos. FCU, Octava Edición, 2008, p. 262.

rá según la modalidad del procedimiento utilizado para la incorporación de la persona física a la entidad pública. Así, puede resultar que la incorporación a la función pública se dé mediante designación o nombramiento (lo que ocurre normalmente) o por sorteo, contratación u otra modalidad.

De esa manera, la generalidad del término trabajador aunada a la amplitud en la definición de funcionario público, nos lleva a afirmar que, basta con que una persona realice tareas en un órgano público, bajo una relación de subordinación, para que adquiera la calidad de funcionario público. Dicha calidad, se adquiere por el solo hecho de que las energías físicas e intelectuales de la persona sean volcadas a una entidad estatal, sin que sea necesario que un texto normativo reconozca expresamente esa calidad al trabajador público. Además, más allá de cuestiones terminológicas, lo que realmente importa es el régimen jurídico que debe aplicarse a ese trabajador al fin de no caer en una situación de desprotección.

En el caso específico que nos atañe, nada importa que la relación de trabajo nazca como consecuencia de un contrato celebrado entre la persona física y la Administración, sino que lo que realmente interesa es que una vez celebrado el mismo, la persona ingresa en una situación jurídica determinada con antelación, que despliega un baraje de derechos, deberes y garantías.

Ese estatuto en el que ingresa el trabajador público se justifica por las particularidades que tiene el desempeño de la función pública y por los fines públicos que deben cumplir las distintas entidades estatales.

Entendemos que los Sres. Ministros confunden el concepto de funcionario público con las clases o categorías de los mismos. Al respecto, tradicionalmente, los funcionarios púbicos han sido clasificados en dos grandes grupos o categorías.

Una primera clasificación, distingue entre funcionarios inamovibles y funcionarios amovibles. De esa manera, se consideran funcionarios inamovibles aquellos que se encuentran protegidos por una garantía constitucional especial, en el sentido de que, para su destitución se requiere el cumplimiento de dos requisitos: a) existencia de causal subjetiva consistente en ineptitud, omisión o delito y, b) el cumplimiento de un procedimiento a tales efectos, consistente en la previa venia del Senado o, en su caso, previa autorización de la Junta Departamental. Mientras que, los funcionarios amovibles son aquellos que no se encuentran amparados por esa garantía constitucional especial.

Una segunda clasificación, refiere a los funcionarios presupuestados y funcionarios contratados. Así, son funcionarios presupuestados aquellos que ocupan un cargo presupuestal, es decir que, son titulares de un cargo previsto en el presupuesto estatal y como consecuencia de ello, tienen la calidad de ser inamovibles y tienen derecho a la carrera administrativa. En cambio, los funcionarios contratados, no son titulares de un cargo presupuestal, sino que se incorporan por partidas de jornales y contrataciones y consecuentemente, son amovibles y no tienen derecho a la carrera administrativa.

En el caso en cuestión, la actora, ha sido contratada en virtud del régimen de contrato a término. No obstante, como acabamos de referir, la contratación es simplemente la forma de ingreso a la Administración y no debe ser confundida con las clases, clasificaciones o tipos de funcionarios públicos existentes.

Ello por cuanto, la calidad de funcionario público resulta del sólo hecho de prestar tareas bajo una relación de subordinación, con la especialidad de que el empleador es el

Estado en sentido amplio, con independencia de la forma de ingreso al mismo.

Asimismo, sostenemos que, tampoco interesa el rubro del que resultan las partidas para afrontar la remuneración de ese trabajador (partidas correspondientes al Presupuesto Nacional o partidas destinadas a contrataciones), ya que ello no excluye su calidad de funcionario público. Por lo tanto, tanto el presupuestado como el contratado, son funcionarios públicos e ingresan a esa situación jurídica de naturaleza estatutaria que conlleva derechos, deberes y garantías prestablecidas.

Por lo expuesto, en nuestra opinión, ni el legislador, ni el aplicador del derecho ni la jurisprudencia, podrían -al menos legítimamente- excluir de un régimen jurídico cuya base radica en la Constitución, a ningún individuo.

A propósito de la sentencia de la SCJ Nº 411/2016.
Sobre constitucionalidad del artículo 32 de la ley Nº 17.556

por **Cristina Vázquez**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República - UR (Uruguay); Master en Ciencia de la Legislación y Governance Política de la Universitá di Pisa (Italia); Posgrado en Utility Regulation and Strategy de la University of Florida (USA); Posgrados en Gestión de las Energías Renovables y El Sector de Petróleo y sus Derivados del Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico (CEDDET); Posgrado en Defensa de la Competencia de la Comisión de Defensa de la Competencia (España); Profesor Titular de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la UR (Uruguay); Secretaria del Instituto de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de dicha Universidad entre 2009 y 2012; Director del Programa Máster de Derecho Administrativo Económico (PMDAE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y Profesor en asignaturas de dicho Programa Máster (Derecho de la Regulación y la Competencia, Derecho de la Energía, Procedimientos administrativos); Profesor de Derecho Administrativo en Maestría de Políticas y Gestión Públicas de la Oficina Nacional del Servicio Civil; Profesor Invitado de Master en Economía y Regulación de los Servicios Públicos de la Universidad de Barcelona (España); Integrante Académica Supernumeraria de la Academia Nacional de Economía; integrante del Consejo Editorial de la Revista de Derecho y Tribunales; autor de libros y artículos sobre temas de su especialidad.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. LA VÍA DE OFICIO PARA PROMOVER LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, II.1. La supremacía del texto constitucional, II.2. Normas que pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad, II.3. Inconstitucionalidad por vicios de forma y de contenido, II.4. Órgano competente para declarar la inconstitucionalidad, II.5. Legitimación para plantear la inconstitucionalidad, II.6. Efectos del fallo, II.7. Vías para plantear la inconstitucionalidad, A. Vía De acción, B. Vía de excepción, C. Vía de oficio, D. La reglamentación en el Código General del Proceso; III. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO; IV. EL RÉGIMEN DE CONTRATOS DE TRABAJO A TÉRMINO; V. LA SENTENCIA DEL TCA Nº 43/2016; VI. LA SENTENCIA DE LA SCJ Nº 411/2016

I. Introducción

A efectos de contextualizar el objeto de este trabajo, comenzaremos por realizar una breve exposición del régimen jurídico uruguayo en lo que tiene que ver con las vías de promoción de la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos, examinando en dicho marco el supuesto de la vía de oficio, que es precisamente la invocada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) en el fallo que se analizará.

A continuación estudiaremos el concepto de funcionario público, en particular en la Constitución de la República, dado que dicho concepto es el punto de partida que toma la sentencia objeto de análisis para sostener la inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley Nº 17.556 de 18 de setiembre de 2002. Con tal

entendimiento, el TCA resuelve la suspensión del proceso contencioso anulatorio en curso y remite las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia (SCJ).

En tercer término describiremos el régimen de contratos de trabajo a término que es considerado por el fallo como contrario a la Carta.

Y para concluir, ingresaremos al estudio de la sentencia, intentando realizar algunas precisiones en relación con la aplicación del principio protector en el ámbito de la relación funcional.

II. La vía de oficio para promover la declaración de inconstitucionalidad

II.1. La supremacía del texto constitucional

En el análisis del control de constitucionalidad de la ley, la mayoría de los autores enfatiza la importancia de este mecanismo como instrumento de garantía para hacer efectiva la supremacía del texto constitucional. En esta línea de pensamiento, Cassinelli(1) ha destacado la cualidad de nuestra Constitución como norma dotada del *"máximo grado de democraticidad"* en su nacimiento, resultado del ejercicio directo de la soberanía de la Nación a través de su órgano, el Cuerpo Electoral, de manera que, desde 1942, no puede ser alterada en el más mínimo detalle sin previo plebiscito. Y aun, en el supuesto del literal a) del artículo 331, puede ser reformada contra la voluntad de todos los órganos gobernantes.

El Estado, como persona jurídica, se encuentra tan sujeto a la Constitución como cualquier otra persona jurídica y, al ser instrumento creado por la Nación a su servicio, no puede actuar en contra de ella sin convertirse en traidor de la Nación, *"como una forma en que quien ha sido creado por la Nación se rebela contra su creador."*

No obstante, según recuerda Brito(2), Cassinelli -al igual que otros autores, como Risso, Esteva y Cajarville- observa que el instituto de la declaración de inconstitucionalidad constituye, asimismo, una garantía del acto legislativo, al imposibilitar la desaplicación de éste sin previa declaración de su inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia.(3)

El control de constitucionalidad solo se hace valer respecto de los actos legislativos. Los demás actos jurídicos no están sujetos a tal procedimiento. Así, si se dicta un reglamento violatorio de la Constitución, los jueces que se encuentren ante un caso por él regulado, no necesitarán solicitar de la Suprema Corte de Justicia su declaración previa de inconstitucionalidad, sino que ellos directamente podrán desaplicar el reglamento inconstitucional.

A partir de ello es constatable que el procedimiento funciona en garantía de que la ley no sea desaplicada según la opinión de cualquier juez sobre su inconstitucionalidad. El ordenamiento considera que es suficientemente grave que se deje de aplicar un acto legislativo, como para que se reserve la competencia respectiva

(1) CASSINELLI, H. – La defensa jurídica de la Constitución, en Defensa de la Constitución Nacional, A.A.V.V., Cuadernos, Nº 2, 2ª serie, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mont., 1986.

(2) BRITO, M. – Fuentes del Derecho Administrativo, en Derecho Administrativo - permanencia, contemporaneidad, prospectiva, Mont., 2004.

(3) Aunque, como también recuerda Brito, en 1986 Cassinelli -fundándose en el principio de aplicación de la norma de mayor jerarquía salvo excepción expresa- afirma la posibilidad de que tanto los particulares como los órganos estatales dejen de aplicar una disposición legal que consideren inconstitucional, en la medida en que estén convencidos de que tendrán éxito en sede jurisdiccional.

al órgano supremo del Poder Judicial, siguiendo un procedimiento especial.

II.2. Normas que pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad

En el marco de la Constitución uruguaya pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad, las leyes en sentido orgánico formal (artículo 256) y los decretos legislativos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, esto es, sancionados por la Junta Departamental y promulgados por el Intendente (artículo 260).

II.3. Inconstitucionalidad por vicios de forma y de contenido

La inconstitucionalidad puede declararse por razones de forma o de contenido (artículo 256 de la Constitución).

El vicio formal o de forma se da cuando, al dictar el acto legislativo, se viola alguna exigencia del procedimiento previsto en la Carta. La inconstitucionalidad afecta aquella parte del acto legislativo que no cumplió con la exigencia en cuestión.

Señala Korzeniak(4) que, en la práctica, el control de cumplimiento de estas exigencias es realizado por la Presidencia de cada Cámara con el asesoramiento de secretarios avezados, durante el desarrollo de las sesiones parlamentarias.

El vicio material o de contenido consiste en soluciones del acto legislativo, contradictorias con las recogidas en disposiciones expresas o principios de la Carta.

La Suprema Corte de Justicia ha entendido que, si una disposición legal admite más de una interpretación, debe optarse por la compatible con la Constitución.

II.4. Órgano competente para declarar la inconstitucionalidad

La competencia es exclusiva y originaria de la Suprema Corte de Justicia, a la que corresponde conocer y resolver, debiendo pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas (artículo 257). Se trata, entonces de un sistema concentrado.

II.5. Legitimación para plantear la inconstitucionalidad

El artículo 258 expresa que la declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad podrá ser solicitada por el que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo, en las vías de acción y excepción.

A su vez, el Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo podrán solicitar de oficio dicha declaración.

En cuanto al interés legítimo, Jiménez de Aréchaga(5) sostiene que *"es todo interés no contrario a derecho o a los valores que el derecho protege. Nadie podría invocar un interés contra un precepto legal; pero tampoco puede considerarse interés legítimo aquel que contraríe los principios de moralidad, de orden público o las buenas costumbres, que son valores protegidos por el derecho."*

Durán Martínez(6), por su parte, señala que la clave para su definición radica en la fina-

(4) KORZENIAK, J. – KORZENIAK, J. – Primer Curso de Derecho Público, Derecho Constitucional, Mont., 2001, p. 144.

(5) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. – La Constitución de 1952, Cámara de Senadores, Mont., 1988, p. 531.

(6) DURÁN MARTÍNEZ, A. –Contencioso administrativo, segunda edición, actualizada y ampliada, Mont., 2015, ps. 97 y ss.

lidad de la protección. Mientras el derecho subjetivo es protegido "*en atención directa al sujeto titular del mismo y solo indirectamente en función del interés público*", el interés legítimo "*es tutelado en atención directa al interés público y solo indirectamente en función del particular eventualmente comprendido. Es decir, la protección de ese interés particular constituye un efecto reflejo de la protección del interés general. Por eso también en estos casos se habla de ´derecho reflejo´. Naturalmente que si ese ´reflejo´ no llega a una determinada esfera subjetiva no existe allí un interés legítimo sino simple.*"(7)

En el análisis realizado por Cajarville(8) sobre el tema, se define al interés legítimo como la *"situación en que se encuentra el sujeto que pretende de la Administración un comportamiento que le es favorable, pretensión basada en reglas que regulan o encauzan la actuación administrativa de manera tal que si bien aquella pretensión puede ser legítimamente satisfecha, también legítimamente puede no serlo. A diferencia de la situación de derecho subjetivo, entonces, la satisfacción de esta pretensión no es jurídicamente necesaria, porque si bien sería legítimo el comportamiento administrativo satisfactorio, también podrían serlo otros no satisfactorios."*

El autor agrega que el interés subjetivo solo puede calificarse como legítimo cuando su satisfacción coincide con la del interés general directamente tutelado por la norma atributiva de la potestad en cuestión, de modo que el interés legítimo en el ordenamiento uruguayo no es lesionado sino cuando no es satisfecho por un comportamiento administrativo contrario al Derecho objetivo.

Buscando el sentido natural y obvio de las palabras a efectos de definir la estructura del interés legítimo como situación jurídica sustancial, Cassinelli(9) por su parte señala que -para que un sujeto sea titular de un "*interés*" (en la conservación o en la obtención de una situación determinada)- es necesario que a ese sujeto le concierna el cumplimiento de una prestación para con él (prestación positiva o negativa que impida la pérdida de la situación o que la produzca). A su vez, para que ese interés sea "*legítimo*", debe ser conforme con el ordenamiento jurídico, conformidad que debe traducirse en la aptitud del ordenamiento para procurarle satisfacción. Reuniendo ambos elementos, define el interés legítimo como "*un interés en una situación susceptible de ser conservada u obtenida mediante procedimientos legítimos.*"(10)

Pero –observa Cassinelli- la prestación que es objeto del interés legítimo no está necesariamente asegurada por el funcionamiento regular de las normas jurídicas. Requiere una decisión de actuar de modo favorable al mismo. Esta decisión *"puede consistir en el ejercicio legítimo de un poder jurídico (potestad), o en la opción legítima por no ejercerlo, o en un hacer o no hacer, siempre conforme a Derecho, esto es, en el ejercicio de un poder hacer (facultad)."*

(7) Pone como ejemplo el caso de una norma que impone la licitación para la contratación de obra pública. Ella tutela el interés general de modo directo, e indirectamente tutela el de los empresarios de obra pública en participar en el llamado. En consecuencia, estos empresarios tienen un interés legítimo en que se efectúe la licitación. El resto de los ciudadanos tiene a lo sumo un interés simple en que se cumpla la norma.

(8) CAJARVILLE PELUFFO, J. P. – Sobre Derecho Administrativo, Tomo II, 3ª edición, Mont., 2012, ps. 623 a 625.

(9) CASSINELLI MUÑOZ, H. – El interés legítimo como situación garantida en la Constitución uruguaya, en Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, T. III, ps. 282 y ss.

(10) También en la línea de encontrar el sentido natural y obvio de las palabras, Enrique VÉSCOVI expresa que es el interés no contrario a la regla de derecho, a la moral o a las buenas costumbres, en El proceso de inconstitucionalidad de la ley, en Cuadernos Nº 18, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mont., 1967, p. 148.

Por nuestra parte(11), siguiendo a Cassinelli hemos entendido que la noción de interés legítimo involucra los conceptos de interés (en el sentido de que concierna al sujeto el cumplimiento de una prestación), y de legitimidad (o conformidad con el ordenamiento jurídico, que se traduzca en aptitud de éste para darle satisfacción). Se trata de una situación jurídica subjetiva susceptible de ser adquirida o mantenida a través de procedimientos legítimos. A diferencia de lo que ocurre con el derecho subjetivo, en el interés legítimo no está garantizada la satisfacción de la pretensión del titular. Dicha satisfacción es sólo eventual y mediata. La eventualidad puede resultar de que existan varios interesados entre los que habrá de escogerse (por ejemplo en un procedimiento competitivo) o de la discrecionalidad otorgada por la norma al decisor.

En definitiva, con matices, la doctrina ha descripto la menor protección jurídica del interés legítimo, convocando las figuras de derecho debilitado o derecho reflejo (como reflejo de la protección del interés general).

Respecto de la cualidad de "*directo*", Méndez(12) expresa que se trata de un interés actual, no simplemente eventual ni futuro; Giorgi(13), en sentido similar, señala que se trata de un interés inmediato, no eventual ni futuro; Jiménez de Aréchaga(14) lo define como el inmediatamente vulnerado por la norma impugnada, no el que remotamente pudiera llegar a ser comprometido si la norma se aplicara; Véscovi(15) alude al inmediatamente vulnerado por la norma impugnada; y Tarigo(16) expresa que supone que el interés sea existente, inmediato, no eventual o futuro.

Con relación a la condición de "*personal*", Méndez entiende que se busca la defensa de una situación vinculada al sujeto por oposición a la representación personal de intereses colectivos o generales. Giorgi(17) y Tarigo lo definen como el interés que atañe a personas determinadas, por oposición a intereses impersonales o generales; Jiménez de Aréchaga como el propio de quien solicita la declaración de inconstitucionalidad o el de la persona en cuya representación legal éste actúa; y Véscovi como el de quien actúa como parte, por sí o por representante, alegando ser afectado por el acto.(18)

Durán, a su vez, sostiene en opinión que consideramos razonable, que debe irse al sentido natural y obvio de estas palabras y se pronuncia por la protección del interés futuro siempre que éste sea inequívoco.(19)

A su vez, con Durán(20), entendemos que también puede plantear la inconstitucionalidad el titular de un **derecho subjetivo**.

(11) VÁZQUEZ, C. - Posición jurídica del administrado frente a la Administración, trabajo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho Nº 30, en homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, Mont., 2011, ps. 309 y ss.

(12) MÉNDEZ, A. – Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo, Mont., 1952, p. 187.

(13) GIORGI, H. - El Contencioso Administrativo de Anulación, Mont., 1958, p. 188.

(14) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. - La Constitución de 1952, T III, p. 183.

(15) VÉSCOVI, E. – El proceso de inconstitucionalidad de la ley, Cuadernos Nº 18, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mont., 1968, p. 148.

(16) TARIGO, E. – Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación, Mont., 1999, p. 30.

(17) Giorgi agrega que el interés concurrente de varios sujetos en la impugnación de un acto no excluye la subjetividad de las situaciones en que cada uno de ellos se halle colocado respecto del mismo.

(18) Mismas referencias bibliográficas del párrafo anterior.

(19) Contencioso Administrativo. cit.

(20) DURÁN MARTÍNEZ, A. – Contencioso Administrativo cit.

II.6. Efectos del fallo

El fallo de la Suprema Corte se refiere exclusivamente al caso concreto y tiene efectos únicamente en los procedimientos en que se haya pronunciado (artículo 259 de la Constitución)

En el mismo sentido, el artículo 521 del Código General del Proceso (CGP) dispone que la declaración de inconstitucionalidad hace inaplicable la norma legal afectada por ella, en los procedimientos en que se haya pronunciado. Solicitada por vía de acción, la sentencia tiene eficacia para impedir la aplicación de la norma declarada inconstitucional contra quien hubiere promovido la declaración y obtenido la sentencia, *"pudiendo hacerla valer como excepción en cualquier procedimiento jurisdiccional, inclusive el anulatorio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo."*

Toda sentencia que declare la inconstitucionalidad de un acto legislativo debe ser comunicada al Poder Legislativo o al Gobierno Departamental, según corresponda (artículo 522 del CGP).

II.7. Vías para plantear la inconstitucionalidad

Como explica Jiménez de Aréchaga(21), la Constitución de 1942 (que mantenía el texto de 1934) admitía solamente dos vías para plantear la inconstitucionalidad: la propuesta por *"parte interesada"* (entendiéndose por tal *"quien está ligado a una relación procesal"*) y la planteada de oficio por el Juez o Tribunal de la causa ("*de oficio, es decir, sin necesidad de ser excitados por la parte"*).

En la reforma de 1952 ingresa la vía de acción y se adopta una nueva redacción que se mantiene en la Constitución vigente, cuyo artículo 258 estatuye(22):

"La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo:

1º) Por vía de acción, que deberá entablarse ante la Suprema Corte de Justicia.

2º) Por vía de excepción, que podrá oponerse en cualquier procedimiento judicial.

El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución.

En este caso y en el previsto por el artículo 2º, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia."

Jiménez de Aréchaga destaca la sustitución de la expresión "*parte interesada*", que aparecía en la Constitución de 1942, por la de "*todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo*".(23)

El autor observa que *"la expresión ´todo aquel´ parece que debería ser interpretada como todo sujeto de derecho, sea sujeto de derecho público o privado; naturalmente siempre que pueda ser titular de un interés directo, personal y legítimo. Así, un Ente Autónomo, un Servicio Descentralizado, una asociación con personería jurídica, una sociedad, un particular ..."*

(21) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. – La Constitución de 1952, Edición de la Cámara de Senadores, 1988, ps. 525 y ss.

(22) Los números de artículo de la Constitución vigente, en este tema, se mantienen desde 1952.

(23) Los requisitos de que el interés sea personal y directo, además de legítimo, no aparecían -como comenta Jiménez de Aréchaga-en el proyecto de reforma remitido a la Asamblea.

Otra observación que formula Justino es que la Constitución *"se conforma con que el titular del interés ´se considere´ lesionado por la ley … Si hay o no lesión es cuestión que debe ser examinada al mismo tiempo que la cuestión principal -la de inconstitucionalidad- debe ser resuelta en la misma oportunidad."*

A. Vía de acción

Esta vía –última en ser incorporada al Derecho constitucional nacional- debe entablarse directamente ante la Suprema Corte de Justicia (numeral 1º del artículo 258). En este caso, la cuestión no se plantea en un proceso en trámite(24).

No obstante, Risso(25) señala -en opinión que también sostuvo Jiménez de Aréchaga en su día(26)- que, en el texto de la Constitución, nada prohíbe que, sustanciándose un proceso, el interesado accione directamente ante la Suprema Corte en vía principal y no incidental. Tal alternativa podría convenir al accionante permitiéndole que el proceso siga adelante, pudiendo agregar en él testimonio de la declaración de inconstitucionalidad de la Corte, siempre que la sentencia de ésta se produzca antes. Incluso podría plantear también la excepción de inconstitucionalidad, de advertir que la sentencia de la Corte puede demorarse.

Sin embargo, esta solución aparece limitada por el artículo 510 del CGP que, de manera que resulta contraria a la Carta, restringe la vía de acción a los casos en que no existiere proceso jurisdiccional pendiente.

Coincidimos con Risso en que esta limitación es inconstitucional por no hallarse establecida en la Constitución.

B. Vía de excepción

En este supuesto, el que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo por un acto legislativo, en un procedimiento judicial, puede plantear su inconstitucionalidad (numeral 2º del artículo 258).

Señala Jiménez de Aréchaga(27) que, de acuerdo con la expresión constitucional "*procedimiento judicial*", ya no es necesario que se trate de un juicio propiamente dicho, en cuanto, para algunos procesalistas, la noción de *"procedimiento judicial"* es más amplia que la de juicio o *"causa"* que aparecía en la redacción previa. Actualmente corresponde tener en cuenta que el artículo 508 del CGP alude ya no a *"procedimiento judicial"*, sino a *"procedimiento jurisdiccional"*: *"Siempre que deba aplicarse una ley o una norma que tenga fuerza de ley, en cualquier procedimiento jurisdiccional, se podrá promover la declaración de inconstitucionalidad."*

En la vía de excepción, el planteamiento no se hace ante la Suprema Corte de Justicia, sino ante el Juez del procedimiento, el cual lo suspenderá y elevará las actuaciones a la Suprema Corte para que resuelva el tema de la inconstitucionalidad (artículo 258, inciso final). Una vez pronunciado el fallo de la Corte sobre dicho tema, se vuelven las actuaciones al Juez que entendía en el procedi-

(24) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. - ob. cit., p. 528. El autor señala que, en este supuesto, se corre el riesgo de que una decisión sobre inconstitucionalidad llegue después de la sentencia definitiva dictada en el proceso, "en cuyo caso, pasada en autoridad de cosa juzgada esta sentencia, no podría evitar sus efectos invocando una decisión de fecha posterior por la cual la Corte declarara inconstitucional la ley que el Juez ha aplicado en su caso". También observa que puede llegar a resultar difícil configurar la situación procesal de tal manera que pueda sostenerse que la declaración de inconstitucionalidad obtenida por vía de acción se refiere al mismo caso concreto que es objeto de litigio.

(25) RISSO FERRAND, M. - Derecho constitucional, Tomo I, Mont., 2000, p. 160.

(26) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. – La Constitución de 1952 cit., p. 534.

(27) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. – La Constitución de 1952 cit., p. 529.

miento, para que siga su curso con consideración del fallo.

C. Vía de oficio

En esta hipótesis que, como se anticipó, fue la invocada por el TCA en el fallo en análisis, se supone un procedimiento judicial -jurisdiccional según el CGP- pendiente, y es el propio Juez o Tribunal del procedimiento que, antes de resolver, advierte la inconstitucionalidad del acto legislativo que sería aplicable. Es en tales circunstancias, que puede solicitar de oficio a la Suprema Corte de Justicia el pronunciamiento sobre el tema.

Observa Jiménez de Aréchaga(28) que no se requiere que haya causa o juicio pendiente, bastando que haya en curso un procedimiento judicial, por lo que podría darse, por ejemplo, que se promueva en una diligencia preparatoria, en una intimación. Nuevamente aquí vienen a consideración los comentarios formulados *"supra"* en relación con la sustitución de la expresión *"procedimiento judicial"* por *"procedimiento jurisdiccional"* en el CGP.

Procede puntualizar que la vía de oficio no abre una instancia de consulta a la Suprema Corte de Justicia, ante dudas de los jueces, por lo que la Corte ha rechazado los envíos meramente consultivos.

D. La reglamentación en el Código General del Proceso (CGP)

El artículo 261 de la Carta dispone que la ley reglamentará los procedimientos pertinentes, y la reglamentación se ha dispuesto en los artículos 508 a 523 del CGP.(29)

El primero de los artículos mencionados establece, con carácter de principio, la facultad para promover la declaración de inconstitucionalidad, *"siempre que deba aplicarse una ley o una norma que tenga fuerza de ley, en cualquier procedimiento jurisdiccional"*.

El artículo siguiente prevé que dicha declaración y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por ella pueden ser solicitadas por *"todo aquél que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo"*, reiterando así la expresión constitucional del artículo 258 de la Constitución, así como *"de oficio por el tribunal que entendiere en cualquier procedimiento jurisdiccional"*(30) . Y agrega: *"La Suprema Corte de Justicia, en los asuntos que se tramiten ante ella, se pronunciará en la sentencia sobre la cuestión de inconstitucionalidad."*

Como adelantamos, cabe marcar que el Código no utiliza la expresión *"procedimiento judicial"*, empleada por la Carta, sino *"procedimiento jurisdiccional"*. Con ello deja fuera los procedimientos de naturaleza no jurisdiccional seguidos ante o por jueces, pero permite considerar alcanzados a los procedimientos de naturaleza jurisdiccional seguidos ante o por magistrados de cualquier sistema orgánico.

A su vez, en el artículo 510, se establece que -en los casos en que la declaración se solicite por aquél que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo- podrá ser promovida por vía de acción, debiendo interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia (cuando no exista procedimiento jurisdiccional pendiente), y por vía de excepción o defensa, que deberá oponerse ante el tribunal que estuviere conociendo en el procedimiento.

(28) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. – La Constitución de 1952 cit., p. 531.

(29) Ley Nº 15.982 de 18 de octubre de 1988. Con anterioridad los procedimientos se habían reglamentado en la Ley Nº 13.747 de 10 de julio de 1969.

(30) Con esta redacción quedan alcanzados los procedimientos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y aun los procedimientos arbitrales.

A continuación, el artículo 511 define la oportunidad para deducir la cuestión de inconstitucionalidad: a) cuando se solicite como excepción o defensa, puede ser promovida por el actor, el demandado o el tercerista, *"desde que se promueve el proceso hasta la conclusión de la causa, en la instancia pertinente"*; b) cuando se promueva de oficio, hasta que se pronuncie sentencia definitiva.

El artículo 512, por su parte, establece los requisitos del petitorio: solicitud por escrito, indicándose *"con toda precisión y claridad"* los preceptos que se reputan inconstitucionales y *"el principio o norma constitucional que se vulnera o en qué consiste la inconstitucionalidad en razón de la forma."* La petición debe indicar todas las disposiciones o principios constitucionales que se consideren violados, ya que se prohíbe el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad de manera sucesiva.

En el artículo 513 se prohíbe al tribunal dar curso a solicitudes que se planteen fuera de los márgenes definidos en el artículo 511, que no se ajusten a los requisitos del artículo 512 o que violen la prohibición de planteamiento sucesivo. A su vez, confiere al que usó de la defensa o excepción de inconstitucionalidad, un recurso de queja según los artículos 262 a 267 para el caso de agravio por denegación y omisión del trámite.

Tal como lo establece el artículo 258 *"in fine"* de la Carta, en el artículo 214 del CGP se prevé la suspensión de los procedimientos y elevación de las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia, acogido por el tribunal el planteo de la inconstitucionalidad por vía de excepción o defensa, o de oficio.

El artículo 515 faculta a la Corte a rechazar de plano, en el acuerdo y sin necesidad de pasar los autos a estudio, aquellos petitorios extemporáneos, que no se ajusten a los requisitos establecidos o que violen la prohibición de planteamiento sucesivo. En estos casos, *"procederá a la inmediata devolución de los antecedentes al tribunal que entendía en el procedimiento, el que dispondrá su prosecución como si la cuestión de inconstitucionalidad no hubiere sido promovida. Si la cuestión fuere formulada por vía de acción principal, la Suprema Corte de Justicia archivará, sin más trámite, las actuaciones respectivas."*

Los artículo 516 y 517 regulan, respectivamente, el trámite del petitorio por vía de excepción o defensa y el del petitorio por vía de acción, sin perjuicio de la facultad de resolución anticipada conferida a la Corte por el artículo 519, acreditando que el petitorio se ha formulado por alguna de las partes *"con la notoria finalidad de retardar o dilatar innecesariamente la secuela principal sobre el fondo del asunto"*, o que existe jurisprudencia en el caso planteado y declare que mantendrá su anterior criterio.

El artículo 518, por su parte, regula el trámite en caso de interposición de oficio, que debe ser fundada.

La sentencia, dispone el artículo 520, *"se limitará a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas y solamente tendrá efecto en el caso concreto en que fuere planteada. Contra ella no se admitirá recurso alguno."*

III. El concepto de funcionario público

La doctrina nacional ha adoptado una noción amplia de funcionario público.

Así, *Sayagués*(31) considera funcionario público a *"todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal"*.

(31) SAYAGUÉS LASO, Enrique - Tratado de Derecho Administrativo, T. 1, Mont. 1974. p. 263.

Martins lo define como *"todo individuo que ejerce función pública en virtud de una relación funcional"*, entendiendo por función pública(32), *"la actividad jurídica y material, que compete realizar a los órganos estatales, ejerciendo el poder etático soberano, con el objeto de lograr el fin del Estado"*. (33)

A su vez, se entiende por relación funcional, el vínculo jurídico especial que une al individuo en cuanto funcionario, con la entidad estatal, por el cual aquél se obliga a realizar función pública, en la forma y condiciones que el Estado establezca unilateralmente(34).

Prat(35) expresa que es funcionario *"toda persona física que es incorporada por procedimiento legal a una entidad estatal donde cumple función pública".*

Silva Cencio(36) considera funcionario a toda persona que trabaja para una entidad estatal, sin excepciones.

Cajarville(37), por su parte, señala que la noción de funcionario se va conformando por la sucesiva integración de diversos elementos, a saber: el trabajo en sí mismo, regido por el principio protector (artículo 53 de la Constitución), la prestación de ese trabajo en régimen de subordinación (artículos 54 a 57 de la Carta), y la condición de que esa subordinación lo es a una entidad estatal (artículos 58 a 63 de la Constitución).

Es así que, desde la perspectiva constitucional, será funcionario público todo aquel que trabaje como subordinado a una entidad estatal.

Como puede advertirse, las definiciones doctrinarias coinciden, con matices, en sus elementos sustanciales y, sobre todo, en su amplitud.

Los autores mencionados señalan que tal amplitud se justifica sobradamente, en cuanto las personas que se incorporan a una entidad estatal quedan investidas con un régimen que presenta muchas características comunes, sin perjuicio de las particularidades de las diversas categorías funcionales.

También resulta amplia la noción de funcionario público recibida en el Derecho positivo. Si bien no existe en él, un concepto general, diversas normas adoptan definiciones con fines especiales, como ocurre con el artículo 175 del Código Penal (que incluso comprende a los funcionarios de personas públicas no estatales)(38), o con el artículo 1º del Decreto-ley Nº 10.388 de 13 de febrero de 1943, estatuto del funcionario(39).

---

(32) MARTINS, Daniel - Estatuto del funcionario, Mont., 1965. p. 52.

(33) Ibidem, p. 54.

(34) Conf. MARTINS - ob. cit., p. 144; PRAT, ob. cit., p.32.

(35) PRAT, Julio A. - Derecho Administrativo, T. 3, V. I. Mont., 1978, p. 29.

(36) SILVA CENCIO, Jorge - Enfoque doctrinario sobre la aplicación del Derecho del trabajo a los funcionarios públicos, en Cursillo sobre el Derecho del trabajo y los funcionarios públicos, Mont. 1977, p. 49.

(37) CAJARVILLE, Juan Pablo – Concepto constitucional de funcionario público y diversidad de regímenes constitucionales, en AA.VV: Pasado y presente del Derecho administrativo uruguayo: en homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso en el centenario de su nacimiento, Mont., 2012, ps. 14 y ss.

(38) El artículo 175 del Código Penal, en la redacción dada por el artículo 8º de la Ley Nº 17.060 de 23 de diciembre de 1998 reza: "A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal". Igual alcance se recoge en el Decreto Nº 30/003, de Normas de Conducta en la Función Pública.

(39) Este artículo define al funcionario como *"toda persona que, nombrada por autoridad competente, participa en el funcionamiento de un servicio público permanente, mediante el desempeño de un empleo remunerado, que acuerda derecho a jubilación"*. El artículo 40 del mismo Decreto-ley completa su alcance disponiendo que el estatuto es de aplicación obligatoria a los funcionarios dependientes de los tres Poderes, de los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, salvo los diplomáticos, consulares, docentes, militares, navales, policiales, de

En el artículo 2º(40) del Texto Ordenado de normas sobre Funcionarios Públicos (TOFUP), se incluye una definición a los efectos de dicho Texto, que toma como fuentes el Decreto-ley Nº 10.388 citado y el artículo 3º del Decreto Nº 302/994 de 28 de junio de 1994.(41) Esta definición también exhibe una gran amplitud a pesar de hallarse acotada, en algunos aspectos, por la finalidad que la preside (por ejemplo, requiere el carácter remunerado del empleo y que el mismo acuerde derecho a jubilación). A su vez, en el artículo 3º, el TOFUP enumera vínculos con el Estado que no constituyen función pública, como es el caso de la beca, la pasantía o el arrendamiento de obra, entre otros.

Más recientemente, en el primer inciso del artículo 3º de la **Ley Nº 19.121** de 20 de agosto de 2013, que regula el estatuto de los funcionarios del Poder Ejecutivo, se dispone que *"es funcionario público todo individuo que, incorporado mediante un procedimiento legal, ejerce funciones públicas en un organismo del Poder Ejecutivo*(42) *bajo una relación de subordinación y al servicio del interés general."*

La jurisprudencia nacional se ha orientado en el mismo sentido(43).

Como en otras oportunidades hemos sostenido, a la luz de la doctrina, el Derecho positivo y la jurisprudencia mencionados, parece claro que la noción de funcionario público aceptada en nuestro Derecho es amplísima, ingresando en ella todos aquellos individuos que ejercen función pública, incorporados por procedimiento legal, sea en el Estado Persona Pública Mayor, en los Gobiernos Departamentales, en los Entes Autónomos o en los Servicios Descentralizados, sean o no de carrera, retribuidos u honorarios, presupuestados o contratados, civiles, policiales, militares, diplomáticos, etc. Y todavía, a los efectos de la responsabilidad penal y las normas de conducta en la función pública, quedan alcanzados los funcionarios de personas públicas no estatales.(44)

IV. El régimen de contratos de trabajo a término

En el artículo 30 de la Ley Nº 17.556 de 18 de setiembre de 2002 se facultaba al Poder Ejecutivo y a los organismos comprendidos en los artículos 220 y 221 de la Constitución a celebrar *"contratos de trabajo a término"* con personas físicas a efectos de atender las necesidades que la Administración no pudiera cubrir con sus propios funcionarios.

En el artículo siguiente de dicha ley, se preveía que tales contrataciones se realizarían mediante llamado público abierto con selección a través de concurso de méritos y antecedentes y publicación en medios electrónicos adecuados (artículo 31).

Los artículos 32 a 43 y sus normas modificativas cometían al Poder Ejecutivo la reglamentación del régimen y regulaban la incompatibilidad de esos contratos con el desem-

---

institutos penales, bancarios y de judicatura, que se regirán por leyes especiales.

(40) Este artículo 2º define al funcionario como *"toda persona que, nombrada por autoridad pública competente, participa en el funcionamiento de un servicio público permanente mediante el desempeño de un empleo remunerado, que acuerda derecho a jubilación."*

(41) Norma que reglamenta los diferentes registros llevados por la Oficina Nacional del Servicio Civil, referidos a la situación de los funcionarios públicos.

(42) La restricción de esta norma al ámbito del Poder Ejecutivo no obsta a que la definición exhiba la amplitud conceptual señalada.

(43) Vid. TAC 5º T., sent. Nº 350 de 11/11/988, en Anuario de Derecho Administrativo, T. III, Mont. 1990, p.75.

(44) Vid Manual de Derecho de la Función Pública – Correa Freitas, Ruben y Vázquez, Cristina, 2ª edición, Mont., 2011; vid, asimismo, VÁZQUEZ, Cristina – Trabajo de los funcionarios públicos: relación funcional y Derecho General del Trabajo, en Revista de Derecho Público, Año 6, Nº 10, Mont., 1997).

peño de cargo o función pública remunerada (salvo excepciones que se establecían), el plazo (12 meses renovables con la condición de que cada renovación individual no podía exceder otros 12 meses), una fase de provisoriato de tres meses, las causales de rescisión unilateral por la Administración (por cinco o más faltas injustificadas en un periodo de 12 meses o por notoria mala conducta debidamente justificada)(45), los derechos, el procedimiento para la suscripción, el financiamiento, la responsabilidad por incumplimiento de sus preceptivas, y el registro en el Registro de Contratos Personales del Estado de la Oficina Nacional del Servicio Civil.

En lo que a la sentencia que se analizará interesa, el artículo 32 disponía:

"El contratado no adquiere la calidad de funcionario público, ni los beneficios que tal calidad conlleva. Su contrato será a término, revocable por parte del organismo contratante cuando lo estime conveniente y renovable, siempre que subsistan las necesidades del servicio que lo motivaron y el rendimiento haya sido satisfactorio a criterio de la autoridad correspondiente.

Si se produjeren sucesivas renovaciones del contrato a término, ello no implicará en ningún caso que se adquieran dereche3s a permanencia e inamovilidad del contratado."

Posteriormente, la Ley Nº 18.719 de 27 de diciembre de 2010 recoge una multiplicidad de instrumentos o marcos jurídicos que -como el aludido- permiten a la Administración contar con el trabajo de personas a quienes claras preceptivas legales expresas niegan la calidad de funcionarios públicos.

En varios de esos casos, la ley expresamente declara -como lo hacía el artículo 32 citado- que no adquieren la calidad de funcionarios públicos, a pesar de que cumplan función pública tal como quedó definida en el apartado anterior y a los ojos del ciudadano: *"actividad jurídica y material, que compete realizar a los órganos estatales, ejerciendo el poder etático soberano, con el objeto de lograr el fin del Estado"*.

En efecto, el ciudadano que realice un trámite ante la Administración no encontrará señales visibles ni estará en condiciones de distinguir si la persona que tiene frente a sí es un becario, un pasante, un adscripto, alguien vinculado por un contrato laboral o un arrendamiento de obra, o un *"funcionario público"* como ha quedado definido *"supra"*.

Como hemos observado en reiteradas ocasiones, estas soluciones no son las más consistentes con la *"ratio"* de las disposiciones constitucionales dirigidas a tutelar al propio trabajador, tanto como a ese ciudadano respecto de un eventual obrar inadecuado de los funcionarios públicos. Tal es el caso, por ejemplo en relación con la tutela del ciudadano, de la previsión del artículo 59 que consagra el principio fundamental de que *"el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario."*

Concretamente en el artículo 55 de la Ley Nº 18.719, se estableció un régimen de transición para los contratos que, al 1º de enero de 2011, se encontraran regulados por regímenes que dicha ley derogaba o dejaba sin aplicación, cuyo plazo venciera al 31 de marzo de 2011 o continuaran vigentes a dicha fecha.

A su vez, dicho artículo 55 previó la contratación por única vez, bajo la modalidad de **Contrato Temporal de Derecho Público**(46)

(45) En la ley también se preveía el derecho de estos trabajadores a indemnización por despido y seguro de desempleo (artículo 34).

(46) Ver al respecto el artículo 102 de la Ley Nº 19.121 de 20 de agosto de 2013, de Estatuto del Funcionario del Poder Ejecutivo, en cuanto dispone en su literal a): *"Facúltase al Poder Ejecutivo a contratar bajo el régimen del provisoriato establecido por el Artículo 50 de la Ley No. 18.719, de 27 de diciembre de 2010, en la redacción dada por el artículo 4º*

-previa conformidad del jerarca y de la ONSC, debiendo cesar al completarse la reformulación de estructuras organizativa y de puestos de trabajo o al finalizar el plazo contractual, de no haberse completado la reestructura- de personas contratadas en diversos regímenes(47). **Entre tales regímenes se incluye precisamente el de los contratos de trabajo a término** (artículos 30 y ss. de la Ley Nº 17.556 y normas modificativas), régimen que queda así sin aplicación para los Incisos 02 al 15, por disposición del mismo artículo 55.

La norma agregaba que no resultaba de aplicación a esos casos, el procedimiento del Sistema de Reclutamiento y Selección de la ONSC; que el Jerarca del Inciso debía definir la nómina de personas a contratar en esa modalidad, en un plazo de 60 días desde el 7 de febrero de 2011 (fecha de aprobación del Decreto reglamentario Nº 55/011), debiendo las personas ser convocadas por cualquier medio idóneo que proporcionara certeza en cuanto a la efectiva realización de la diligencia para que dentro de un plazo de 48 horas manifestaran su conformidad.

La no inclusión en la nómina, la no presentación a prestar conformidad en el plazo reglamentario y la negativa expresa a ser contratados en esta modalidad determinaba la extinción del vínculo contractual existente, al vencimiento del plazo del contrato original.

El artículo 8º del decreto reglamentario expresa que la resolución de contratación del Poder Ejecutivo debe cometer al Director de la Unidad Ejecutora respectiva la suscripción del contrato, estableciendo las tareas, la forma, la remuneración, el plazo y el lugar, conforme al modelo que se aprobaba.

A su vez, el artículo 53 de la Ley Nº 18.719 definía al *"Contrato Temporal de Derecho Público"* -hacia el que transitaba el contrato de trabajo a término- como aquel contrato *"que se celebre para la prestación de servicios de carácter personal, a efectos de atender las necesidades que la Administración no pueda cubrir con sus funcionarios presupuestados, por un término no superior a los tres años, y una prórroga por única vez por hasta el mismo plazo."*

El contratado cesa *"indefectiblemente"* una vez finalizado el plazo de la contratación, *"operándose la baja automática de la planilla de liquidación de haberes."*

El Contrato Temporal de Derecho Público:

a) no puede tener un plazo superior a los tres años y sólo admite una prórroga por hasta el mismo plazo (en el artículo 3º del decreto Nº 557011 se agrega que no podrá extenderse más allá de la aprobación de la reformulación de las estructuras organizativas y de puestos de trabajo)(48);

de la Ley Nº 18.996, de 7 de noviembre de 2012, a quienes se encuentran contratados a la fecha de vigencia de la presente ley, al amparo del contrato temporal de derecho público, por aplicación de lo dispuesto en el inciso cuarto "in fine" del artículo 52, y artículo 55 de la Ley Nº 18.719, de 27 de diciembre de 2010, y de los artículos 6 y 105 de la Ley Nº 18.834, de 4 de noviembre de 2011. En todos estos casos el período del contrato será por un plazo de hasta seis meses, período en el que deberán ser evaluados satisfactoriamente por el tribunal correspondiente para su presupuestación. La presente disposición no será de aplicación para aquellos contratados originalmente por el Artículo 22 del Decreto-Ley No. 14.189, de 30 de abril de 1974. La creación de los cargos presupuestales necesarios deberán ser incluidos en la próxima Rendición de Cuentas."

(47) Los otros casos previstos por la ley, para su transición al Contrato Temporal de Derecho Público, eran los siguientes: a) arrendamiento de servicios (literal B del artículo 3º de la Ley Nº 18.362 – régimen derogado por este artículo 55); contratos de alta especialización y prioridad (artículo 22 del Decreto-ley Nº 14.189 - régimen derogado por este artículo 55); contrataciones en OPP (artículo 539 de la Ley Nº 13.640 - régimen derogado por este artículo 55); contratos eventuales para el INE y el MTOP (artículos 127 de la Ley Nº 15.809, 63 de la Ley Nº 17.296, e incisos 1º y 2º del artículo 362 de la Ley Nº 15.809 - derogados por este artículo 55).

(48) Dado que el plazo legal de tres años es máximo, puede preverse esta condición en el contrato respectivo.

b) se extingue indefectiblemente una vez finalizado el plazo, y no crea derechos o expectativas jurídicamente invocables para acceder a un cargo presupuestado;

c) salvo en los casos de transición aludidos, se elige al contratado por concurso, través del Sistema de Reclutamiento y Selección de la ONSC;

d) las condiciones se establecen en el contrato respectivo y el Poder Ejecutivo fija la escala máxima de retribuciones aplicables al mismo (en el propio decreto se incluye una escala de remuneraciones máximas, que no se aplica a encuestadores del INE, y se prevén los incrementos salariales que se otorguen a los funcionarios de la Administración Central);

e) la no comparecencia a suscribir el contrato deja sin efecto la resolución de contratación.

El contrato se inscribe en el Registro de Vínculos con el Estado.

V. La Sentencia del TCA Nº 43/2016

La sentencia del TCA Nº 43 de 10 de marzo de 2016 resuelve promover de oficio la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley Nº 17.556, transcripto en el apartado anterior, suspender los procedimientos y remitir las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

Constituye, por tanto, un ejemplo de lo que se ha expuesto en relación con la vía de oficio para promover la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal.

Como explica el Considerando I. de la sentencia, la acción de nulidad de que se trata se dirigió contra el acto denegatorio ficto operado ante la petición calificada presentada por la actora, mediante la que solicitó se le reconociera como antigüedad, la adquirida en virtud de sus antecedentes laborales en la función pública, en particular en el régimen de contrato a término analizado "*supra*".

El Tribunal entendió que el aludido artículo 32 de la Ley Nº 17.566 es inconstitucional y, *"en tanto, la inaplicabilidad de una ley con visos de inconstitucionalidad solo corresponde mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte de la Suprema Corte de Justicia (Constitución de la República artículo 257) y siempre con alcance al caso concreto (artículo 259 de la Carta) a juicio de los integrantes de este Colegiado, se estima pertinente, antes de dictar resolución definitiva (Constitución de la República artículo 258), plantear de oficio ante la Suprema Corte de Justicia, la declaración de inconstitucionalidad de la disposición referida por los fundamentos que se explicitarán"* (Considerando III).

Los fundamentos invocados por la sentencia refieren a la contravención *"frontal", "flagrante"* y *"grosera"* por parte de ese artículo 32, de los artículos 53 a 59 de la Carta, haciendo caudal, a su vez, del concepto de funcionario en la doctrina y el Derecho positivo, a que hemos referido en los apartados anteriores.

El fallo destaca que no compete al legislador ordinario sustraer a quienes se vinculen contractualmente con órganos del Estado, del régimen jurídico general de protección constitucional -que resulta aplicable a los funcionarios públicos en general- en tanto no puede arrogarse la facultad de calificar el vínculo entre una persona y el Estado, con la consecuencia de que esa calificación determine el régimen jurídico aplicable.

Adicionalmente, cita la opinión emitida en relación con el tema, por el Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, de fecha 3 de diciembre de 2002, en dictamen dirigido

al Consejo de esa Facultad, en el que se concluye lo siguiente:

"a) quienes ingresen a la Administración en los próximos años lo harán en condiciones que permitirán su sustitución por las autoridades de turno;

"b) el desempeño de la función pública lo será por quienes, ajustándose al concepto constitucional de funcionarios públicos, no serán considerados tales en función de una definición legislativa que se aparta de aquel concepto;

"c) de aplicarse rígidamente la norma legal que no considera funcionarios públicos a quienes desempeñan función pública mediante contratos a término, la consecuencia absurda sería que los mismos no estarían al servicio de la Nación sino de una fracción política (al revés de lo mandado por el art. 58 de la Carta), y que no existirían para la función sino para cualquier otro fin que les imponga el contratante (con apartamiento del art. 59 de la Carta); y "en fin, la solución legal se aparta manifiestamente de la concepción constitucional sobre la función pública."

Cabe señalar que, además del argumento relacionado con el concepto constitucional de funcionario público al que debe atenerse el legislador, la sentencia invoca el *"principio de primacía de la realidad y protector que alcanza a todo trabajador independientemente de quién sea su empleador o patrono."*

Al respecto, creemos pertinente traer a consideración, algunas de nuestras conclusiones sobre la relación funcional y el Derecho General del Trabajo, que cierran el Capítulo II del Manual de Derecho de la Función Pública(49):

a) El trabajo puede definirse -desde el punto de vista jurídico y a partir de lo establecido en el artículo 53 de la Constitución- como la aplicación de energías intelectuales o corporales, en forma que redunde en beneficio de la colectividad, que da la posibilidad de ganar el sustento.

b) La noción de funcionario público aceptada en nuestro Derecho es amplísima, a la luz de la doctrina, el Derecho positivo y la jurisprudencia nacionales, ingresando en ella todos aquellos individuos que ejercen función pública en una entidad estatal, incorporados por procedimiento legal.

c) La relación funcional es el vínculo jurídico especial que une al funcionario con la entidad estatal, por el cual aquél se obliga a realizar función pública, en la forma y condiciones que el Estado establezca unilateralmente. Tiene carácter estatutario y personalísimo, determina una situación jurídica objetiva, general y unilateral, aunque es bilateral en cuanto crea derechos y obligaciones para ambas partes.

d) El ejercicio de función pública, objeto de la relación funcional, se lleva a cabo mediante la aplicación de las energías intelectuales o corporales del funcionario, en forma que redunda en beneficio de la colectividad y dándole la posibilidad de ganar su sustento. En este sentido, el funcionario público es un trabajador que, como tal, resulta alcanzado por las disposiciones que rigen el trabajo como hecho social y, en especial, el trabajo subordinado. Estas disposiciones se encuentran, en el estado actual de la evolución jurídica, en una zona que sería fronteriza

(49) CORREA FREITAS, Ruben y VÁZQUEZ, Cristina - Manual de Derecho de la Función Pública cit., 2ª edición, Mont., 2011.

entre el Derecho público y el Derecho privado, en cuanto alcanzan a sujetos y relaciones públicos y privados y tutelan intereses de ambos tipos. No constituyen una disciplina jurídica autónoma sino un "*régimen jurídico*".

e) En su carácter de sujeto de un vínculo en el cual la otra parte es una entidad estatal, el funcionario se encuentra sujeto, además, a las disposiciones que se le aplican en cuánto tal. Estas son normas de Derecho público, de origen constitucional, legal o reglamentario e integran el estatuto material.(50)

f) La legislación protectora del trabajo debe interpretarse considerando los principios del Derecho laboral, en tanto que las normas estatutarias tomarán como principio de interpretación el de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario.

g) El criterio para calificar la norma como estatutaria o como protectora del trabajo ha de ser sustancial, consultando su contenido. Si la disposición tiene por objeto la regulación del trabajo como hecho social se interpretará con el apoyo de los principios del Derecho laboral; si se trata de una norma aplicable al funcionario en cuanto tal, integrante del estatuto en sentido material, habrá de considerarse necesariamente para su interpretación el principio constitucional según el cual es base fundamental de dicho estatuto, que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario.

En definitiva, conforme a la última de las citadas conclusiones, coincidimos con el criterio adoptado por el TCA al aplicar al caso el principio protector, en cuanto el objeto de la litis tiene que ver con la regulación del trabajo como hecho social, resultando pertinente la interpretación con el apoyo de los principios del Derecho laboral.

VI. La Sentencia de la SCJ Nº 411/2016

Por su parte, la Sentencia de la SCJ Nº 411/2016 de 12 de octubre de 2016 desestima la inconstitucionalidad promovida de oficio, haciendo suyos los argumentos del Sr. Fiscal de Corte, en los términos siguientes:

a) La norma objetada no varía el concepto de funcionario público que emerge del contexto de la normativa constitucional, sino que describe una de las formas de vinculación de quienes prestan tareas "en" el Estado, que trabajan "para" el Estado.

b) Los contratados por arrendamiento de servicios o de obras no adquieren la calidad de funcionarios públicos.

c) No todos los funcionarios públicos tienen derecho a la carrera administrativa, que es lo que interesa en el caso.

d) Además del funcionario de carrera que cumple tareas permanentes en la Administración, existen otras personas que cumplen tareas even-

(50) El estatuto en sentido material está contenido en la Constitución, en varias categorías de leyes, en los estatutos formales y en reglamentos administrativos, y aparece necesariamente condicionado por aquel régimen jurídico general que ampara a los habitantes del país en cuanto personas, ciudadanos (salvo el caso excepcional del profesorado en la enseñanza superior) y trabajadores en todo lo que tenga que ver con el trabajo como hecho. A su vez, por estatutos formales -según expresa Cassinelli- se entienden aquellos actos regla, generalmente llamados así por la Constitución, expresamente previstos por ésta, cuyo contenido integra el estatuto material y cuyos procedimientos de formación, contenido y órganos competentes para dictarlos están establecidos en la misma (CASSINELLI, Horacio - Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios, en R.D.J.A., T. 58, Mont., 1962, ps. 230 y ss.).

tuales, extraordinarias, específicas, que no pertenecen a la organización normal del servicio, con contratos que pueden ser renovados si subsisten las necesidades del servicio.

e) La norma impugnada no incurre en tal desnaturalización, sino que describe un tipo de vinculación.

f) El cuestionamiento no apunta a la norma en sí misma sino a la aplicación que se hace de ella. *"O sea, la crítica estaría en que se usa una determinada estructura legal, para una situación real que no es compatible con ella. En consecuencia, la norma no es objetable desde el punto de vista de su constitucionalidad."*

No nos cabe sino reiterar nuestra opinión conteste con la expresada por el TCA en su Sentencia Nº 43/2016, la que, como se ha adelantado, hace suyo el temperamento recogido por el Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, de fecha 3 de diciembre de 2002, en dictamen dirigido al Consejo de esa Facultad, ya citado.

Tales opiniones son convergentes con la nuestra, también ya anticipada en este y otros trabajos.

Normas como la procesada ante la SCJ en el caso, se apartan del texto y ratio de las normas constitucionales en materia de función pública, colocando a los servidores públicos en condición de precariedad que permite su sustitución por las autoridades de turno.

Se apartan, asimismo, del principio de primacía de la realidad y protector que alcanza a todo trabajador independientemente de quién sea su empleador o patrono.

De este modo se bastardea el vínculo del servidor público con la Administración, haciendo caso omiso de que, en puridad, se le encarga cumplir función pública a los ojos del ciudadano y tal como ha quedado definida dicha función: *"actividad jurídica y material, que compete realizar a los órganos estatales, ejerciendo el poder etático soberano, con el objeto de lograr el fin del Estado"*.

Se desprotege así tanto al servidor público como al ciudadano.

Tales consideraciones no se ven levantadas por el dictamen fiscal en que se apoya la sentencia de la Suprema Corte.

En primer lugar, si bien la norma objetada no varía el concepto de funcionario público que emerge de la Constitución, niega que se aplique el régimen de tal a alguien que cumple función pública y que reúne todas las condiciones y circunstancias para serlo. Y esta cuestión es independiente del derecho a la carrera administrativa, que el dictamen trae a colación.

En tal sentido, el cuestionamiento no apunta a la aplicación de la norma sino a la norma misma, en cuanto ella permite incorporar a alguien para cumplir función pública, negándole simultáneamente el correlativo carácter de funcionario.

Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4º Turno

SENTENCIA NO. DFA-0511-000396/2016 SEF-0511-000321/2016

Montevideo, 12 de octubre de 2016

VISTOS EN EL ACUERDO:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados "B, R C/M S.A. – PROCESO LABORAL ORDINARIO (LEY 18.572)", IUE: 0002-043078/2015, venidos en apelación del Juzgado Letrado de Trabajo de la Capital de 21° Turno, a cargo de la Dra. Rossana Canclini.

RESULTANDO: I) La Sala comparte los antecedentes procesales consignados en la sentencia apelada, procediendo al dictado de la presente.

II)Por sentencia definitiva de primera instancia N°37 de 24 de mayo de 2016 (fs.170-188), se amparó parcialmente la demanda y en su mérito se condenó a la demandada M S.A al pago de los rubros: salario vacacional, licencia, aguinaldo y despido en los términos expresados en el considerando 11 y 12, lo que totalizan la suma de $834.233 (sumas que incluyen reajustes e intereses y multa legal), más un 10% de daños y perjuicios preceptivos sobre los rubros de naturaleza salarial. Sin especial condenación procesal. La representante de la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia (fs.195-199), agraviándose en cuanto: La recurrida amparó la pretensión por despido, considerando que no se cumplió por su representada dar al trabajador un puesto de trabajo, que respetara los informes médicos, ofreciendo un cargo con menor remuneración, cambiando las condiciones de trabajo sin acuerdo entre las partes, sin adver-

Dolencia física que impide al trabajador continuar desempeñando cargo habitual: caminos a seguir por parte del empleador

por **María José Poey Daguerre**

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (FD – UR), Máster en Abogacía con Especialización en Derecho Laboral (ISDE Barcelona) y Aspirante a Profesor Adscripto de DTSS (FD – UR)

Resumen: Se analiza la sentencia dictada en un reclamo laboral de pago de indemnización por despido de un trabajador que por prescripción médica no podía realizar las tareas de su categoría al que se le habría ofrecido un puesto de trabajo acorde a sus nuevas capacidades con una remuneración menor. También se analiza la figura de la novación del contrato de trabajo y la indemnización por despido parcial.
Palabras claves: Imposibilidad física - Enfermedad común con incapacidad derivada - Extinción del contrato de trabajo - Indemnización por despido – Novación - Indemnización por despido parcial.

Sumario: 1. Los hechos planteados. 2. Las resoluciones judiciales dictadas. 3. La imposibilidad física del trabajador derivada de la enfermedad común: causa de extinción del contrato de trabajo. 4. ¿Existe una obligación para el empleador de encontrar un nuevo puesto de trabajo para el trabajador con una disminución de su capacidad luego de haber sufrido una enfermedad común? 5. El ofrecimiento de un nuevo puesto con una remuneración menor y los requisitos de la novación. 6. La validez del instituto de la indemnización por despido parcial. 7. La referencia al principio de inexistencia de la equiparación salarial absoluta.

1. Los hechos planteados

Los hechos que forman parte del caso objeto de la presente reseña de jurisprudencia refieren al reclamo laboral de un empleado de una empresa que gira en el rubro de los operadores portuarios que por afecciones físicas en su columna vertebral no podía continuar realizando las tareas de su categoría y, al no ser rein-

tir que en el caso no hubo una voluntad unilateral del empleador en rebajar el salario sino una enfermedad común del trabajador no imputable a su parte que le impidió seguir cumpliendo su tarea. La agravia que la sentencia haya considerado ilegítimo el cambio en las condiciones de remuneración ofrecidas, cuando este era esperable, pues derivaba de las recíprocas contraprestaciones de todo contrato y se fundaba pura y exclusivamente en el nuevo estado o condición física del actor y en las varias prescripciones médicas. Máxime que se le ofreció abonar un indemnización parcial a modo de compensación. Agrega, que si bien la empresa hizo un llamado interno a operador de buque que tenía la misma remuneración que la categoría del actor, se requería dominio del idioma inglés, lo que el actor carecía pues no presentó un currículum que así lo acreditara, y nunca manifestó interés en aprenderlo concurriendo a los cursos de capacitación que se ofrecían, situación que no fue bien ponderada en la sentencia. Tampoco se advirtió, que el actor no se presentó al llamado interno a operador planificador de buques el que vencía el 8 de setiembre de 2014, siendo que aquél estuvo vinculado a la empresa hasta el 29 de setiembre de 2014. Sostiene, que la apelada hizo un inadecuado encuadre normativo ya que en el caso, no son de aplicación las leyes 5.032, 16.074 y 19.196, relativas a accidentes de trabajo y responsabilidad penal empresarial, así como que haya citado un convenio colectivo español en apoyo de su veredicto, sin perjuicio que la disposición extranjera citada en la sentencia, le da la razón a su representada en cuanto al pago de la remuneración acorde a las tareas que efectivamente pueda desempeñar. Asimismo, expresa que se hizo una incorrecta valoración de los hechos, pues no se invocó la extinción del contrato por incapacidad sino por imposibilidad de cumplimiento del contrato de trabajo, o por agotamiento del objeto del contrato en virtud de las recurrentes y sistemáticas negativas del actor a los ofrecimientos

tegrado a trabajar en un puesto con el mismo nivel salarial que tenía antes de su imposibilidad física, se considera despedido y pretende el pago de los rubros de egreso, indemnización por despido común y por despido abusivo.

El actor alega que si bien se le ofrecieron por parte de su empleadora otros puestos de trabajo para que continuara la relación laboral, los mismos implicaban remuneraciones sustancialmente menores, razón por la cual los rechazó en forma expresa. Ante esto la empleadora dio por rescindido el contrato de trabajo por causas no imputables a su parte. Reconoce el actor que se le ofreció el pago de la indemnización por despido parcial equivalente a la pérdida salarial pero que la misma fue rechazada por carecer de fundamento. Agrega además el actor que en tanto tres meses antes del despido la empresa realizó llamados de nivel de remuneración similar al suyo, contaba con puestos de trabajo en lo que podría haberlo reubicado sin lesión a sus derechos.

El demandado por su parte al contestar la demanda manifestó que lo que ocurrió fue la rescisión del contrato de trabajo debido a la incapacidad permanente del trabajador para el desempeño que ocupaba y su inflexible postura de aceptar alguna de las otras oportunidades laborales que le fueron ofrecidas.

2. Las resoluciones judiciales dictadas

Ante la situación planteada, tanto en primera como en segunda instancia se arribó a la conclusión de que la demanda debía ser acogida condenando a la demandada al pago de los rubros de egreso reclamados y la indemnización por despido legal.

Fue así que ventilados los hechos mencionados en el numeral anterior ante los estrados, el Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 21° Turno en Sentencia N° 37/2016 de 24 de mayo de 2016 acogió la demanda promovida condenando al pago de los rubros de egreso y de la indemnización por despido común afirmando que de la prueba agregada al expediente no surge una incapacidad que pueda asimilarse a la que conlleva a la extinción del vínculo por lo que se está ante una hipótesis

de la empresa en el marco de su nueva condición física por una enfermedad común.

III) Por decreto N°1296/2016 de 10 de junio de 2016, se confirió traslado de la apelación por el término legal de diez días hábiles (fs.200), el que fue evacuado por la contraria de fs. 202-205, abogando por la confirmatoria de la sentencia apelada.

IV) Por providencia N°1610/2016 de 27 de julio de 2016, se tuvo por evacuado el traslado conferido, franqueándose la alzada (fs.206).

V) Recibidos los autos por el Tribunal en forma el 1º de setiembre de 2016, se señaló fecha de acuerdo y se dispuso el pase a estudio de conformidad con lo establecido en el art. 17 de la ley 18.572 en la redacción dada por el art. 6 de la ley 18.847 el 2 de setiembre de 2016 (fs.221).

VI) Existiendo discordia total, se procedió al sorteo de integración, recayendo la suerte en la Sra. Ministra del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er. Turno, Dra. Gloria Seguessa Mora y habiéndose alcanzado la mayoría legal, se procede al dictado de la presente, en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Sala integrada, por mayoría de voluntades, entiende que corresponde arribar a una solución ratificatoria de lo fallado en primera instancia, por lo que procederá a la confirmatoria de la recurrida, en tanto los agravios expresados por la apelante no logran conmover los fundamentos de la misma.

La representante de la parte demandada se agravia –en puridad- porque la recurrida la condenó al pago de la IPD sin advertir, que se le ofrecieron cargos acordes a la prescripción médica por la dolencia física que le impedía continuar desempeñando el cargo habitual. Funda sus agravios, en que la sentencia no tuvo en cuenta que se trataba de una enfermedad común, que no encuadra-

de despido. En esa sentencia el *a quo* recurrió a la aplicación del principio protector del derecho del trabajo argumentando que el empleador no permitió que el trabajador mantuviera su fuente laboral, no mediando causas como el agotamiento del contrato de trabajo o la notoria mala conducta que la eximieran del pago de la indemnización por despido legal reclamada.

Luego de que la empresa demandada recurriera la sentencia recaída en primera instancia, el expediente fue remitido en alzada al Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 4° Turno, el que por Sentencia N° SEF 0511-000321/2016 de 12 de octubre de 2016 que ahora se referencia, dispuso confirmar por mayoría la decisión del tribunal *a quo*. Los Ministros firmantes ponen énfasis en el hecho de que en tanto el actor no dio su consentimiento para la rebaja salarial ofrecida por el empleador no pudo haber operado la novación del contrato de trabajo necesaria para reubicar al empleado en un puesto con una remuneración inferior a la que percibía en su puesto anterior. Asimismo y si bien parece admitir la validez del pago de una indemnización parcial, sostiene que en el caso concreto: *"…tratándose de un trabajador joven, no estaba obligado a aceptar, pues la única ventaja era mantener una fuente de trabajo que el empleador estaba obligado a respetar y o garantizar"*. El Ministro Dr. Adolfo Fernández de la Vega Méndez por su parte entendió que eran de recibo los agravios esgrimidos por la demandada y expresó su voto discorde sosteniendo que "*… en el caso no medió despido, sino extinción de la relación laboral por imposibilidad física de continuar desempeñando el trabajo que venía desarrollando, no teniendo la empresa en el momento la posibilidad de ofrecerle otros puestos más que los que el actor rechazó*."

3. La imposibilidad física del trabajador derivada de la enfermedad común: causa de extinción del contrato de trabajo

Esta ha sido la posición de la doctrina laboral clásica. Así por ejemplo PLÁ RODRÍGUEZ sostuvo que: "*El caso de incapacidad del trabajador suele ser equiparado, generalmente, a*

ba en una enfermedad profesional o derivada de un accidente de trabajo no resultando aplicable la norma de la ley 16.074, ni que se le ofreció el pago de una compensación a modo de indemnización parcial, que no pudo operar rebaja salarial pues el impedimento no fue ocasionado por la empresa, sino que se le trató de reubicar en tareas compatibles con su incapacidad y que no se le pudo dar el cargo de operador con la misma remuneración por carecer de conocimientos de idioma inglés. Haciendo hincapié, en que la ruptura del vínculo contractual obedeció a una causa ajena a su representada, pues el trabajador se rehusó a aceptar los cargos ofrecidos, pretendiendo el que había desempeñado antes de su enfermedad pero que por prescripción médica no podía ejercer. Tales agravios no han de ser de recibo por los fundamentos que se dirán.

II) En primer lugar, se advierte, que no se discute que el cese del actor obedeció a una decisión unilateral de la demandada luego de haber sido dado de alta del BSE, por una enfermedad común. Por el contrario, el tema medular objeto de agravios radica en determinar si dicho cese operó por despido directo o por cumplimiento de contrato (agotamiento e imposibilidad de su continuidad), en suma, un causa mayor que justificó tal decisión, imputable al trabajador por rehusarse a aceptar la propuesta de otros cargos de menor remuneración pero compatibles con su dolencia física permanente. La sentencia (fs.180), partiendo de que al actor le fueron ofrecidos cargos acordes con su dolencia física pero de menor remuneración, entiende que no pudo operar válidamente la novación del contrato, pues no hubo consentimiento de aquél ya que la aceptación le implicaba una rebaja salarial que no se encontraba obligado a consentir, entendiendo (fs.180 vto.), que la demandada no actuó con la diligencia de un buen padre de familia, no habiendo probado que uno de los cargos disponibles que tenía igual remune-

la muerte, sosteniéndose que determina 'ipso jure' la extinción del contrato." (1)

En la misma línea argumental BARBAGELATA, señala: *"En lo que refiere a la incapacitación del trabajador que, en un primer momento implemente interrumpe la relación de trabajo, cuando se consolida, como en las enfermedades incurables, condenas de larga duración, imposibilidad por tiempo indefinido para el desempeño de las funciones por causas físicas o mentales, también extingue el contrato."* (2)

En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia al afirmar que *"... ante la imposibilidad del trabajador de prestar su fuerza de trabajo conforme lo convenido, se extingue la relación laboral sin responsabilidad para el empleador, toda vez que no exista una norma que imponga lo contrario."* (3)

4. ¿Existe una obligación para el empleador de encontrar un nuevo puesto de trabajo para el trabajador con una disminución de su capacidad luego de haber sufrido una enfermedad común?

La respuesta de acuerdo a la doctrina clásica citada en el numeral anterior es negativa y clara.

Sin embargo han existido pronunciamientos judiciales como el que se analiza en el presente que han sostenido la tesis contraria.

A modo de ejemplo, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° Turno sostuvo hace 26 años: "*En el caso de incapacidad parcial,*

(1) Plá Rodríguez, Américo "Curso de Derecho Laboral – Contratos de Trabajo", Tomo II, Volumen I, Ediciones Idea, pág. 233

(2) Barbagelata, Héctor Hugo "Derecho del Trabajo", Tomo I, Volumen 2, Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición, 1999, pág. 218

(3) Sentencia N° 35/2014 de 24/02/2014, Chediak (r), Chalar, Larrieux, Ruibal y Pérez Manrique (discorde), publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

ración y que requería un buen nivel de inglés, no le fuera ofrecido al actor por carecer del mismo, ya que no aportó a la causa el curriculum de este o algún otra documentación que así lo acreditara (fs.181). Asimismo, argumenta que la empresa ponderó en primer lugar sus necesidades así como evitar conflictos con otros trabajadores, antes de pensar en que se trataba de reubicar a un trabajador de 5 años de antigüedad con un buen desempeño funcional, lo que revela falta de diligencia media y valora en forma contraria a lo sostenido por la demandada, de que aquél pretendiera sacar provecho de su enfermedad (fs.181 vto.), concluyendo (fs.185), que corresponde el pago de la IPD reclamada pues, no puede imputarse el cese del trabajador como un agotamiento del contrato o extinción del mismo. La recurrente mantiene en la apelación idéntica postura sobre la cual edificó su defensa al contestar la demanda; sin embargo, a juicio del Colegiado, mal puede pretender exonerarse del pago del despido, si no pudo haber operado la novación del contrato, la que exige, como bien se dice en la sentencia, el consentimiento del trabajador incapacitado, el que legítimamente se negó a aceptar la reubicación propuesta, pues le significaba una rebaja entre un 30 y 35% de su salario normal. Entendemos, que si bien la indemnización parcial (prevista en caso del servicio doméstico) pudo haber permitido un acuerdo, no es menos cierto que tratándose de un trabajador joven, no estaba obligado a aceptar, pues la única ventaja era mantener una fuente de trabajo que el empleador estaba obligado a respetar y o garantizar. Por el contrario, ante tal impedimento y la voluntad del actor de mantener su fuente de trabajo, debió abonar la IPD legal, a la que la sentencia apelada condena abonar.

Conforme a lo que viene de expresarse, la valoración probatoria realizada en el grado anterior resulta compartible, ya que de la prueba testimonial producida en autos y según admiten las par-

como el de autos, la obligación de reintegro subsiste desplazándose el análisis a la consideración de si el empleador tiene o no puestos de trabajo que el operario puede desempeñar... y cita sentencias anteriores en las que se ha sostenido que el empleador tiene la obligación de reintegrar al trabajador enfermo o accidentado y que si, como ocurre en la especie ha habido una sensible disminución de su capacidad laboral, debe demostrar fehacientemente que no hay lugar disponible en la empresa que se adecua a las posibilidades de trabajo del obrero lesionado..."(4)

Más recientemente el mismo Tribunal sostuvo*: "Surge acreditado y no hay prueba en contrario en autos, que el actor no estaba en condiciones de ejercer al vencimiento del seguro por enfermedad, las tareas de chofer – cobrador, y si bien a estricto texto legal la empleadora no estaba obligada a retornarlo a dicha tarea, la sala entiende que ello no le exoneraba de emplearlo en otra acorde a su problema sanitario, la aplicación fría del texto legal que esgrime la empleadora y que acepta la recurrida, deja al empleado que sufre una incapacidad importante sin la posibilidad de tener un trabajo acorde a la misma que pueda hacer posible su sustento como el de su familia."* Luego de reconocer que no existe obligación legal de reintegro afirma el Tribunal que *"... en aplicación del principio protector del derecho del trabajo, que esta – la demandada- incumplió la posibilidad de que el trabajador pudiera seguir desempeñándose en la misma, lo que configura un incumplimiento de las obligaciones como empleadora que debe garantizar el trabajo a sus empleados, siempre que no medien circunstancias que ameritaren el cese sin la debida indemnización, como ser agotamiento del contrato de trabajo o notoria mala conducta, que no es el caso del actor. Al no otorgarle la empleadora al actor, la posibilidad de continuar trabajando en otra función distinta a la que fue contratado y no por voluntad de éste no puede desarrollar, se entiende*

(4) Sentencia de 11/09/1990 publicada en LJU La Justicia Uruguaya-Revista jurídica, Tomo 102. Año Caso N° 11.686 TAT 2° (Cafasso, Sunhary Albín, Sánchez de Ramos)

tes, de aceptar el actor algunos de los cargos ofrecidos por la empleadora, hubiera visto sustancialmente modificada su remuneración, pues pasaría a ganar aproximadamente un 30% menos. De ahí, que la apelante afirma que ofreció abonar un despido parcial.

III) En segundo lugar, cabe consignar que la solución planteada por la demandada, ante la enfermedad (común) de su dependiente, puede parecer totalmente razonable, pues, implica que el empleado mantenga su fuente de trabajo, en un puesto acorde a su salud y además percibir el despido proporcional a la disminución salarial. Sin embargo, asiste razón a la atacada en cuanto a que el actor debe consentir dicha novación en su contrato de trabajo, ya que su enfermedad no justifica la rebaja salarial, sí el cambio de tareas. Por tanto, en la situación fáctica planteada, si las partes no convenían un nuevo contrato de trabajo modificativo del anterior, en algún momento, o el actor seguía percibiendo el mismo salario en otra tarea o se rescindía el vínculo.

Contrariamente a lo que sostiene el recurrente, a nuestro modo de ver, no puede prescindirse del consentimiento de la parte trabajadora a la hora de modificar la ecuación salarial del vínculo laboral. En el caso, el empleador alegó una imposibilidad contractual pero, al hacerlo confunde la causa de la rescisión con la rescisión propiamente dicha. Y, como es sabido, la rescisión del contrato de trabajo por decisión del patrono, implica un despido.

Por tanto, coincidiendo con la apelada, en que la situación planteada configura un despido y no una renuncia ni un cese por fin de contrato, el mismo merece ser indemnizado. Pues, nada impedía al empleador mantener el salario del Sr. Barceló ejerciendo tareas diferentes a las cumplidas anteriormente, hasta que apareciesen otras, acordes al salario, o bien, prescindir de sus servicios, despidiéndolo y abonando la indemnización corres-

que se configuró si el despido indirecto demandado al que se hará lugar…"(5)

La premisa en este caso entonces es que no existe una norma en sede de enfermedad común que deja secuelas que le impiden al empleado continuar realizando las tareas que realizaba hasta antes de la enfermedad que establezca para el empleador la obligación de que consiga para él un nuevo puesto de trabajo acorde a sus capacidades.

Es más, no existe en la regulación de la enfermedad común (no profesional) una norma como la del artículo 69 de la Ley N° 16.074 que establece que "*Si el trabajador queda con una incapacidad permanente parcial, tendrá derecho a solicitar su reincorporación al cargo que ocupaba, si está en condiciones de desempeñarlo, o a cualquier otro compatible con su capacidad limitada*."

Al no existir una norma que prevea esta obligación del empleador podrá sostenerse que estamos ante un vacío legal que debe llenarse a través de las normas de integración.

Esto parece haber pretendido la Sentencia en análisis y las sentencias citadas en este numeral, las que fundan la pretendida obligación del empleador de encontrar un puesto acorde a las capacidades del empleado en el principio protector. Si bien el espíritu de dichos pronunciamientos puede entenderse como loable, en la medida que la obligación no fue creada por una norma vigente, no debería crearse por aplicación del principio protector sin mayores desarrollos como se pretende en la Sentencia en análisis. Nótese que ninguna de las sentencias siquiera sostiene en cuál de los corolarios o enunciados del principio protector enunciado por PLÁ RODRÍGUEZ se fundan para generar la obligación mencionada. (6)

(5) Sentencia N° 551/2012 de 12/12/2012, Tosi (r), Echeveste, Corrales, publicada en Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

(6) De acuerdo a la doctrina más recibida el principio protector se expresa en tres formas diferentes: "la regla in dubio pro operario", "la regla de la norma más favorable", y

pondiente. Lo cierto es que el actor no se negaba a que le cambiaran las funciones, en tanto se mantuviese su remuneración. De ahí, que pretender que el mismo, continuase trabajando en distintas tareas pero con un salario inferior al percibido hasta el momento, constituye motivo legítimo y suficiente para la no aceptación de esa propuesta laboral, no pudiendo ser constreñido a ello por la empresa, argumentando un agotamiento contractual incompatible con el caso de autos, conforme prestigiosa doctrina citada por la Sra. Juez a quo a fs. 184 vto.-185.

IV) Finalmente, el tinte de opinabilidad que pudiere surgir de la solución adoptada en el grado anterior, que el recurrente pretende introducir con los agravios expresados por su parte reiterando su enfoque de la cuestión expuesto oportunamente, como argumento de la contestación, se desdibuja, ante la aplicación del principio in dubio pro operario, derivado del principio protector, rector en la rama del Derecho que nos convoca. Asimismo, en caso de reubicar al trabajador con igual salario en tareas habitualmente menor remuneradas, dicho extremo no podría significar un problema con los demás empleados, ya que en nuestro sistema no existe equiparación salarial absoluta y la razón de desigualdad era objetiva y fundada, lo que determina el rechazo de tales agravios y la confirmatoria de la sentencia apelada.

V) Sobre la conducta procesal observada por las partes no se hará especial condenación en el grado (art.688 C. Civil, art.261 C.G.P).

Por los fundamentos expuestos, las normas legales citadas, los arts. 17 y 18 de la ley 18.572, su modificativa ley 18.847, arts. 197 y 198 C.G.P y su modificativa ley 19.090, el Tribunal,

FALLA:

Otra posición, sostenida por la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia citada es que en ausencia de una previsión normativa especial se debe acudir a las normas del Código Civil que en su artículo 1549 establece: "*La obligación, sea de dar o de hacer o de no hacer, se extingue sin responsabilidad de daños y perjuicios, cuando la prestación que forma la materia de ella viene a ser física o legalmente imposible; salvo los casos ya designados en el artículo 1343 y lo que se dispone por los siguientes*".

Siguiendo a MANGARELLI para aplicar las normas del derecho civil en el derecho del trabajo *"... es necesario que estemos en presencia de un vacío en el derecho del trabajo, esto es que la cuestión no se encuentre resuelta por una norma, concepto, o principio del derecho del trabajo."* y luego *"La aplicación del principio, norma o concepto del derecho común o civil sólo procede si no se contraviene un principio, norma, o concepto del derecho del trabajo."*(7)

Ambos requisitos se dan en la cuestión en análisis por lo que podría llenarse el vacío aplicando el artículo 1549 del Código Civil transcripto en la misma línea que la doctrina más recibida citada.

5. El ofrecimiento de un nuevo puesto con una remuneración menor y los requisitos de la novación

En el caso en análisis, el empleador realizó al empleado que no podía por motivos de salud continuar desempeñando las tareas de su puesto habitual, ofrecimientos de puestos de trabajo cuyas remuneraciones eran inferiores a la que percibía el trabajador en su antiguo puesto.

"la regla de la condición más beneficiosa" Plá Rodríguez, Américo; Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición al cuidado de Hugo Barretto Ghione; FCU; 4º edición, Montevideo, Julio de 2015; pág. 91

(7) Mangarelli, Cristina, "La vuelta al Derecho común o civil: ¿la crisis del particularismo del derecho del trabajo?" en Revista Derecho UM Año VII (2008), N° 13, pág. 53.

CONFIRMASE LA RECURRIDA. SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN EL GRADO. NOTIFÍQUESE ELECTRÓNICAMENTE Y DEVUÉLVASE.

HONORARIOS FICTOS: 5 BASES DE PRESTACIONES Y CONTRIBUCIONES.

DRA. SYLVIA DE CAMILLI HERMIDA MINISTRA PRESIDENTE

DRA. RITA PATRÓN BETANCOR MINISTRA

DRA. GLORIA SEGUESSA MORA MINISTRA INTEGRANTE

DR. ADOLFO FERNÁNDEZ DE LA VEGA MÉNDEZ, DISCORDE POR LOS SIGUIENTES FUNDAMENTOS:

Entiende de recibo los agravios esgrimidos por la parte recurrente en cuanto postula, que en el caso no medió despido, sino extinción de la relación laboral por imposibilidad física de continuar desempeñando el trabajo que venía desarrollando, no teniendo la empresa en el momento la posibilidad de ofrecerle otros puestos más que los que el actor rechazó.

En efecto, debemos partir de ambas partes están de acuerdo en que por su patología lumbar sobreviniente, la cual requirió una delicada cirugía de hernia de disco efectuándose discectomia microquirúrgica, el actor no podía continuar con su cargo de Operador de RGT y Reach Staker para evitar los microtraumatismos de columna y tener la espalda mirando hacia abajo, ya que además debía caminar cada dos horas.

También debemos ponderar lo establecido por la doctrina y jurisprudencia vernácula, en cuanto a que en caso de que el trabajador tenga una imposibilidad física de desempeñar el trabajo para el cual fue contratado y el empleador no tenga otro puesto acorde a su nueva capacidad laboral o teniéndolo, el trabajador no lo acepta, el contrato se extingue por imposibilidad de este último. En esta cir-

Debido a que esto no fue aceptado por el trabajador es atendible que la novación no haya operado en tanto no existió un elemento indispensable del instituto novatorio: la intención o voluntad de modificar el contrato de trabajo. Al respecto PLÁ RODRÍGUEZ señalaba que la novación es válida siempre que **"...** *exista el animus novandi, es decir la intención y el propósito de cambiar un contrato por otro. Y, sobre todo, que quede bien de manifiesto la libre voluntad del trabajador"*(8)

La validez de la novación en materia laboral ha sido también sostenida más recientemente por AMEGLIO y SLINGER que en la misma línea que PLÁ RODRÍGUEZ que el empleador no puede en forma unilateral imponer una reducción del salario al empleado, incluso mediante el pago de un despido parcial, por cuanto ello excede los límites del *jus variandi*. Sin embargo, la situación es diferente cuando se trata de una propuesta realizada por el empleador al trabajador y aceptada por este último. Solo en este caso estamos ante un verdadero acuerdo novatorio, válido, mediante el cual se extingue una obligación anterior por otra nueva y diferente.(9)

En el caso en análisis el ofrecimiento del nuevo puesto de trabajo con un salario menor y una indemnización por despido parcial se hacía con el objetivo de conservar la fuente de trabajo, en un acto de buena fe, ya que partiendo de la base de que el contrato de lo contrario se extinguía sin derecho a indemnización por incapacidad del trabajador, lo que se pretendía ofrecer era la conservación del puesto de trabajo.

Relacionado con esto, no debería soslayarse la afirmación que realiza el Ministro discorde citando a la profesora MANGA-

(8) Plá Rodríguez, Américo. Curso de derecho laboral tomo II vol. I, p. 198. Ed. Idea Montevideo, 1987

(9) Ameglio, Eduardo J; Slinger, Leonardo. Las variaciones del contrato de trabajo en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Nº 1, 2000, pp. 147 y ss.

cunstancia, no se configura el despido y por ende el trabajador no tiene derecho a ninguna indemnización (cfr. Larrañaga Zeni en "El Derecho Actual de las Relaciones Laborales Uruguayas", pág. 272; Barbagelata en "Derecho del Trabajo", tom. 1, vol 2, pág. 218; "Anuario de Jurisprudencia Laboral" Año 2003, c. 635; Año 2008, c. 191).

Incluso en el caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional la doctrina establece que el trabajador deberá percibir la retribución correspondiente al nuevo cargo, aunque sea inferior a la anterior (cfr. Mangarelli en "La Seguridad Social en el Uruguay- Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales", pág. 238).

En el caso, la empresa ha acreditado que no tenía al momento de la enfermedad para ofrecerles otros puestos que los que el actor rechazó, aunque estos implicaran que ganara menos. Véase que la demanda se basa en que no le fueron ofrecidos al actor tres cargos para los cuales la empresa hizo un llamado externo a cubrir. Aquí es donde empiezan las inexactitudes, pues el llamado fue interno y la rebaja no iba a ser del 50% por ninguno de los cargos (a lo sumo del 30%). Pero además, en cuanto al cargo de Operador de Buque, que le permitía percibir lo mismo, no se le pudo ofrecer pues requería un nivel medio o avanzado del idioma inglés, dado que implicaba comunicarse con capitán y tripulación de buques extranjeros. No se comparte el argumento de la recurrida de que era carga de la empresa haber acreditado que el actor no sabía inglés presentando el curriculum, cuando es el propio actor en su demanda el que reconoce de entrada su desconocimiento, cuando establece que pudo haber realizado un curso para aprenderlo. Pero tampoco es compartible ese argumento, pues lo cierto es que al momento de requerirse el cargo, el actor no tenía ese conocimiento y la empresa no tenía porqué esperar a que lo adquiriera, cuando siquiera sabemos si lo

RELLI respecto a que ni siquiera en sede de reincorporación a nuevas tareas en caso de secuelas derivadas de accidentes de trabajo existe la obligación de pagar un salario mayor al que corresponda a las nuevas tareas asignadas. Expresamente sostuvo MANGARELLI*: "El trabajador percibirá el salario que corresponda al nuevo cargo, aunque sea una remuneración inferior a la que percibía con anterioridad. A nuestro modo de ver no se trata de una rebaja salarial, sino que en este caso el salario se ajusta a la nueva tarea que desempeñará el trabajador que es justamente la compatible con su actual capacidad"* y refiere que ello surge también de la discusión parlamentaria previa a la aprobación de la Ley Nº 16.074.(10)

Volviendo al caso en análisis, el enfoque de la ausencia del *animus novandi* cuando se trata de un caso en el que es el propio trabajador el que no puede realizar las tareas para las que fue contratado, no parece acertado. Si se parte de la premisa de que no fue el empleador quien causó la modificación de la categoría y salario del trabajador y de que no existe norma legal que obligue al empleador a encontrar un nuevo puesto para el trabajador con sus capacidades disminuidas por una enfermedad profesional, la aplicación del instituto de la novación debería realizarse en forma matizada o adaptada.

6. La validez del instituto de la indemnización por despido parcial

El actor sostiene que el despido parcial no es válido en nuestro derecho como parte de sus argumentos para haber descartado la propuesta de la empleadora.

AMEGLIO define al despido parcial señalando: *"... en este caso, el trabajador, en lugar de perder su empleo, acepta condiciones menos beneficiosas (por ejemplo, reducción del salario u horario) y como contrapartida recibe una indemnización que tiende a com-*

(10) Mangarelli, Cristina en "Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales" en La Seguridad Social en el Uruguay, FCU, 2da. Edición, Montevideo, 1991, pág. 382.

lograría satisfactoriamente. Respecto del cargo de Encargado de Estiba, no es cierto lo que refiere el actor en su demanda en cuanto a que tenía la misma retribución que el percibía, tan es así que ya en los alegatos ni lo menciona como posible cargo que debió ofrecérsele, sin perjuicio de que los testimonios dan cuenta que había rechazado uno similar (Señalizador Gango), aduciendo que por su problema lumbar no podía mirar para arriba. Tampoco es cierto lo que establece en su demanda acerca se le pudo haber ofrecido el cargo de Operario de Control de Equipo Refrigerado y no se le ofreció, pues por el contrario de autos resulta que en realidad se le ofreció y no lo aceptó, por el tema remuneración. Por otra parte, resulta que pese a que su patología en la columna no se lo permitía, de todos modos el actor aspiraba a que se le adjudicara el cargo de manejar las Guías Móviles GM, como refiere en el nral. VIII de su demanda a fs. 76, justamente el que era el mejor remunerado de la empresa. En tal marco, no puede sostenerse que la empresa no hubiere echo lo que estaba a su alcance para mantener la relación laboral, pues le ofreció los cargos libres que tenía a su disposición, más allá de que estos tuvieran una retribución menor que el que ya no podía desempeñar el actor por su patología lumbar. En esta circunstancia, no se configura el despido y por ende el trabajador no tiene derecho a indemnización.

Lo expuesto conlleva, a que deban amparar-se los agravios, debiendo revocarse la condena al pago de indemnización por despido y absolverse a la demandada del pago de la misma.

DR. ADOLFO FERNÁNDEZ DE LA VEGA MÉNDEZ MINISTRO DISCORDE

ESC ALICIA DAMINI SECRETARIA LETRADA

---

pensar el cambio que sufre su contrato de trabajo."(11)

Algunas posiciones se han manifestado en forma contraria a la procedencia de la indemnización por despido parcial en nuestro derecho. Así por ejemplo el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° Turno sostuvo que: *"... nuestro ordenamiento jurídico no admite la tesis del despido parcial" agregando que todas las leyes de despido del 1944 regulan la figura del despido en base a la finalización del contrato, a la ruptura total de la relación..."* (12).

A nivel de derecho positivo, en normas con origen en las instancias de negociación en los Consejos de Salarios se ha previsto la figura de la indemnización por despido parcial tanto para los trabajadores docentes de la educación formal como para los trabajadores del servicio doméstico(13).

7. La referencia al principio de inexistencia de la equiparación salarial absoluta

Finalmente, en la Sentencia se señala como fundamento para que el empleador continúe pagando el salario del trabajador a pesar de que realice tareas de menor categoría la

(11) Ameglio, Eduardo en "La indemnización por despido: su incidencia en la caracterización del mercado de trabajo uruguayo." En rev DL Tomo XXXVI N° 171 Julio Setiembre 1993 pág. 554

(12) AJL 2001, pág. 118, Caso 258, TAT 2 Sent 260/2001 de 2.11.2001 Echeveste, López (r), Tosi. Sin embargo el mismo Tribunal de alzada parece admitirla en la Sentencia n° 150, de 14/06/1999, Pirez, Echeveste, Vázquez AJL 1999, pág. 224 y 225 Caso 506.

(13) Decreto Nº 287/985 artículo 1: "*Sin perjuicio de esto, toda modificación en las condiciones laborales originadas por eventuales creaciones o supresiones de grupos, aparejará el derecho del docente a modificar la opción. El docente tendrá derecho asimismo, en el caso de producirse una reducción en el horario de trabajo que traiga aparejada una reducción del salario, a cobrar la indemnización por despido parcial, sin considerar disuelta la relación laboral."* Decreto Nº 670/008 "*DECIMO SEGUNDO: DESPIDO PARCIAL. Las partes acuerdan que cuando a un trabajador se le otorgue menos horas de trabajo que las que cumplía en el año anterior, el empleador deberá abonar la indemnización por despido parcial correspondiente, dentro del mes en el que se rebajan las horas de trabajo, y ello de acuerdo con la normativa laboral correspondiente."*

inexistencia del principio de equiparación salarial absoluta.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sostienen que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un principio de equiparación salarial absoluta, el empleador cumple con abonar los mínimos previstos por los laudos de los Convenios Colectivos y no está obligado a abonar en forma igual a empleados que desarrollen la misma tarea, salvo que exista discriminación ilícita.(14)

Es cierto que el empleador puede jurídicamente de acuerdo al mencionado principio pagar salarios diferentes a trabajadores que realicen las mismas tareas, pero no menos cierto es que situaciones como esta modifican las escalas salariales de las organizaciones generando desfasajes y alteraciones a la estructura salarial y jerárquica que desde el punto de vista organizativo y jerárquico pueden ser dañinos para las empresas.

(14) Así, podemos citar al Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 4° turno, quien en forma resumida recoge la posición jurisprudencial al respecto: "…en nuestro régimen vigente no rige el sistema de equiparación salarial absoluto, por lo que el empleador cumple con abonar el salario convenido con el trabajador siempre que respete los mínimos establecidos por laudos, decretos o convenios colectivos o el salario mínimo nacional cuando estos no rigen o fueran absorbidos por este, quedando la paridad o equiparación destinada exclusivamente a eliminar las discriminaciones por razón de nacionalidad, sexo, raza, opinión política, religión u origen social." (TAT 4°, Sentencia N° 17/2014 de 14/02/2014, en el mismo sentido ver: SCJ, Sentencia N° 68/97 de 2/4/1997, TAT 1°, Sentencia N° 228/2014 de 06/08/2014, TAT 2°, Sentencia N° 360/2013 de 22/10/2013, TAT 3°, Sentencia N° 427/2011 de 26/08/2011, publicadas en Base de Jurisprudencia Nacional Pública).

ANÁLISIS TEMÁTICO TRANSVERSAL DE LOS CONSEJOS DE SALARIOS

QUEBRANTO DE CAJA[1] (2005 - 2016)[2]

Grupo No. 01 "Procesamiento y Conservación de Alimentos, Bebidas y Tabaco", Subgrupo 12, "Panaderías, Confiterías y Catering Artesanal" Capítulo 02 "Fábrica de pastas"	
11.12.13 (rectifica convenio del 06.11.13)	Décimo tercero: Categorías laborales: Las partes, dejan constancia, que las categorías laborales que rigen al sector a partir del 1 de julio de 2013 son las siguientes, dejándose constancia de la creación de una nueva categoría laboral denominada: (...) Supervisora de delivery: Existirá esta categoría cuando en la empresa haya más de 30 trabajadores en planilla. Es la empleada/o que tiene como función principal la organización y supervisión de los repartos y entregas; recepción y seguimiento de los pedidos telefónicos para su entrega, traza las rutas de entrega de pedidos y las asigna, optimizando los tiempos con el fin de reducir el tiempo de espera, coordina los horarios del personal de delivery, supervisa al personal del sector de reparto. Para el caso de que maneje dinero cobrará además, quebranto de caja, a razón del 10 % del salario percibido. Chofer - repartidor - cobrador: Es la persona que realiza el reparto de la mercadería en los automotores que le proporcione la empresa (se excluye motonetas y bimotores) siendo además, responsable del manejo de dinero y documentos (cobranza). Estas dos actividades, deben ser la principal labor del chofer. En los casos que no haya actividades de reparto, podrá accesoriamente, realizar tareas internas de la empresa. Se deja constancia que aquellos choferes que al 30 de junio de 2006 real y efectivamente realizan las actividades de chofer repartidor cobrador, pasarán a esta categoría con el beneficio adicionado en el presente. Quebranto de Caja: Por las actividades de cobranza que realiza, este operario tendrá derecho a percibir un quebranto de caja del 10 % del salario mínimo de la categoría de chofer, dejándose constancia, que este quebranto, queda incluido en el salario mínimo de la categoría, lo que determina que el salario sea un 10 % superior a la categoría de chofer (quebranto incluido). Ayudante de reparto con cobranza: Es la persona que acompaña al chofer de reparto colaborando con la carga y descarga de la mercadería y su entrega y a su vez, realiza la tarea de cobranza (manejo de dinero y documentos). Quebranto de Caja: Por las actividades de cobranza que realiza, este operario tendrá derecho a percibir un quebranto de caja del 10 % del salario mínimo de la categoría de ayudante de reparto, dejándose constancia, que este quebranto, queda incluido en el salario mínimo de esta categoría Repartidor en birodado: Es el operario que realiza el reparto o entrega de productos personalmente o en birodado (bicicleta, ciclomotor, moto, etc.), y realiza las cobranzas de la mercadería entregada. Este operario tiene incluido por concepto de quebranto de caja un 10% del salario de la categoría de ayudante de reparto. Cajero/a: Es la persona encargada de efectuar los cobros al público, facturar las ventas y atender el teléfono, entregando la mercadería vendida, siendo de su responsabilidad, la liquidación de la cobranza de las ventas efectuadas en el reparto externo. Percibirá además de su remuneración, un 10% más, por concepto de quebranto de caja.

(1) Sección a cargo de la Dra. Leticia Iglesias
(2) No se incluyen las cláusulas que se limiten a actualizar el monto de la partida

30.10.08	Octavo. Categorías laborales: Se ratifica la descripción de categorías incluida en el Decreto del Poder Ejecutivo N° 507/2006 de fecha 4 de diciembre de 2006 publicado en el Diario Oficial el 13 de diciembre de 2006 (Decreto No. 507/007), sin perjuicio de las modificaciones e inclusiones que surgen del presente, conforme al siguiente detalle: (...) Chofer-repartidor-cobrador: Es la persona que realiza el reparto de la mercadería en los automotores que le proporcione la empresa (se excluye motonetas y motores) siendo además, responsable del manejo de dinero y documentos (cobranza). Estas dos actividades, deben ser la principal labor del chofer. En los casos que no haya actividades de reparto, podrá accesoriamente, realizar tareas internas de la empresa. Se deja constancia que aquellos chóferes que al 30 de junio de 2006 real y efectivamente realizan las actividades de chofer repartidor cobrador, pasarán a esta categoría con el beneficio adicionado en el presente. Quebranto de Caja: Por las actividades de cobranza que realiza, este operario tendrá derecho a percibir un quebranto de caja del 10 % del salario mínimo de la categoría de chofer, dejándose constancia, que este quebranto, queda incluido en el salario mínimo de la categoría, lo que determina que el salario sea un 10% superior a la categoría de chofer (quebranto incluido). Ayudante de reparto con cobranza: Es la persona que acompaña al chofer de reparto colaborando con la carga y descarga de la mercadería y su entrega y a su vez, realiza la tarea de cobranza (manejo de dinero y documentos). Quebranto de Caja: Por las actividades de cobranza que realiza, este operario tendrá derecho a percibir un quebranto de caja del 10% del salario mínimo de la categoría de ayudante de reparto, dejándose constancia, que este quebranto, queda incluido en el salario mínimo de esta categoría. Repartidor en birodado: Es el operario que realiza el reparto o entrega de productos personalmente o en birodado (bicicleta, ciclomotor, moto, etc.), y realiza las cobranzas de la mercadería entregada. Este operario tiene incluido por concepto de quebranto de caja un 10% del salario de la categoría de ayudante de reparto. Cajero/a: Es la persona encargada de efectuar los cobros al público, facturar las ventas y atender el teléfono, entregando la mercadería vendida, siendo de su responsabilidad, la liquidación de la cobranza de las ventas efectuadas en el reparto externo. Percibirá además de su remuneración, un 10% más, por concepto de quebranto de caja.
29.09.06	Noveno. Categorías laborales: Se ratifica la descripción de categorías incluida en el Decreto del Poder Ejecutivo No. 272/985 (Decreto No. 272/985) de fecha 3 de julio de 1985, publicado en el Diario Oficial el 15 de julio de 1985, que se transcriben en el presente, sin perjuicio de las derogaciones de categorías que surgen del presente y la creación de nuevas categorías, conforme al siguiente detalle: Descripción de categorías: Chofer - repartidor - cobrador: Es la persona que realiza el reparto de la mercadería en los automotores que le proporcione la empresa (se excluye motonetas y bimotores) siendo además, responsable del manejo de dinero y documentos (cobranza). Estas dos actividades, deben ser la principal labor del chofer. En los casos que no haya actividades de reparto, podrá accesoriamente, realizar tareas internas de la empresa. Se deja constancia que aquellos choferes que al 30 de junio de 2006 real y efectivamente realizan las actividades de chofer repartidor cobrador, pasarán a esta categoría con el beneficio adicionado en el presente. Quebranto de Caja: Por las actividades de cobranza que realiza, este operario tendrá derecho a percibir un quebranto de caja del 10% del salario mínimo de la categoría de chofer, dejándose constancia, que este quebranto, queda incluido en el salario mínimo de la categoría, lo que determina que el salario sea un 10% superior a la categoría de chofer (quebranto incluido). Ayudante de reparto con cobranza: Es la persona que acompaña al chofer de reparto colaborando con la carga y descarga de la mercadería y su entrega y a su vez, realiza las tareas de cobranza (manejo de dinero y documentos)

29.09.06 Cont.	Quebranto de Caja: Por las actividades de cobranza que realiza, este operario tendrá derecho a percibir un quebranto de caja del 10% del salario mínimo de la categoría de aprendiz, dejándose constancia, que este quebranto, queda incluido en el salario mínimo de esta categoría. Repartidor en birodado: Es el operario que realiza el reparto o entrega de productos personalmente o en birodado (bicicleta, ciclomotor, moto, etc.), y realiza las cobranzas de la mercadería entregada. Este operario tiene incluido por concepto de quebranto de caja un 10% del salario de la categoría. Cajero/a: Es la persona encargada de efectuar los cobros al público, facturar las ventas y atender el teléfono, entregando la mercadería vendida, siendo de su responsabilidad, la liquidación de la cobranza de las ventas efectuadas en el reparto externo. Percibirá además de su remuneración, un 10% más, por concepto de quebranto de caja.
10.08.05	Sexta. Quebranto de caja: La categoría laboral de Cajero, percibirá además por concepto de Quebranto de Caja una partida dineraria equivalente al 10% del salario mensual mínimo de la categoría.
Grupo No. 02 "Industria Frigorífica", Subgrupo No. 01 "Industria Frigorífica"	
11.04.14	Quinto. Regulaciones: (...) 5.8. Quebranto de caja: Se establece para los cajeros el valor mínimo de quebranto de caja, en el equivalente al 10% del salario de cajero, siendo privativo de cada empresa, el régimen de liquidación del mismo.
11.05.11	Quinto. Regulaciones: (...) 5.8. Quebranto de caja: Se establece para los cajeros el valor mínimo de quebranto de caja, en el equivalente al 10% del salario de cajero, siendo privativo de cada empresa, el régimen de liquidación del mismo.
04.11.08	Quinto. Regulaciones: (...) 5.8. Quebranto de caja: Se establece para los cajeros el valor mínimo de quebranto de caja, en el equivalente al 10% del salario de cajero, siendo privativo de cada empresa, el régimen de liquidación del mismo.
Grupo No. 07 "Industria Química, del medicamento, farmacéutica, de combustible y afines", Subgrupo No. 07 "Medicamentos de uso veterinario"	
20.09.06	Décimo quinto. Quebranto: Por concepto de quebranto se pagará una compensación especial por mes al cajero y a cualquier otro funcionario que esté a cargo de una caja chica sobre los sueldos fijados por laudo. (Nota: vigencia ratificada por instrumento del 04.11.08, 23.05.11 y 14.11.13)
16.08.05	Décimo tercero. Quebranto: Por concepto de quebranto se pagará una compensación especial por mes al cajero y a cualquier otro funcionario que esté a cargo de una caja chica sobre los sueldos fijados por laudo.
Grupo No. 08 "Industria de Productos Metálicos, Maquinarías y Equipo, etc.", Subgrupo No. 07 "Industria del Plástico y Juguetes"	
29.12.15	Cajero (...) Percibirá además la cantidad mensual por concepto De quebrantos de caja cuando se deduzcan a su costa los quebrantos producidos. 1171,8 1218,7
30.12.13	Cajero (...) Percibirá además la cantidad mensual por concepto de quebrantos de caja cuando se deduzcan a su costa los quebrantos producidos. 891 944 1019
12.01.07	Cajero (...) Percibirá además la cantidad de $ 463,67 mensuales por concepto de quebrantos de caja cuando se deduzcan a su costa los quebrantos producidos.
11.11.08	Cajero (...) Percibirá además la cantidad de $ 582,94 mensuales por concepto de quebrantos de caja cuando se deduzcan a su costa los quebrantos producidos.
05.10.06	Cajero (...) Percibirá además la cantidad de $ 441 mensuales por concepto de quebrantos de caja cuando se deduzca a su costa los quebrantos producidos.
11.01.06	Cajero (...) Percibirá además la cantidad de $ 419 mensuales por concepto de quebrantos de caja cuando se deduzcan a su costa los quebrantos producidos.

05.08.05	Cajero (...) Percibirá además la cantidad de $ 398,41 mensuales por concepto de quebrantos de caja cuando se deduzcan a su costa los quebrantos producidos.
Grupo No. 09 "Industria de la Construcción y actividades complementarias", Subgrupos No. 02 y 03 - Operación puestos de peajes, ubicados en rutas nacionales	
18.03.14	Vigésimo primero. Quebranto de caja: El valor del quebranto de caja será el 5,12% del salario básico nominal de la categoría III para toda la rama, cualquiera sea la categoría del trabajador que lo perciba en base a sus funciones vinculadas al manejo directo de dinero. Si el manejo de dinero es esporádico, el porcentaje se aplicará sobre las jornadas en que efectivamente ocurra esa condición.
25.03.11	Décimo. Beneficios: 10.2.- Quebranto.- A los efectos de la equiparación del presente beneficio en la rama, se establece que el quebranto será a partir del 1º de enero de 2011 del 4% (cuatro por ciento) sobre el salario nominal mayor de la categoría III (hoy con los ajustes que se acuerdan de $ 18.240,29 (pesos uruguayos dieciocho mil doscientos cuarenta con 29/100). Por consiguiente dicho monto ascenderá a $ 729,61 (pesos uruguayos setecientos veintinueve con 61/100) salvo aquellos trabajadores que perciben mayor quebranto. A partir del 1º de enero de 2012 se ajustará de acuerdo al porcentaje que ajuste el salario. El 1º de enero de 2013 el valor del quebranto será el 5,12% del salario nominal mayor de la categoría III para toda la rama.
03.11.08	Sexto. Quebranto de caja: Se establece como quebranto mínimo de caja un porcentaje del 4% de la categoría III cajero/a. Cuando las partidas para quebrantos de caja se destinen a reponer quebrantos efectivos, no tendrán naturaleza salarial y, por tanto, no se computarán a los efectos de otros beneficios.
20.09.05	Sexto. Beneficios: III. Quebranto: a) Créase un quebranto de caja a partir del 1º. de julio de 2005 abonándose un monto nominal de $ 1,00 (un peso uruguayo) por hora trabajada, para la categoría III-dicho monto se ajustara conjuntamente con los incrementos previos en el presente acuerdo, para los salarios base, con la excepción del ajuste del 7,3% (siete con tres por ciento) previsto en el punto 4.5. Esta partida que se crea no será acumulable a otras, que se encuentren percibiendo los trabajadores al 30 de junio de 2005, como por ejemplo "sumas para el mejor goce de la licencia extraordinarias". b) Solo para el caso particular del quebranto de caja percibido por los trabajadores de Corporación Vial del Uruguay S.A. del pasaje " La Barra" ubicado en la ruta nacional No. 1, las partes acuerdan sustituir el quebranto percibido equivalente a 5 tickets de peaje categoría 1, por un monto nominal de $ 450 cuatrocientos cincuenta pesos uruguayos) mensuales, expresados en valores al 1º de julio de 2005. Este importe será alcanzado por los ajustes previstos en los puntos 4.1 b), 4.3 y 4.4, dejándose expresamente excluido el incremento de 7,3 (siete con tres por ciento) previsto en el punto 4,5. Este beneficio no es acumulable al benéfico creado en el item III a).
Grupo No. 10 "Comercio en General", Subgrupo No. 01 "Tiendas"	
19.11.08	Décimo. Quebranto de caja: Se establece un monto de $ 400 mensuales por concepto de quebranto de caja que se hará efectivo a todos los trabajadores que cumplan funciones de cajero, independientemente del cargo. De dicho monto se descontarán los faltantes de dinero que se comprueben en los cierres diarios de caja de los funcionarios que tengan este beneficio. De no existir faltantes, los funcionarios con derecho a percibirlo recibirán en forma íntegra la partida arriba mencionada. En los casos que se verifique un faltante mayor al monto que se establece como quebranto, la diferencia quedará como saldo a descontar del quebranto de caja de los meses posteriores. Esta partida se actualizará con el mismo coeficiente que se aplique a los salarios mínimos del sector.

Grupo No. 10 "Comercio en General", Subgrupo No. 04 "Bazares, Ferreterías, Pinturerías y Jugueterías, Venta de Artículos de Electricidad y Electrónica"	
14.01.16	Quebranto de Caja: A partir del 1/1/16 los trabajadores que desempeñen la categoría de Cajero contarán con un quebranto de caja mensual de $ 711 por 44 horas semanales de labor (ajuste por IPC anual año 2015 del 9,44%), en caso que la jornada sea menor, la prima será proporcional a las horas realmente trabajadas. De dicho monto se descontarán mensualmente los faltantes que se comprueben en los cierres diarios de caja. De no existir faltantes los funcionarios recibirán en forma íntegra la partida antes mencionada. En los casos que se verifique un faltante mayor el monto que se establece como quebranto, la diferencia quedará como saldo a descontar del quebranto de caja de los meses posteriores.
14.11.13	Décimo segundo. Quebranto de Caja: A partir del 1/1/14 los trabajadores que desempeñen la categoría de Cajero contarán con un quebranto de caja mensual de $600 por 44 horas semanales de labor, en caso que la jornada sea menor, la prima será proporcional a las horas realmente trabajadas. De dicho monto se descontarán mensualmente los faltantes que se comprueben en los cierres diarios de caja. De no existir faltantes los funcionarios recibirán en forma íntegra la partida antes mencionada. En los casos que se verifique un faltante mayor al monto que se establece como quebranto, la diferencia quedará como saldo a descontar del quebranto de caja de los meses posteriores. Dicho monto se ajustará anualmente por IPC a partir del 1/1/2015.
Grupo No. 10 "Comercio en General", Subgrupo No. 09 "Farmacias, Homeopatía y Heboristería"	
13.11.13	Décimo. Ratificación de beneficios: Se mantienen vigentes los beneficios pactados en los Convenios colectivos anteriores. A continuación se transcriben los beneficios de Quebranto de caja para Mandaderos y Complemento para Mandaderos con vehículo propio. Quebranto de Caja para Mandaderos: Los Mandaderos percibirán mensualmente un Quebranto de Caja equivalente al 50% del valor previsto para el Quebranto de Caja establecido para las Cajeras, a los efectos de atender así a los eventuales riesgos de faltantes por manejo de valores en las entregas y cobranzas de pedidos. Mandaderos con vehículo propio: Los Mandaderos dependientes contratados con vehículo propio (motorizado), percibirán un 10% de complemento salarial mensual sobre el salario mínimo de su categoría. Se les reintegrará, a su vez, los gastos de combustible que se originen en el cumplimiento de sus tareas y en función a los que las partes así convengan. Los Mandaderos deberán observar y cumplir debidamente con las normas de seguridad en el tránsito. Este beneficio no se aplicará en caso de existir otro mecanismo de compensación pactado por las partes, que pueda resultar más beneficioso para el trabajador. D**écimo primero.** Ajustes previstos para quebrantos: Los quebrantos de caja vigentes (para Cajeros/as y Mandaderos/as), serán ajustados anualmente con el mismo porcentaje previsto para los salarios mínimos de las categorías.
09.05.11	S**éptimo.** Quebranto de Caja para Mandaderos: Los Mandaderos percibirán mensualmente un Quebranto de Caja equivalente al 50% del valor previsto para el Quebranto de Caja establecido para las Cajeras, a los efectos de atender así a los eventuales riesgos de faltantes por manejo de valores en las entregas y cobranzas de pedidos.
21.11.08	Séptimo. Quebranto para Mandaderos: Los Mandaderos percibirán mensualmente un quebranto equivalente al 50% del valor previsto para las Cajeras para atender así a los eventuales riesgos de faltantes, por manejo de valores, en las entregas y cobranzas de pedidos. Este beneficio regirá a partir del 1º. de enero de 2009.

Grupo No. 10 "Comercio en general", Subgrupo No. 17 "Repuestos para automotores"	
23.12.13	Décimo primero: Quebranto de caja a partir del 1/1/2014 se establece un monto de $ 500 nominal y mensual por concepto de Quebranto de Caja que se hará efectivo a quienes tengan las categorías de Cajero. De dicho monto se descontarán mensualmente los faltantes que se comprueben en los cierres diarios de caja de los trabajadores que tengan este beneficio. De no existir faltantes, quienes tengan derecho a percibirlo recibirán en forma íntegra la partida arriba mencionada. El ajuste de su monto se realizará en los meses de julio en igual porcentaje al salario correspondiente al de la Categoría de Cajero.
Grupo No. 10 "Comercio en general", Subgrupo No. 18 "Supermercado"	
07.01.16	Octavo. Quebranto de caja: Se amplía el beneficio de quebranto de caja mensual para todos los cajeros según corresponda, a partir del 1º de enero de 2016. Asimismo se amplía dicho beneficio a quienes realizan habitualmente tareas similares al cajero, dentro del local en su jornada normal de trabajo. Las discrepancias que pudieran surgir sobre este beneficio se resolverán en el ámbito de este Consejo de Salarios. Todos los quebrantos de caja de este convenio serán actualizados al momento de realizarse los ajustes correspondientes, previstos en la cláusula quinta de este acuerdo, con el porcentaje aplicado a los salarios mínimos pactados..
07.01.16 Cont.	Sin perjuicio de lo acordado, a partir del 1º de enero de 2016 el monto del quebranto de caja del cajero común pasará a $ 460 mensuales. Aquellas categorías que cumplan suplencias en tareas relacionadas con Caja cobrarán dicho quebranto durante el período que realice dicha suplencia.
07.11.13	Décimo segundo. Quebranto de caja: A partir del 1/1/2014 se establece un monto de $ 600 nominal y mensual por concepto de Quebranto de Caja que se hará efectivo a quienes tengan las categorías de Cajero y/ o Cajero Especializado y a toda persona que realice en forma habitual y como su función principal cobros al público dentro del salón, siempre y cuando cuente con una antigüedad mayor a un año en dicha función. De dicho monto se descontarán mensualmente los faltantes que se comprueben en los cierres diarios de caja de los funcionarios que tengan este beneficio. De no existir faltantes, los funcionarios con derecho a percibirlo recibirán en forma íntegra la partida arriba mencionada. En los casos que se verifique un faltante mayor al monto que se establece como quebranto, la diferencia quedará como saldo a descontar del quebranto de caja de los meses posteriores. La empresa y los trabajadores podrán analizar aquellas situaciones de faltantes excepcionales para el trabajador involucrado. El monto establecido corresponde a trabajadores cuya jornada de labor sea de 44 horas semanales. Si la jornada es menor, la partida será proporcional a las horas realmente trabajadas. Si la jornada es mayor, las horas excedentes no afectarán el monto establecido. Por cada día de inasistencia se descontará la cuota parte correspondiente. Dicho monto se ajustará anualmente por IPC, a partir del 1/1/2015.

15.04.11	Décimo tercero. Quebranto de caja: Se establece un monto de $ 450 nominal y mensual por concepto de Quebranto de Caja que se hará efectivo a quienes tengan las categorías de Cajero y/o Cajero Especializado y a toda persona que realice en forma habitual y como su función principal cobros al público dentro del salón, siempre y cuando cuente con una antigüedad mayor a un año en dicha función. De dicho monto se descontarán mensualmente los faltantes que se comprueben en los cierres diarios de caja de los funcionarios que tengan este beneficio. De no existir faltantes, los funcionarios con derecho a percibirlo recibirán en forma íntegra la partida arriba mencionada. En los casos que se verifique un faltante mayor al monto que se establece como quebranto, la diferencia quedará como saldo a descontar del quebranto de caja de los meses posteriores. La empresa y los trabajadores podrán analizar aquellas situaciones de faltantes excepcionales para el trabajador involucrado. El monto establecido corresponde a trabajadores cuya jornada de labor sea de 44 horas semanales. Si la jornada es menor, la partida será proporcional a las horas realmente trabajadas. Si la jornada es mayor, las horas excedentes no afectarán el monto establecido. Por cada día de inasistencia se descontará la cuota parte correspondiente. Dicho monto se ajustará de acuerdo con el siguiente detalle: A) A partir del 1/1/2012 hasta el 31/12/2012 será de $ 500 nominal y mensual. B) A partir del 1/1/2013 hasta el 31/12/2013 será de $ 550 nominal y mensual.
21.11.08	Décimo segundo. Quebranto de caja: Se establece un monto de $ 350 nominal y mensual por concepto de Quebranto de Caja que se hará efectivo a quienes tengan las categorías de Cajero/a y/ o Cajero/a Especializado y a toda persona que realice cobros al público dentro del salón, siempre y cuando cuente con una antigüedad mayor a un año en dicha función.
21.11.08 Cont.	De dicho monto se descontarán mensualmente las faltantes que se comprueben en los cierres diarios de caja de los funcionarios que tengan este beneficio. De no existir faltantes, los funcionarios con derecho a percibirlo recibirán en forma íntegra la partida arriba mencionada. En los casos que se verifique un faltante mayor al monto que se establece como quebranto, la diferencia quedará como saldo a descontar del quebranto de caja de los meses posteriores. El monto establecido corresponde a trabajadores cuya jornada de labor sea de 44 horas semanales. Si la jornada es menor, la partida será proporcional a las horas realmente trabajadas. Si la jornada es mayor, las horas excedentes no afectarán el monto establecido. Por cada día de inasistencia se descontará la cuota parte correspondiente. Este beneficio entrará en vigencia a partir del 1/1/2009. Dicho monto se ajustará de acuerdo con el siguiente detalle: A) A partir del 1/1/2010 será de $ 400 nominal y mensual B) A partir del 1/1/2011 será de $ 450 nominal y mensual
Grupo No. 10 "Comercio en general", Subgrupo No. 19 "ANDA"	
01.09.05; 08.09.06; 08.01.08; 01.10.08; 30.10.10.	Se mantiene beneficio anterior
Grupo No. 10 "Comercio en general", Subgrupo No. 22 "Distribución de Supergás"	
29.04.11	D**écimo quinto.** Faltante de caja: Cuando no se abone quebranto de caja, en caso de faltante de dinero no se podrá realizar ningún descuento sobre el salario del trabajador, sin perjuicio de la potestad disciplinaria del empleador de aplicar sanciones en atención a la gravedad y/o la reiteración del faltante.

Grupo No. 11 "Comercio Minorista de la Alimentación"	
07.11.08	A2) Pollerías en cadena Quebranto de caja-exoneración de responsabilidad: cuando en forma fortuita, el trabajador extravíe o les fueran arrebatados valores que les fueron encomendados no podrán sufrir descuentos de los importes faltantes, siempre y cuando realice de la forma más inmediata posible o razonable la denuncia que correspondiere e informe a sus superiores. La exoneración de responsabilidad por los eventuales faltantes no implicará la no aplicación de sanciones disciplinarias, siempre y cuando los faltantes ocurriesen en forma sistemática o el volumen individual del faltante lo amerite. B1) Kioscos y Salones. Quebranto de caja-exoneración de responsabilidad: cuando en forma fortuita, el trabajador extravíe o les fueran arrebatados valores que les fueron encomendados no podrán sufrir descuentos de los importes faltantes, siempre y cuando realice de la forma más inmediata posible o razonable denuncia que correspondiere e informe a sus superiores. La exoneración de responsabilidad por los eventuales faltantes no implicará la no aplicación de sanciones disciplinarias, siempre y cuando los faltantes ocurriesen en forma sistemática o el volumen individual del faltante lo amerite. B2) Feriantes de alimentos Quebranto de caja-exoneración de responsabilidad: cuando en forma fortuita, el trabajador extravíe o les fueran arrebatados valores que les fueron encomendados no podrán sufrir descuentos de los importes faltantes, siempre y cuando realice de la forma más inmediata posible o razonable la denuncia que correspondiere e informe a sus superiores. La exoneración de responsabilidad por los eventuales faltantes no implicará la no aplicación de sanciones disciplinarias, siempre y cuando los faltantes ocurriesen en forma sistemática o el volumen individual del faltante lo amerite.
07.11.08 Cont.	C) Autoservicios, Minimercados y Almacenes Especializados. Quebranto de caja: con vigencia 01.07.08, las empresas abonarán a los trabajadores que se desempeñen en la categoría de "Cajero Especializado" un "Quebranto de Caja" de $ 300 por mes y a los que se desempeñen en la categoría de "Cajero", un "Quebranto de Caja" de $ 150 por mes. D) Carnicerías Quebranto de caja-exoneración de responsabilidad: cuando en forma fortuita, el trabajador extravíe o les fueran arrebatados valores que les fueron encomendados no podrán sufrir descuentos de los importes faltantes, siempre y cuando realice de la forma más inmediata posible o razonable la denuncia que correspondiere e informe a sus superiores. La exoneración de responsabilidad por los eventuales faltantes no implicará la no aplicación de sanciones disciplinarias, siempre y cuando los faltantes ocurriesen en forma sistemática o el volumen individual del faltante lo amerite. E) Pescaderías Quebranto de caja: con vigencia al 01.07.08, la categoría de cajero percibirá una partida mensual de $150,00 como quebranto de caja. F) Heladerías sin planta de elaboración Quebranto de caja: Con vigencia al 01.07.08, la categoría de cajero percibirá una partida mensual de $150,00 como quebranto de caja.
Grupo No.13 "Transporte y almacenamiento", Subgrupo No. 02 "Transporte Terrestre de personas internacional, Interdepartamental, Departamental Interurbano, Urbano del Interior y de Turismo"	
27.04.15	Primero: El Consejo de Salarios ha analizado las diferentes interpretaciones que ha dado lugar la liquidación y percepción de la partida de quebranto establecida en el Convenio Colectivo de Rama vigente a la fecha. En razón del análisis que se ha efectuado y sin perjuicio de entender que la redacción de la norma permitía diferentes interpretaciones, con el fin de aclararla e interpretarla se resuelve dar la siguiente redacción:
27.04.15 Cont.	Este segundo resultado se divide entre 12, siendo este último resultado el monto a pagar. Obtenido el resultado, le será abonado íntegramente a aquellos trabajadores que no registraron ausencias. Aquellos que hayan faltado o gozado de licencia, percibirán el monto que corresponda, previo descuento del prorrateo de los días no trabajados. Fórmula: $\frac{\text{suma de los salarios básicos de los 12 meses previos}}{12} \times 0{,}8 = \frac{\text{monto a pagar}}{12}$

23.12.15	Los trabajadores que en régimen mensual cumplan funciones en la categoría de Auxiliar de ventas u otras categorías que sean responsables en el manejo de dinero, percibirán un quebranto anual equivalente al 80% de un salario promedio básico anual correspondiente. Por tratarse de una partida con carácter indemnizatorio, destinada a cubrir las diferencias de dinero que surjan en el desempeño de su tarea, no la percibirán en caso que registren ausencias por motivos personales, (ej. enfermedad u otros) ni durante el período de licencias anuales o especiales. En el caso que un trabajador de otra categoría que no sea responsable de manejo de dinero, sea destinado al manejo de dinero en caja, percibirá un quebranto por los días efectivamente trabajados en esa tarea. Dicho quebranto podrá ser abonado mensualmente, debiéndose tomar como base de cálculo los doce salarios básicos de los meses anteriores en el que se liquida, dividiéndolos entre 12 y multiplicando el resultado por 80% (0,8) Capítulo III condiciones de trabajo: III A.- personal de carretera (Conductores, Guardas, Auxiliares de Abordo y Guías de Excursión). 13. Tareas: Los Conductores, Guardas, Auxiliares de Abordo y Guías de Excursión realizarán los trabajos inherentes a su tarea, así como las tareas auxiliares. Tareas Exclusión: Los Conductores, Guardas y Auxiliares de Abordo están eximidos del lavado de los ómnibus. 13. 1. Conductores: Los Conductores tendrán la responsabilidad de la unidad desde el momento en que toman el servicio. A vía de ejemplo, deberán controlar que la misma esté en condiciones operativas con el combustible necesario, en caso contrario deberán hacerlo abastecer, con niveles de lubricantes adecuados y buen estado de las cubiertas. Deberán conducir la unidad al punto de partida de los servicios, colaborar en las tareas auxiliares de atención a los pasajeros, carga y entrega de equipajes. Al finalizar la jornada, deberá entregar la unidad en el lugar preestablecido. Cuando un Conductor realiza la tarea de Cobrador, percibirá además de la remuneración propia de su categoría y partidas adicionales un complemento igual a los kilómetros recorridos en esas condiciones al valor del 30% del precio del kilómetro de la categoría Conductor. Además, percibirá un quebranto diario correspondiente a cada jornada en que desempeñe esa función. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. (...) 14. Quebrantos: El Guarda y el Conductor Cobrador percibirán un quebranto por jornada efectiva de labor. También la Guía de Excursión, cuando tenga responsabilidad en el manejo de dinero. Actualización del quebranto: El quebranto que deberá percibir el personal de carretera, se actualizará cada vez que se" incrementen las tarifas, en igual porcentaje que el VPK.(...) III. B. Personal de administración, agencias, talleres y mantenimiento y servicios. El personal de las categorías de los diferentes sectores de las empresas comprendidas en este laudo se regirá por las remuneraciones, primas de antigüedad y otras condiciones y beneficios generales que se establecen en este capítulo (...) 2. Quebrantos Administración y Agencias: Los trabajadores que cumplan funciones de Cajero, Auxiliares de ventas u otros que sean responsables en el manejo de dinero, percibirán un quebranto de la siguiente forma: un quebranto anual equivalente al 80% de un salario promedio básico anual correspondiente. Por tratarse de una partida con carácter indemnizatorio, destinada a cubrir las diferencias de dinero que surjan en el desempeño de su tarea, no la percibirán en caso que registren ausencias por motivos personales, (ej. enfermedad u otros) ni durante el período de licencias anuales o especiales. En el caso que un trabajador de otra categoría que no sea responsable de manejo de dinero, sea destinado al manejo de dinero en caja, percibirá un quebranto por los días efectivamente trabajados en esa tarea. Dicho quebranto podrá ser abonado mensualmente, debiéndose tomar como base de cálculo los doce salarios básicos de los meses anteriores en el que se liquida, dividiéndolos entre 12 y multiplicando el resultado por 80% (0.8). Este segundo resultado se divide entre 12, siendo este último resultado el monto a pagar. Obtenido el resultado, le será abonado íntegramente a aquellos trabajadores que no registraron ausencias. Aquellos que hayan faltado o gozado de licencia, percibirán el monto que corresponda, previo descuento del prorrateo de los días no trabajados. (...)

23.12.15 Cont	Capitulo IV: Condiciones de trabajo por sector de actividad: IV. 1. Transporte interdepartamental de corta, mediana y larga distancia IV. 1. A. Personal de Carretera: (...) 3. Cobrador de Coche: Se remunerará en forma mensual y percibirá una prima por antigüedad y quebranto. Quebranto: Para la categoría de Guarda y demás personal de carretera que maneje dinero y valores se establece un quebranto mínimo, por jornada efectiva de labor, según tabla que se adjunta (...) IV. 2. Transporte departamental interurbano. (...IV. 2. A. Personal de Carretera: 1. Conductor y Guarda: Se remunerarán por kilómetro recorrido, percibirán una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos, según reglamentación. El Guarda recibirá quebranto. Aquellas empresas que remuneren por jornal, no pagarán viáticos. 2. Conductor que realiza la tarea de Cobrador: Percibirá, además de la remuneración y partidas antes mencionadas propias de su categoría, un complemento igual al valor del 30% de los kilómetros recorridos en esas condiciones. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. Además percibirá el quebranto correspondiente. 3. Conductores Cobradores de las Empresas del Departamento de Maldonado que perciben una remuneración por jornal: Percibirán además una prima por antigüedad según escala específica para Maldonado, toma y cese de servicios y quebranto. (...) Quebrantos del Personal de Plataforma: Se establece que estos quebrantos se pagarán por el régimen general, no admitiéndose abatimiento alguno. (...) IV. 2. B. Personal de Administración, Agencias, Talleres y Mantenimiento y Servicios. El personal afectado a los distintos sectores de las empresas del sector se regirá por las remuneraciones y otras partidas establecidas, según lo establecido en las Condiciones Generales. IV. 3. Transporte internacional. . IV. 3. A. Personal de Carretera: Los servicios Internacionales, tanto Regulares como de Turismo, con excepción de los Internacionales Fronterizos, deberán realizarse con dos conductores. Conductor y Guarda: Se remunerará por kilómetro recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos, según reglamentación. El Guarda recibirá quebranto. (...) IV. 3. B. Personal de Administración, Agencias, Talleres y Mantenimiento y Servicios. El personal afectado a los distintos sectores de las empresas del sector se regirá por las remuneraciones y otras partidas establecidas con la redacción general para cada categoría. IV. 4. Transporte de turismo nacional e internacional, servicios no regulares y10 contratados a terceros. IV. 4. A. Personal de Carretera: (...) 2. Guías de Excursión: El personal de esta categoría percibirá una remuneración por kilómetros recorridos, prima por antigüedad, un toma y cese de servicios por excursión o servicio y viáticos, y ancladas y quebranto en caso de manejar dinero, (equivalente al quebranto diario de guarda) según régimen general. Cuando el servicio requiera que la Guía sea bilingüe, se le abonará por dicho servicio un 25% adicional a lo establecido para la categoría. (...) IV. 4. B. Personal de Administración, Agencias, Talleres y Mantenimiento y Servicios. El personal afectado a los distintos sectores de las empresas del sector se regirá por las remuneraciones y otras partidas establecidas, según lo establecido en las Condiciones Generales. IV. 5. Transporte urbano del interior.

23.12.15 Cont.	Las categorías laborales, los salarios, beneficios y condiciones laborales del Transporte Urbano del Interior son las laudadas en el Sub Grupo 02, para el transporte Departamental Interurbano, con excepción de los salarios que a continuación se detallan: Personal de Plataforma: Conductor, Guarda y Conductor cobrador: Percibirán una remuneración por jornal, que incluye el toma y cese de servicios. Guarda y Conductor Cobrador, percibirán quebranto. (...) Capitulo V. Categorías laborales: En anexo se establecen mínimos para cada categoría laboral, así como los beneficios y partidas complementarias acordados y establecidos en este documento, los que se actualizarán según porcentajes y oportunidades en que se acordó dicha actualización.
23.12.15 Cont.	V. A. Personal de carretera: 1. Conductor, Guarda, Auxiliar de Abordo y Guía de Excursión: Se remunerarán por kilómetro recorrido, percibirán una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos según reglamentación. El Guarda percibirá quebranto y la Guía de Excursión, si es responsable del manejo de dinero, también. Cuando un Conductor realiza la doble tarea de Cobrador, percibirá además de la remuneración y partidas antes mencionadas un complemento igual al 30% de los kilómetros recorridos en esas condiciones. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. Además percibirá el quebranto correspondiente. 2. Cobrador de Coche: Se remunerará en forma mensual, percibirá una prima por antigüedad y quebranto. V. B. Personal de administración, agencia y encomiendas. El personal de Administración, Agencias y Encomiendas, percibirá una remuneración mensual según se establece en la tabla salarial del sector y una prima por antigüedad según escala. Si tiene responsabilidad en el manejo de dinero percibirá quebranto. Se encuentran comprendidas las categorías Cadete, Auxiliar de Administración, Telefonista, Auxiliar de Tránsito y las que continúan que, reúnen además, las particularidades que siguen: Meritorio Menor de 18 años: Al cumplir los 18 años pasará automáticamente a la categoría de Meritorio. Realizará tareas en las cuales no maneje valores. El salario de esta categoría está establecido para jornadas laborales diarias de 8 horas. Meritorio: Al cumplir un año en el cargo pasará automáticamente a una categoría superior. Auxiliar 2º Administración, Agencia o Tránsito: Al cumplir un año en el cargo pasará automáticamente a una categoría superior. Auxiliar de Agencia y/o Mostrador: Realizará toda tarea de agencia sin manejo de valores: Información al Público, reserva telefónica de pasajes, asignación de asientos, recepción y entrega de encomiendas y tareas similares. Auxiliar de Ventas: Realizará toda tarea de agencia con manejo de valores: Información al Público, ventas, reserva telefónica de pasajes, asignación de asientos, recepción y entrega de encomiendas y tareas similares. Repartidor de encomiendas en Montevideo con vehículo: Reparte encomiendas conduciendo un vehículo, sea moto, camioneta o camión. Repartidor de encomiendas en Montevideo: Reparte encomiendas solo o como acompañante en un vehículo. Repartidor de encomiendas en el interior del país con vehículo: ídem Montevideo, en el interior del país. Repartidor de Encomiendas en el interior del país: ldem Montevideo en el interior del país. Maleteros - excepción: Remuneración por jornal y una prima por antigüedad según escala. Maleteros - función: Realizarán la carga y descarga de equipajes, la carga y descarga de encomiendas, el acondicionamiento del interior de las unidades cuando llegan de un viaje y vuelven a salir, la información a los pasajeros y la colaboración con los Conductores, Guardas, Auxiliares de Abordo y Guías de Excursión, cuando estos se lo requieran, en las terminales y/o agencias de Montevideo o Interior. Las empresas y los trabajadores aportarán a la seguridad social, por concepto de propinas, de acuerdo a la normativa vigente. (...)

25.01.12	Capitulo III: Condiciones de trabajo: III. A.- personal de carretera (conductores, guardas, auxiliares de abordo y guías de excursión). 13. Tareas: (...) 13. 1. Conductores: Los Conductores tendrán la responsabilidad de la unidad desde el momento en que toman el servicio. A vía de ejemplo, deberán controlar que la misma esté en condiciones operativas con el combustible necesario, en caso contrario deberán hacerlo abastecer, con niveles de lubricantes adecuados y buen estado de las cubiertas. Deberán conducir la unidad al punto de partida de los servicios, colaborar en las tareas auxiliares de atención a los pasajeros, carga y entrega de equipajes. Al finalizar la jornada, deberá entregar la unidad en el lugar preestablecido. Cuando un Conductor realiza la tarea de Cobrador, percibirá además de la remuneración propia de su categoría y partidas adicionales, un complemento igual a los kilómetros recorridos en esas condiciones al valor del 30% del precio del kilómetro de la categoría Conductor. Además, percibirá un quebranto diario correspondiente a cada jornada en que desempeñe esa función. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. Los servicios internacionales, tanto Regulares como de Turismo, con excepción de los Internacionales Fronterizos, deberán realizarse con dos conductores. Los Conductores que presten servicios Interdepartamentales, lnternacionales y de Turismo estarán inhabilitados para conducir cuando no cuenten con la certificación psicofísica o al cumplir los 65 años de edad. 14. Quebrantos: El Guarda y el Conductor Cobrador percibirán un quebranto por jornada efectiva de labor. También la Guía de Excursión, cuando tenga responsabilidad en el manejo de dinero. Actualización del quebranto: El quebranto que deberá percibir el personal de carretera, se actualizará cada vez que se incrementen las tarifas, en igual porcentaje que el VPK. (...) III. B. Personal de administración, agencias, talleres y mantenimiento y servicios. (...) 2. Quebrantos Administración y Agencias: Los trabajadores que cumplan funciones de Cajero, Auxiliares de ventas u otros que sean responsables en el manejo de dinero, percibirán un quebranto anual equivalente al ochenta por ciento del salario promedio básico anual que le corresponda en proporción al tiempo trabajado. Dicho quebranto podrá ser abonado trimestralmente (...) Capitulo IV: Condiciones de trabajo por sector de actividad: IV. 1. Transporte interdepartamental de corta, mediana y larga distancia IV. l. A. Personal de Carretera (...) 3. Cobrador de Coche: Se remunerará en forma mensual y percibirá una prima por antigüedad y quebranto. Quebranto: Para la categoría de Guarda y demás personal de carretera que maneje dinero y valores se establece un quebranto mínimo, por jornada efectiva de labor, según tabla que se adjunta (...) IV. 2. Transporte departamental interurbano (...) IV. 2. A. Personal de Carretera: 1. Conductor y Guarda: Se remunerarán por kilómetro recorrido, percibirán una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos, según reglamentación. El Guarda recibirá quebranto. Aquellas empresas que remuneren por jornal, no pagarán viáticos.

25.01.12 Cont.	2. Conductor que realiza la tarea de Cobrador: Percibirá, además de la remuneración y partidas antes mencionadas propias de su categoría, un complemento igual al valor del 30% de los kilómetros recorridos en esas condiciones. Este complemento no se computa del mínimo asegurado. Además percibirá el quebranto correspondiente. 3. Conductores Cobradores de las Empresas del Departamento de Maldonado que perciben una remuneración por jornal: Percibirán además una prima por antigüedad según escala específica para Maldonado, toma y cese de servicios y quebranto. (...) Quebrantos del Personal de Plataforma: Se establece que estos quebrantos se pagarán por el régimen general, no admitiéndose abatimiento alguno (...) IV. 3. Transporte internacional (...) Conductor y Guarda: Se remunerará por kilómetro recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos, según reglamentación. El Guarda recibirá quebranto. (...) IV.5. Transporte urbano del interior Las categorías laborales, los salarios, beneficios y condiciones laborales del Transporte Urbano del Interior son las laudadas en el Sub Grupo 02, para el transporte Departamental Interurbano, con excepción de los salarios que a continuación se detallan: (...) Personal de Plataforma: Conductor, Guarda y Conductor Cobrador: Percibirán una remuneración por jornal, que incluye el toma y cese de servicios. Guarda y Conductor Cobrador, percibirán quebranto. (...) Capítulo V Categorías laborales: En anexo se establecen mínimos para cada categoría laboral, así como los beneficios y partidas complementarias acordados y establecidos en este documento, los que se actualizarán según porcentajes y oportunidades en que se acordó dicha actualización. Personal de carretera: 1. Conductor, Guarda, Auxiliar de Abordo y Guía de Excursión: Se remunerarán por kilómetro recorrido, percibirán una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos según reglamentación. El Guarda percibirá quebranto y la Guía de Excursión, si es responsable del manejo de dinero, también. Cuando un Conductor realiza la doble tarea de Cobrador, percibirá además de la remuneración y partidas antes mencionadas un complemento igual al 30% de los kilómetros recorridos en esas condiciones. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. Además percibirá el quebranto correspondiente. 2. Cobrador de Coche: Se remunerará en forma mensual, percibirá una prima por antigüedad y quebranto. V. B. Personal de administración, agencia y encomiendas. El personal de Administración, Agencias y Encomiendas, percibirá una remuneración mensual según se establece en la tabla salarial del sector y una prima por antigüedad según escala. Si tiene responsabilidad en el manejo de dinero percibirá quebranto. Se encuentran comprendidas las categorías Cadete, Auxiliar de Administración, Telefonista, Auxiliar de Tránsito y las que continúan que, reúnen además, las particularidades que siguen: Meritorio Menor de 18 años: Al cumplir los 18 años pasará automáticamente a la categoría de Meritorio. Realizará tareas en las cuales no maneje valores. El salario de esta categoría está establecido para jornadas laborales diarias de 8 horas. Meritorio: Al cumplir un año en el cargo pasará automáticamente a una categoría superior. Auxiliar 2º Administración, Agencia o Tránsito: Al cumplir un año en el cargo pasará automáticamente a una categoría superior.

25.01.12 Cont.	Auxiliar de Agencia y/o Mostrador: Realizará toda tarea de agencia sin manejo de valores: Información al Público, reserva telefónica de pasajes, asignación de asientos, recepción y entrega de encomiendas y tareas similares. Auxiliar de Ventas: Realizará toda tarea de agencia con manejo de valores: Información Público, ventas, reserva telefónica de pasajes, asignación de asientos, recepción y entrega de encomiendas y tareas similares. Repartidor de encomiendas en Montevideo con vehículo: Reparte encomiendas conduciendo un vehículo, sea moto, camioneta o camión. Repartidor de encomiendas en Montevideo: Reparte encomiendas solo o como acompañante en un vehículo. Repartidor de encomiendas en el interior del país con vehículo: ldem Montevideo, en el interior del país. Repartidor de Encomienda en el interior del país: ldem Montevideo, en el interior del país. Maleteros - excepción: Remuneración por jornal y una prima por antigüedad según escala. Maleteros - función: Realizarán la carga y descarga de equipajes, la carga y descarga de encomiendas, el acondicionamiento del interior de las unidades cuando llegan de un viaje y vuelven a salir, la información a los pasajeros y la colaboración con los Conductores, Guardas, Auxiliares de Abordo y Guías de Excursión, cuando éstos se lo requieran, en las terminales y/o agencias de Montevideo o Interior. Las empresas y los trabajadores aportarán a la seguridad social, por concepto de propinas, de acuerdo a la normativa vigente (...)
14.10.11	Capítulo III: Condiciones de trabajo: III. A.- personal de carretera (conductores, guardas, auxiliares de abordo y guías de excursión). 13. Tareas: Los Conductores, Guardas, Auxiliares de Abordo y Guías de Excursión realizarán los trabajos inherentes a su tarea, así como las tareas auxiliares. Tareas Exclusión: Los Conductores, Guardas y Auxiliares de Abordo están eximidos del lavado de los ómnibus. 13. 1. Conductores: Los Conductores tendrán la responsabilidad de la unidad desde el momento en que toman el servicio. A vía de ejemplo, deberán controlar que la misma esté en condiciones operativas con el combustible necesario en caso contrario deberán hacerlo abastecer, con niveles de lubricantes adecuados y buen estado de las cubiertas. Deberán conducir la unidad al punto de partida de los servicios, colaborar en las tareas auxiliares de atención a los pasajeros, carga y entrega de equipajes. Al finalizar la jornada, deberá entregar la unidad en el lugar preestablecido. Cuando un Conductor realiza la tarea de Cobrador, percibirá además de la remuneración propia de su categoría y partidas adicionales, un complemento igual a los kilómetros recorridos en esas condiciones al valor del 30% del precio del kilómetro de la categoría Conductor. Además, percibirá un quebranto diario correspondiente a cada jornada en que desempeñe esa función. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. (...) 13. 2. Guardas: Los Guardas tendrán la responsabilidad, desde el momento de la toma de servicio, a modo de ejemplo, del control y ventas de pasajes durante el servicio, de atender e informar a los pasajeros durante el viaje, realizar la carga y entrega de equipajes a los pasajeros, la carga y entrega de correspondencia y encomiendas. 13.3. Auxiliar de Abordo: El Auxiliar de Abordo desempeñará en el interior del vehículo, todas aquellas funciones que no sean propias de la categoría Guarda. Sin perjuicio de aquellas que realiza antes de comenzar o una vez finalizado el viaje, tal como y a vía de ejemplo, recibir y controlar los pasajes, atender los pasajeros y brindar el servicio de abordo durante el viaje, realizar la carga y la entrega de equipajes a los pasajeros, la carga y entrega de correspondencia y encomiendas. Se establece que los servicios que cuentan con Auxiliares de Abordo y no tengan Guarda, no podrán tomar pasajeros en ruta que no cuenten con el pasaje correspondiente.

14.10.11 Cont.	13.4. Cobrador de Coche: El Cobrador de coche tendrá un tope máximo de recorrido por servicio de 25 kilómetros desde el punto de partida, no pudiendo las empresas incluir más de un cobrador de coche por servicio. 14. Quebrantos: El Guarda y el Conductor Cobrador percibirán un quebranto por jornada efectiva de labor. También la Guía de Excursión, cuando tenga responsabilidad en el manejo de dinero. Actualización del quebranto: El quebranto que deberá percibir el personal de carretera, se actualizará cada vez que se incrementen las tarifas, en igual porcentaje que el VPK. (...) III. B. Personal de administración, agencias, talleres y mantenimiento y servicios. El personal de las categorías de los diferentes sectores de las empresas comprendidas en este laudo se regirá por las remuneraciones, primas de antigüedad y otras condiciones y beneficios generales que se establecen en este capítulo (...) 2. Quebrantos Administración y Agencias: Los trabajadores que cumplan funciones de Cajero, Auxiliares de ventas u otros que sean responsables en el manejo de dinero, percibirán un quebranto anual equivalente al ochenta por ciento del salario promedio básico anual que le corresponda en proporción al tiempo trabajado. Dicho quebranto podrá ser abonado trimestralmente. (...) Capítulo IV: condiciones de trabajo por sector de actividad: IV. 1. Transporte interdepartamental de corta, mediana y larga distancia IV. 1. A. Personal de Carretera:(...) 3. Cobrador de Coche: Se remunerará en forma mensual y percibirá una prima por antigüedad y quebranto. Quebranto: Para la categoría de Guarda y demás personal de carretera que maneje dinero y valores se establece un quebranto mínimo, por jornada efectiva de labor, según tabla que se adjunta.(...) IV. 2. Transporte departamental interurbano.(...) IV. 2. A. Personal de Carretera: 1. Conductor y Guarda: Se remunerarán por kilómetro recorrido, percibirán una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos, según reglamentación. El Guarda recibirá quebranto. Aquellas empresas que remuneren por jornal, no pagarán viáticos. 2. Conductor que realiza la tarea de Cobrador: Percibirá, además de la remuneración y partidas antes mencionadas propias de su categoría, un complemento igual al valor del 30% de los kilómetros recorridos en esas condiciones. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. Además percibirá el quebranto correspondiente. 3. Conductores Cobradores de las Empresas del Departamento de Maldonado que perciben una remuneración por jornal: Percibirán además una prima por antigüedad según escala específica para Maldonado, toma y cese de servicios y quebranto. Guardias: Las guardias del personal de las empresas se tomarán como trabajo realizado. El régimen de guardias será el establecido en las Condiciones Generales. (...) Quebrantos del Personal de Plataforma: Se establece que estos quebrantos se pagarán por el régimen general, no admitiéndose abatimiento alguno. (...) V. 2. B. Personal de Administración, Agencias, Talleres y Mantenimiento y Servicios. El personal afectado a los distintos sectores de las empresas del sector se regirá por las remuneraciones y otras partidas establecidas, según lo establecido en las Condiciones Generales. IV. 3. Transporte internacional. IV. 3. A. Personal de Carretera: (...) Conductor y Guarda: Se remunerará por kilómetro recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos, según reglamentación. El Guarda recibirá quebranto. (...) IV. 3. B. Personal de Administración, Agencias, Talleres y Mantenimiento y Servicios. El personal afectado a los distintos sectores de las empresas del sector se regirá por las remuneraciones y otras partidas establecidas con la redacción general para cada categoría.

14.10.11 Cont.	IIV. 5. Transporte urbano del interior. Las categorías laborales, los salarios, beneficios y condiciones laborales del Transporte Urbano del Interior son las laudadas en el Sub Grupo 02, para el transporte Departamental Interurbano, con excepción de los salarios que a continuación se detallan: Personal de Plataforma: Conductor, Guarda y Conductor Cobrador: Percibirán una remuneración por jornal, que incluye el toma y cese de servicios. Guarda y Conductor Cobrador, percibirán quebranto. (...) Capítulo V. Categorías laborales: En anexo se establecen mínimos para cada categoría laboral, así como los beneficios y partidas complementarias acordados y establecidos en este documento, los que se actualizarán según porcentajes y oportunidades en que se acordó dicha actualización. V. A. Personal de carretera: 1. Conductor, Guarda, Auxiliar de Abordo y Guía de Excursión: Se remunerarán por kilómetro recorrido, percibirán una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos según reglamentación. El Guarda percibirá quebranto y la Guía de Excursión, si es responsable del manejo de dinero, también. Cuando un Conductor realiza la doble tarea de Cobrador, percibirá además de la remuneración y partidas antes mencionadas un complemento igual al 30% de los kilómetros recorridos en esas condiciones. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. Además percibirá el quebranto correspondiente. 2. Cobrador de Coche: Se remunerará en forma mensual, percibirá una prima por antigüedad y quebranto. V. B. Personal de administración, agencia y encomiendas. El personal de Administración, Agencias y Encomiendas, percibirá una remuneración mensual según se establece en la tabla salarial del sector y una prima por antigüedad según escala. Si tiene responsabilidad en el manejo de dinero percibirá quebranto. Se encuentran comprendidas las categorías Cadete, Auxiliar de Administración, Telefonista, Auxiliar de Tránsito y las que continúan que, reúnen además, particularidades que siguen: Meritorio Menor de 18 años: Al cumplir los 18 años pasará automáticamente a la categoría de Meritorio. Realizará tareas en las cuales no maneje valores. Meritorio: Al cumplir un año en el cargo pasará automáticamente a una categoría superior. Auxiliar 2° Administración, Agencia o Tránsito: Al cumplir un año en el cargo pasará automática mente a una categoría superior. Auxiliar de Agencia y/o Mostrador: Realizará toda tarea de agencia sin manejo de valores: Información al Público, reserva telefónica de pasajes, asignación de asientos, recepción y entrega de encomiendas y tareas similares. Auxiliar de Ventas: Realizará toda tarea de agencia con manejo de valores: Información al Público, ventas, reserva telefónica de pasajes, asignación de asientos, recepción y entrega de encomiendas y tareas similares.
14.10.11 Cont.	Repartidor de encomiendas en Montevideo con vehículo: Reparte encomiendas conduciendo un vehículo, sea moto, camioneta o camión. Repartidor de encomiendas en Montevideo: Reparte encomiendas solo o como acompañante en un vehículo. Repartidor de encomiendas en el interior del país con vehículo: Idem Montevideo, en el interior del país. Repartidor de Encomiendas en el interior del país: Idem Montevideo, en el interior del país. Maleteros - excepción: Remuneración por jornal y una prima por antigüedad según escala. Maleteros - función: Realizarán la carga y descarga de equipajes, la carga y descarga de encomiendas, el acondicionamiento del interior de las unidades cuando llegan de un viaje y vuelven a salir, la información a los pasajeros y la colaboración con los Conductores, Guardas, Auxiliares de Abordo y Guías de Excursión, cuando éstos se lo requieran, en las terminales y/o agencias de Montevideo o Interior. Las empresas y los trabajadores aportarán a la seguridad social, por concepto de propinas, de acuerdo a la normativa vigente.(...)

04.11.08	B.- Condiciones de trabajo. B1.- personal de carretera (...) Conductores: Los Conductores tendrán la responsabilidad de la unidad desde el momento en que toman el servicio. A vía de ejemplo, deberán controlar que la misma esté en condiciones operativas con el combustible necesario, en caso contrario deberán hacerlo abastecer, con niveles de lubricantes adecuados y buen estado de las cubiertas. Deberán conducir la unidad al punto de partida de los servicios, colaborar en las tareas auxiliares de atención a los pasajeros, carga y entrega de equipajes. Al finalizar la jornada, deberá entregar la unidad en el lugar preestablecido. Cuando un Conductor realiza la tarea de Cobrador, percibirá además de la remuneración propia de su categoría y partidas adicionales, un complemento igual a los kilómetros recorridos en esas condiciones al valor del 30% del precio del kilómetro de la categoría Conductor. Además, percibirá un quebranto diario correspondiente a cada jornada en que desempeñe esa función. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado (...) Cobrador de Coche: El Cobrador de coche tendrá un tope máximo de recorrido por servicio de 25 kilómetros desde el punto de partida, no pudiendo las empresas incluir más de un cobrador de coche por servicio. Quebrantos: El Guarda y el Conductor Cobrador percibirán un quebranto por jornada efectiva de labor. También la Guía de Excursión, cuando tenga responsabilidad en el manejo de dinero. Quebrantos de Personal de Carretera - Actualización: El quebranto que deberá percibir el personal de carretera, se actualizará cada vez que se incrementen las tarifas, en igual porcentaje que el VPK. (...) B.ll. Personal de administración, agencias, talleres y mantenimiento y servicios (...) Quebrantos : Administración y Agencias: Los trabajadores que cumplan funciones de Cajero, Auxiliares de ventas u otros que sean responsables en el manejo de dinero percibirán como quebranto el equivalente a cincuenta por ciento del salario promedio básico anual que le corresponda, que podrá ser abonado trimestralmente y en proporción al tiempo trabajado.(...) Capítulo II: A .- Transporte interdepartamental de corta, mediana y larga distancia (...) Cobrador de Coche: Se remunerará en forma mensual y percibirá una prima por antigüedad y quebranto. Quebranto: Para la categoría de Guarda y demás personal de carretera que maneje dinero y valores se establece un quebranto mínimo, por jornada efectiva de labor, según tabla que se adjunta. (...) Conductor y Guarda: Se remunerarán por kilómetro recorrido, percibirán una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos, según reglamentación. El Guarda recibirá quebranto. Aquellas empresas que remuneren por jornal, no pagarán viáticos. Cuando un Conductor realiza la tarea de Cobrador percibirá, además de la remuneración y partidas antes mencionadas propias de su categoría, un complemento igual al valor del 30% de los kilómetros recorridos en esas condiciones. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. Además percibirá el quebranto correspondiente. Los Conductores Cobradores de las Empresas del Departamento de Maldonado que perciben una remuneración por jornal, percibirán además una prima por antigüedad según escala específica para Maldonado, toma y cese de servicios y quebranto. (...) Quebrantos del Personal de Plataforma: Se establece que estos quebrantos se pagarán por el régimen general, no admitiéndose abatimiento alguno.(...) C.- Transporte Internacional. (...) Conductor y Guarda: Se remunerará por kilómetro recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos, según reglamentación. El Guarda recibirá quebranto. (...) E.- Transporte urbano del interior. (...) Personal de Plataforma Conductor, Guarda y Conductor Cobrador: Percibirán una remuneración por jornal, que incluye el toma y cese de servicios. Guarda y Conductor Cobrador, percibirán quebranto. (...)

04.11.08 Cont.	B.- Transporte departamental interurbano (...). Capítulo III: Categorías laborales (...) A.- Personal de carretera. Conductor, Guarda, Auxiliar de Abordo y Guía de Excursión: Se remunerarán por kilómetro recorrido, percibirán una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos según reglamentación. El Guarda percibirá quebranto y la Guía de Excursión, si es responsable del manejo de dinero, también. Cuando un Conductor realiza la doble tarea de Cobrador, percibirá además de la remuneración y partidas antes mencionadas un complemento igual al 30% de los kilómetros recorridos en esas condiciones. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. Además percibirá el quebranto correspondiente. Cobrador de Coche: Se remunerará en forma mensual, percibirá una prima por antigüedad y quebranto. B.- Personal de administración, agencia y encomiendas. El personal de Administración, Agencias y Encomiendas, percibirá una remuneración mensual según se establece en la tabla salarial del sector y una prima por antigüedad según escala. Si tiene responsabilidad en el manejo de dinero percibirá quebranto. Se encuentran comprendidas las categorías Cadete, Auxiliar de Administración, Telefonista, Auxiliar de Tránsito y las que continúan que, reúnen además, las particularidades que siguen: Meritorio Menor de 18 años: Al cumplir los 18 años pasará automáticamente a la categoría de Meritorio. Realizará tareas en las cuales no maneje valores. Meritorio: Al cumplir un año en el cargo pasará automáticamente a una categoría superior. Auxiliar 2° Administración, Agencia o Tránsito: Al cumplir un año en el cargo pasará automáticamente a una categoría superior. Auxiliar de Agencia y/o Mostrador: Realizará toda tarea de agencia sin manejo de valores: Información al Público, reserva telefónica de pasajes, asignación de asientos, recepción y entrega de encomiendas y tareas similares.
04.11.08 Cont.	Auxiliar de Ventas: Realizará toda tarea de agencia con manejo de valores: Información al Público, ventas, reserva telefónica de pasajes, asignación de asientos, recepción y entrega de encomiendas y tareas similares. Repartidor de encomiendas en Montevideo con vehículo: Reparte encomiendas conduciendo un vehículo, sea moto, camioneta o camión. Repartidor de encomiendas en Montevideo: Reparte encomiendas solo o como acompañante en un vehículo. Repartidor de encomiendas en el interior del país con vehículo: Idem Montevideo, en el interior del país. Repartidor de Encomiendas en el interior del país: Idem Montevideo, en el interior del país. Maleteros - excepción: Remuneración por jornal y una prima por antigüedad según escala. Maleteros - función: Realizarán la carga y descarga de equipajes, la carga y descarga de encomiendas, el acondicionamiento del interior de las unidades cuando llegan de un viaje y vuelven a salir, la información a los pasajeros y la colaboración con los Conductores, Guardas, Auxiliares de Abordo y Guías de Excursión, cuando éstos se lo requieran, en las terminales y/o agencias de Montevideo o Interior. Las empresas y los trabajadores aportarán a la seguridad social, por concepto de propinas, de acuerdo a la normativa vigente.

08.12.06	B.- Condiciones de trabajo: B.I.- Personal de carretera. (...) Conductores: Los Conductores tendrán la responsabilidad de la unidad del momento en que toman el servicio. A vía de ejemplo, deberán controlar que la misma esté en condiciones operativas con el combustible necesario, en caso contrario deberán hacerlo abastecer, con niveles de lubricantes adecuados y buen estado de las cubiertas. Deberán conducir la unidad al punto de partida de los servicios, colaborar en las tareas auxiliares de atención a los pasajeros debe colaborar en las tareas auxiliares de atención a los pasajeros, carga y entrega de equipajes. Al finalizar la jornada, deberá entregar la unidad en el lugar preestablecido. Cuando un Conductor realiza la tarea de Cobrador, percibirá además de la remuneración propia de su categoría y partidas adicionales, un complemento igual a los kilómetros recorridos en esas condiciones al valor del 30% del precio del kilómetro de la categoría Conductor. Además, percibirá un quebranto diario correspondiente a cada jornada en que desempeñe esa función. (...) Quebrantos: El Guarda, el Conductor Cobrador y la Guía de Excursión percibirá un quebranto diario, cuando operen con valores. Quebrantos de Personal de Carretera - Actualización: El quebranto que deberá percibir el personal de carretera, se actualizará cada vez que se incrementen las tarifas, en igual porcentaje. (...) B.II. Personal de administración, agencias, talleres y mantenimiento y servicios.(...) Quebrantos Administración y Agencias: Los trabajadores que cumplan funciones de Cajero, Auxiliares de ventas, Auxiliares de mostrador u otros que operen dinero o valores percibirán como quebranto el equivalente al cincuenta por ciento del salario promedio básico anual que le corresponda, que podrá ser abonado trimestralmente y en proporción al tiempo trabajado. (...) Capitulo II: A.- Transporte Interdepartamental de Corta, Mediana y Larga Distancia Personal de Carretera: (...) Guarda: Se remunerará por kilómetro recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según la longitud de línea, quebrantos y viáticos, según reglamentación. Auxiliar de Abordo: Se remunerará por kilómetro recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos, según reglamentación. Cobrador de Coche: Se remunerará en forma mensual y percibirá una prima por antigüedad. Quebranto: Para la categoría de Guarda y demás personal de carretera que maneje valores se establece un quebranto mínimo, por jornada efectiva de labor, según tabla que se adjunta. (...) Conductor: Se remunerará por kilómetro recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos, según reglamentación.

08.12.06 Cont.	Aquellas empresas que remuneren por jornal no pagarán viáticos. Cuando un Conductor realiza la tarea de Cobrador percibirá, además de la remuneración y partidas antes mencionadas propias de su categoría, un complemento igual al valor del 30% de los kilómetros recorridos en esas condiciones. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. Además percibirá el quebranto correspondiente. Guarda: Se remunerará por Km recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea, quebrantos y viáticos, según reglamentación. (...) Quebrantos del Personal de Plataforma: Se establece que estos quebrantos se pagarán por el régimen general, no admitiéndose abatimiento alguno.(...) C.-Transporte internacional. (...) Guarda: Se remunerará por kilómetro recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea, quebrantos y viáticos, según reglamentación.(...) Capítulo III: Categorías laborales: a.- personal de carretera. (...) Conductor: Se remunerará por kilómetro recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, toma y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea y viáticos según reglamentación. Cuando un Conductor realiza la doble tarea de Cobrador, percibirá además de la remuneración y partidas antes mencionadas un complemento igual al 30% de los kilómetros recorridos en esas condiciones. Este complemento no se computa dentro del mínimo asegurado. Además percibirá el quebranto correspondiente. Guarda: Se remunerará por kilómetro recorrido, percibirá una prima por antigüedad según escala, torna y cese de servicios o toma y cese de servicios y esperas según el tipo de línea, quebrantos y viáticos según reglamentación. (...) B.- Personal de administración, agencia y encomiendas. (...) Cajero de Agencia: Percibirá una remuneración mensual, una prima por antigüedad según escala por cada año en la empresa y quebranto. Cajero de Casa Central: Percibirá una remuneración mensual, una prima por antigüedad según escala por cada año en la empresa y quebranto. (...)
Grupo No.13 "Transporte y almacenamiento", Subgrupo No. 02 "Transporte Terrestre de personas internacional, interdepartamental, Departamental Interurbano, Urbano del Interior y de Turismo", Capítulo "Empresas prestadoras de servicios de venta de pasajes, abonos, servicios postales y encomiendas de las empresas de transporte del Subgrupo 02"	
22.12.15	Décimo. Quebranto: Para ambas categorías, en forma proporcional al tiempo en que operen con dinero, los trabajadores que lo hagan percibirán una partida indemnizatoria de quebranto anual de caja equivalente al cincuenta por ciento del salario promedio básico anual que le corresponda, que podrá ser abonado trimestralmente.
28.10.08	Décimo. Quebranto: Para ambas categorías, en forma proporcional al tiempo en que operen con dinero, los trabajadores que lo hagan percibirán una partida indemnizatoria de quebranto anual de caja equivalente al cincuenta por ciento del salario promedio básico anual que le corresponda, que podrá ser abonado trimestralmente.

08.12.06	Sexto: Se definen las categorías de auxiliar de agencia y repartidor fijándose el salario mínimo de las mismas vigente a partir del 1ero de septiembre de 2006; a) Auxiliar de agencia- El personal que desarrolle tareas en ventas y atención de mostrador percibirá una remuneración mensual de $ 4009,93 y una prima por antigüedad mensual de $ 52,64 por año trabajado en la empresa. Esta antigüedad se calculará en forma independiente a la fecha de ingreso a la empresa y refiere al tiempo trabajado en la misma a partir del 1 de febrero de 2006. Por lo tanto se computará un año por cada período completo de doce meses trabajados en la empresa en forma continua a partir del 1 de febrero de 2006. En forma proporcional al tiempo en que operen con dinero, los trabajadores que lo hagan percibirán una partida indemnizatoria de quebranto anual de caja equivalente al cincuenta por ciento del salario promedio básico anual que le corresponda, que podrá ser abonado trimestralmente.
Grupo No. 13 "Transporte y almacenamiento", Subgrupo No. 06 "Transporte Terrestre de Personas. Suburbano"	
28.10.15	Décimo sexto. Condiciones de trabajo: I) personal de plataforma: (...) 6) Quebranto: La categoría guarda y conductor cobrador percibirá un quebranto equivalente al 130 % del valor del boleto 16 kms. carretera común por jornal legal de trabajo o fracción proporcional. II. Personal de administración, agencias, talleres y mantenimiento y servicios: El personal de cada una de las categorías de las empresas suburbanas comprendidas en este laudo se regirá por las remuneraciones que se establezcan, las primas de antigüedad por año en la empresa correspondiente y otras condiciones y beneficios generales que se establecen en este capítulo. Cajeros Quebrantos: El pagador de jornales, el ayudante de caja y el cajero recibirán un quebranto cuyos valores se establecen en tabla anexa a la presente. Estos valores se ajustarán en las mismas oportunidades y con los mismos porcentajes que los salarios. Cajeros Seguridad: Las funciones de caja deberán ser desempeñadas en condiciones de seguridad adecuadas de acuerdo a la práctica habitual. Establécese que el personal de Administración que cumpla funciones de recaudación percibirá un quebranto equivalente al 06 por 1000 sobre el total de su recaudación mensual. Establécese que los auxiliares que venden abonos y tarjetas recargables, percibirán un quebranto equivalente al 1 por 1000 de la recaudación mensual.
25.10.11	Décimo séptimo: Condiciones de trabajo:(...) Quebranto: La categoría guarda y conductor cobrador percibirá un quebranto equivalente al 130% del valor del boleto 16 kms. carretera común por jornal legal de trabajo o fracción proporcional. II) Personal de administración, agencias, talleres y mantenimiento y servicios: El personal de cada una de las categorías de las empresas suburbanas comprendidas en este laudo se regirá por las remuneraciones que se establezcan, las primas de antigüedad por año en la Empresa correspondiente y otras condiciones y beneficios generales que se establecen en este capítulo. Cajeros Quebrantos: El pagador de jornales, el ayudante de caja, y el cajero recibirán un quebranto cuyos valores se establecen en tabla anexa a la presente. Estos valores se ajustarán en las mismas oportunidades y con los mismos porcentajes que los salarios. (...) Cajeros Seguridad: Las funciones de caja deberán ser desempeñadas en condiciones de seguridad adecuadas de acuerdo a la práctica habitual. Establécese que el personal de Administración que cumpla funciones de recaudación percibirá un quebranto equivalente al 06 por 1000 sobre el total de su recaudación mensual. Establécese que los auxiliares que venden abonos y tarjetas recargables, percibirán un quebranto equivalente al 1 por 1000 de la recaudación mensual.

15.11.06	Capítulo II. Segundo.- Condiciones de trabajo: I.- personal de plataforma: (...) Quebranto: La categoría guarda y conductor cobrador percibirá un quebranto equivalente al 130 % del valor del boleto 16 kms. carretera común por jornal legal de trabajo o fracción proporcional. (...) II. Personal de Administración, Agencias, Talleres y Mantenimiento y Servicios: El personal de cada una de las categorías de las empresas suburbanas comprendidas en este laudo se regirán por las remuneraciones que se establezcan, las primas de antigüedad por año en la Empresa correspondientes y otras condiciones y beneficios generales que se establecen en este capítulo. Cajeros Quebrantos: El pagador de jornales, el ayudante de caja y el cajero recibirán un quebranto cuyos valores se establecen en tabla anexa a la presente. Estos valores se ajustarán por el mismo incremento establecido para el salario y en cada oportunidad que aumenten los mismos y por los mismos porcentajes de incremento. Cajeros Seguridad: Las funciones de caja deberán ser desempeñadas en condiciones de seguridad adecuadas de acuerdo a la práctica habitual. Establécese que el personal de Administración que cumpla funciones de recaudación percibirá un quebranto equivalente al 06 por 1000 sobre el total de su recaudación mensual. Establécese que los auxiliares que venden abonos, tarjetas recargables, percibirá un quebranto equivalente al 1 por 1000 de la recaudación mensual.
26.09.05	B.- Condiciones de trabajo B.I.- Personal de plataforma (...) Quebranto: La categoría guarda y conductor cobrador percibirá un quebranto equivalente al 130% del valor del boleto 16 kms. carretera común por jornal legal de trabajo o fracción proporcional.(...) B.II Personal de administración, agencias, talleres y mantenimiento y servicios (...) Cajeros Quebrantos: El quebranto para el pagador de jornales será de 542,27 pesos, en el caso del ayudante de caja será de 789,29 pesos y en el caso del cajero de 1028,86 pesos. Estos valores se ajustarán a partir del 1 de setiembre de 2005 por el mismo incremento establecido para el salario y en cada oportunidad que aumenten los salarios por los mismos porcentajes de incremento. Cajeros Seguridad: Las funciones de caja deberán ser desempeñadas en condiciones de seguridad adecuadas de acuerdo a la práctica habitual. Establécese que el personal de Administración que cumpla funciones de recaudación percibirá un quebranto equivalente al 06 por 1000 sobre el total de su recaudación mensual. Establécese que los auxiliares que venden abonos, tarjetas recargables, percibirá un quebranto equivalente al 1 por 1000 de la recaudación mensual.
Grupo No. 14 "Intermediación Financiera", 'Subgrupos No. 01 "Bancos y otras empresas financieras", Capítulo 3 "Instituciones Financieras Externas (IFES) y Casas Bancarias"	
19.08.05	Octavo. Quebrantos: Los quebrantos percibidos por el personal, en aquellas instituciones que lo pagan tendrán el mismo sistema de ajuste que los sueldos. (Fuente: CC 03/09/87).
Grupo No. 14 "Intermediación Financiera", "Seguros y Pensiones", Subgrupo No. 01, Capítulo "Fideicomisos"	
27.12.10	Décimo primero. Quebrantos de caja: Las partes acuerdan que en caso que la correspondiente empresa del sector maneje caja, se discutirá un régimen de remuneraciones al respecto.
Grupo No. 14 "Intermediación Financiera, Seguros y Pensiones", Subgrupo No. 03 "Organismos privados de seguridad social", Capítulo 02 "Fondos complementarios"	
25.10.16	Séptimo: Beneficios y remuneraciones complementarias (...) Quebranto por Fondo Fijo: El empleado que tenga a su cargo un Fondo Fijo (fondo para gastos menores), percibirá en concepto de Quebranto por Fondo Fijo un importe mensual equivalente al 10% del Fondo que tenga bajo su custodia, no pudiendo este quebranto ser menor a $ 555 (Valor vigente al 01/07/16). Dicho quebranto se percibirá mensualmente una vez que se haya conformado un fondo de quebranto equivalente a 3 (tres) meses del mismo. En casos de faltantes, el mismo se cubrirá de dicho fondo. Para volver a comenzar a cobrar el quebranto el empleado deberá haber conformado previamente el fondo de quebranto de 3 (tres) meses. Su actualización por IPC todos los julio de cada año, midiendo el comportamiento del IPC en los 12 meses anteriores al ajuste.

15.11.10	Vigésimo noveno. Quebranto por Fondo Fijo: El empleado que tenga a su cargo un Fondo Fijo (fondo para gastos menores), percibirá en concepto de Quebranto por Fondo Fijo un importe mensual equivalente al 10% del Fondo que tenga bajo su custodia, no pudiendo este quebranto ser menor a $ 300 (Valor vigente al 01/07/10). Dicho quebranto se percibirá mensualmente una vez que se haya conformado un fondo de quebranto equivalente a 3 (tres) meses del mismo. En casos de faltantes, el mismo se cubrirá de dicho fondo. Para volver a comenzar a cobrar el quebranto el empleado deberá haber conformado previamente el fondo de quebranto de 3 (tres) meses.
29.09.06	Segundo. Quebranto por Fondo Fijo: El empleado que tenga a su cargo un Fondo Fijo (fondo para gastos menores), percibirá en concepto de Quebranto por Fondo Fijo un importe mensual equivalente al 10% del Fondo que tenga bajo su custodia, no pudiendo este quebranto ser menor a $ 200,00 (valor vigente al 01/07/06). Dicho quebranto se percibirá mensualmente una vez que se haya conformado un fondo de quebranto equivalente a 3 (tres) meses del mismo. En casos de faltantes, el mismo se cubrirá de dicho fondo. Para volver a comenzar a cobrar el quebranto el empleado deberá haber conformado previamente el fondo de quebranto de 3 (tres) meses.
Grupo No. 14 "Intermediación Financiera", Subgrupo No. 05 "Cooperativas de Ahorro y Crédito", Capítulo "Cooperativas de Capitalización"	
07.02.14	Séptimo. Quebranto de caja: Toda persona que tenga a su cargo funciones que impliquen manejo de dinero en efectivo percibirá un quebranto de caja, que se establece en función de una carga horaria semanal de 44 horas, cuyo monto asciende a 2,5 BPC líquidas y semestrales.
04.03.11	Séptimo. Quebranto de Caja: Toda persona que tenga a su cargo funciones que impliquen manejo de dinero en efectivo percibirá un quebranto de caja, que se establece en función de una carga horaria semanal de 44 horas, cuyo monto asciende a 1.5 BPC líquidas y semestrales.
03.10.06	Quebrantos. Trigésimo tercero: Las partes acuerdan, en un plazo que no exceda a los 90 días a partir de la firma de este convenio, a negociar un sistema de Quebrantos de Caja mínimos. Los avances que se vayan obteniendo, deberán reportarse mensualmente al Consejo de Salarios correspondiente. Trigésimo cuarto: En los casos de Cooperativas de Ahorro y Crédito en las que no exista un sistema de quebrantos, los faltantes que surjan no serán imputados al salario del trabajador, hasta tanto no se arribe a un acuerdo en este régimen.
Grupo No. 14 "Intermediación Financiera", Subgrupo No. 06, Capítulo 1 "Casas de Cambio"	
29.10.10	Noveno. Quebranto: Toda persona que tenga a su cargo funciones que impliquen manejo de valores percibirá un quebranto de caja, que se establece en función de una carga horaria semanal de 44 horas, el que **se** prorrateará de acuerdo al horario efectivamente realizado y variará de acuerdo al grado de responsabilidad de la siguiente manera: a) Cajero Cobranzas y Pagos (Ej.:Abitab, Redpagos)- $ 1.656 (un mil seiscientos cincuenta y seis pesos uruguayos) b) Cajero Liquidador - $ 3.312 (tres mil trescientos doce pesos uruguayos) c) Cajero Tesorero - $ 6.624 (seis mil seiscientos veinticuatro pesos uruguayos) Las partidas por quebranto son nominales y se ajustarán anualmente cada 1º de julio por el IPC de los doce meses anteriores. Cada cuatro meses se hará la liquidación y se pagará el 50% del saldo (partidas generadas menos quebrantos observados). El restante 50% del saldo quedará en cuenta para cobertura de futuros quebrantos; este saldo no superará el monto correspondiente a 6 quebrantos. Aquellas empresas del sector que a la fecha no pagaban la partida por quebranto en tanto se hacían cargo de las eventuales diferencias de caja, deberán comenzar a pagar el quebranto de caja en los siguientes términos: 33% del monto acordado actualizado a partir del 1ero. de enero de 2011, un 66% a partir del 1ero. de julio de 2011 y el 100% a partir del 1ero. de enero de 2012.

22.09.06	Décimo primero. Quebranto: Toda persona que tenga a su cargo funciones que impliquen manejo de valores percibirá un quebranto de caja, el que variará de acuerdo al grado de responsabilidad de la siguiente manera para quien cumpla tareas de: a) Cajero Cobranzas y Pagos (Ej.:ABITAB, REDPAGOS) - $ 1.250 (un mil doscientos cincuenta pesos uruguayos) b) Cajero Liquidador - $ 2.500,00 (dos mil quinientos pesos uruguayos) c) Cajero Tesorero - $ 5.000,00 (cinco mil pesos uruguayos) Las partidas por quebranto son nominales y se ajustarán anualmente cada 1º de julio por el IPC de los doce meses anteriores. Cada cuatro meses se hará la liquidación y se pagará el 50% del saldo (partidas generadas menos quebrantos observados). El restante 50% del saldo quedará en cuenta para cobertura de futuros quebrantos; este saldo no superará el monto correspondiente a 6 quebrantos.
Grupo No. 14 "Intermediación Financiera", Subgrupo No. 06, Capítulo 2 "Empresas de Servicios Financieros"	
28.11.13	Undécimo. Quebranto: Toda persona que tenga a su cargo funciones que impliquen manejo de valores percibirá un quebranto de caja, que se establece en función de una carga horaria semanal de 44 horas, el que se prorrateará de acuerdo al horario efectivamente realizado y variará de acuerdo al grado de responsabilidad de la siguiente manera: a) Cajero Cobranzas y Pagos (Ej.:Abitab, Redpagos)- $ 2.137 (dos mil ciento treinta y siete cincuenta pesos uruguayos) b) Cajero Liquidador - $ 4.272 (cuatro mil doscientos setenta y dos pesos uruguayos) c) Cajero Tesorero - $ 8.546 (ocho mil quinientos cuarenta y seis pesos uruguayos) Las partidas por quebranto son nominales y se ajustarán anualmente cada 1º. de julio por el IPC de los doce meses anteriores. Cada cuatro meses se hará la liquidación y se pagará el 50% del saldo (partidas generadas menos quebrantos observados). El restante 50% del saldo quedará en cuenta para cobertura de futuros quebrantos; este saldo no superará el monto correspondiente a 6 quebrantos. Las partes acuerdan que en un plazo no mayor a 90 días definirán los aspectos de responsabilidad ante faltantes de los funcionarios que transporten valores.
Grupo No. 14 "Intermediación Financiera", 'Subgrupo No. 10 "Agencias y Bancas de Quinielas" Capítulo 1 "Agencias de Quinielas"	
06.11.08	Octavo. Quebranto de caja: Todos los trabajadores que manejen dinero o documentos equivalentes percibirán un monto mensual de $ 750 nominales (pesos uruguayos setecientos cincuenta) monto que se mantendrá durante toda la vigencia del convenio y exclusivamente durante la vigencia del mismo. Dicha partida se otorgará por concepto de quebranto de caja.
Grupo No. 18 "Servicios Culturales, de esparcimiento y comunicaciones", Subgrupo No. 10 "Atracciones mecánicas y afines"	
05.11.13	Décimo. Beneficios: (...) 3) Quebranto de Caja: Se fija un quebranto de caja para la categoría de cajero equivalente a $ 400 mensuales a fin de cubrir las diferencias que pudieran tener lugar en los cierres de caja. Cuando debitadas las mismas de ésta partida, resulte un saldo favorable para el trabajador, el mismo se liquidará y abonará trimestralmente junto con la remuneración a percibir. La referida partida se ajustará en las mismas oportunidades y en los mismos porcentajes en que se ajusten las entradas (que los Gobiernos Departamentales o las empresas dispongan).
Grupo No. 19 "Servicios Profesionales, Técnicos Especializados y aquellos no incluidos en otros grupos", Subgrupo No. 04 "Empresas de Pompas Fúnebres y Previsoras"	
29.11.13	Noveno. Beneficios anteriores: Se confirma la permanencia de los beneficios pactados en convenios anteriores a saber: día del empleado de Empresas Fúnebres, uniformes de trabajo, quebrantos de caja, licencias especiales, salarios correspondientes al período de carencia del subsidio por enfermedad, viáticos, prima por kilómetro recorrido, servicio fúnebre, prima por antigüedad, elementos de seguridad e higiene para !a manipulación de cadáveres, botiquín con elementos básicos de primeros auxilios. La prima por kilómetro pasará a ser $ 3.40 en tanto que el quebranto de caja para Montevideo será $ 2.537 y para el interior $ 929. La prima por antigüedad de Montevideo pasa a ser $ 986 en tanto que la del interior $ 242.

15.04.11	Décimo segundo. Beneficios anteriores: Se confirma la permanencia de los beneficios pactados en convenios anteriores a saber: día del empleado de Empresas Fúnebres, uniformes de trabajo, quebranto de caja, licencias especiales, salarios correspondientes al período de carencia del subsidio por enfermedad, viáticos, prima por kilómetro recorrido, servicio fúnebre, prima por antigüedad, elementos de seguridad e higiene para la manipulación de cadáveres, botiquín con elementos básicos de primeros auxilios. La prima por kilómetro pasará a ser $ 2.43 en tanto que el quebranto de caja para Montevideo será $1833 y para el interior $ 638. La prima por antigüedad de Montevideo pasa a ser $713 en tanto que la del Interior $165.
12.11.08	Décimo cuarto. Beneficios anteriores: Se confirma la permanencia de los beneficios pactados en convenios anteriores (...) c) Quebrantos: se establece un quebranto de caja de $ 1.385 para los cajeros de las empresas de Montevideo y un quebranto de caja de $ 445 para los cajeros de las empresas del interior Estos importes se acreditarán mensualmente pudiendo a fin de año retirarse el 50% del saldo resultante luego de deducirse los eventuales faltantes. Este beneficio corresponde a los trabajadores que desempeñan 44 horas semanales. El valor de este quebranto se ajustará en oportunidad de cada ajuste salarial,
25.09.06	Décimo segundo. Quebrantos: Se establece un quebranto de caja de $ 1116 para los cajeros de las empresas de Montevideo y un quebranto de caja de $ 335 para los cajeros de las empresas del interior. Estos importes se acreditarán mensualmente pudiendo a fin de año retirarse el 50% del saldo resultante luego de deducirse los eventuales faltantes. Este beneficio corresponde a los trabajadores que desempeñan 44 horas semanales. El valor de este quebranto se ajustará en oportunidad de cada ajuste salarial.
10.08.05	Décimo segundo. Quebranto: Se establece un quebranto de caja de $ 1.000 para los Cajeros de las empresas de Montevideo, y un quebranto de caja de $ 300 para los Cajeros de las empresas del Interior. Estos importes se acreditarán mensualmente, a fin de año podrán retirar el 50% del saldo resultante luego de deducirse los eventuales faltantes. Este beneficio corresponde a los trabajadores que se desempeñan 44hs semanales. El valor de este quebranto se ajustará en oportunidad de cada ajuste general de salarios.
Grupo No 19 "Servicios Profesionales, Técnicos, Especializados y aquellos no incluidos en otros grupos", Subgrupo No. 10 "Estaciones de Servicio, Gomerías y Estacionamientos"	
12.02.16	Primero: La presente acta se considera parte integrante del acta de consejo de salarios suscrita el 30 de diciembre de 2013, ya que se omitió realizar el ajuste de las partidas de quebranto de caja y quebranto de cajero de salón al que refiere el artículo décimo octavo del convenio colectivo de fecha 3 de diciembre de 2013. Desde el 1ero. de julio de 2015 el quebranto de caja para estaciones de servicio ajustará un 7.75% y en consecuencia el monto será de $ 2.605 para el que tiene una caja por turno, en caso de dos cajas $ 1.302 para cada uno y en caso de tres cajas o más $ 867 para cada uno. Desde el 1ero. de enero de 2015 el quebranto de caja para el cajero de salón tendrá un incremento 7.75% y por lo tanto ascenderá a $ 1.026. Segundo: Las partidas quebranto de caja en estaciones de servicio y quebranto de caja de salón ajustarán en los mismos porcentajes y oportunidad que los salarios en el período 1ero de julio de 2015 y 30 de junio de 2018, conforme el acta de consejo de salario de fecha 30 de diciembre de 2015. Tercero: Ajuste al 1ero. de enero de 2016. Quebranto de caja en estaciones de servicio. Al 1ero. de enero de 2016 el quebranto de caja en estaciones de servicio ajustará un 4.25%, en consecuencia el monto será de $ 2.716 para el que tiene una caja por turno, en caso de dos cajas $ 1.356 para cada uno y en caso de tres o más $ 905 para cada uno. Cuarto: Ajuste al 1ero. de enero de 2016. Quebranto de caja de salón. Ajustará un 4.25%, siendo su monto desde el 1ero. de enero de 2016 de $1.070.

03.12.13	Beneficios para los trabajadores de Estaciones de Servicio: Décimo octavo: Quebranto de caja. El quebranto de caja pasará a ser desde de 1º de julio de 2013 de $ 2.131 líquidos en el caso de una caja por turno, en caso de 2 cajas $ 1.065 para cada uno, y en caso de 3 cajas o más $ 710 para cada uno. El quebranto de cajero de salón será a partir del 1º de julio de 2013 de $ 839. En todos los casos los montos mencionados, así como los montos abonados a trabajadores que perciban quebrantos superiores a los mínimos se reajustaran, en las mismas oportunidades y por los mismos porcentajes que los salarios mínimos. En los casos de que la responsabilidad de cobranza no sea permanente el quebranto será percibido solamente en las jornadas en que se desarrolle la tarea prevista a razón de una 25 ava parte del quebranto mensual establecido. A partir de la entrada en vigencia del presente convenio los administrativos que manejen efectivo o valores tendrán el mismo monto de quebranto de caja que los cajeros de minimercado.
25.01.13	Cuarto. Quebrantos de caja: El quebranto de caja pasará a ser desde el 1ero de enero de 2013 de $ 1.926 líquidos en el caso de una caja por turno, en caso de 2 cajas $ 963 para cada uno, y en caso de 3 cajas o más $ 642 para cada uno. El quebranto del cajero de salón será a partir del 1ero de enero de 2013 de $ 758. Las estaciones que previo a la firma del convenio de abril de 2011 ya contaban con cajeros múltiples deberán ajustar el quebranto en los mismos porcentajes correspondiente a cada uno de los ajustes salariales efectuados.
20.04.11	Beneficios para los trabajadores de Estaciones de Servicio: Décimo octavo: Quebranto de caja. El quebranto de caja pasará a ser desde el 1ero de enero de 2011 de $ 1500 líquidos en el caso de una caja por turno, en caso de 2 cajas por turno $ 750 para cada trabajador con caja, y en caso de 3 cajas o más $ 500 para cada uno. El quebranto del cajero de salón será a partir del 1ero. de enero de 2011 de $ 591. En los casos de que el quebranto al 31 de diciembre de 2010 sea superior al establecido ut supra, se ajustará 13%. Las empresas que ya cuenten a la firma del convenio con sistema de cajeros múltiples, ajustarán el quebranto en un 13%. En todos los casos los montos mencionados se reajustaran en las mismas oportunidades por los mismos porcentajes que los salarios mínimos.
18.10.06	Tercero: Categorías y salarios mínimos para Estaciones de Servicio: Las categorías que regirán a partir del 1ero. de julio de 2006 para las mismas, así como su descripción y los salarios mínimos serán las siguientes: (...) Sereno. Realiza tareas de guardia y/o vigilancia, pudiendo a su vez llevar a cabo tareas propias de expendio y despacho de combustibles. En caso de realizar cobranza y mantener el dinero en su poder, temporalmente, percibirá igualmente el Quebranto previsto para el Naftero/Pistero. Décimo. Quebranto de caja: Cuando el Naftero/Pistero sea responsable de cobrar los expendios de combustible y mantener el dinero en su poder, temporalmente, para luego rendir cuentas y hacer entrega del mismo de la manera que la empresa lo disponga, percibirá un Quebranto mensual de $ 500 líquidos por mes. En caso de que la responsabilidad de cobranza no sea permanente, el quebranto será percibido en las jornadas en que desarrolle a tarea prevista a razón de 20 diarios. Minimercados. Los Cajeros de Minimercados o Salón de Ventas percibirán asimismo un Quebranto mensual de $ 300 líquidos por mes, cuando sean responsables de cobrar los productos exhibidos rigiendo igual mecanismo, para el caso de alternancia, al previsto para el caso de los Nafteros/Pisteros. Este beneficio será implementado a partir del 1º de octubre del 2006y no afectará otros regímenes que puedan existir a la fecha de vigencia del mismo que resulten más beneficiosos para los trabajadores comprendidos. Las referencias a este sector de actividad, dentro de este sub grupo, comprenden exclusivamente a los locales anexos a las Estaciones de Servicios, comprendidos dentro de la misma razón social del giro de la firma.

Grupo No. 19 "Servicios Profesionales, Técnicos Especializados y aquellos no incluidos en otros grupos", Subgrupo No. 15 "Peluquerías Unisex, de damas, hombres y/o niños"	
04.09.06	Vigésimo. Quebranto de caja: Los trabajadores que se desempeñen en la categoría "recepcionista y cajera/o" percibirán un quebranto de caja equivalente a $ 500 por mes, el cual se acumulará, percibiéndose semestralmente con los salarios correspondientes a junio y diciembre, luego de deducirse los eventuales faltantes. (Nota: vigencia ratificada por instrumento de fecha 30.10.08, 28.12.10, 16.09.13)
Grupo No. 19 "Servicios Profesionales, Técnicos Especializados y aquellos no incluidos en otros grupos", Subgrupo No.18 "Sanitarias"	
30.10.08	Décimo quinto. Quebranto de caja: El cobrador o cajero tendrá un quebranto de caja de $500 mensuales, reajustables conjuntamente y con los mismos porcentajes que los salarios. (Nota: vigencia ratificada por instrumento de fecha 23.10.13)
Grupo No. 19 "Servicios Profesionales, Técnicos Especializados y aquellos no incluidos en otros grupos", Subgrupo No. 24 "Tintorerías"	
01.06.11	Séptimo. Quebranto de caja: A partir del 1ero de Julio de 2011 se crea un quebranto de caja para los choferes empleados directos de las tintorerías y para los trabajadores que se desempeñen en las receptorías que manejen dinero. El mismo tendrá un monto mensual nominal de $ 355, el será reajustado desde el 1ero de enero de 2012 con el porcentaje de ajuste salarial correspondiente al salario mínimo del sector. En caso de que se constataren faltantes por causa imputable al trabajador, el mismo podrá ser sancionado. En ningún caso se procederá al descuento de dicho faltante del salario, cubriéndose el mismo solo con el quebranto.
Grupo No. 20 "Entidades, gremiales, sociales y deportivas", Subgrupos No. 02 "Entidades gremiales y sociales", Capítulo 1 "Entidades Gremiales Deportivas", Subcapítulo "Fútbol"	
31.05.11	Décimo primero. Derechos y obligaciones. (...) c) Con excepción de lo acordado expresamente en este convenio, siguen vigentes exclusivamente, los beneficios laborales adquiridos hasta el presente por el Personal de Recaudación de la AUF siendo estos: 1) Quebranto de caja: Asciende a un total de UR 30 (treinta Unidades Reajustables) mensuales, que se distribuyen una vez al año entre todos los boleteros y encargados.
Grupo No. 20 "Entidades, gremiales, sociales y deportivas", Subgrupos No. 02 y 03 "Entidades gremiales y sociales"	
02.10.06	Artículo VII. Definición de Categorías. Las categorías acordadas para el sector son las siguientes: (...) Visitador: Es el trabajador que actúa de intermediario entre los afiliados y las entidades Gremiales y Sociales y la oficina de las mismas, a los efectos de facilitarle la prestación de servicios en sus locales, pudiendo realizar tareas de recaudación, generando quebranto igual al cobrador.

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

La presente sección tiene por objeto presentar las tendencias jurisprudenciales más recientes en relación a distintos temas de la materia laboral.

Despido de la trabajadora grávida: conocimiento del empleador[1]

TAT 1er. TURNO – SEF-0012-000213 (22/07/2014). Morales, Rossi, Posada (r)

"III) Por su parte el codemandado MDS se agravia en primer lugar por la condena al pago de la indemnización por despido especial por gravidez a la coactora MLGA.

Sostiene que la posición de la recurrida se aparte de la jurisprudencia en la materia conforme a la cual la prohibición de despedir, sea en forma directa o indirecta, a la trabajadora grávida comienza cuando el empleador tiene conocimiento de su estado de gravidez, circunstancia que debe ser fehacientemente acreditada por la pretensora. Y en la demanda no solo se omitió señalar que la empleadora estaba en conocimiento del embarazo sino que tampoco se demostró esa situación ya que tampoco se incorporó ninguna probanza que justificara la notoriedad o evidencia a simple vista del estado de gravidez.

El Tribunal entiende que éste agravio no es de recibo por lo que será desestimado.

En efecto, si bien ´la mayoría del Tribunal comparte con la apelante de que el derecho a percibir la indemnización por despido especial por gravidez prevista por los artículos 16 y 17 de la Ley Nº 11.577 del 14/X/2950 solamente se genera ante el conocimiento del empleador del estado de gravidez, lo cierto es que de autos surge claramente que es imposible que la empleadora no estuviera en conocimiento de tal embarazo siendo que la trabajadora cursaba al momento del cese el 6º mes de embarazo.

En efecto, también es cierto que es claro lo señalado por la apelante en el literal c de fs. 228 vta. y 229 en cuanto al incumplimiento de la carga de la afirmación desde que en la demanda se omitió toda referencia al mes del embarazo que cursaba la actora MLGA siendo que solo se establecieron dos "XX" (fs. 24), pero al evacuar el traslado del excepcionamiento a fs. 82 y ss. se agregó el carné perinatal (fs. 82) y se afirmó que al momento del cese el embarazo de la Sra. MLGA era notorio y de estado público ya que en ese momento contaba con 6 meses de embarazo (fs. 85).

Y tal aclaración fue admitida por las demandadas que en ningún momento formularon oposición a la misma ni a la agregación del documento (...).

La propia apelante admite la validez de la prueba documental agregada a fs. 83 (Carné Perinatal) y la Historia Clínica de fs. 114 que señalan que el parto se produjo el 15 de agosto de 2012, por lo que si al momento del cese ocurrido el 31 de abril de 2012 se cursaba el 6º mes de embarazo no es posible sostener que el empleador no tuviera conocimiento del mismo.

Vale decir entonces que la parte actora subsanó la omisión padecida en el escrito inicial de demanda cuando evacuó el traslado de las excepciones y las codemandadas no se opusieron a ello por lo cual el hecho quedó integrado al proceso. El embarazo entonces era un hecho evidente y notorio según lo que normalmente acontece (art. 141 del C.G.P.) por lo que en todo caso era la demandada la que tenía la carga de demostrar lo contrario, lo que no ha ocurrido en autos ya que no se aportó elemento alguno que permita deducir

(1) Sección a cargo de Rodrigo Vázquez

algo distinto a lo que la regla establece, que el embarazo de 6 meses era algo evidente y visible. En consecuencia éste agravio será desestimado.".

TAT 1er. TURNO – SEF-0012-000128 (17/04/2013). Morales, Rossi, Posada (r)

"IV) Otro agravio de la parte actora refiere al despido especial por gravidez, reclamo que fuera desestimado por la recurrida por entender que no surge probado que haya habido conocimiento de la empresa demandada del embarazo de la reclamante.

Sostiene que de autos surge probado que la empleadora estaba en conocimiento del embarazo de la actora aún antes de firmar el contrato de trabajo y hasta que el despido fue motivado por los inconvenientes que le provocó dicho estado.

Destaca que los testigos propuestos por la demandada MVT y OP son sospechosos y además tampoco conocían bien a la actora. Sin embargo de la declaración de NF de fs. 66 a 70, que era la encargada del turno por haberla designado para tal función TL y su hermana FL (fs. 71 a 74) surge acreditado que la empleadora conocía la situación de embarazo de la actora al momento de la entrevista en la casa de la hija de TL, antes de firmar el contrato de trabajo. También está acreditado que durante la relación de trabajo se produjeron algunas llegadas tarde de la actora por lo que la empleadora sabía la situación de gravidez y que era la causa de esas llegadas tarde (fs. 103 y vta.).

El Tribunal comparte los argumentos esgrimidos por la parte actora recurrente por lo que entendiendo que de la prueba producida surge acreditado el conocimiento del embarazo por parte de la empleadora al momento de decidir el despido de la trabajadora, se revocará la recurrida y se condenará a la demandada a pagar a la actora la indemnización por despido especial por gravidez pretendida.

En efecto, surge de autos que en la demanda se relató que "al momento de firmar el contrato de trabajo yo estaba embarazada de tres meses, situación que la Cooperativa supo con anterioridad a la firma del contrato porque yo así lo manifesté desde la primer entrevista…" (fs. 12 y vta.)

Y la testigo NF expresó: "yo sé desde el principio que estaba embarazada desde mucho antes de firmar el contrato,…ella cuando empieza a trabajar estaba embarazada, sabíamos entre todos no por boca de ella digamos, sino que era por las compañeras entre todos se comentaba, a fines de febrero lo único que se notaba eran los malestares que tenía ella había notificado antes de firmar el contrato que estaba embarazada, porque nosotros estábamos todos al tanto", agregando que la empleadora "algún conocimiento o algo sucedía con ella y tenía trato distinto a nosotros, tenía reuniones aparte y se hizo una reunión aparte con ella, después nos enteramos de que eran esas reuniones, que ella le estaba notificando a TL que estaba embarazada" (fs. 67 vta.).

También la testigo MFF expresó: "se corría el rumor que era porque estaba embarazada, no se notaba físicamente que estaba embarazada, se notaba por su estado porque ella se sentía mal y tuvo llegadas tarde por este motivo", agregando que cree que la gran mayoría de los que trabajaban allí sabían del embarazo (fs. 73 vta. y 74).

A su vez la testigo ME quien ingresó a trabajar en lugar de la actora dijo que antes de que ello ocurriera NF no iba a estar más porque estaba embarazada y que la iban a sacar (fs. 77 vta.).

Por otra parte, si bien es cierto que el embarazo no era notorio no es creíble que

la empresa no indagara las razones por las cuales una trabajadora recién contratada, recién ingresada tuviera tantas llegadas tarde o ausencias al trabajo o solicitara "descansos" (fs. 23 vta.). No es creíble que tampoco indagara las razones de esos episodios de llegadas tarde por descomposición en el ómnibus que también relataron las testigos. La propia demandada hace referencia a esas reiteradas ausencias al trabajo y llegadas tarde, por lo cual no podía ignorar cuál era la causa real de esa situación, más aún cuando según afirmara a fs. 24 las explicaciones que se supuestamente se le daban no eran coherentes o eran falsas.

Por otra parte, a criterio de la mayoría de la Sala tampoco se requiere un aviso formal de la situación de embarazo, como lo plantea la demandada a fs. 24 vta.. Tampoco existe norma alguna que exija que el embarazo sea apreciable a simple vista. Lo relevante sí es si la empleadora tenía o no conocimiento del hecho y a criterio de la Sala, tal como surge de la prueba diligenciada y de las circunstancias como se desarrolló el vínculo laboral, la empleadora no podía desconocer el embarazo de la trabajadora. Y la testigo ME (fs. 76 y 77 vta.) que ingresó por la actora sabía, antes de su egreso que éste se iba a producir porque estaba embarazada y la iban a sacar y que ella entraba justamente porque por estar embarazada la despidieron.

Por otra parte la Sra. Ministro Dra. María Rosina Rossi entiende, además, que tampoco es necesario el conocimiento del empleador para que proceda la indemnización por despido por gravidez. En tal sentido, se remite a los fundamentos que expusiera en reiterados pronunciamientos de ésta Sala, entre ellos las sentencias Nº 152/2008 del 13/8/2008 y Nº 205/2012 del 13/6/2012, entre otras: "No comparto la exigencia del conocimiento del embarazo, en tanto ello no lo plantea la ley, entonces exigirlo sería una forma de interpretar la ley contra el principio in dubio... No puede pensarse que el legislador buscó sancionar al empleador que desprotege el empleo de la embarazada, sino que buscó crear una regla de desigualdad compensatoria que proteja especialmente el empleo de la mujer madre. Ello por cuanto, existe una importante diferencia con las otras normas protectoras del empleo que sí apuntan a detectar y sancionar la conducta ilícita del empleador: los arts. 23 del dec. ley 14.407, el art. 69 de la ley 16.074, 2 de la ley 17.940. En estos casos al legislador le interesó el móvil del empleador ya que si el prueba un móvil diverso a la causalidad legal – la enfermedad, el accidente de trabajo, la conculcación de la libertad sindical, queda marginado de responsabilidad. En efecto. En la hipótesis de la mujer madre, el empleador no cuenta con la posibilidad legal de esgrimir causa alguna de exoneración vinculada a su interés, respectivamente: ni la desvinculación directa o indirecta con la enfermedad (dec.ley 14.407), ni la causa grave superviniente (ley 16.074), ni la causa razonable "...basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada".

"Entonces, si el texto constitucional garantiza la protección especial de la mujer, y el legislador cumpliendo el mandato lo reglamenta, la reglamentación debe interpretarse conforme el principio de protección del trabajo humano (art. 53) y no en contra, por la vía de "crearle" una cortapisa que ni el legislador ni el constituyente autorizan".

En consecuencia, éste agravio será amparado por lo que se revocará la recurrida en cuanto desestimó el reclamo de indemnización por despido especial por gravidez y en su lugar se condenará a la demandada a pagar a la actora la suma reclamada en la demanda por éste concepto."

TAT 2º TURNO – SEF-0013-000093/2016 (21/14/2016). Gianero (r), Tosi, Corrales

"I) La Sala por unanimidad de las voluntades naturales confirmará la muy bien fundada sentencia de primera instancia.

Como se desprende de las resultancias de obrados la parte actora se agravia fundando su reclamo en que la sentencia se funda en una responsabilidad subjetiva y no objetiva como lo prevé la norma.

Además agrega que la expresión "si lo fuere" debe interpretarse en forma independiente de si se tomó conocimiento o no del embarazo y no importando la causal de rescisión.

Entonces, a efectos de resolver la situación sometida a decisión corresponde partir de la base del lazo obligacional por el cual las partes estaban ligadas contractualmente.

Como es sabido el contrato a prueba es un contrato por el cual las partes acuerdan durante determinado plazo breve en la generalidad de los casos que cualquiera de ellas podrá en forma unilateral extinguir la relación sin incurrir en responsabilidad. Desde que como recuerda Barbagelata "... el trabajador sin necesidad de contrato a prueba puede retirarse, en cualquier tiempo de un establecimiento sin que se perjudique siquiera su derecho a la licencia o los rubros generados ..." En base a ello la principal significación que tiene este tipo de contratos para los empleadores es que por un plazo de carencia generalmente de 90 días el empleador puede prescindir del trabajador sin abonar indemnización alguna. Por ello se debe ser cauteloso a la hora de analizar si las partes estuvieron ligadas por esta figura dado que la nota típica del contrato de trabajo es la duración por tiempo indefinido.

Por su parte corresponde precisar que si bien la relación laboral en principio es por tiempo indeterminado por la naturaleza tuitiva del derecho laboral no están prohibidos los contratos con plazo determinado pero siempre se exige que se pruebe el mismo mediante documentos escritos.

En base a lo consignado es importante destacar que el punto esencial en el contrato a prueba es evaluar la aptitud del trabajador y por ello no puede ser mirado como un contrato a plazo, ya que si se prescinde del trabajador antes de tiempo, se estima agotado el contrato por el cumplimiento del objeto del contrato. Ello en principio está en contradicción con un principio fundamental que informa el Derecho Laboral, que tiene como finalidad proteger a la parte más débil, los contratos deben interpretarse conforme los principios generales del derecho. Entonces en la especie dado que las partes estuvieron unidas por la convención donde medio consentimiento de ambas, siendo los contratantes capaces y teniendo el instrumento se debe interpretar que este contrato rige la relación puesta a consideración en la instancia y por ende la finalización del contrato en principio sin mas no aparejaría responsabilidad del empleador, no siendo suficiente la cláusula de exoneración incluida en el mismo.

De lo viene de exponerse se debe precisar que dado que el contrato finalizó dentro de la fecha estipulada en el contrato, corresponderá entonces valorar si el agotamiento del mismo se dio dentro del marco contractual y por tanto no se generó el derecho a la indemnización por despido común y va de suyo tampoco nace el derecho de indemnización por despido especial, lo que ameritaría el rechazo de la presente acción. O en su caso si el contrato dentro de su plazo fue rescindido por conocimiento de la situación de embarazo de la actora.

Como se desprende de la demanda la actora reclama la indemnización especial, en base a que a la fecha de egreso la actora estaba embarazada, situación ésta que

fuera conocida por la demandada porque lo comunicó a su supervisor y se asistió en la Institución.

Sin perjuicio de no desconocer la posición de la Dra. Rossi que expresa en sentencia 276/08 de la Sala de Primer Turno, la redactora no tiene el honor de compartirla y por ende se considera que el agravio deducido no de debe acogerse en base a lo sostenido en la sentencia referida: "Sabido es que la ley consagra un sistema de responsabilidad objetiva y se construye sobre la base de la responsabilidad sin culpa del empleador, si se configuran los supuestos recogidos en la misma no teniendo otro límite que el conocimiento del empleador, dado que la ley no establece distinción alguna. En este sentido ha sido conteste la jurisprudencia en admitir que la aplicación de la norma corresponde en todos los casos, sin que importe el motivo que haya tenido el empleador para despedir, dado que se estarían aceptando excepciones en perjuicio de la trabajadora cuando la ley no lo hace".

En este sentido se expresa el Tribunal "…En síntesis, partiendo de la base que la reglamentación legal que otorga el derecho a la estabilidad de la trabajadora grávida se construye sobre el supuesto de la responsabilidad objetiva del patrono, se hará lugar a la indemnización especial reclamada…" (Cfm. Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno Nº 276/08).

De lo que viene de exponerse y como se ha expresado la Sala en fallos anteriores el conocimiento del embarazo de la trabajadora es el punto de inflexión en la aplicación de responsabilidad y bajo ese punto de vista se coincide con la decisora de primera instancia que la prueba arrimada a la causa: "no logró acreditar que se hubiere comunicado su estado a sus jefes…", por lo que corresponde el rechazo de los agravios deducidos y mantener en todos sus términos la sentencia recurrida."

TAT 2º TURNO – SEF-0013-000268/2013 (07/08/2013). Landeira, Tosi, Corrales (r)

"II) Interpone recurso de apelación la parte demandada agraviándose porque se condenó al pago de la indemnización por despido especial por gravidez.

Existe acuerdo en que la prohibición de despedir a la trabajadora grávida comienza cuando el empleador tiene conocimiento del estado de gravidez de aquella. En consecuencia la prueba de esta situación debe surgir de autos.

En el presente caso la actora trabajo (fs. 5) desde el 18 de junio al 2 de julio de 2012. Se comparten las citas doctrinarias que cita la recurrida, y se realiza en la sentencia un detallado análisis de los medios probatorios, pero no se coincide con la conclusión.

Como afirma la sentenciante a fs. 91 la trabajadora tenía plena conciencia que estaba embarazada cuando comenzó la relación, y reconoce en su propia declaración de parte que no lo manifestó en la entrevista para comenzar a trabajar ni cuando comenzó.

No llegaba a tener dos meses de embarazo en el periodo laborado. Conforme surge del carné perinatal de fs. 42 el peso de la actora desde el 5 de junio al 3 de julio de 2012 disminuyo 900 gramos, lo que lleva a la convicción que el embarazo no era evidente a simple vista.

De la prueba testimonial, no surgen a criterio de este Tribunal elementos que confirmen que el demandado tenía conocimiento del estado de gravidez de la actora. Los testigos señalan que se enteraron por la actora o por comentario de alguna persona que en definitiva no prestó declaración en autos, y que se vincula con la prueba superviniente adjunta con la apelación.

Como afirma el recurrente la carga de probar sus dichos es de la actora, debió

probar que el despido fue con conocimiento de su estado de gravidez, no siendo carga del demandado probar los motivos por los cuales fue cesada.

En consecuencia de todo lo expresado se recibirá el agravio.".

TAT 3er. TURNO – SEF-0014-000137/2016 (03/06/2016). Contarin (r), Fernández, Nogueira

"Así las cosas, atendiendo a lo que viene de exponerse, en el caso de obrados en el escrito introductorio la demandante afirmó haber comunicado a la empresa empleadora que se encontraba en estado de gravidez, entregando certificado a la empresa (vide fojas 10 numeral II) lo cual como se dijo resulta ser un hecho no controvertido, está por consecuencia exento de prueba.- El contrato a prueba luce agregado a fojas 4 y siguientes, con fecha 2.03.2015: y en la cláusula primera establece que el plazo "máximo" de la misma sería de noventa días conforme la práctica de nuestro país.- La actora fue despedida el 22 de mayo, esto es dentro de tal plazo; ahora bien el contrato de marras tiene un objeto específico y un plazo vinculado a ello y a su razón de ser, que no es otra que el determinar la idoneidad de la persona para una determinada tarea.- A juicio de la mayoría del Tribunal, el criterio de que no todo cese exime al empleador del pago de la indemnización conduce a que sólo el que se vincula lógica y consecuencialmente con la prueba acordada (el objeto contractual) habilitan el cese sin indemnización.- En tal sentido el Cuerpo tiene dicho que es procedente el despido especial por gravidez aun en ocurrencia del contrato a prueba (v.gr. Sentencias Nros. 30/97, 79/97, 52/98 y 234/99 entre otras).- "Al tiempo de preverse en el art. 16 de la Ley Nº 11577 de 14 de octubre de 1950 el derecho de la mujer en estado de gravidez de ausentarse del trabajo, en su art. 17 consigna que 'la obrera no podrá ser despedida. Si lo fuere, el patrón deberá satisfacer un importe equivalente seis meses de sueldo más la indemnización legal que corresponda'. La 'ratio legis' no es otra que la de conceder a la mujer embarazada garantías especiales en el sentido de que no perderá el puesto por el hecho de su gravidez; al tiempo que es de apreciarse que dicho estado puede desconocerse por el empleador, por lo que, la indemnización especial opera solamente cuando tiene noticia del embarazo y que entonces hace presumible que el despido persigue como finalidad, eludir las obligaciones legales. En similar sentido, el Convenio Internacional de Trabajo Nº 103 referente a la protección de la maternidad, ratificada por Ley Nº 12030 de 27 de noviembre de 1953 y con entrada en vigor el 7 de setiembre de 1955 (Lanzaro – Pedemonte, Recopilación Sistematizada de Normas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, t. 3, FCU. 1972, p. 158-161), prevé en su art. 6 que 'cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia' y dicho artículo 3 se refiere precisamente, a las licencias por maternidad. (…) En el marco del contrato de prueba resultan aplicables los conceptos legales precedentemente exteriorizados, toda vez que ninguna norma excluye su procedencia, pareciendo adecuado otorgar prioridad al régimen especial derivado de la maternidad, aun por encima de las estipulaciones de las partes contratantes. No debemos olvidar que en gran medida el carácter de orden público impregna la normativa laboral y en el caso concreto, involucre principios constitucionales particularmente atinentes a la salud a la mujer (arts. 7, 36, 44, 53, 54, 55, 72, 332). Entender que se impone la voluntad de las partes priorizando el plazo contractual pactado frente al régimen especial de la Ley Nº 11577 acarrea el inconveniente de que la indemnización especial por maternidad

se aplicaría únicamente en los contratos por tiempo indeterminado excluyéndose infundadamente a los contratos de prueba: donde el legislador no distingue, no le cabe al intérprete hacerlo. Nada justifica entonces que prevalezca el plazo del contrato por sobre las normas prohibitivas de carácter general, habida cuenta además, que el principio de buena fe debe regir para ambas partes." (cfm. sentencia Nro. 551 de fecha 7.12.2005 redactada por el Dr. Molinari citada en el "Anuario de Jurisprudencia Laboral 2005", summa 266, páginas 131/132).- Admitir que una trabajadora contratada a prueba pueda ser cesada por estar embarazada cuando el empleador está en conocimiento de ello, determina admitir una causa no prevista en el contrato y además discriminatoria, pues el cese no obedece a la falta de idoneidad de la trabajadora.- Se entiende que este criterio es el más acorde con el principio protector, en particular de la mujer y su hijo.- Amén de ello el agravio de la parte demandada recurrente se funda en que no hay prueba fehaciente de que se le haya enviado constancia del embarazo, argumento que no puede esgrimirse en esta etapa por ser una cuestión de hecho fáctico probatoria.".

TAT 3er. TURNO – SEF-0014-000279/2015 (21/10/2015). Contarin (r), Nogueira (d), Fernández, Tosi

"Que a juicio de la mayoría legalmente requerida corresponde confirmar íntegramente la sentencia impugnada por no resultar su fundamentación conmovida por la articulación de agravios de los escritos de apelación deducidos por las codemandadas.-

En efecto, el pormenorizado y detallado análisis que formula la Sra. Sentenciante de primer grado, así como la atinada valoración de las diversas probanzas rendidas que formula particularmente en los Considerandos VIII) y IX), llegando a la conclusión estimatoria de la pretensión del escrito de demanda, no puede menos que recibirse y a juicio de la mayoría del Tribunal en su totalidad.- Es evidente e indiscutible que la empleadora de la actora no siguió el procedimiento establecido en el propio contrato "a prueba" que habían en su momento celebrado, y cuya cláusula cuarta reza: "Quince días antes del vencimiento del plazo a prueba estipulado, la Empresa estudiará los antecedentes en cuanto al desempeño, comportamiento, etc. y comunicará su resolución en forma fehaciente." (vide documento individualizado con la letra "B" incorporado a fojas 36).- El incumplimiento habilita en la opinión de los integrantes naturales de la Sala, a la trabajadora a formular el reclamo de la indemnización por despido común o especial según sea el caso.- Acorde con lo pactado la empleadora sujeta la finalización del contrato "a prueba" a determinadas actividades y requisitos, que en la situación de autos siquiera fuera argüido se hayan cumplido.- Véase que dicho tipo contractual bien puede entenderse o parificarse a un contrato a término, con plazo determinado condicionado al rendimiento laboral de la trabajadora.- En la cuestión, la naturaleza de tal modalidad contractual –de prueba- es desvirtuada en la medida que la empresa acude a ella para contratar personal eventual o zafral.- Tal identificación es improcedente puesto que las causas jurídicas de tales modalidades contractuales, si bien se tratan de contratos a término, el "de prueba" lo es por causa y finalidad específica y con plazo determinado; los "eventuales" o "zafrales" son con plazo indeterminado respondiendo a fines económicos y jurídicos diversos.- En puridad bien puede argumentarse que se trata de un contrato con derecho a estabilidad, típico, condicionado a que en el lapso de la prueba la empresa releve motivos vinculados al comportamiento de la trabajadora que justifiquen la desvinculación, previa comunicación a la misma.- Al respecto las declaraciones testimoniales recibidas aparecen como contradictorias, puesto que

hay quien refiere que el cese de la actora fue por el vencimiento del contrato y otra menciona o la vincula a la zafra; circunstancia que reviste particular trascendencia puesto que la empleadora pretende ampararse en el plazo de la prueba, cuando no acredita que la causa del cese se vincula con aquella que le da origen al contrato.- De ello se culmina en que las razones del cese de la actora están vinculadas a su embarazo que la empleadora conoció en el mes que transcurre entre la baja y la primera certificación y descarta la invocado de que se vinculaba –aquel- con las menores necesidades de la empresa MH S.A.- En tal sentido, el testimonio de ALV (subgerente de operaciones de PD S.A.) es ilustrativo señalando: "Yo decidí darle de baja a la actora. Porque cuando ella ingresa lo hace para MH S.A. que trabajábamos con la zafra de inicio de clases, nosotros recargamos la vigilancia en MH S.A. porque nos solicitan y les proporcionamos más personal, va desde febrero a abril, fines de abril, o marzo, lo marca MH S.A., nosotros les proporcionamos más personal. Cuando termina la zafra, tenemos que reducir personal, y me pasan el personal que puede seguir y se mantiene como retén o se lo manda a otro lado y a otros los damos de baja." (vide fojas 89 vuelto in fine y 90).- Sin embargo, esto no se compadece con los términos del mentado contrato de prueba, ya que si no hay comunicación de motivo por comportamiento u otros (que allí se mencionan) quince días antes del vencimiento del plazo la trabajadora tiene derecho a la prórroga automática y a la estabilidad.- Ninguna prueba amerita tal rescisión del contrato, pues como se dijo, no sólo se condiciona al tiempo sino al desempeño laboral.- En punto a los agravios de la codemandada MH S.A. la Sala en su integración natural también concluye en que no son de recibo.- En efecto, durante el lapso que la trabajadora demandante estuvo enferma o certificada y por ende imposibilitada de concurrir, estuvo afectada al servicio de vigilancia en MH S.A.; y esto ya que la codemandada PD S.A. –su empleadora- fundó su decisión de prescindir de los servicios el día 15 de mayo puesto que era prescindible es MH S.A. y no había otro lugar donde pudiera desarrollar su labor.- Por ende, encontrándose la trabajadora certificada e impedida de concurrir a trabajar por estar cursando un embarazo de riesgo, no podía ser despedida.- Se concluye que la codemandada es llamada a responder por la totalidad de lo demandado; siendo su responsabilidad solidaria y derivada del incumplimiento por la usuaria de lo establecido por el artículo 4to. de la Ley Nro. 18.251.-

Finalmente la Sala integrada, en la mayoría legalmente requerida, concluye en una solución confirmatoria de la condena por despido especial por gravidez puesto que conforme se releva en la sentencia de primer grado hay indicadores indirectos de que fueron conocidas la causa de las certificaciones, y que derivaban del estado de buena esperanza de la actora.- Resultando significativo e indicador de tal hecho el lapso transcurrido desde la primera certificación que conforme se expresa acaeció el 17.04.2013, y la fecha de baja según las emergencias de la Historia Laboral.- La Sra. PA se encontraba certificada por el Banco de Previsión Social (vide fojas 16) extremo conocido por su empleadora o debido conocer puesto que tal información le es accesible, máxime ante el momento de tomar la decisión sobre su destino cuando hacía un mes que no se presentaba a trabajar.- Véase que por el Sistema Nacional de Certificación las empresas pueden acceder de modo automático por la página WEB mediante clave a las certificaciones por enfermedad de cada uno de sus trabajadores; la propia empresa PD S.A. a fojas 46 vuelto da cuenta de haber formulado la consulta.- No resulta razonable que durante ese lapso nada se averiguara y se limitara a dar por finalizado el vínculo laboral sin además librar la comunicación

(prevista contractualmente) a la trabajadora.- La respuesta es que no lo hizo en la medida que conocía el estado de embarazo de su empleada; el desconocimiento de tal situación se desvirtúa por las certificaciones que lucen en la Historia Laboral que abarcan la fecha de baja declarada por la empresa.- La zafra escolar en MH S.A. es un dato que ingresa al proceso no por las alegaciones de las partes sin por "boca" de los testigos, resultando por cierto incompatible con los términos del contrato celebrado entre empleador y empleada.- Sólo allí radica el fundamento de la procedencia de la indemnización por despido, en los términos de las cláusulas 4ta. y 5ta.; destacándose que no media en el caso la comunicación fehaciente prevista previa a la baja ni causa acreditada, salvo el embarazo o la zafra de la codemandada MH S.A.- Del conjunto probatorio rendido en autos se comparte el criterio de la Sra. Juez A-quo en punto a que el cese no fue una razón que puede adscribirse al contrato a prueba, y no lo es la zafra que no se vincula al "desempeño, comportamiento" (vide fojas 36, cláusula 4ta. reiteradamente citada) ya que el de la actora fue muy bueno según surge de la documentación incorporada con el escrito introductorio (vide fojas 14).- Por último, incumplió PD S.A. con la comunicación previa, lo que hubiera podido acreditar en forma inequívoca y fehaciente las razones que a esa fecha entendía corresponder para poner fin al vínculo laboral.- En suma, la causa del egreso no se ubica en causa lícita sino en el conocimiento del estado de embarazo, no hay otra razón que razonablemente pueda llevar a indicarlo, circunstancia que determina el rechazo de ese agravio y la confirmatoria anunciada.

***Discordia del Dr. Cristóbal Nogueira**:*

Discorde en cuanto se comparte el análisis y conclusión de la recurrida respecto al no cumplimiento del contrato a prueba, y en cuanto se concluye que la empleadora no siguió el procedimiento en el propio contrato a prueba en la cláusula cuarta, que "la empresa estudiará los antecedentes en cuanto al desempeño, comportamiento y comunicará su resolución en forma fehaciente", por lo que entiende este decisor que se habilita a la trabajadora a reclamar la indemnización por despido común o especial según sea el caso. Pero de ello no puede inferirse que en el caso concreto de autos, la empleadora tenía conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora, requisito esencial para que prospere la pretensión de indemnización especial, lo que además la jurisprudencia en forma prácticamente unánime, ha dicho que es de cargo de la trabajadora grávida probar que el empleador tiene conocimiento directo de su estado de gravidez, para poder responsabilizarlo con el pago de la indemnización especial, como ha dicho esta misma Sala, bien que con diferente integración, "si se parte de la imposibilidad jurídica del despido de la trabajadora en estado de gravidez, la sanción puede aplicarse cuando el empleador transgrede la norma, lo que está condicionado al conocimiento del embarazo". (AJL – 2006, caso 160, pag. 100-101). En el caso de autos, se comparte los argumentos de la recurrente PD S.A., en cuanto no resulta probado el conocimiento por parte de la empleadora del embarazo de la actora al momento de darle la baja en el BPS, que si bien como se dijo ut supra daría derecho al cobro de despido por incumplimiento de contrato a prueba, ello no fue reclamado sino únicamente el despido por gravidez del que no surge ni siquiera indicios del conocimiento que la trabajadora estaba embarazada.

Véase que la misma en la demanda dijo que el período de trabajo abarcó desde el 15 de febrero hasta el 15 de mayo de 2013 (fs. 23) y como relato de los hechos que configuran el despido dice que "cumplía con su trabajo en forma muy efectiva, la empresa le dio un diploma y un documento con el

reconocimiento a sus funciones, exaltando su bien comportamiento, con lo cual queda claro que su despido no se produjo por ineficiencia o mal rendimiento. Que dentro del período trabajado quedó embarazada, situación que conoció en el mes de abril debido a sus pérdidas. El embarazo fue calificado de riesgo debido a su edad, y a las pérdidas importantes, fue certificada a partir del 08/04/2013 ya que se vio obligada a mantener reposo. La primera certificación fue en el mes de abril y fue desde el 08/04/2013 hasta el 17/04/2013. Como siguieron las pérdidas la certificaron hasta el 23/08/2013. Estando con licencia por gravidez, fue a cobrar al B.P.S. y le informaron que le habían dado de baja el 14 de mayo de 2013" (fs. 24). O sea, que en la demanda ni siquiera dice que la empleadora estuviera en conocimiento de su estado de gravidez y a quien de la empresa le había comunicado y entregado las certificaciones, al menos hasta que le informaron en el BPS que le habían dado de baja el 14 de mayo, por lo que consultó telefónicamente a la empresa (fs. 25), pero no dice en que fecha fue que se enteró que estaba de baja y finalmente dice que si era una empleada ejemplar se iba a comportar como tal y anunciarle a la empresa en que situación se encontraba. "Sin perjuicio de ello estaba perfectamente enterada por las sucesivas certificaciones" (fs. 26), resulta extraño que no se mencione a quien se le entregaban dichas certificaciones, la documentación que se agrega es la fotocopia de la ecografía (fs. 15). En cuanto al certificado glosado a fs. 21 desmiente sus propios dichos en la demanda, porque la primera certificación que le hace entrega a la empresa es por "estado gripal" y nada dice de embarazo o "pérdidas" como se manifiesta en la demanda, en cuanto al otro certificado del BPS (fs. 19) es de fecha 31/07/2013 y el certificado que deja constancia que el 24/04/2013 cursaba la quinta semana de gravidez, fue expedido el 28/08/2013 (fs. 13), por lo que no se alegó, ni se agregó documento alguno en autos que acredite que el 15 de mayo de 2013 la empleadora estaba en conocimiento que la actora estaba embarazada. En cuanto a la prueba testimonial rendida en autos, es de ver que los testigos que declaran en audiencia (fs. 85/94) así como la propia declaración de parte de la actora (fs. 94-95), no se permite concluir de modo alguno, que la empleadora estaba en conocimiento del estado de gravidez de la actora, aún cuando tuviera conocimiento que estaba certificada por el BPS, de ello no se podía inferir o deducir que era por su situación de embarazo, y en consecuencia no tiene derecho a reclamar despido especial por gravidez."

TAT 4º TURNO – SEF-0511-000205/2014 (05/08/2014). Echeveste, Patrón, Fernández de la Vega (r)

"III) Por el contrario se entiende de recibo el agravio por el despido por gravidez, pues se comparte que no ha resultado probado que la empleadora tuviere al cese conocimiento del embarazo, el que no era notorio, pues a la sazón estaba grávida de un mes y una semana.

Sabido es que doctrina y jurisprudencia requieren en forma prácticamente unánime para que opere el mecanismo de la indemnización especial de la Ley N° 11.577, que al momento de producirse el despido el empleador tenga conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora. Comentando la norma el Dr. Américo Plá Rodríguez refiere que: "Parece lógico responder, de acuerdo a la finalidad del instituto, que únicamente debe de abonarse la indemnización si el patrono está enterado del estado de gravidez ya que solamente en ese caso puede considerarse especialmente censurable su actitud por estar presumiblemente inspirada en el deseo de eludir el cumplimiento de las restantes obligaciones legales" (cfr. "Curso de Derecho Laboral", tom. III vol. I, p g. 208 y en "Revista de Derecho Laboral", N° 59). En idéntico sentido concluye De Ferrari: "Debe entenderse

que el patrono debe indemnización especial solamente cuando tiene noticia del embarazo" (cfr. "Derecho del Trabajo", tom. II, pág. 45). Mozart Russomano establece que: "Si la empleada no notificó previamente de su estado al empleador, no debe presumirse la intención de burlar el estado de su empleada: si no se prueba la mala fé, no se debe indemnización especial" (cfr. "Comentarios", tom. 2, pág. 579). Recepcionando estos conceptos la jurisprudencia, partiendo de la naturaleza punitoria de la norma, pues la indemnización especial constituye una verdadera sanción para el empleador, exige para que opere que exista conciencia y voluntad en el empleador de despedir a una mujer embarazada, entendiendo que no viola la prohibición legal quien desconocía que la trabajadora cursaba un embarazo al momento de despedirla, por lo que en tal supuesto no podría recibir el castigo de abonarla (cfr. "Anuario de Jurisprudencia Laboral", Año 1976, c. 506 y 507; Años 1980-1981, c. 521, 523, 535 y 537; Año 1992, c. 639 a 641, 646 y 648; Años 1993, c. 359, 361 y 362; Años 1994-1995, c. 516, 517, 520 y 523; Años 1996-1997, c. 790, 792 a 797; Año 1998, c. 386 a 390 y 392; Año 1999, c. 464, 465, 467 a 472 y 485; Año 2000, c. 491, 494, 499, 502, 503, 515 y 516).

Lo expuesto implica desde el punto de vista procesal, que si la parte demandada niega tener conocimiento de que la actora estuviera embarazada, tratándose de un hecho controvertido constitutivo de la plataforma fáctica para que pueda accederse a la pretensión de condena accionada en la demanda, de conformidad con lo dispuesto por el art. 139 del C.G.P., recae sobre la parte actora la carga de su acreditación (cfr. "Anuario de Jurisprudencia Laboral" Año 1992, c. 642, Año 1993, c. 359; Años 1994-1995, c. 523; Años 1996-1997, c. 791 a 793; Año 1998, c. 386 Año 2000, c. 500).

"En materia laboral rige también lo dispuesto por el art. 139.1 del CGP. La carga de la prueba consiste en determinar en cada caso sobre cual de las partes la tarea de probar, ese imperativo del propio interés que le permitir para el caso de alcanzarlo, para el caso de desembarazarse con éxito de dicha carga, convencer efectivamente al tribunal de la veracidad de sus afirmaciones de hecho" (Cfr. "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", N° 3-4/98, c. 749; N° 3/99, c. 644 y 646).

"El actor debe probar los hechos constitutivos de su pretensión, es decir los hechos que han creado u originado la situación que se invoca como fundamento de la pretensión procesal. Quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión(Conf. Enrique Tarigo; "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo II; pás. 18/19) (Jorge Marabotto, "Prueba. Generalidades" en Curso sobre el Código General del Proceso", Tomo I, pág. 139) (Devis Echandia, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo I, pág. 487)." (Cfr. "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", N° 3/99, c. 638 y 646).

"La carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés del litigante, es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el juicio. Puede quitarse esa carga de encima probando, es decir acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala (Couture, "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", pág. 242)." (Cfr. "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", N° 3-4/98, c. 749 y 750; N° 3/99, c. 641).

Aplicando los precedentes conceptos, luego de analizar racionalmente la probanza de marras, tomando en cuenta cada medio producido y su conjunto, a la luz de los principios lógicos y normas de experiencia que conforman la sana crítica (cfr. Marabotto, "Curso sobre el CGP", pág. 14; Devis Echandía,

"Teoría General de la Prueba Judicial", tom. I, pág. 305), el Colegiado concluye que en la especie la parte actora no cumplió con la carga de acreditar que al momento de su despido la representante de la parte actora tuviera conocimiento de su embarazo.

En efecto, la recurrida hace hincapié en que el Sr. CI, hijo y hermano de los titulares de la empresa, sabía del embarazo de la actora y participó de una conversación espontánea en dicho sentido. Sin embargo, la testigo Sra. XC que declara que CI le había comentado que la actora había renunciado porque estaba embarazada, agrega no obstante que no sabe si el enteró antes o después que ella no trabajaba mas del embarazo, por lo que, no puede decirse que este testimonio establezca que la conversación haya sido antes del cese. El testigo Sr. CF, sin perjuicio de que sus dichos no resultan creíbles pues pretende sostener que la actora trabajó hasta que el embarazo era ostensible cuando tenía poco mas de un mes, en definitiva poco aporta al tema, pues no recuerda cuando fue esa conversación. El Sr. CI si bien no recuerda haber mantenido esta conversación, declara que se enteró del embarazo tiempo después del cese. Ante este panorama objetivamente no se puede dar por probado que realmente CI tuviera conocimiento del embarazo antes del cese. Los demás testimonios tampoco permiten dar por verificado que los empleadores tuvieren conocimiento del mismo, compartiéndose el análisis realizado a fs, 133 y 134 por el recurrente.

En consecuencia, corresponde revocar la condena la indemnización especial prevista por la Ley N° 11.577 y sus acrecidas, acumulada en autos, al no estar acreditado que la empleadora tuviere conocimiento de la gravidez de la actora a su cese.".

TAT 4º TURNO – SEF-0511-000341/2014 (18/11/2014). Merialdo, Patrón, Fernández de la Vega (r)

"III) No resultan de recibo los agravios esgrimidos por la parte actora por haberse correctamente desestimado por la a-quo las pretensiones de condena al pago de indemnización especial por gravidez y de despido abusivo.

Si bien el art. 17 de la Ley N° 11.577 no indica cual es el plazo de protección de la estabilidad de la trabajadora embarazada o ya madre, se ha entendido que un criterio a seguir es que la prohibición de despedir trascurre durante los 180 días contados desde el parto (cfr. Pérez del Castillo en Manual ..., 11ª- ed., pág. 227; AJL 2002, c. 245; 2004, c. 310 a 312), ya que como ha señalado alguna jurisprudencia, es preferible al de 90 o 120 días pues dicho período coincide con el del amamantamiento. También otro criterio fija la extensión de la obligación de conservar el empleo durante 180 días desde la reincorporación. Pero calificada doctrina ha señalado que la aplicación del principio de razonabilidad, permitirá que el Tribunal pueda adaptar el criterio antedicho a cada caso concreto, valorando la circunstancia que rodea la decisión, no pareciendo razonable que se considere violatorio de la obligación de mantener la estabilidad si el despido se produce pocos días antes de completarse el plazo de 180 días, siempre que las circunstancias y razones que condujeron al mismo no guarden vinculación con la maternidad (cfr. Castello en "El despido de la trabajadora grávida en la jurisprudencia uruguaya", Revista de Derecho, Año II, N° 4, págs. 112 y 113).

Aplicando estos criterios entiende el Cuerpo que habiendo nacido el hijo de la actora el 3.12.2011 (fs. 4), culminado su licencia maternal en enero del 2012, más allá de que haya estado de licencia médica en febrero del 2012 y del 14 de julio del 2012 al 14 de abril

del 2013, mal puede entenderse violentada la obligación de mantener estabilidad, cuando la actora recién se da por despedida indirectamente el 18 de abril de 2013. No es razonable entender que la licencia médica suspende el plazo de amparo legal a la madre reciente, pues a la sazón el niño contaba con 16 meses de edad.

Tampoco es admisible el agravio por haberse desestimado el despido abusivo pretendido.

En efecto, aún reconociendo que luego de una etapa de vacilaciones, actualmente la jurisprudencia francamente mayoritaria a la que adhiere este Colegiado, admite la procedencia de la acumulación del despido indirecto con el abusivo, señalando que también en el despido indirecto el incumplimiento grave del empleador a sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo, puede darse acompañada de un accionar abusivo por su parte, al perseguir con el mismo, una finalidad espuria o provocarse en razón de móviles antijurídicos; y cuando ello ocurre, la ruptura de la relación laboral, será también causada por el empleador, solo que para configurar el despido se requiere la voluntad del trabajador, expresada en el sentido de no tolerar más tal situación. Por ende, no se advierte cual sería la razón valedera para postular la incompatibilidad entre despido abusivo y despido indirecto, o dicho de otra manera, para prescribir la posibilidad de reclamo del primero, en situaciones constitutivas del segundo. Si quien provoca el retiro del trabajador no hace otra cosa que despedirlo, si el trabajador se vio compelido a irse por no tolerar mas un accionar abusivo en razón de móviles antijurídicos o espurios o extra laborales por parte del patrón, se habrá configurado un despido indirecto abusivo. Así lo acepta la jurisprudencia actual de la Suprema Corte de Justicia, las tres Salas de Alzada y la casi totalidad de la jurisprudencia de primera instancia, siguiendo a la doctrina mas recibida (Cf. Mangarelli y Castello en "Revista de Derecho Laboral" N° 185, págs. 249 y ss; Ubaldo Ser, en ob. cit., N° 194, págs. 295 y ss.; "Anuario de Jurisprudencia Laboral" Año 1993, c. 326; Años 1994-1995, c. 473 a 475; Años 1996-1997, c. 642, 645 a 647; Año 1998, c. 305 y 424; Año 1999, c. 377 y 390; Año 2000, c. 392, 401 a 404; en contra Años 1994-1995, c. 476).

En consecuencia, cada caso deberá ser particularmente analizado para detectar si en el proceder del empleador ha existido motivación ilícita, recayendo sobre quien invoca el abuso en el derecho de despedir la carga de su acreditación, conforme a los principios generales de la carga de la prueba establecidos en el Art. 139 del C.G.P. (Cf. "Anuario de Jurisprudencia Laboral" Año 1992, c. 562 y 587; Año 1993, c. 306; Años 1994-1995, c. 429, 442 y 443; Año 2000, c. 398).

En el caso que nos ocupa, no se ha configurado abuso de derecho por parte de la empleadora, ya que no surge acreditado que el jus variandi se ejerciera por causas o motivos no laborales o que sus fines hayan sido ajenos a las obligaciones emanadas del contrato de trabajo. Las razones invocadas para el despido no tuvieron motivos personales ni ofensivos para la accionante, ni tampoco tuvieron como móvil causarle un daño, mas allá de que efectivamente se lo causare, siendo el mismo reparado con la indemnización a forfaire.".

NOVEDADES NORMATIVAS

NOVEDADES NORMATIVAS DE INTERÉS[1]

(Período: 1º/09/2016- 30/11/2016)

Leyes		
No. 19.430	08.09.16	Aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.
No. 19.435	23.09.16	Modifica el artículo 21 de la Ley No. 19.210, previendo la posibilidad de prorrogar el plazo de entrada en vigencia de la obligación de abonar remuneraciones, pasividades, beneficios sociales y otras prestaciones adeudadas a través de medios electrónicos en las localidades de menos de 2.000 habitantes.
No. 19.444	27.10.16	Crea el Fondo Social Metalúrgico con el fin de promover el bienestar del trabajador y de su familia, previendo asistencia odontológica y otros planes de salud no cubiertos por la Ley No. 18.211, turismo social, velar por la mejora en la educación del trabajador y su familia y otros aspectos de importancia social.
No. 19.445	28.10.16	Establece el tope de los ingresos salariales para los funcionarios de los Gobiernos Departamentales.
Decretos		
No. 322/016	04.10.16	Mantiene en suspenso desde el 1º. de setiembre de 2016 hasta el 28 de febrero de 2017 inclusive, las bonificaciones de servicios y las consecuentes contribuciones especiales por servicios bonificados, establecidos por el decreto No. 233/009 y No. 159/010, referente a trabajadores de la actividad pesquera.
No. 335/016	19.10.16	Establece a partir del 1º. de agosto de 2016, el monto mínimo de los retiros servidos por el Servicio de Retiros y Pensiones de las Fuerzas Armadas y los servidos por el Servicio de Retiros y Pensiones Policiales en el equivalente a 2,75 veces la Base de Prestaciones y Contribuciones.
No. 358/016	14.11.16	Crea la red interinstitucional para la elaboración de informes y seguimiento de la implementación de recomendaciones y observaciones en materia de Derechos Humanos.
No. 362/016	14.11.16	Autoriza al Banco de Previsión Social a otorgar un beneficio especial consistente en una canasta de fin de año en dinero, cuyo valor será de $ 1.650 a los jubilados y pensionistas y beneficiarios de la Asistencia a la Vejez.
Acordadas de la Suprema Corte de Justicia		
No. 7880	08.11.16	Aprueba el Reglamento de Registro de Audiencias mediante el uso del Sistema "AUDIRE".

(1) Sección a cargo de la Dra. Leticia Iglesias

No. 7881	09.11.16	Deroga los artículos 3 y 4 de la Acordada No. 7374, en función de que por modificaciones informáticas resulta innecesario la presentación de los formularios de ingreso a la Oficina de Recepción y Distribución de Asuntos (ORDA).
Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia		
No. 915/016	07.11.16	Declara inhábil el día 1º. de noviembre de 2016 para las oficinas del Poder Judicial en los departamentos de Artigas, Rivera, Salto, Paysandú, Tacuarembó y Cerro Largo, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos.
Circulares de la Suprema Corte de Justicia		
No. 117/2016	09.11.16	Transmite preocupación respecto al desapego en el cumplimiento de los plazos y formalidades de la nueva regulación del proceso laboral.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

FICHA BIBLIOGRÁFICA DE ESTE NÚMERO

Tema: "Nocturnidad en materia laboral"

Libros

- **Autor: Barbagelata, Héctor-Hugo**

  Obra: ***Derecho del Trabajo***, Tomo 1, Vol. 2, FCU, 2007, 288 p.

- **Autor: De Ferrari, Francisco**

  Obra: ***Derecho del Trabajo***, 2ª edición, Vol. 3, Depalma, 1970, 468 p.

- **Autor: VV.AA.**

  Obra: ***El derecho laboral del MERCOSUR***, FCU, 2000, 684 p.

- **Autor: Canabal, Rodolfo**

  Obra: ***Construcción: régimen laboral y de seguridad social***, FCU, 2005, 175 p.

- **Autor: Perciballi De Luca, Virginia y Quintana Alfaro, Betiana**

  Obra: ***Estudio de las normas internacionales sobre el tiempo de trabajo***, Cuadernillos de la Fundación Electra, 2015, 23 p.

- **Autor: Carrasco, Martín**

  Obra: ***El tiempo de trabajo nocturno y su vinculación con la salud***, Cuadernillos de la Fundación Electra, 2015, 32 p.

Artículos en obras colectivas, congresos, seminarios y revistas especializadas

- **Autor: Garmendia Arigón, Mario**

  Obra: ***La nueva legislación sobre el trabajo nocturno***, en Revista Derecho del Trabajo, Año 3, N° 7 (abr-jun 2015), p. 41-70.

- **Autor: Raso Delgue, Juan**

  Obra: ***Primera reflexiones sobre la ley de nocturnidad***, Revista CADE: profesionales y empresas, año 7, vol. 30 (may 2015), p. 5-9.

- **Autor: Ameglio, Eduardo y López López, Adriana**

  Obra: ***La regulación del trabajo nocturno: análisis de la Ley N° 19.313***, en Derecho Laboral, Vol. LVIII, Nº 258 (abr-jun 2015), p. 189-202.

- **Autor: Loustaunau, Nelson**

  Obra: ***Trabajo nocturno: primeros comentarios sobre la Ley N° 19.313***, en Derecho Laboral, Vol. LVIII, Nº 257 (ene-mar 2015), p. 53-67.

- **Autor: Garmendia Arigón, Mario**

  Obra: ***Trabajo nocturno: Uruguay y los instrumentos de la OIT***, en Revista Derecho del Trabajo, Año 3, N° 9 (oct-dic 2015), p. 69-91.

- **Autor: Zubillaga, Ignacio**

  Obra: ***Algunas reflexiones sobre la Ley N° 19.313: trabajo nocturno***, en Revista Derecho del Trabajo, Año 3, N° 7 (abr-jun 2015), p. 71-82.

- **Autor: Carrasco, Martín**

  Obra: ***Trabajo nocturno: régimen legal en el derecho uruguayo***, en VV.AA., Derecho del Trabajo, Raso Delgue, Juan (Director), Castello, Alejandro (Coordinador), Tomo 2, 2ª edición, FCU, 2015, 355 p.

- **Autor: Larrañaga Zeni, Nelson**

  Obra: ***La nueva regulación del trabajo nocturno***, Revista CADE: profesionales y empresas, año 7, vol. 31 (ago 2015), p. 13-21.

- **Autor: López Viana, Ignacio y Cibils Buela, Augusto**

  Obra: ***El trabajo nocturno a la luz de la nueva Ley N° 19.313***, Revista CADE: profesionales y empresas, año 7, vol. 30 (may 2015), p. 11-21.

- **Autor: Pérez del Castillo, Matías y Menghi Arburúas, Juan Diego**

  Obra: ***Régimen jurídico del trabajador nocturno en Uruguay***, Revista CADE: profesionales y empresas, año 8, vol. 34 (mar 2016), p. 25-31.

- **Autor: Durán, Beatriz**

  Obra: ***Nueva normativa sobre trabajo nocturno***, Revista CADE: profesionales y empresas, año 7, vol. 31 (ago 2015), p. 23-26.

- **Autor: Mailhos, Juan, Jones, Allyson y Yarza, Diego**

  Obra: ***Nuevo marco regulatorio del trabajo nocturno***, Revista CADE: profesionales y empresas, año 7, vol. 30 (may 2015), p. 23-24.

- **Autor: Pérez del Castillo, Matías**

  Obra: ***Trabajo nocturno: análisis de la reciente Ley N° 19.313***, Revista CADE: profesionales y empresas, año 7, vol. 29 (mar 2015), p. 25-28.

- **Autor: Carrasco, Martín**

  Obra: ***El trabajo nocturno en el Uruguay y la reciente normativa***, en Revista de legislación uruguaya, Año 6, Nº 6 (jun 2015), p. 1139-1151.

- **Autor: Durán Maurele, Pablo**

  Obra: ***Ley N° 19.313 sobre trabajo nocturno: una regulación legislativa que atenta contra la negociación colectiva***, Revista CADE: profesionales y empresas, año 7, vol. 30 (may 2015), p. 25-30.

- **Autor: Pizzo, Nicolás y Poey Daguerre, María José**

  Obra: ***La limitación de la jornada y la salud de los trabajadores: actualidad del debate y limitaciones inferiores a ocho horas***, en Derecho Laboral, Vol. LVIII, Nº 260 (oct-dic 2015), p. 671-688.

- **Autor: Carrasco, Martín**

  Obra: ***El nuevo régimen de trabajo nocturno en el derecho uruguayo***, en Derecho Laboral, Vol. LVIII, Nº 259 (jul-set 2015), p. 481-497.

- **Autor: Lemos, Daiana**

  Obra: ***Análisis del proyecto de ley de trabajos nocturnos,*** Revista CADE: profesionales y empresas, año 6, vol. 25 (may 2014), p. 33-35.

Tema para el próximo número
Tiempo de trabajo en el Uruguay

THOMSON REUTERS
LA LEY

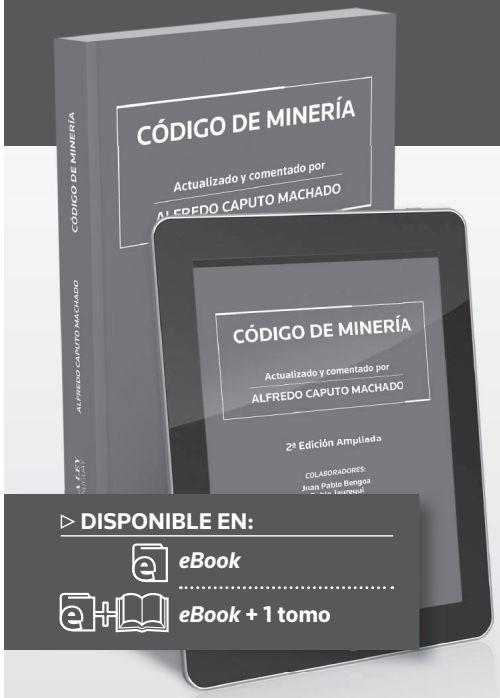
Información confiable que avala sus argumentos

▷ LANZAMIENTO

CÓDIGO DE MINERÍA

2da. edición Ampliada

Actualizado y comentado por:
ALFREDO CAPUTO MACHADO



▷ **DISPONIBLE EN:**

eBook

eBook **+ 1 tomo**

El Código de Minería comentado **contiene todos sus artículos actualizados y concordados al día de la fecha** incluyendo la última reforma sancionada.

Realiza un análisis de derecho comparado en los artículos más relevantes.

Adquiera esta obra acercándose a nuestra nueva sucursal en Ituzaingó 1377, PB (frente a la Plaza Matriz), llamándonos al **2914-5080** o ingresando a **www.laley.com.uy**

Síganos en: ThomsonReutersUruguay

the answer company™
THOMSON REUTERS®

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable que avala sus argumentos

▷ LANZAMIENTO

CÓDIGO DEL PROCESO PENAL
(LEY Nº 19.293)

Edición a cargo:
SANTIAGO GARDERES • GABRIEL VALENTÍN

▷ **DISPONIBLE EN:**

eBook

***eBook* + 1 tomo**
Encuadernación de lujo

Contiene el nuevo texto normativo con una introducción al análisis del nuevo Código del Proceso Penal (Ley Nº 19.293).

Adquiera esta obra acercándose a nuestra nueva sucursal en Ituzaingó 1377, PB (frente a la Plaza Matriz), llamándonos al **2914-5080** o ingresando a **www.laley.com.uy**

Síganos en: ThomsonReutersUruguay

the answer company™
THOMSON REUTERS®

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable que avala sus argumentos

▷ LANZAMIENTO

ENSAYOS CONCURSALES

TERESITA RODRÍGUEZ MASCARDI
ALICIA FERRER MONTENEGRO

▷ **DISPONIBLE EN:**

eBook

***eBook* + 1 tomo**
Encuadernación de lujo

El estudio de la crisis empresarial resulta indispensable esencialmente para prevenirla, o en su defecto, para que una vez desatada, sus efectos puedan minimizarse con la aplicación eficiente de las normas que las regulan.
La obra cuenta con una selección de ponencias, estudios y conferencias dictadas en el país y en el exterior por las autoras, y publicadas en obras colectivas.

Adquiera esta obra acercándose a nuestra nueva sucursal en Ituzaingó 1377, PB (frente a la Plaza Matriz), llamándonos al **2914-5080** o ingresando a **www.laley.com.uy**

Síganos en: ThomsonReutersUruguay

the answer company™
THOMSON REUTERS®

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable que avala sus argumentos

▷ LANZAMIENTO

EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y LA PLATAFORMA CONTINENTAL

FERNANDO AGUIRRE RAMÍREZ
MARÍA VICTORIA ZORRILLA FERRÉS
(Directores)

Adquiera esta obra acercándose a nuestra nueva sucursal en Ituzaingó 1377, PB (frente a la Plaza Matriz), llamándonos al **2914-5080** o ingresando a **www.laley.com.uy**

Síganos en: ThomsonReutersUruguay

the answer company™
THOMSON REUTERS®

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable que avala sus argumentos

▷ LANZAMIENTO

ORDEN PÚBLICO Y DERECHO DEL TRABAJO

2da. edición Revisada, ampliada y actualizada

MARIO GARMENDIA ARIGÓN

▷ **DISPONIBLE EN:**

eBook

***eBook* + 1 tomo**
Encuadernación de lujo

La obra constituye un profundo y riguroso estudio del orden público y su impacto en el Derecho del Trabajo, donde adquiere una muy especial relevancia.

Adquiera esta obra acercándose a nuestra nueva sucursal en Ituzaingó 1377, PB (frente a la Plaza Matriz), llamándonos al **2914-5080** o ingresando a **www.laley.com.uy**

Síganos en: ThomsonReutersUruguay

the answer company™
THOMSON REUTERS®