Laborem

N° 11 / 2011

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

IV ENCUENTRO PERUANO URUGUAYO

Negociación colectiva: Diversas modalidades de intervención de terceros, niveles y articulación

Las Leyes Procesales de Trabajo en Perú y Uruguay

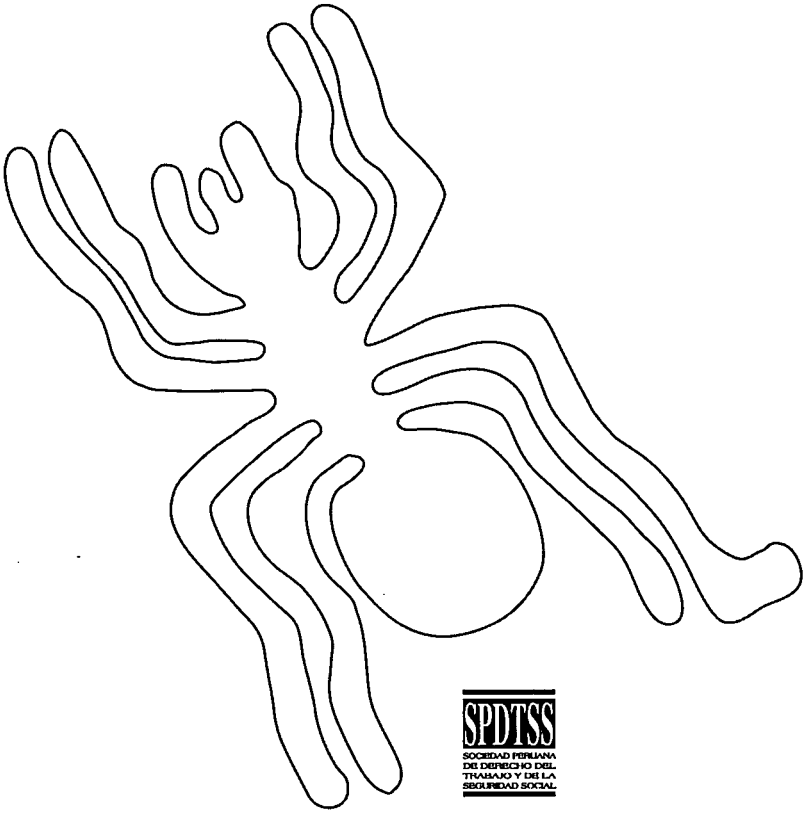
La ampliación de la cobertura en materia previsional: La regulación de los regímenes no contributivos y la inclusión obligatoria de los trabajadores independientes

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Laborem

N° 11 / 2011

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Laborem N° 11

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

PRIMERA EDICIÓN

FEBRERO 2011

350 EJEMPLARES

Prohibida su reproducción total o parcial

DERECHOS RESERVADOS

D.Leg. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

2011-02512

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

DISEÑO DE CARÁTULA

Erika L. Cuadros Grados

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES

Erika L. Cuadros Grados

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

CONTENIDO

Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 9

Relación de miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 9

Presentación 11

Tema N° 1

NEGOCIACIÓN COLECTIVA: DIVERSAS MODALIDADES DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS, NIVELES Y ARTICULACIÓN

Ponencias Oficiales

- La negociación colectiva en Perú
  Daniel Ulloa Millares 17
- El intervencionismo en la negociación colectiva en Perú y Uruguay. Dimensiones y usos del Derecho
  Hugo Barretto Ghione 33

Ponencias Libres

- Perspectivas de la negociación colectiva en el Perú
  Víctor Ferro Delgado 53
- Negociación colectiva.
  Diversas modalidades de intervención de terceros. Niveles y articulación
  Alejandro Castello 69
- Negociación colectiva.
  Diversas modalidades de intervención de terceros. Articulación y niveles
  Héctor Babace 91

- Negociación colectiva: intervención de terceros
Octavio Carlos Racciatti 109

- La concurrencia y articulación de convenios colectivos en la ley N° 18.566
Rafael Rodríguez 121

Tema N° 2

LAS LEYES PROCESALES DE TRABAJO EN PERÚ Y URUGUAY

Ponencias Oficiales

- La nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú: Pilares y paradigmas
Mario Pasco Cosmópolis 137

- El nuevo proceso laboral uruguayo
Óscar Ermida Uriarte 159

Ponencias Libres

- Comentario inicial de la nueva Ley Procesal del Trabajo que ha comenzado a ser aplicada en la República del Perú
Fernando Elías Mantero 179

- Visión crítica de algunas soluciones consagradas en la ley N° 18.572 de abreviación de los procesos laborales
Gustavo Gauthier 223

- La nueva Ley Procesal del Trabajo y la Empresa
Pedro G. Morales Corrales 251

- Autonomía del Derecho Procesal Laboral y proceso
Hugo Fernández Brignoni 263

- La constitucionalidad de la instancia única en el proceso laboral de menor cuantía en el ordenamiento jurídico uruguayo (art. 19 de la Ley N° 18.572 del 13/09/09)
Eduardo Goldstein 281

- La sentencia N° 137/2010 de la Suprema Corte de Justicia y su remisión al art. 340 del CGP
Rosina Rossi Albert 287

- El nuevo proceso laboral de Perú
Manoel Carlos Toledo Filho 305

Tema N° 3

LA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA EN MATERIA PREVISIONAL: LA REGULACIÓN DE LOS REGÍMENES NO CONTRIBUTIVOS Y LA INCLUSIÓN OBLIGATORIA DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES

Ponencias Oficiales

- La ampliación de la cobertura en materia previsional: la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes y la regulación de los regímenes no contributivos
  César Abanto Revilla 315

- La ampliación de la cobertura en materia previsional: La regulación de los regímenes no contributivos y la inclusión obligatoria de los trabajadores independientes
  Álvaro Rodríguez Azcúe 335

Ponencias Libres

- Ampliación de la cobertura previsional:
  Regímenes no contributivos e inclusión de trabajadores independientes
  Alfonso de los Heros P. A. 363

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CONSEJO DIRECTIVO

(Periodo 2009-2011)

Presidente	:	César Gonzáles Hunt
Vicepresidente	:	Javier Neves Mujica
Tesorero	:	Jorge Toyama Miyagusuku
Pro-Tesorero	:	Orlando Gonzáles Nieves
Secretario	:	Daniel Ulloa Millares
Pro-Secretario	:	Víctor Mayorga Miranda
Biblioteca y Publicaciones	:	César Abanto Revilla
Eventos y Reuniones Científicas	:	Edgardo Balbín Torres
Relaciones Internacionales	:	Pedro Morales Corrales

RELACIÓN DE MIEMBROS

César Abanto Revilla
Beatriz Alva Hart
Luis Aparicio Valdez +
Elmer Arce Ortiz
Edgardo Balbín Torres
Julio César Barrenechea Calderón
Guillermo Boza Pró
Miguel Canessa Montejo
Nixon Castillo Montoya
Paúl Cavalié Cabrera
Carlos Cornejo Vargas
Orlando De Las Casas de la Torre Ugarte
Víctor Ferro Delgado
Fernando García Granara
Orlando Gonzáles Nieves
Jorge Luís Acevedo Mercado
Victoria Ampuero de Fuertes
Luis Arbulú Alva
Javier Arévalo Vela
José Balta Varillas
Jaime Beltrán Quiroga
José Butrón Fuentes
Martín Carrillo Calle
José Ignacio Castro Otero
Adolfo Ciudad Reynaud
Juan Carlos Cortés Carcelén
Alfonso De Los Heros Pérez Albela
Leopoldo Gamarra Vílchez
César Gonzáles Hunt
Isabel Herrera Gonzáles-Pratto

Ricardo Herrera Vásquez
Víctor Mayorga Miranda
Pedro Morales Corrales
Carlos Guillermo Morales Morante
Javier Neves Mujica
Luz Pacheco Zerga
Mario Pasco Cosmópolis
Luigino Pilotto Carreño
César Puntriano Rosas
Carlos Quispe Montesinos
Raúl Saco Barrios
Roberto Servat Pereira de Sousa
Liliana Tsuboyama Shiohama
Daniel Ulloa Millares
Michael Vidal Salazar
Alfredo Villavicencio Ríos
Jaime Zavala Costa
Ricardo Marcenaro Frers
Renato Mejía Madrid
Néstor Morales González
Ítalo Mórtola Flores
Estela Ospina Salinas
Paul Paredes Palacios
Mario Pasco Lizárraga
Herbert Prelle Mayuri
Sergio Quiñónez Infante
Germán Ramírez-Gastón Ballón
Wilfredo Sanguineti Raymond
Jorge Toyama Miyagusuku
Mauro Ugaz Olivares
Álvaro Vidal Bermúdez
Edmundo Villacorta Ramírez
Luis Vinatea Recoba
Roger Zavaleta Cruzado

RELACIÓN DE MIEMBROS HONORARIOS

Carlos Blancas Bustamante
Ricardo Nugent López Chávez
Néstor De Buen Lozano
Emilio Morgado Valenzuela
Fernando Suárez González
Mozart Víctor Russomano
Antonio Ojeda Avilés
Guillermo Gonzáles Rosales +
Javier Vargas Vargas +
Fernando Elías Mantero
Jorge Capriata D'Auro
Óscar Ermida Uriarte
Alfredo Montoya Melgar
Américo Plá Rodríguez +
Héctor Hugo Barbagelatta
Manuel Alonso Olea +
Ricardo La Hoz Tirado +
Joaquín Leguía Gálvez +

PRESENTACIÓN

Esta Revista está dedicada al IV Encuentro Peruano - Uruguayo que con mucho éxito se llevó a cabo los días 26 y 27 de julio de 2010. La delegación peruana estuvo constituida por los siguientes miembros de nuestra Sociedad: César Abanto Revilla, Juan Carlos Cortés Carcelén, Alfonso De Los Heros Pérez Albela, Fernando Elías Mantero, Víctor Ferro Delgado, César Gonzáles Hunt, Mario Pasco Cosmópolis, Daniel Ulloa Millares, Alfredo Villavicencio Ríos y Pedro Morales Corrales.

La organización de este evento se inició en mayo de 2009 y nuestro querido amigo Óscar Ermida fue, como siempre, el gran interlocutor con la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AUDTSS).

De inmediato tomamos contacto con Mario Garmendia, Presidente de la Asociación Uruguaya, que luego fue sustituido por Daniel Rivas, y con el mejor ánimo organizamos el evento, poniéndonos de acuerdo en las fechas, lugar y, lo que es más importante, los temas a tratar y la estructura propiamente dicha del evento académico, que se desarrolló en la emblemática Universidad de la República.

El Tema N° 1 estuvo referido a la Negociación Colectiva y a las diversas modalidades de intervención de terceros, niveles y articulación; y tuvo como ponentes oficiales, por el Uruguay, a Hugo Barreto Ghione, y por el Perú, a Daniel Ulloa Millares, habiendo intervenido como panelistas Alejandro Castello por el Uruguay y Víctor Ferro por el Perú. Además se presentaron y expusieron ponencias libres. Por el Uruguay lo hicieron Héctor Babace, Alejandro Castello, Octavio Carlos Racciatti y Rafael Rodríguez; y por el Perú Víctor Ferro.

El Tema N° 2 se refirió a las Leyes Procesales de Trabajo en Perú y Uruguay, ambas de reciente promulgación, y tuvo como ponentes oficiales, por el Uruguay, a Óscar Ermida Uriarte, y por el Perú, a Mario Pasco Cosmópolis, habiendo intervenido como panelistas Gustavo Gauthier por el Uruguay y Fernando Elías Mantero por el Perú. Además se presentaron y expusieron ponencias libres. Por el Uruguay

lo hicieron Gustavo Gauthier, Hugo Fernández Brignoni, Eduardo Goldstein y Rosina Rossi Albert; y por el Perú, Fernando Elías Mantero y Pedro Morales Corrales. También intervino como invitado y participante el laboralista brasileño Manoel Carlos Toledo Filho.

Finalmente, el Tema N° 3 se refirió a la Ampliación de la Cobertura en Materia Previsional: La regulación de los regímenes no contributivos y la inclusión obligatoria de los trabajadores independientes; tuvo como ponentes oficiales a Álvaro Rodríguez Azcúe del Uruguay y César Abanto Revilla del Perú; habiendo participado como panelistas Eduardo J. Ameglio por el Uruguay y Alfonso De Los Heros Pérez Albela, por el Perú; habiendo presentado una ponencia libre el Dr. De Los Heros.

Las ponencias antes mencionadas, cuyos títulos específicos figuran en el Índice de esta Revista, constituyen el contenido esencial de Laborem N° 11.

Pero, más allá de la importancia y relevancia académica de este IV Encuentro que, por los comentarios de ambas partes, fue considerado, respecto de los anteriores, como el de mayor nivel, debo dar testimonio especial de las inmejorables y abrumadoras atenciones de las que fue objeto la delegación peruana: la presencia de los amigos uruguayos en el aeropuerto en horas de la madrugada, sus invitaciones desde el día sábado en que llegamos hasta el día en que partimos y, sobre todo, las muestras de una real y sincera amistad, que se han traducido en una evidente integración entre los laboralistas peruanos y uruguayos.

Esta Revista, que la anunciamos a nuestros amigos del Uruguay, constituye entonces una expresión de la profunda relación amical y académica que se ha consolidado entre los laboralistas de ambos países.

Pedro G. Morales Corrales
Secretario de Relaciones Internacionales
Enero de 2011

TEMA N° 1

Negociación colectiva: Diversas modalidades de intervención de terceros, niveles y articulación

PONENCIAS OFICIALES

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN PERÚ

Daniel Ulloa Millares(*)

En la primera jornada peruano-uruguaya realizada en Lima el 3 de setiembre de 1994 (hace más de 16 años) el profesor Javier Neves realizó una pedagógica descripción de la negociación colectiva desde la perspectiva peruana en su artículo "Autonomía colectiva e intervención estatal en materia de negociación colectiva"(1). En dicho trabajo nuestro querido autor calificó al modelo peruano establecido por la ley de relaciones colectivas de trabajo –regulada inicialmente desde julio de 1992 por el Decreto Ley N° 25593 y vigente actualmente en un texto único ordenado(2) que incorpora varias modificaciones(3)– como un modelo libre al ser un régimen *normalmente* sin controles ni actos administrativos, de regulación heterónoma, periodicidad estática y de nivel descentralizado.

A propósito de los dos temas elegidos para esta jornada es que proponemos describir brevemente el modelo peruano de negociación colectiva, reconocido de manera escueta por el artículo 28 de nuestra Constitución Política de 1993(4) pero

(*) Abogado. Máster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa (Universidad Castilla-La Mancha). Profesor de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe del Área Laboral del Estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas, Abogados Financieros.

(1) Publicado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la revista *Laborem*, N° 2, mayo de 1995, pp. 27-50 y cuyo texto puede verse en la página web: <www.spdtss.org.pe/revista/doc31082009-205254.pdf>.

(2) Aprobado por Decreto Supremo N° 10-2003-TR publicado el 5 de octubre de 2003, en adelante citado como "TUO LRCT".

(3) La mayoría de ellas producidas por Ley N° 27912, publicada el 8 de enero de 2003.

(4) **"Artículo 28.** El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

desarrollado por interesante y muy debatible jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, el "TC"), para luego enfatizar cada uno de los puntos seleccionados.

Cabe señalar que en nuestro país tenemos las dos formas de control de la constitucionalidad de las normas, esto es, el control concentrado pero también el control difuso.

CARACTERÍSTICAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN PERÚ

Siguiendo el texto antes citado de Neves, podemos confirmar que actualmente la regulación de la negociación colectiva en Perú posee las siguientes características:

- Es un derecho de titularidad de la organización sindical o de los representantes de los trabajadores a falta de aquel (artículos 41 y 47 TUO LRCT).
- La iniciativa negocial es de la organización sindical pero la contraparte puede proponer otros contenidos (artículo 57 TUO LRCT).
- Existe un deber de negociar pero no de llegar a un acuerdo, señalándose un procedimiento para dicho fin (artículos 54 y 57 a 70 TUO LRCT) que comprende la presentación del pliego, el trato directo y luego la participación de la autoridad de trabajo, salvo que los trabajadores decidan ir a la huelga. Esta regulación permite la participación de terceros (vía conciliación, mediación o arbitraje) como opciones ante el ejercicio de la huelga, punto que veremos más adelante.
- El nivel negocial elegido por la norma es el de empresa (artículo 45 TUO LRCT), aunque como también veremos más adelante, el TC ha establecido en dos sentencias supuestos especiales de definición de nivel.
- El contenido negocial es amplio (artículo 40 TUO LRCT) y no limitado.
- El producto tiene eficacia general si es pactado por el sindicato mayoritario del ámbito o por aquellos que logren dicha mayoría (artículo 9 TUO LRCT), esto es, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad, aunque no se encuentren afiliados.
- Los contratos de trabajo no pueden contener disposiciones contrarias a las fijadas en el convenio colectivo, por la fuerza vinculante de este (artículos 42 y 43 TUO LRCT).
- La duración del convenio es definida por las partes. Si ella no existe, el plazo es de un año (artículo 43 TUO LRCT). Empero, el convenio no caduca al

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

vencimiento del plazo –pactado o supletorio– pues sigue rigiendo por mandato de la ley hasta que sea reemplazado por otro acuerdo[5].

NIVELES Y ARTICULACIÓN / INTERVENCIÓN DE TERCEROS

El artículo 44 del TUO LRCT señala que la convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, esto es, la empresa, la categoría, la sección o establecimiento, una rama de actividad o un gremio.

El problema del nivel de negociación lo decide el TUO LRCT siguiendo los preceptos de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT"), esto es, lo deben decidir las partes. Así, el primer párrafo del artículo 45 de la norma señalada[6] indica que **si no existe convención colectiva**, el nivel será decidido por acuerdo de las partes. Si no hay acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa.

Asimismo, **si existe convención** en algún nivel, es requisito indispensable el acuerdo de partes para iniciar otra en nivel distinto, sea con carácter sustitutorio o complementario. Este cambio de nivel no puede realizarse por acto administrativo ni por laudo arbitral (segundo párrafo del artículo 45 TUO LRCT).

Cabe señalar que cuando se publicó el Decreto Ley N° 25593 (julio de 1992, época de dictadura), dicha norma contemplaba una tercera disposición transitoria y final que señalaba lo siguiente:

> "Los trabajadores y las empresas o gremios comprendidos en negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad, **actualmente en trámite**, deberán ratificar o modificar su voluntad de continuar negociando en dicho nivel dentro de los treinta (30) días naturales posteriores a la entrada en vigencia del presente Decreto Ley. De no haber acuerdo de partes, la negociación colectiva se llevará a cabo a nivel de empresa".

Esta disposición fue eliminada por el artículo 4 de la citada Ley N° 27912.

---

(5) Hasta la modificación realizada en el año 2003 por la Ley N° 27912, la regla era la inversa por lo que al vencer el plazo pactado, el convenio caducaba, generándose un vacío normativo hasta la adopción del nuevo acuerdo, el cual tenía –y tiene– efectos retroactivos (de discutible constitucionalidad hoy, dado que solamente se prevé la retroactividad en materia penal de normas más favorables).

(6) "**Artículo 45**. Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa.
De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral.
Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad.
Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa".

Es así que mediante esta cuestionable decisión normativa, la legislación peruana buscó tácitamente eliminar la poca negociación colectiva existente en un ámbito distinto al de empresa pues a muchas contrapartes empresariales les bastaba con negarse a mantener el nivel existente para que se aplique la citada disposición. Esto generó en nuestra realidad dos casos a resaltar, ambos analizados por el TC:

- **La negociación colectiva en construcción civil**

  Clásico ejemplo citado de negociación por rama de actividad(7), una vez vigente el Decreto Ley N° 25593, la representación de los empleadores, agrupada en la cámara peruana de la construcción (CAPECO), decidió apartarse de dicho ámbito de negociación mediante acta de fecha 14 de julio de 1992, aunque firmaron convenios colectivos en los años 1993, 1994 y 1995 "bajo protesta" y por mandato de lo dispuesto en la en ese entonces vigente Resolución Ministerial N° 53-93-TR (publicada el 22 de abril de 1993), la cual –en cuestionable forma normativa pero no por sus razones de fondo(8)– impuso la negociación a nivel de rama de actividad en construcción civil atendiendo a la naturaleza especial de las actividades laborales en dicho rubro. Sin embargo, y como correspondía, dicha norma fue declarada ilegal en abril de 1996 por la Corte Suprema en virtud de la acción popular iniciada por CAPECO por lo que una nueva Resolución Ministerial, la N° 51-96-TR (modificada por Resolución Ministerial N° 14-2002-TR), estableció que de no haber acuerdo respecto al nivel de negociación, esta debería ser a nivel de empresa.

  Esto hizo que en los años siguientes las solicitudes de inicio de negociación colectiva presentadas por la Federación de Trabajadores en Construcción Civil en Perú no recibieran el apoyo de la autoridad de trabajo durante el periodo 1997-2000, hasta que en el año 2001 dicha autoridad cambió de opinión y requirió a CAPECO a negociar colectivamente(9). Ante esto, la organización empresarial inició un proceso constitucional de amparo pues consideró que con esta decisión de la autoridad de trabajo se vulneraban sus derechos a la igualdad ante la ley, de negociación colectiva, de libertad de contratación y de libertad de asociación, sin perjuicio de suponer un injustificado cambio de criterio a pesar de que no hubo variación de la legislación pertinente.

(7) Aunque en realidad, siguiendo a Neves, estamos propiamente ante un supuesto de organización de gremio y no de rama, dado que los trabajadores están asignados a un rubro concreto y no a diferentes labores de cada actividad.

(8) **"Artículo 4.** En aplicación del artículo 71 y artículo 45 de la Ley, la negociación colectiva se llevará a efecto a nivel de rama de actividad, pudiendo sin embargo, las partes, de común acuerdo, modificar el nivel de la misma, así como su alcance territorial, las empresas comprendidas y demás aspectos que delimiten y faciliten la negociación colectiva".

(9) El TUO LRCT señala que la negociación colectiva se inicia con la presentación de un pliego que contenga el proyecto de convenio colectivo, remitiéndose una copia del documento a la autoridad de trabajo. Si la contraparte se niega a recibirlo, la entrega se hará a través de la citada autoridad.

La demanda fue declarada improcedente en primera instancia e infundada en segunda, por lo que tuvo que ser resuelta por el TC mediante sentencia de fecha 26 de marzo de 2003[10], la que confirmó la decisión recurrida y declaró infundada la demanda.

Basado en lo señalado por el Convenio OIT N° 98 (ratificado por el Perú en 1964) y la normativa constitucional, el TC entendió que en el caso analizado:

> "durante el desarrollo de su actividad laboral, el trabajador de construcción civil presta servicios para una multiplicidad de empleadores, tornando difusa la posibilidad de que pueda contar con una organización sindical a nivel de empresa, y resultando prácticamente inviable el que pueda negociar varias veces al año. Por ello, dada la situación peculiar del sector de construcción civil y con el fin de que la negociación colectiva no se torne en inoperante, **es razonable y justificado que el Estado intervenga**, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación. En ese sentido, **deberán expulsarse** de nuestro ordenamiento jurídico aquellas **normas que resulten incompatibles con un eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de construcción civil**, y de ser el caso, expedirse normas que sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo" (las negritas son nuestras).

Asimismo, sostuvo que la tercera disposición transitoria y final del Decreto Ley N° 25593 "resulta incoherente con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 45" de la citada norma, así como con lo establecido en el artículo 54 de la Constitución Política de 1979 en lo que respecta a "la efectiva realización del derecho a la negociación colectiva de trabajadores –como por ejemplo, del sector de construcción civil–".

Considerando lo arriba señalado, el TC entendió que en el caso presentado por CAPECO, cuando la autoridad de trabajo decidió convocar a una negociación colectiva por rama de actividad, actuó bajo los parámetros establecidos por el artículo 28 de la Constitución Política de 1993, el artículo 4 del Convenio OIT N° 98 y el segundo párrafo del artículo 45 del Decreto Ley N° 25593, sin que se acredite vulneración de derecho constitucional alguno. Es decir, en opinión del TC, no existía imposición de ámbito sino que ello era posible si con esa acción se lograba fomentar la negociación colectiva. Empero, esta posición fue observada por el Comité de Libertad Sindical ante la queja de fecha 30 de julio de 2004 presentada contra el Gobierno de

(10) La sentencia puede revisarse en la página web: <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00261-2003-AA.html>.

Perú por la organización internacional de empleadores (OIE), la confederación nacional de instituciones empresariales privadas (CONFIEP) y CAPECO[11] señalando en su informe definitivo que:

> "1227. En estas condiciones, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para la modificación del artículo 45 del decreto-ley núm. 22593 y del artículo 46 de la ley núm. 27912 con objeto de ponerlos en conformidad con las normas de la OIT y los principios señalados, de manera que el nivel de la negociación colectiva sea determinado libremente por las partes concernidas. En cuanto al problema del nivel de la negociación colectiva cuando las partes no se ponen de acuerdo, el Comité ha tomado nota de los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2003 en favor en tales casos de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el sector de la construcción. El Comité toma nota del interés del Gobierno en promover la negociación colectiva de acuerdo con la Constitución Nacional y con el artículo 4 del Convenio núm. 98. No obstante, el Comité estima que en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, más que una decisión general de la autoridad judicial en favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista. El Comité pide al Gobierno que invite a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas a establecer un mecanismo de solución de los conflictos relativos al nivel en que debe realizarse la negociación colectiva".

Para luego recomendar:

> "1228. En vista de las conclusiones que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las siguientes recomendaciones:
>
> a) el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para la modificación del artículo 45 del decreto-ley núm. 22593 y del artículo 46 de la ley núm. 27912 con objeto de ponerlos en conformidad con las normas y los principios de la OIT en lo que respecta al nivel de la negociación colectiva, y
>
> b) el Comité pide al Gobierno que invite a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas a establecer un mecanismo

(11) Caso N° 2375 cuyo informe definitivo puede revisarse en la página web: <http://white.oit.org.pe/sindi/casos/per/per200505.html>.

de solución de los conflictos relativos al nivel en que debe realizarse la negociación colectiva".

El Consejo de Administración de la OIT, en su 294 reunión realizada en noviembre de 2005, adoptó en sus puntos 154 y 183 la recomendación del Comité de Libertad Sindical antes indicada.

Actualmente, la negociación colectiva en construcción civil se realiza a nivel de rama de actividad, publicándose los acuerdos logrados (acompañamos como anexo el último acuerdo difundido el año pasado). Como parte de la última negociación hemos tenido una marcha de protesta el pasado 14 de julio en Lima[12], la cual convocó, según la federación, a 15,000 personas.

Entonces, en virtud de una nueva lectura de la normativa legal el TC entendió en el año 2003 que existían ciertos sectores cuya realidad suponía una intervención estatal para definir el ámbito de negociación colectiva, a pesar de las disposiciones en contrario de la OIT.

- **La negociación en la actividad portuaria**

Tomando como ejemplo el caso anterior, un tema similar fue resuelto hace poco (el 17 de agosto de 2009) por el TC, esta vez en la actividad portuaria.

El sindicato único de trabajadores marítimos y portuarios del puerto del Callao presentó en enero de 2008 una demanda de amparo constitucional contra la asociación peruana de operadores portuarios, la asociación peruana de agentes marítimos y la asociación marítima del Perú por negarse a obedecer la resolución de la autoridad de trabajo que les ordenaba continuar el procedimiento de negociación colectiva en la etapa de trato directo. El sindicato había presentado su pliego, la autoridad de trabajo notificó a las organizaciones empresariales para iniciar la negociación pero, luego de que les negaron su cuestionamiento a negociar por rama de actividad, simplemente no asistieron a las reuniones convocadas por la citada autoridad.

Dado que la primera instancia declaró improcedente la demanda y la segunda instancia confirmó la decisión es que el TC tuvo que emitir sentencia[13]. En ella determina que en el caso concreto hay dos temas a resolver[14]:

- Si las inasistencias de las asociaciones emplazadas a las reuniones de trato directo y de conciliación para negociar por rama de actividad han vulnerado el derecho de negociación colectiva del sindicato demandante, y

(12) La página web de la federación de trabajadores en construcción civil se puede revisar en <http://www.ftccperu.com/ftccp/index.php>.
(13) La cual puede revisarse en la página web: <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03561-2009-AA.html>.
(14) Numeral 7 de la indicada sentencia.

- Si el artículo 45 del TUO LRCT contraviene el derecho de negociación colectiva reconocido en el artículo 28 de la Constitución. Esto porque dicho artículo es el argumento de las asociaciones emplazadas para no negociar con el sindicato demandante en el nivel de rama de actividad. Para ello, el TC "considera necesario valerse de la definición de negociación colectiva que ha sido elaborada por las normas internacionales de la OIT así como cotejar los principios que rigen la negociación colectiva y el contenido del derecho de negociación colectiva".

La sentencia, luego de reseñar el concepto de negociación colectiva según la OIT (numeral 10) y de explicar los principios de la negociación colectiva, también según la OIT (numerales 12 al 17), ratifica que los convenios de dicha organización forman parte del bloque de constitucionalidad (para este caso en concreto, los convenios OIT 98, 151 y 154[15]) y que tales disposiciones "pueden ser entendidas como normas interpuestas al momento de evaluar los supuestos vicios de inconstitucionalidad de una ley sometida a control concreto o abstracto" (numeral 18).

Antes de resolver el caso planteado el TC establece en su numeral 22 y de manera enunciativa, algunos supuestos que entiende pueden afectar el derecho de negociación colectiva. Así, señala que este derecho se vulnera cuando:

- "Legislativamente se le impide negociar a los sindicatos minoritarios.
- El empleador se niega a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar con ellos en los plazos y condiciones que establece la ley.
- El empleador ejerce presiones para obtener el reemplazo de los representantes de los trabajadores.
- El empleador ejecuta durante el proceso de la negociación colectiva acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la negociación.
- El empleador ejerce fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva.
- El empleador realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible la negociación colectiva".

Al resolver el caso planteado (numeral 23 en adelante) el TC entiende que las asociaciones "han abusado de su libertad para negociar" al actuar de mala

(15) Vale la pena destacar que el TC llega a esta conclusión a pesar de que el convenio OIT N° 154 no ha sido ratificado por el Perú.

fe y no asistir injustificadamente a la mayoría de reuniones convocadas por la autoridad de trabajo para negociar el pliego de reclamos presentado por el sindicato. Asimismo señala en su numeral 28 que la última parte del primer párrafo del artículo 45 del TUO LRCT, al indicar que "a falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa" resulta inconstitucional porque contraviene la libertad para decidir el nivel de negociación y el derecho a la negociación colectiva. En este sentido, el TC considera que "a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, este se determinará mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga" (numeral 29).

Cabe señalar que al ser el presente caso un proceso de amparo, la declaración de inconstitucionalidad antes indicada solo resulta aplicable a las partes del proceso. Posteriormente, el TC precisó[16] que el arbitraje al que alude en su sentencia es el regulado por el TUO LRCT (arbitraje potestativo) y no por el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje de manera general. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este.

Por lo expuesto estamos ante una nueva definición de ámbito de negociación que no depende de las partes. En este caso la conducta injustificada de las asociaciones llamadas a negociar generó que el TC actúe de una manera peculiarmente protectora e imponga una modificación a la norma legal, atenuando el postulado general de que las partes deciden el nivel. Ahora, siguiendo esta línea jurisprudencial, si una parte no desea un nivel de negociación, la otra podrá obligarla a un arbitraje que defina dicha problemática.

Entendemos que una legislación promotora del derecho de negociación colectiva supone tomar medidas que pueden resultar cuestionables desde el punto de vista del principio de la libertad para decidir el nivel de negociación establecido por la OIT[17] pero ante ello el TC ha señalado que esta conducta debe ser excepcional, a ser resuelta vía arbitraje y que se "justifica plenamente en el caso de que se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales" (numeral 15 de la sentencia). Asimismo, "un rechazo injustificado a negociar puede lesionar el derecho de negociación colectiva si la negativa tiene como única finalidad impedir al sindicato el desarrollo de su actividad sindical", siendo que tal lesión se producirá siempre y cuando "esta incida en el

(16) Mediante una primera resolución de fecha 1 de marzo de 2010 y una segunda de fecha 10 de junio de 2010

(17) Para estudiosos como Javier Neves (en: *La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios*, texto por publicar) y Renato Mejía (en: "La negociación colectiva en el trabajo portuario". Revista *Soluciones Laborales*, octubre 2009, pp. 33-36), el TC varió su raciocinio respecto del caso de construcción civil, a pesar de las evidentes semejanzas y de la supuesta misma conclusión, por la diferente posición adoptada en el año 2005 por el Consejo de Administración de la OIT antes reseñada.

derecho a la actividad sindical y se produzca de modo arbitrario e injustificado". Vale decir, "las dos partes deben actuar con buena fe y lealtad" mostrando "un esfuerzo sincero de aproximación mutua para obtener un convenio" (numeral 16).

Al respecto, podemos ver cómo se confunde el principio de libertad para determinar el nivel de negociación con el principio de buena fe[18].

Otro caso donde podemos revisar la determinación del nivel de negociación por un tercero lo constituye el supuesto resuelto por la dirección nacional de relaciones de trabajo del correspondiente ministerio mediante Resolución Directoral N° 19-2008-MTPE/2/11.1 de fecha 5 de setiembre de 2008. En este caso la federación de trabajadores de las empresas de Telefónica del Perú (FETRATEL PERU), debidamente autorizada por cada sindicato, presentó su propuesta de convenio a cada una de las empresas del grupo Telefónica. Estas no quisieron negociar alegando que la federación no resultaba competente. Ante dicha oposición, tanto la dirección de prevención y solución de conflictos de la dirección regional de trabajo y promoción del empleo de Lima-Callao como la citada dirección rechazaron la oposición de la empresa (en este caso, Telefónica Centros de Cobro S.A.C.) pero la dirección nacional declaró fundado el recurso presentado por la empresa y su oposición a negociar señalando que a la federación "le corresponde negociar colectivamente con una pluralidad de empresas que desarrollan la misma actividad y no, como se pretende, negociar a nivel de una sola empresa, concluyéndose que la misma no cuenta con capacidad para negociar colectivamente en representación de los trabajadores de la empresa Telefónica Centros de Cobro S.A.C". Lo mismo ocurrió con las oposiciones presentadas por las empresas Telefónica Multimedia S.A.C., Tele Atento del Perú S.A.C., Telefónica Servicios Comerciales S.A.C. y Telefónica Móviles S.A.C. No obstante, estas cinco decisiones fueron anuladas por el Viceministro de Trabajo, según nos cuenta nuestro amigo Alfredo Villavicencio en un reciente artículo[19].

Luego de conocer dos importantes casos de intervención judicial en la definición del ámbito de negociación colectiva y este último de variable decisión administrativa, pasemos a observar la realidad peruana. Felizmente, hemos podido obtener información estadística elaborada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo hasta el año 2009 que podemos compartir.

En el primer cuadro podemos ver los pliegos de reclamos (propuestas de convenio colectivo) presentados y los convenios colectivos registrados por meses, a nivel nacional y separados según la etapa de solución.

(18) Aspectos resaltados por Jorge Acevedo Mercado en "Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el sector portuario". En: *Revista Jurídica del Perú*, tomo 104, octubre de 2009, pp. 43-58.

(19) "La autonomía sindical como fundamento de la legitimación negocial de una federación a nivel de empresa", En: *Soluciones Laborales*. Lima, febrero de 2009, pp. 23-29.

CUADRO N° 1

NIVEL NACIONAL

PLIEGOS DE RECLAMOS PRESENTADOS Y CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS POR MESES, SEGÚN ETAPAS DE SOLUCIÓN

2009

ETAPAS DE SOLUCIÓN	MESES												TOTAL
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	
PRESENTADOS	48	32	50	64	37	50	45	28	54	40	105	86	639
SOLUCIONADOS - REGISTRADOS 1/	34	48	32	36	42	32	50	39	33	34	34	48	454
- NEGOCIACION DIRECTA	31	34	31	32	36	23	45	34	31	28	29	44	398
- CONCILIACION	3	6	1	2	2	1	2	2	1	2	1	2	25
- EXTRA PROCESO	-	-	-	-	4	8	3	3	1	2	2	1	24
- HUELGA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
- AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	2
ARBITRAJE	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-	2	1	5
. (ACUERDO DE PARTES) *	-	-	-	(2)	-	-	-	-	-	-	(2)	(1)	(5)
. (RESOL. DIRECTORAL) *	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
. (UNIPERSONAL) *	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OFICINA DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA / OFICINA DE ESTADÍSTICA

1/ : Incluye Pliegos de Reclamos presentados en años anteriores y solucionados a la fecha

Nota : ( ) surrendes

* : Designación de Árbitros

Como se puede observar, sobre un total de 639 solicitudes de acuerdo, más de la mitad se resolvieron por negociación directa (398), yendo solamente 5 a arbitraje. Si comparamos los solucionados por trato directo solamente con los convenios solucionados (454) el porcentaje es mucho mayor. En el siguiente cuadro vemos estos 454 convenios repartidos según actividad económica.

CUADRO N° 2

NIVEL NACIONAL

CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS POR ETAPAS DE SOLUCIÓN, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA

2009

ACTIVIDAD ECONÓMICA	ETAPAS DE SOLUCIÓN					TOTAL
	NEGOCIACIÓN DIRECTA	CONCILIACIÓN	EXTRA PROCESO	AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO	ARBITRAJE ACUERDO DE PARTES *	
A. AGRICULTURA, GANADERÍA, CAZA Y SILVICULTURA	6	-	-	-	-	6
B. PESCA	2	-	-	-	-	2
C. EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	50	6	7	2	-	65
D. INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	149	9	6	-	-	164
E. SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	41	2	-	-	2	45
F. CONSTRUCCIÓN	22	-	-	-	-	22
G. COMERCIO POR MAYOR Y MENOR, REP. DE VEHÍC. AUTOM.	4	1	-	-	-	5
H. HOTELES Y RESTAURANTES	2	-	-	-	-	2
I. TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	29	-	8	-	-	37
J. INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	5	-	-	-	1	6
K. ACTIV. INMOBILIARIAS, EMPRESARIALES Y DE ALQUILER	1	-	-	-	-	1
L. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEFENSA	24	4	2	-	-	30
M. ENSEÑANZA	18	-	-	-	1	19
N. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	4	-	-	-	1	5
O. OTRAS ACTIVID. DE SERV. COMUNITARIOS, SOC. Y PERS.	41	3	1	-	-	45
TOTAL	398	25	24	2	5	454

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OFICINA DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA / OFICINA DE ESTADÍSTICA

* Designación de Árbitros

Vemos que la mayoría de convenios en el último año se firmaron en la industria manufacturera (164), siendo que 149 se resolvieron por negociación directa en dicha actividad.

Atendiendo al tipo de organización sindical, vemos en el siguiente cuadro que de los 454 convenios pactados en el año 2009, 180 fueron firmados por sindicatos de obreros, 73 por sindicatos de empleados y 121 por sindicatos únicos. Solamente 4 convenios se firmaron por una federación, uno en construcción.

CUADRO Nº 3

NIVEL NACIONAL

CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS POR ORGANIZACIÓN SINDICAL, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA

2009

ACTIVIDAD ECONÓMICA	ORGANIZACIÓN SINDICAL							TOTAL
	FEDERACIÓN	SINDICATO DE EMPLEADOS	SINDICATO DE OBREROS	SINDICATO ÚNICO	DELEGADOS DE EMPLEADOS	DELEGADOS DE OBREROS	DELEGADOS EMPLEADOS / OBREROS	
A. AGRICULTURA, GANADERÍA, CAZA Y SILVICULTURA	-	-	4	2	-	-	-	6
B. PESCA	-	-	1	1	-	-	-	2
C. EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	-	14	27	22	2	-	-	65
D. INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	1	7	106	30	2	15	3	164
E. SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	1	5	-	33	2	1	3	45
F. CONSTRUCCIÓN	1	-	-	1	-	20	-	22
G. COMERCIO POR MAYOR Y MENOR, REP. DE VEHÍC. AUTOM.	-	1	3	-	-	-	1	5
H. HOTELES Y RESTAURANTES	-	-	1	1	-	-	-	2
I. TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	1	18	4	11	1	1	1	37
J. INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	-	3	-	-	3	-	-	6
K. ACTIV. INMOBILIARIAS, EMPRESARIALES Y DE ALQUILER	-	-	-	-	1	-	-	1
L. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEFENSA	-	6	15	8	1	2	-	30
M. ENSEÑANZA	-	10	4	4	1	-	-	19
N. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	-	4	-	-	1	-	-	5
O. OTRAS ACTIVID. DE SERV. COMUNITARIOS, SOC. Y PERS.	-	5	15	10	14	1	-	45
TOTAL	4	73	180	121	28	40	8	454

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OFICINA DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA / OFICINA DE ESTADÍSTICA

En el siguiente cuadro podemos observar el origen o lugar de registro de los 454 convenios acordados en el año 2009 y la etapa de solución. Como se puede ver, el departamento de Lima (incluye Callao) concentra la mayoría de los acuerdos (273).

CUADRO Nº 4

NIVEL NACIONAL

PLIEGOS DE RECLAMOS PRESENTADOS Y CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS, SEGÚN DIRECCIONES REGIONALES Y ZONAS DE TRABAJO

2009

DIRECCIONES REGIONALES ZONAS DE TRABAJO	PRESENTADOS	ETAPAS DE SOLUCIÓN					TOTAL
		NEGOCIACIÓN DIRECTA	CONCILIACIÓN	EXTRA PROCESO	AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO	ARBITRAJE / ACUERDO DE PARTES *	
ANCASH	17	12	-	8	1	-	21
CHIMBOTE	14	9	-	8	-	-	17
HUARAZ	3	3	-	-	1	-	4

APURÍMAC	-	1	-	-	-	-	1
ABANCAY	-	1	-	-	-	-	1
AREQUIPA	54	20	1	5	-	-	26
AREQUIPA	51	17	1	4	-	-	22
CAMANÁ	3	3	-	1	-	-	4
AYACUCHO	2	-	-	-	-	-	-
AYACUCHO	2	-	-	-	-	-	-
CAJAMARCA	-	1	-	1	-	-	2
CAJAMARCA	-	1	-	1	-	-	2
CUSCO	8	9	-	-	-	-	9
CUSCO	7	6	-	-	-	-	6
QUILLABAMBA	1	2	-	-	-	-	2
SICUANI	-	1	-	-	-	-	1
HUANCAVELICA	9	2	-	-	-	-	2
HUANCAVELICA	9	2	-	-	-	-	2
HUÁNUCO	5	3	1	3	-	-	7
HUÁNUCO	5	3	1	3	-	-	7
ICA	26	16	-	1	-	-	17
ICA	12	7	-	-	-	-	7
CHINCHA	6	3	-	-	-	-	3
PISCO	8	6	-	1	-	-	7
JUNÍN	22	13	4	-	-	-	17
HUANCAYO	13	9	-	-	-	-	9
LA OROYA	5	4	4	-	-	-	8
SAN RAMÓN	3	-	-	-	-	-	-
TARMA	1	-	-	-	-	-	-
LA LIBERTAD	39	20	3	-	-	2	25
TRUJILLO	25	12	3	-	-	2	17
HUAMACHUCO	9	8	-	-	-	-	8
SAN PEDRO DE LLOC	5	-	-	-	-	-	-
LAMBAYEQUE	19	7	-	-	-	-	7
CHICLAYO	19	7	-	-	-	-	7
LIMA	376	251	14	5	-	3	273
LIMA	308	210	13	5	-	3	231
CALLAO	56	33	1	-	-	-	34
HUACHO	12	8	-	-	-	-	8
LORETO	3	-	-	-	-	-	-
IQUITOS	3	-	-	-	-	-	-
MOQUEGUA	6	2	-	-	-	-	2
MOQUEGUA	6	2	-	-	-	-	2
PASCO	9	7	-	-	-	-	7
CERRO DE PASCO	9	7	-	-	-	-	7
PIURA	21	14	1	1	-	-	16
PIURA	7	4	-	-	-	-	4
PAITA	1	3	-	-	-	-	3
SULLANA	2	2	-	-	-	-	2
TALARA	11	5	1	1	-	-	7
PUNO	7	6	-	-	-	-	6
PUNO	3	3	-	-	-	-	3
JULIACA	4	3	-	-	-	-	3
SAN MARTÍN	-	3	-	-	-	-	3
TARAPOTO	-	3	-	-	-	-	3
TACNA	6	6	1	-	1	-	8
TACNA	6	6	1	-	1	-	8
UCAYALI	10	5	-	-	-	-	5
PUCALLPA	10	5	-	-	-	-	5
TOTAL	639	398	25	24	2	5	454

* Designación de Árbitros

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OFICINA DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA / OFICINA DE ESTADÍSTICA

A continuación vemos un cuadro comparativo de los pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados durante el periodo 1997-2009, a nivel nacional y según etapas de negociación. No existe mucha diferencia cuantitativa en este periodo de trece años, siendo 1997 el año en que se presentaron más pliegos (846) y en el que más se firmaron convenios (627), el año 2004 en el que se presentaron menos (494) y el año 2003 en el que se firmaron menos (371). En los últimos años se incrementó la negociación colectiva (ver periodo 2006 al 2007) bajó un poco en el siguiente periodo (2007-2008) pero volvió a subir levemente (2008-2009), sin llegar a los niveles de 1997.

CUADRO Nº 5

NIVEL NACIONAL

PLIEGOS DE RECLAMOS PRESENTADOS Y CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS POR AÑOS, SEGÚN ETAPAS DE SOLUCIÓN

1997 - 09

ETAPAS DE SOLUCIÓN	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
PRESENTADOS	846	726	662	576	533	524	536	484	526	541	641	610	639
SOLUCIONADOS - REGISTRADOS	627	564	468	409	418	444	371	364	398	463	479	419	464
- NEGOCIACIÓN DIRECTA	548	517	436	373	378	419	337	357	357	408	435	364	390
- CONCILIACIÓN	48	24	14	23	23	14	20	17	23	32	24	26	25
- EXTRA PROCESO	19	15	13	9	9	4	8	4	4	7	3	24	24
- LAUDO ARBITRAL	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
- HUELGA	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-
- AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	2	-	2
ARBITRAJE	12	8	6	4	8	7	6	6	5	7	14	5	5
. (ACUERDO DE PARTES) *	(9)	(6)	(3)	(2)	(3)	(2)	(3)	(2)	(1)	(4)	(6)	(2)	(5)
. (RESOL. DIRECTORAL) *	(3)	(2)	(2)	(2)	(4)	(3)	(3)	(4)	(2)	(3)	(8)	(1)	-
. (RESOL. MINISTERIAL) *	-	-	-	-	(1)	(2)	-	-	-	-	-	-	-
. (ARBITRAJE UNIPERSONAL) *	-	-	-	-	-	-	-	-	(2)	-	-	(2)	-

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OFICINA DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA / OFICINA DE ESTADÍSTICA

U Incluye Pliegos de Reclamos presentados en años anteriores y solucionados a la fecha

Nota : ( ) Instancias

* Designación de Árbitros

En el cuadro antes indicado vemos que en el periodo revisado los arbitrajes registrados no pasan de 14 en un solo año, lo cual demuestra la poca utilización de este procedimiento en nuestra realidad como medio de solución de conflictos colectivos.

En el siguiente cuadro se incluyen cuatro años más (desde 1993) para poder observar la importante disminución del arbitraje como medio de solución de conflictos colectivo-laborales. De 85 en 1994 se pasó a 4 en el año 1999 y en el año 2000. Si no fuera por el *repunte* del año 2007, estaríamos hablando de una media de 5 por año.

Claro está, mucho tiene que ver en este punto la privatización de las empresas públicas, proceso casi terminado en 1995, y que la mayoría de arbitrajes se den en las instituciones públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada.

CUADRO Nº 6

NIVEL NACIONAL

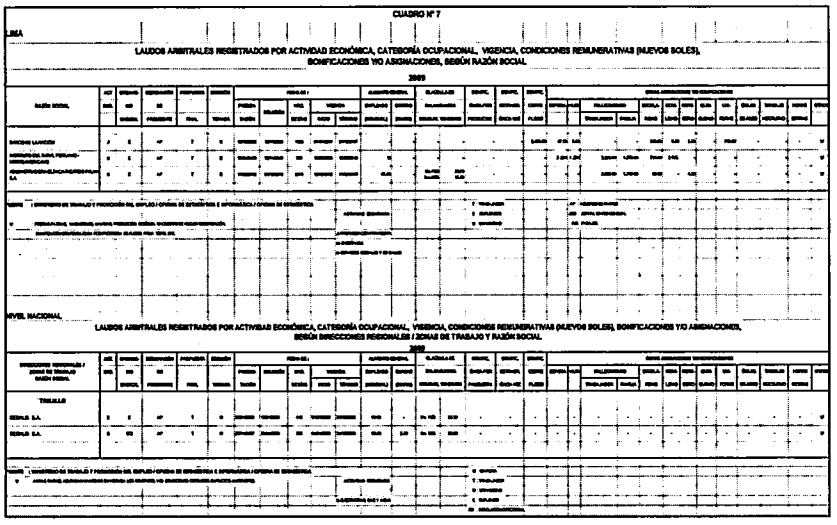
LAUDOS ARBITRALES REGISTRADOS POR AÑOS, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA

1993 - 09

ACTIVIDAD ECONÓMICA	LAUDOS ARBITRALES																
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
A. AGRICULTURA, GANADERÍA, CAZA Y SILVICULTURA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-
C. EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	10	3	1	4	-	1	-	-	1	1	-	1	-	-	2	2	-
D. INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	22	37	24	12	-	3	-	-	-	-	1	-	-	-	1	-	-
E. SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	18	16	9	3	8	1	2	2	5	5	4	2	2	5	8	1	2
F. CONSTRUCCIÓN	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
G. COMERCIO POR MAYOR Y MENOR, REP. DE VEHÍC. AUTOM.	2	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
H. HOTELES Y RESTAURANTES	2	5	3	1	1	1	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-
I. TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	4	10	2	2	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-
J. INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	3	4	4	3	1	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
L. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEFENSA	-	3	-	-	1	-	1	-	-	-	1	-	1	2	1	1	-
M. ENSEÑANZA	1	1	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-	1	-	1	-	1
N. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	3	3	2	2	-	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-	-	1
O. OTRAS ACTIVID. DE SERV. COMUNITARIOS, SOC. Y PERS.	1	2	3	1	1	-	-	-	-	1	-	-	-	-	1	1	-
TOTAL	67	86	48	28	12	7	4	4	8	7	6	6	5	7	14	5	5

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OFICINA DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA / OFICINA DE ESTADÍSTICA

El detalle de las empresas que acudieron a arbitraje lo tenemos en el siguiente cuadro, siendo solamente 5 en el año 2009, todas en entidades estatales o de pasado estatal.



Los tres cuadros que veremos a continuación (con datos del año 2008) servirán para darnos una idea de la realidad laboral formal peruana. En el primero vemos el promedio de empresas por número de trabajadores, según los registros de la planilla electrónica realizados en el año 2008. Como se observa, empresas que tienen menos de 20 trabajadores suman 142,965 de un total de 154,484, esto es, resultan ser algo más del 92% del sector formal. Como se sabe, el TUO LRCT exige para la existencia de un sindicato de empresa la afiliación de por lo menos 20 trabajadores, y de 50 si es un sindicato de otro ámbito.

CUADRO N° 8

NIVEL NACIONAL

PROMEDIO DE EMPRESAS EN EL SECTOR PRIVADO POR TAMAÑO, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA

2008

ACTIVIDAD ECONÓMICA	TAMAÑO DE EMPRESA							TOTAL PROMEDIO MENSUAL
	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	
AGRICULTURA,GANADERIA,CAZA Y SILVICULTURA	2 978	673	417	263	141	156	46	4 682
PESCA	300	165	215	135	47	36	7	906
EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	551	199	164	119	68	132	40	1 264
INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	13 888	3 234	1 841	872	436	477	149	20 842
SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	113	29	30	19	16	26	8	236
CONSTRUCCIÓN	5 053	1 010	607	462	180	148	28	7 489
COMERCIO AL POR MAYOR Y AL POR MENOR, REP. VEHÍC. AUTOM.	37 462	6 980	2 936	1 049	347	271	44	48 159
HOTELES Y RESTAURANTES	6 475	1 868	773	288	85	46	9	9 346
TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	9 480	2 176	1 022	569	185	132	33	13 497
INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	489	146	63	57	30	41	31	757
ACTIVIDADES INMOBILIARIAS, EMPRESARIALES Y DE ALQUILER	17 296	3 989	1 892	1 164	436	482	117	24 527
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEFENSA	126	53	27	30	12	11	2	262
ENSEÑANZA	2 830	1 062	764	581	212	112	30	5 591
SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	3 065	693	267	109	33	43	4	4 123
OTRAS ACTIV. SERV. COMUNITARIOS,SOCIALES Y PERSONALES	8 912	2 071	1 073	829	203	173	41	13 182
HOGARES PRIVADOS CON SERVICIO DOMÉSTICO	2	1	1	-	-	-	-	4
ORGANIZACIONES Y ÓRGANOS EXTRATERRITORIALES	20	12	16	12	3	4	-	66
TOTAL PROMEDIO	108 146	22 791	12 115	6 238	2 436	2 278	577	154 483

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
PLANILLAS ELECTRÓNICAS

ELABORADO : OFICINA DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA/OFICINA DE ESTADÍSTICA

Nota : Diferencias en totales por redondeo de cifras

La preocupante conclusión antes señalada se puede ver con mayor detalle en el siguiente cuadro, que enuncia el promedio de trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a nivel nacional en el sector privado. En total, se determina 97,337 trabajadores sindicalizados de un universo de 2'072,066, esto es, algo más del 4.5%.

CUADRO N° 9

NIVEL NACIONAL

PROMEDIO DE EMPRESAS EN EL SECTOR PRIVADO POR TAMAÑO, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA

2008

ACTIVIDAD ECONÓMICA	TAMAÑO DE EMPRESA							TOTAL Y PROMEDIO MENSUAL
	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	
AGRICULTURA,GANADERIA,CAZA Y SILVICULTURA	2 978	673	417	263	141	165	46	4 692
PESCA	395	105	215	133	47	36	7	938
EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	651	198	164	119	68	132	40	1 264
INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	13 838	3 234	1 641	872	438	477	140	20 642
SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	113	29	30	19	15	23	5	235
CONSTRUCCIÓN	5 053	1 019	697	462	180	149	26	7 486
COMERCIO AL POR MAYOR Y AL POR MENOR, REP. VEHÍC. AUTOM.	37 462	6 080	2 936	1 049	347	271	44	48 159
HOTELES Y RESTAURANTES	6 475	1 068	773	268	86	46	9	9 346
TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	9 480	2 176	1 022	509	186	132	33	13 457
INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	409	146	83	57	39	41	31	787
ACTIVIDADES INMOBILIARIAS, EMPRESARIALES Y DE ALQUILER	17 296	3 699	1 892	1 194	436	462	117	24 097
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEFENSA	126	53	27	30	12	11	2	262
ENSEÑANZA	2 830	1 062	764	561	212	112	30	5 561
SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	3 085	593	257	109	33	43	4	4 123
OTRAS ACTIV. SERV. COMUNITARIOS,SOCIALES Y PERSONALES	8 912	2 071	1 073	829	283	173	41	13 182
HOGARES PRIVADOS CON SERVICIO DOMÉSTICO	2	1	1	-	-	-	-	4
ORGANIZACIONES Y ÓRGANOS EXTRATERRITORIALES	20	12	15	12	3	4	-	66
TOTAL PROMEDIO	148 146	22 791	12 118	6 238	2 436	2 278	577	154 483

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
PLANILLAS ELECTRÓNICAS
ELABORADO : OFICINA DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA/OFICINA DE ESTADÍSTICA
Nota : Diferencias en totales por redondeo de cifras

Finalmente, el promedio de trabajadores en el sector privado con negociación colectiva por categoría ocupacional y actividad económica en el año 2008 denota que la mayor parte de los sindicalizados se encuentra en la industria manufacturera (25,855), siguiéndole muy de cerca la construcción (22,034), la explotación de minas y canteras (13,554) y el transporte, almacenamiento y comunicaciones (10,403). Las demás actividades no pasan de los 10,000 trabajadores comprendidos. No existe negociación en el rubro de los trabajadores del hogar o domésticos y ella es muy baja en hoteles y restaurantes (101).

CUADRO N° 10

NIVEL NACIONAL

PROMEDIO DE EMPRESAS EN EL SECTOR PRIVADO POR TAMAÑO, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA

2008

ACTIVIDAD ECONÓMICA	TAMAÑO DE EMPRESA							TOTAL Y PROMEDIO MENSUAL
	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	
AGRICULTURA,GANADERIA,CAZA Y SILVICULTURA	2 978	673	417	263	141	165	46	4 692
PESCA	395	105	215	133	47	36	7	938
EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	651	198	164	119	68	132	40	1 264
INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	13 838	3 234	1 641	872	438	477	140	20 642
SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	113	29	30	19	15	23	5	235
CONSTRUCCIÓN	5 053	1 019	697	462	180	149	26	7 486
COMERCIO AL POR MAYOR Y AL POR MENOR, REP. VEHÍC. AUTOM.	37 462	6 080	2 936	1 049	347	271	44	48 159
HOTELES Y RESTAURANTES	6 475	1 068	773	268	86	46	9	9 346
TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	9 480	2 176	1 022	509	186	132	33	13 457
INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	409	146	83	57	39	41	31	787
ACTIVIDADES INMOBILIARIAS, EMPRESARIALES Y DE ALQUILER	17 296	3 699	1 892	1 194	436	462	117	24 097
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEFENSA	126	53	27	30	12	11	2	262
ENSEÑANZA	2 830	1 062	764	561	212	112	30	5 561
SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	3 085	593	257	109	33	43	4	4 123
OTRAS ACTIV. SERV. COMUNITARIOS,SOCIALES Y PERSONALES	8 912	2 071	1 073	829	283	173	41	13 182
HOGARES PRIVADOS CON SERVICIO DOMÉSTICO	2	1	1	-	-	-	-	4
ORGANIZACIONES Y ÓRGANOS EXTRATERRITORIALES	20	12	15	12	3	4	-	66
TOTAL PROMEDIO	148 146	22 791	12 118	6 238	2 436	2 278	577	154 483

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
PLANILLAS ELECTRÓNICAS
ELABORADO : OFICINA DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA/OFICINA DE ESTADÍSTICA
Nota : Diferencias en totales por redondeo de cifras

EL INTERVENCIONISMO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN PERÚ Y URUGUAY.
Dimensiones y usos del derecho

Hugo Barretto Ghione(*)

INTRODUCCIÓN. ALCANCE Y PROPÓSITOS

En la presente contribución se analizarán los modos de intervencionismo en el derecho colectivo del trabajo, con especial consideración hacia la negociación colectiva en Perú y Uruguay.

Se trata de dos sistemas de tradiciones bien dispares, uno muy imbuido del modelo regulacionista propio de la mayoría de los países latinoamericanos, cuyas primeras expresiones surgen ya en enero de 1913 con la reglamentación de la huelga y en mayo de 1936 con la regulación legal de la negociación colectiva, y otro que se tuvo secularmente como singular en el contexto continental, más emparentado con ciertos modelos europeos de corte autónomo.

Pese a esta recurrida caracterización, recientemente algunos estudios en Uruguay han comenzado a dar cuenta que el trasfondo del modelo sindical o de relaciones colectivas de trabajo no se sostenía tanto en la más llana autonomía sino que era apuntalado con muy precisas notas de intervencionismo estatal no reconocido como tal. Dicho en muy breves líneas, la ley de Consejos de Salarios de 1943 cuando fue

(*) Profesor Agregado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay).

aplicada[1] dinamizó las relaciones colectivas de trabajo durante largos periodos de construcción del "modelo" sindical, pero su ausencia en el lapso de 1990 a 2005 hizo ver cuán importante era para el "ordenamiento intersindical" el sostenimiento que de los actores se hacía a partir de la convocatoria a negociar los salarios mínimos mediante los ámbitos tripartitos, amén de su influencia en la configuración de otra nota central del modelo uruguayo: la negociación por rama de actividad y la consiguiente estructuración de los sindicatos, y más tardía y trabajosamente de las organizaciones empresariales, con ese formato.

Por ello más que encarar el tema a través de una imposible medición de los grados de intervencionismo, puede resultar de mayor interés indagar en las modalidades, explícitas u ocultas, que asume el intervencionismo, y cómo estamos, además, ante sistemas –fundamentalmente en el caso uruguayo– que presentan alternativas y un proceso de cambio, quizá un viraje, recién iniciado.

En la primera parte se propondrán unos "presupuestos inexcusables" para la conformación de los sujetos de la negociación, que no son otra cosa que manifestaciones de la libertad sindical; en segundo lugar, se ensayará una comparación, en términos necesariamente generales y con base en el material normativo (dimensión semántica), de los modelos de regulación de la negociación colectiva, y finalmente se trazará una categorización de los usos de las normas (dimensión pragmática) con vistas a una mejor comprensión del dinamismo de los modos de intervención por parte de las autoridades laborales.

I. PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA CONFORMACIÓN DE LOS SUJETOS DE LA NEGOCIACIÓN

Ha habido un debate desde hace algunos años acerca de los presupuestos de la acción de los sujetos colectivos en orden a la formulación de las soluciones a adoptar al medio social. Para una de las teorías más aceptadas, el intercambio y la comunicación conducentes a conformar el orden social no debe partir de la elaboración solipsista de un modelo, sino que se trata, para Habermas[2], de una contribución de todos los sujetos interesados mediante la deliberación, el diálogo y el

(1) Los Consejos de Salarios son organismos tripartitos con competencia en la fijación de salarios mínimos por categoría profesional y por rama o sector de actividad. La convocatoria quedaba a cargo del Poder Ejecutivo lo que determinó que en los periodos de funcionamiento se produjera un muy importante impulso de la negociación colectiva (1943 a 1968; 1985 a 1990; 2005 al presente), mientras que en los lapsos en que la autoridad laboral se retiró de la negociación salarial, hubo una notable disminución de la convención colectiva, que se radicó en el nivel de la empresa, y consiguientemente, una reducción igualmente notable de la afiliación sindical. Los Consejos de Salarios, en definitiva, han constituido en Uruguay un mecanismo de fomento y promoción de la negociación colectiva; la reciente modificación de la Ley N° 10.449 habilita a que sean también las organizaciones de trabajadores y de empleadores quienes puedan convocar a la negociación tripartita por rama de actividad, lo que asegura no solo la permanencia del funcionamiento sino, lo que es más importante para este ensayo, del intervencionismo en la materia.

(2) HABERMAS, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Península, 5 ed., Barcelona, 1988, p. 88.

consenso. Dice el autor que "en lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida y que quiero que opere como una ley general, tengo que presentarles mi teoría al objeto de que quepa hacer la comprobación discursiva de su aspiración de universalidad (...) El peso se traslada desde aquello que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley general, *a lo que todos de común acuerdo quieren reconocer como norma universal"*.

Esta ética argumentativa se constituye en una forma de legitimar los resultados de los intercambios, en tanto las normas solo son válidas si consiguen la aprobación de todos los destinatarios: "una norma únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo –en tanto participantes de un discurso práctico– en que dicha norma es válida"(3).

La participación del conjunto de los afectados permite superar las limitaciones de la perspectiva unilateral y presta una incuestionable legitimidad a la norma, aspecto central en las relaciones de trabajo. Se trata de escuchar a los interesados para mejor resolver los intereses de los afectados, de tal modo que en la regulación de una materia en particular se practique una igual consideración de los intereses de los participantes.

En síntesis, para esta concepción, *únicamente pueden aspirar a validez aquellas normas que consiguen la aprobación de todos los participantes.*

Se trata de una "ética de los procedimientos", que no prejuzga ninguna relación de contenido: todos los contenidos han de hacerse posibles porque los sujetos, libres de coacción, argumentarán en procura de obtener un consenso y por consiguiente, formular una regla que sea aceptada por todos (condición de legitimidad).

Esta procedimentalización del debate social ha merecido algunas críticas, justamente, por prescindir de los contenidos y por desestimar la significación del conflicto.

Ambos elementos (los contenidos de justicia material y el conflicto), son decisivos en el mundo del trabajo, y en estas consideraciones radican las principales críticas a que es objeto el enfoque dialógico o deliberativo.

Pese a estas limitaciones, el enfoque centrado en los consensos como propiedad de las normas, permite interrogarnos acerca de los grados de consenso histórico que tienen los modelos sindicales y cómo operó y con base en qué fuerzas sociales y en qué fundamentos se alumbró el "momento originario" de la estructuración del modelo, cómo se perciben por los actores los procesos y procedimientos que se dan a su interior, y si la intervención de la autoridad laboral es aceptada, resistida o aun reclamada por los interlocutores sociales.

(3) HABERMAS. Ob. cit., p. 86.

El problema se plantea en mayor medida si se asume que en las sociedades complejas el cumplimiento de las normas se obtiene con respaldo en la fuerza (coacción), pero sin desconocer que lo habitual es que se materialice mediante una legitimidad que rebasa su mera imposición coactiva y posibilita una elemental aceptación indispensable para su efectividad. Y esa legitimidad depende del modo en que esas normas sean creadas: son legítimas cuando los destinatarios participaron de algún modo en el trayecto de creación de las normas, lo que equivale a seguir un procedimiento democrático.

Esta explicación parece adecuada si recordamos que en muchos sistemas los contenidos acordados a través de la negociación colectiva componen una profusa trama normativa, y es sabido que estas normas directamente pactadas son de mas fácil cumplimiento y contralor porque quedan a merced de las partes que las generaron.

Sin embargo, esta construcción pensada desde la perspectiva del mundo del trabajo, corre riesgo de asentarse sobre pilares endebles.

En concreto, una arquitectura "consensual" y "procedimental" del mundo normativo como la brevemente transcripta reposa en la existencia insoslayable de sujetos colectivos representativos, autónomos y fuertes, ya que de lo contrario pueden aparecer distorsiones en ese paisaje tan diáfanamente dibujado por las teorías argumentativas y deliberativas.

Este punto es especialmente crucial para nuestro tema, porque quizá las debilidades en la conformación de los sujetos colectivos provea de una suficiente explicación de la omnipresencia, y hasta de la apelación y la búsqueda, de mayores márgenes de intervencionismo en la negociación y más en general, en la actividad sindical. Lo que queda sospechado es si esa debilidad de los sujetos sindicales que a veces no tienen otra alternativa que buscar la intervención estatal, no es un efecto buscado por la pertinaz reglamentación sindical; en otras palabras, dibujaría una especie de círculo sin salida: se es débil y por ello se reclama la intervención del Estado, y es esa intervención la que provoca la debilidad.

Las reglas básicas de todo proceso de búsqueda del consenso de acuerdo a las teorías que vienen siguiéndose serían:

a) La inclusión en esos procesos de negociación de todos los sujetos con capacidad para participar en condiciones de simetría.

b) La igualdad de oportunidades para expresarse y garantías suficientes para contribuir y poner de manifiesto los argumentos propios.

c) El acceso y derecho a la participación sin ningún tipo de coacción.

Parece claro que en ciertos contextos alguno o algunos de estos presupuestos se encuentran ausentes por circunstancias fácticas, y lo que es más grave, muchas

veces es el propio marco o diseño legal de las relaciones colectivas de trabajo y de la negociación el que pone obstáculos a la pregonada "simetría" o "inclusión", merced a las cortapisas que se colocan para la constitución de un sindicato (número mínimo de afiliados en Perú, la obtención de personería gremial en Argentina, los registros o "tomas de nota" de los representantes sindicales en México).

La inexistencia de algunos de estos presupuestos, todos del entorno del concepto de libertad sindical, resta a los sujetos colectivos *capacidades* para operar en el mundo del trabajo a favor de la promoción de los intereses y el bienestar de los trabajadores. El sindicato no es otra cosa que el instrumento y la libertad sindical el fundamento para la alcanzar aquellos objetivos que se juzguen valiosos para el conjunto de los trabajadores, y las capacidades que puedan desplegar para su obtención constituirá parte sustantiva de la libertad de la persona ("libertad para") y de las oportunidades reales de logro del bien-estar"[4]. En definitiva, el bien-estar dependerá de la *capacidad* del sujeto colectivo de contribuir a equilibrar las posiciones asimétricas del factor "trabajo" frente al "capital".

Pese a algunas dificultades que aparecen en cuanto a la mensura de las capacidades y de su pertinencia y participación en la obtención de los resultados, el esquema seguido debe denotar:

- (Primero) los ***presupuestos básicos*** de toda participación de los sujetos colectivos con miras a dotarlos de
- (Segundo) ***capacidades*** para la búsqueda de mayores márgenes de bienestar; constituye en definitiva un modo de entender la función de los sindicatos y la negociación, y un instrumental teórico para dirimir la oportunidad y la pertinencia de toda intervención que exceda el fomento y la promoción de las garantías de asentamiento de estos presupuestos y capacidades.

II. MARCO QUE DISEÑA LA LEY PARA LA INTERACCIÓN DE LOS ACTORES

La entronización de la ley como forma de toda regulación de las relaciones sociales que se producen en el ámbito del trabajo viene de lejos.

Dice un autor que "La palabra escrita viviría en America Latina como la única valedera, en oposición a la palabra hablada que pertenecía al reino de lo inseguro y lo precario (...) En territorios americanos, la escritura se constituiría en una suerte de religión secundaria, por lo tanto pertrechada para ocupar el lugar de las religiones cuando estas comenzaron su declinación en el siglo XIX (...) Ese exclusivismo fijó las bases de una reverencia por la escritura que concluyó sacralizándola. La letra fue siempre acatada, aunque en realidad no se la cumpliera, tanto durante

(4) SEN, Amartya. *Nuevo examen de la Desigualdad.* Alianza, Madrid, 2004, p. 54.

la colonia con las reales cédulas, como durante la República respecto a los textos constitucionales"[5].

Esa tradición propiamente latina por la escritura, sistematizada y reunida en el caso del derecho en códigos durante la consolidación de los Estados nacionales en el siglo XIX, se trasladó al mundo del trabajo con el agregado y la parcería de un muy claro designio político como lo era (lo es) el disciplinamiento del conflicto social.

La cristalización de los códigos, leyes generales o consolidaciones de leyes del trabajo terminó configurando un modo de ser de las relaciones sociales y los intercambios que ocurren en el seno del mundo del trabajo. Hay una historia, todavía no suficientemente escrita, sobre la procedencia y la concatenación y el diálogo entre los códigos latinoamericanos y las ideas fuerza que en alguno de esos casos imprimieron los clásicos doctrinos, como el caso del "trabajo como hecho social" de Caldera en la LOT venezolana, o la "relación de trabajo" de de la Cueva en la LFT de México.

En el nivel colectivo, la regulación del sujeto sindical y de puntuales aspectos de la negociación colectiva incide fuertemente en la conformación misma de esos sujetos.

Así la exigencia de mínimos de afiliados para la constitución de sindicatos, o la imposición de determinado tipo organizacional en lo municipal o estadual o de manera indirecta, atribuyendo niveles a la negociación colectiva, determina de forma inevitable si la estructura sindical se radicará en el ámbito de la empresa o del sector de actividad, con toda la relevancia que tiene esa ubicación.

Se ha señalado, por ejemplo, que dejar al albur del acuerdo de las partes la determinación del nivel de la negociación al nivel de la empresa o del sector de actividad, como hace el art. 44 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de Perú, recluye las relaciones de trabajo en la empresa, fundamentalmente en un contexto de debilitamiento sindical.

Los actuales procesos de descentralización empresarial o tercerización contribuyen a justificar y consolidar la práctica de la negociación por empresa, en tanto aún las grandes unidades se fragmentan progresivamente.

Si el marco general confluye en limitar el radio de acción sindical merced la imposición del encuadramiento, ese mismo sindicato tan fuertemente mediatizado será más proclive luego a aceptar otras imposiciones como las derivadas de la excesiva procedimentalización de la negociación.

(5) RAMA, Ángel. *La ciudad letrada*. Fundación Internacional Ángel Rama, Bs. As., 1984, pp. 17 y 41.

En este punto deben observarse las dos modalidades que adopta el intervencionismo:

a) De tipo *"originario"*, es decir, al momento de diseñar el marco jurídico, que significa en general la fijación de un escenario y de unas reglas para la actuación de los sujetos colectivos. **El intervencionismo se denota en el texto;**

b) Puede observarse asimismo una intervención *"dinámica"* en el momento de ejercer la gobernanza de esas relaciones entre los sujetos, de aplicar el marco legal y de arbitrar soluciones, dependiendo de la intencionalidad de la autoridad en cada caso. **El intervencionismo se denota en la actividad de la autoridad laboral.**

Las prescripciones legales sobre los alcances del convenio colectivo son también una forma de intervencionismo, pese a que en general se morigera con una preferencia a lo acordado interpartes. Sin embargo, no es infrecuente encontrar posiciones o normativas que hacen aplicable el convenio exclusivamente entre los afiliados al sindicato, o que presentan reglamentaciones excesivas al momento de dar extensión a las disposiciones del convenio al conjunto de la rama de actividad.

III. UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO COMPARADO DE LOS MODOS DE INTERVENCIONISMO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN PERÚ Y URUGUAY. LA DIMENSIÓN ORIGINARIA Y SEMÁNTICA

No interesa a esta contribución –quedó dicho– cuantificar el grado de intervención en cada caso. Nuestro derrotero es antes bien comparar los modos que asume esa intervención, dando por verdadero que en ambos casos la autoridad laboral interviene de manera diversa, probablemente adoptando la forma que requiere la historicidad de los sistemas, sus tradiciones, ideologías, contextos y valores.

El propósito consiste en un intento de aproximación a una realidad sumamente compleja y cambiante.

Compleja porque, como ocurre en general en el Derecho del Trabajo, no basta ni se comprende un ordenamiento con el solo recurso de estudiar sus normas, lo que comportaría un esfuerzo de retratar una instantánea –una estática– que probablemente diga poco sobre lo que ocurre en la realidad de las relaciones que dice regular; factores económicos, culturales y políticos someten a esas relaciones a cambios de los que no puede dar cuenta el mero detenimiento en la composición normativa.

Cambiante porque el discurso acerca de la "reforma laboral" es recurrente en América Latina, y casi cada Gobierno tiene su propio proyecto sobre el rumbo que deberían tomar las relaciones laborales y sobre cuál debería ser el modelo

más pertinente para ... para cumplir objetivos de diverso orden, ya sea económicos, productivos, competitivos o sociales.

Con estas prevenciones, la comparación en términos normativos que se hace no responde a un designio de agotar el tema, sino tan solo de salvar el conocimiento de cómo desde el mundo normativo pretende ordenarse un conjunto de fenómenos sociales que muchas veces no pueden encorsetarse en las buenas, malas o regulares o rígidas o flexibles normativas laborales.

Se trata de indagar en la dimensión **originaria** del intervencionismo, tal como se indica supra, atendiendo al tenor **semántico de lo jurídico.**

La comparación de los ordenamientos asume entonces, con estas previsiones, algunas notas de interés, al menos, por ejemplo, a los fines de verificar cómo desde quienes "dicen" el derecho se procura disciplinar las relaciones laborales y el conflicto.

Esta dimensión semántica de lo normativo nos aporta los rasgos, las oportunidades y las prescripciones que asume el intervencionismo en el derecho colectivo referido a la negociación colectiva, fijando un marco y unos límites para la actividad futura de la autoridad laboral.

En esa misma circularidad de lo meramente escrito, el análisis puede deparar también una inevitable y necesaria mirada hacia la constitucionalidad de las soluciones; todo sin salirse del ámbito de la significación de los textos y de las normas emergentes de dicha operación interpretativa.

No resultará un ejercicio vano, tampoco, comparar las soluciones previstas en la ley laboral con las que postulan los organismos de contralor de la OIT como el Comité de Libertad Sindical.

Veamos entonces a través del siguiente cuadro una síntesis del derecho positivo sobre los procesos de negociación colectiva en Perú y Uruguay.

	Perú - LRCT	**Uruguay - L.18.566**
Sujetos	Sindicato que afilie a la mayoría absoluta, con un mínimo de 20 trabajadores afiliados. En ausencia, por representantes de trabajadores (41). Condiciones para la constitución de la comisión representativa de los trabajadores (47)	Dependiendo del nivel, sindicato de empresa o de rama de actividad en caso de no existir organización de empresa y sindicato de rama de actividad para ese nivel (14)
Nivel	De empresa, rama o gremio según lo acuerden las partes (44). La falta de acuerdo en la primera convención determina la negociación por empresa (45)	De empresa, rama de actividad o cadenas productivas (11 y 15)

Procedimiento	- Presentación del pliego (50-51); - Determinación del plazo (52); - Con copia a la autoridad del trabajo o directamente en caso de negociación por rama (53); - La autoridad puede precisar la información necesaria (55) y dictaminar sobre la situación económico-financiera de la empresa (56); - Plazo para iniciar la negociación (57); - Información a la autoridad sobre la finalización de la negociación (58)	No está prescripto
Contenido	- Facilitación de la actividad sindical - Remuneraciones, condiciones de trabajo y productividad (41)	En Consejos de Salarios por rama de actividad se fijan los salarios mínimos por categoría profesional. Las condiciones de trabajo se acuerdan en el nivel que determinen las partes (12 y 15)
Duración/revisión	Rige por el periodo que acordaran las partes o en su defecto por un año (43.c) y continúa mientras no sea modificada por otra posterior (43.d)	Rige por el periodo que acuerden las partes. Las condiciones pactadas continúan vigentes una vez vencido el plazo y hasta que un nuevo convenio lo sustituya (17)
Solución de conflictos	- Sometimiento a la conciliación (58-59) - Posibilidad del arbitraje (61). Laudo arbitral (65-66)	Durante el plazo del convenio se aplica la cláusula de paz legal (21)

En lo sustantivo, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo peruana (en adelante LRCT) prescribe en el art. 44: "La convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, que podrá ser:

a) De la empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una categoría, sección o establecimiento.

b) De una rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte de ella.

c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas".

Se ha dicho al respecto[6] que "A lo dicho habría que agregar que en el caso de la negociación colectiva por rama se han impuesto requisitos tan exigentes, y no verificables, que han hecho que a la fecha sigamos con la negociación colectiva de construcción civil como la única sectorial (que tuvo que ser restituida por el Tribunal

(6) VILLAVICENCIO, Alfredo. "Hiperdescentralización negocial y tutela colectiva: crónica de la disfuncionalidad peruana". Inédito. A publicar en la Revista *Derecho Social Latinoamérica* núm. 6

Constitucional). Los requisitos señalados imponen que quien quiera iniciar un proceso negocial de rama tenga que representar a la mayoría absoluta de trabajadores y empleadores involucrados, convoque a todos (directa o indirectamente) y recabe la conformidad de la patronal respectiva en función del inicio de negociaciones a tal nivel. Esta regulación no solo es excesiva sino inviable e inadecuada, puesto que los sindicatos no representan empresas, no es posible medir la representación de los sindicatos ni existe forma de notificar a todas las empresas del país, cuando predominan los centenares de miles de microempresas. Por ello ni siquiera se han constituido sindicatos de rama en el país".

Y todavía se agrega que "si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará en el nivel de empresa" (artículo 45 LRCT).

Señala Villavicencio en el trabajo citado que "En este campo, el Tribunal Constitucional ha tenido una intervención significativa en dos casos: construcción civil y estibadores portuarios. En ambos constató que la imposición del nivel de empresa a falta de acuerdo era de imposible aplicación por la altísima rotación de los trabajadores, pero su conclusión fue distinta: en construcción civil ordenó el reinicio de la negociación por rama, en tanto que en estibadores ha ordenado que sea un tribunal arbitral el que decida el nivel a utilizar" y critica la solución en tanto aduce que "no cabe ninguna duda que en el segundo caso el Tribunal Constitucional abdicó de su potestad de resolver el fondo del conflicto sin mayor justificación puesto que si bien el Comité de Libertad Sindical exige que frente al desacuerdo se recurra a un órgano independiente, nadie debe tener duda alguna que nuestro máximo órgano de jurisdicción constitucional lo es".

Respecto de la segunda limitante, referida a la eventual modificación de la unidad negocial, la LRCT prescribe que "de existir convención en algún nivel, para entablar otra en nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral" (art. 45).

La ley uruguaya diferencia entre un rango de negociación obligatorio por rama para la fijación del salario mínimo por categoría profesional, y un rango voluntario de negociación por rama, empresa, establecimiento "o cualquier otro nivel que estimen oportuno" (arts. 12 y 15).

El informe del Comité de Libertad Sindical núm. 356, referido a la ley núm. 18.566[7], recomienda que "el nivel de negociación colectiva sea establecido por las partes y no sea objeto de votación en una entidad tripartita", atendiendo a que

(7) Se trata del caso núm. 2699

el Consejo Superior Tripartito, órgano de "gobernanza" de las relaciones laborales, tiene como competencia (art. 10 lit. d) la de "considerar y pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los niveles de negociación tripartita y bipartita".

La reciente entrada en vigencia de la ley hace que el Consejo Superior Tripartito no haya tenido todavía oportunidad de poner en práctica esta norma, por lo cual no es conocida la interpretación y el uso que la autoridad laboral (que tiene una integración superior en el órgano) dará a esta disposición, ni tampoco es claro que el "pronunciamiento" en estos casos tenga carácter preceptivo.

Los sujetos partícipes de la negociación son los respectivos de las unidades negociadoras, siendo amplio el abanico de posibilidades establecido en el artículo 15.

Sin embargo, ha sido también observado el art. 14 en tanto dispone que "en la negociación colectiva por empresa, cuando no exista organización de trabajadores, la legitimación para negociar recaerá en la organización más representativa de nivel superior". El CLS ha dicho al respecto que "la inexistencia de un sindicato no significa la inexistencia de relaciones colectivas en la empresa. El Comité estima por una parte que la negociación con la organización más representativa de nivel superior solo debería llevarse a cabo en la empresa si cuenta con una representación sindical conforme a la legislación nacional".

En el caso de Perú, y en relación a la articulación, la solución legal se encuentra prevista en el art. 45, de forma tal que ante la concurrencia conflictiva de dos convenios colectivos se dispone que "se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad", mientras que en la ley uruguaya se dice que "la negociación en los niveles inferiores no podrá disminuir los mínimos adoptados en los convenios colectivos de nivel superior, salvo lo dispuesto en el Consejo de Salarios respectivo" (art. 15).

Nótese que la ley peruana avanza en la consideración del método para dilucidar cuando estamos ante una norma más favorable, mientras que la ley uruguaya no se pronuncia sobre este aspecto de técnica jurídica pero permite en cambio el llamado "descuelgue"(8) del convenio de rama que no pueda cumplirse al nivel de la empresa.

Quizá lo más decisivo en la nueva legislación uruguaya sea la profundización del esquema de negociación en el nivel del sector de actividad. Hay al respecto algunas normas directamente dirigidas a provocar ese efecto, y otras que lo hacen de manera indirecta.

(8) El "descuelgue" es una terminología adoptada en la práctica de las relaciones laborales de Uruguay, y consiste en la posibilidad de no aplicar el convenio de sector de actividad en una empresa (fundamentalmente en referencia a los salarios mínimos o los ajustes generales de salario) ante la situación económico/financiera de dificultad que pudiera estar atravesando. En esos casos, el órgano tripartito del sector –Consejo de Salarios– puede autorizar la aplicación de mínimos "distintos" a los adoptados en el acuerdo de sector de actividad, previa demostración sumaria de sus dificultades por la empresa en cuestión y si existiera acuerdo con los trabajadores de esta.

En concreto, debe tenerse en cuenta:

a) En lo fundamental, a partir de la ley núm. 18566 de setiembre de 2009, el Consejo de Salarios no solamente podrá ser convocado de oficio, sino que también tendrán iniciativa las organizaciones de trabajadores y de empleadores, con lo cual el sistema se asegura la permanencia del tripartismo para la fijación de los salarios mínimos por categoría y sector de actividad (art. 12);

b) El Consejo de Salarios suma a su competencia no solamente el establecimiento de los salarios mínimos, sino los ajustes generales del salario, a través de la "actualización" de las remuneraciones de todos los trabajadores de la actividad privada (art. 12);

c) A ese nivel tripartito podrán negociarse las condiciones de trabajo de existir acuerdo entre los interlocutores (art. 12);

d) Se prevén mecanismos de registro y publicación de los convenios colectivos bilaterales a nivel de rama para dotarlos de alcance a todo el sector involucrado (art. 16);

e) Finalmente, se privilegia la representación sindical de la rama para negociar a nivel de la empresa en caso de inexistencia de representación sindical (art. 14).

IV. EL INTERVENCIONISMO Y LA DIMENSIÓN PRAGMÁTICA DEL DERECHO: HABLEMOS SOBRE EL USO DE LAS NORMAS

El estudio del intervencionismo en materia de derecho colectivo del trabajo y en especial en la negociación colectiva ha de hacerse teniendo en cuenta, naturalmente, el marco normativo, pero según el enfoque que se ensayará seguidamente, atendiendo a su vez a las prácticas de política laboral o más bien, al ***uso*** del derecho.

Siendo clara la intervención de la ley en la negociación colectiva vía la imposición de niveles, procedimientos y soluciones (dimensión textual o semántica), **resta por ver el "derecho en acción" a través de la actividad de la autoridad laboral y del uso que le presta al derecho.**

En este sentido, preferimos la locución "uso" del derecho en lugar de "aplicación" del derecho, por asumir que "aplicar" la norma comporta concebir la existencia de un texto legal que ha de ser mecánica y automáticamente puesto en práctica sin fisuras ni complejidades de ningún tipo. La aplicación significaría una derivación inevitable y necesaria de "lo dicho" y prescripto en la ley. Esta dinámica "norma-aplicación" parece heredar una tradición de literalidad presente todavía en nuestros sistemas, pertinazmente dependientes del valor "sagrado" de la escritura y de una visión del lenguaje como sucedáneo o como ocupando "el lugar" de la realidad.

Por el contrario, entendemos que la norma surge de la interpretación del texto y que con la aplicación componen una dinámica propia y distinta de todo anclaje en territorios de la "intención" del legislador.

El texto de la ley muestra un acentuado intervencionismo en la negociación colectiva, es cierto, pero ello no equivale a decir que esos mismos textos se atribuyan un significado independiente y definitivo, anterior a la actividad interpretativa de los operadores.

Admitido el intervencionismo legislativo en la faz semántica de la ley, vayamos ahora al uso que la autoridad laboral da a ese material normativo.

El partido por el que se opta entonces es apreciar el empleo que se presta a las normas, no bastando que estas figuren en abigarrados repertorios legales. Indagar en el uso tiene por lo tanto la doble ventaja que, sin despreciar lo propiamente textual, se abre a la consideración de las interpretaciones y las prácticas a que da lugar la acción humana que pone en función al material normativo.

Esto permite verificar el doble carácter del intervencionismo, que resulta tanto del mapa legal diseñado para la interacción de los actores como del empleo que de este hace la autoridad laboral, que no siempre será el mismo, dependiendo de los énfasis y acentos de la política laboral. Esta aproximación configura un enfoque diacrónico de singular validez para el estudio de los fenómenos del derecho colectivo, que presentan gran dinamismo y se resisten a su consideración cristalizada en lo meramente legal/formal.

Sin variar el marco legal, es admitida así la existencia de prácticas heterónomas de diverso alcance.

Sin embargo, ha de admitirse que el uso ha de estar no exclusivamente sujeto a los vaivenes de la autoridad laboral, sino que se encuentra incordiada por factores internos al sistema, como pueden serlo las percepciones y estrategias de los actores en cuanto al uso que ellos puedan inducir del ordenamiento legal, como también por factores exógenos como pueden serlo los pronunciamientos judiciales o las observaciones de los órganos de contralor de la OIT.

En estos últimos casos, los fallos o recomendaciones de los órganos independientes pueden orientar tanto la modificación del marco legal por entenderlo inadecuado a las normas de superior jerarquía, como a incidir en el uso de las normas existentes.

Teniendo en cuenta estos quiebres o fronteras permeables del marco normativo y del uso que del mismo hace la autoridad laboral, puede articularse una clasificación de tipo formal que contribuya a la comprensión más afinada de los modos de intervencionismo. Será así la práctica del derecho la que diga más sobre la

intervención que el simple texto normativo cosificado, que es el único que frecuentemente se estudia.

Podemos ensayar así una clasificación de los usos, que desde luego no prejuzga sobre la prescriptividad de las normas (el lenguaje del derecho es precriptivo por naturaleza), pero que admite una escala de progresividad e intensidad en la modulación de la intervención. Se pretende eludir la fácil recurrencia a la consideración de que "todas las normas son obligatorias", costado que no se cuestiona, pero sí se procura evitar recaer en ese lugar común a través de una apreciación diacrónica del fenómeno del intervencionismo en derecho colectivo.

Atendiendo al uso de las normas de derecho colectivo, y con especial referencia al derecho uruguayo, podemos distinguir:

1. Normas de uso *necesario y regular*

Son las consideradas básicas del sistema por la autoridad laboral porque sostienen la estructura del modelo sindical de que se trate (normas sobre encuadramiento sindical, sobre niveles de la negociación colectiva, reconocimiento sindical, etc.). Depende de cada ordenamiento y, frecuentemente, los organismos de contralor de la OIT señalan aquellas normas o prácticas que deben ser necesariamente cumplidas. Tienen que ver con la configuración sustancial del sistema de que se trate.

Las normas que integran esta categoría no tienen por qué estar situadas en la cúspide jerárquica del ordenamiento: las normas constitucionales y aun los tratados internacionales son desconocidos a menudo por el ordenamiento infraconstitucional, que es el que realmente se aplica.

Esta constatación da lugar a tensiones en el ordenamiento y en ocasiones, pronunciamiento de los órganos decisorios de mayor nivel.

En este nivel podemos reconocer, entre otras, a las normas que recepcionan o dan valor a los convenios colectivos de trabajo y los modos de su integración al ordenamiento.

En el caso uruguayo, las normas sobre libertad sindical han sido de aplicación necesaria, fundamentalmente en lo concerniente a la autonomía sindical y demás contenidos previstos en el Convenio Internacional núm. 87.

2. Normas de uso *condicionado*

Algunas normas permanecen "a la espera" de su aplicación, dependiendo del acaecimiento de determinadas circunstancias de hecho. Pero lo peculiar de este tipo de utilización de la normas es que, ocurrido el "hecho generador", no necesariamente se aplica la norma. Así, por ejemplo, la declaración de servicios esenciales

tiene como presupuesto obviamente la existencia de una huelga, pero no se aplica de manera necesaria, dependiendo de las circunstancias y los servicios afectados. Una vez desatado el conflicto en ciertos servicios, puede dispararse la aplicación de "esencialidad", pero siempre se encuentra presente la posibilidad de un desborde del poder o imperium, tanto en la consideración del servicio esencial como en el alcance que se le puede otorgar.

La norma existe, pero el uso que se da es condicionado a las circunstancias de hecho (huelga que afecte determinados servicios), y en ese caso, el empleo es discrecional y puede ser arbitrario.

La modulación con que se ejerce el poder sancionador de la autoridad laboral tiene que ver también con esta tipología del uso condicionado de la norma. En nuestro caso, cierta práctica de la Inspección General del Trabajo en cuanto a la aplicación de los criterios de cuantificación del monto de la multa por violación a la Libertad Sindical por parte de las empresas terminó por ser recepcionado por la ley para terminar con una dualidad en su aplicación (se sostenía tanto el cálculo de la multa sobre la base de cada trabajador afectado o sobre la totalidad de los trabajadores por entender que se violenta la dimensión colectiva de la libertad sindical).

3. Normas de uso *discontinuo*

Algunas normas pueden ser puestas en funcionamiento de acuerdo al arbitrio de la autoridad laboral. El ejemplo de la aplicación "intermitente" de la ley de Consejos de Salarios vía la convocatoria discrecional del Poder Ejecutivo es el mejor ejemplo del uso discontinuo de las normas.

Las consecuencias que para el sistema de relaciones laborales y más en particular para la negociación colectiva tuvo en el pasado esta aplicación discontinua de la ley de Consejos de Salarios es bien conocida: cuando el Poder Ejecutivo no convocó estos organismos, la tasa de afiliación sindical disminuyó y la negociación colectiva se situó en niveles mínimos.

4. Normas de uso *parcial o incompleto*

Algunas normas pueden ser aplicadas con determinada intensidad o de manera parcial. Si pensamos en un sector del ordenamiento, por ejemplo la regulación de la huelga en nuestro país, podrá apreciarse como las disposiciones de la 13720 se aplican de manera insuficiente, no siendo casi aplicadas las que tienen un perfil más intervencionista. Aquí la pragmática del derecho no explota del todo las posibilidades que le presenta la dimensión semántica.

Pero el ejemplo más acabado ha sido, otra vez, el de la ley de Consejo de Salarios, que se aplicó de manera parcial y sui géneris cuando el marco normativo se

mostró insuficiente y fue "completado" por un conjunto de normas de diversa procedencia[9], creando un campo inédito que recién se formalizó con la Ley N° 18566.

Lejos de entenderse como un déficit, comportó en su momento una solución creativa no del legislador, sino de la autoridad laboral, amén de un ejemplo paradigmático de intervencionismo no solo a través de la ley que prohija la determinación salarial de manera tripartita, sino mediante el uso parcial del instrumento legal, que es completado por otras normas y otras prácticas concurrentes.

5. Normas de uso *infrecuente u omitido*

En el caso uruguayo, la norma que obliga a preavisar cualquier medida de huelga o *lock out* con una anticipación de siete días es secularmente incumplida por los actores sociales y nunca usada por la autoridad laboral, que ha contribuido decisivamente a lo inercial en que ha devenido el dispositivo legal.

V. ALGUNAS REFLEXIONES Y PROYECCIONES POSIBLES DEL ENFOQUE CENTRADO EN EL TEXTO Y EL USO DE LAS NORMAS

1. Todas estas modalidades –entre otras que pueden categorizarse– significan grados diversos de intervencionismo.

   Pero lo que cabe anotar en todo caso es que siendo la legislación sobre negociación colectiva intervencionista en los márgenes ya vistos de la dimensión textual (delimitación de los sujetos colectivos, establecimiento de procedimientos, determinación de los niveles, etc.), el intervencionismo se amplía considerablemente si atendemos a la dimensión pragmática o al uso que al derecho presta la autoridad laboral.

2. La misma potestad tan variopinta de usos de la ley de que dispone la autoridad laboral dice mucho sobre el peso del intervencionismo.

3. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que tanto el texto de las normas como el uso que de estas hace la autoridad, puede significar una apartamiento de las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución y en los

(9) En tanto la ley de Consejos de Salarios demandaba que la designación de los delegados a los consejos fuera efectuada por elección dentro de cada sector de actividad, el mecanismo se hizo impracticable con el devenir del tiempo y hubo que sustituirlo por la designación directa por el Poder Ejecutivo de los delegados de trabajadores y empleadores a propuesta de las organizaciones más representativas. La falta de aplicación de la ley en estos aspectos hizo que, para prevenir impugnaciones a las decisiones de esos Consejos no constituidos de acuerdo a las prescripciones legales, se idearan soluciones alternativas. En estos casos, el Poder Ejecutivo convocaba a los Consejos de Salarios, designaba a los representantes y luego recogía por decreto las resoluciones de los Consejos, dando así una formalidad jurídica adecuada pero alejada de los mecanismos previstos en la ley 10.449.

tratados y convenios internacionales, cuestión que se deslizó muy levemente en esta contribución, pero sobre la que debe insistirse.

4. Naturalmente que en paralelo con estas consideraciones también podría estudiarse el uso que de las normas hacen los interlocutores sociales. El esquema o categorización también sirve a los efectos del estudio de la visión pragmática del derecho desde el mundo de los actores, aunque ello tampoco es objeto de esta comunicación.

Sin embargo, el uso que la autoridad haga del derecho puede ser más o menos aceptado, más o menos considerado legítimo por los actores, lo que agrega una línea más de reflexión sobre la que interesará incursionar en el futuro.

5. Finalmente, el instrumental propuesto puede originar otras consideraciones:

5.1. Al cuadro sobre modos de intervención en Perú y Uruguay podría agregarse una tercera columna que estableciera las observaciones o apartamientos que esa legislación presenta respecto del Convenio Internacional núm. 87 y de las opiniones que al respecto ha merecido de parte de los órganos de contralor de la OIT.

5.2. En algún punto el intervencionismo es reclamado por los actores, siempre con direcciones diferentes.

En el caso uruguayo, algunos sostienen que hay una inclinación demasiado pronunciada hacia la negociación por rama o sector de actividad, mientras que otros entienden que la regulación es pertinente; en el caso peruano se postula, por su parte, que es la legislación misma la que induce a la negociación por empresa, entre otras cosas, por dejarlo al albur de los "acuerdos" bilaterales.

Esta disyuntiva constituye un problema cuyas primeras expresiones hay que verlas en los "presupuestos de la acción colectiva", o sea, en las cortapisas que a la organización sindical se le imponen en el nivel legislativo al momento de su constitución, elementos que constituyen "marcas" de debilidad de la que luego los sindicatos no pueden deslindarse.

¿ No sería parte del fomento de la actividad sindical y la negociación colectiva como derechos fundamentales de la persona que trabaja inducir –que no obligar– hacia la negociación colectiva por sector de actividad, y no direccionar tan prescriptivamente hacia el nivel de la empresa?

¿Cuál es la nota de voluntariedad en el establecimiento de los niveles de negociación visto desde el punto de vista de quienes se ven arrojados a la negociación por empresa ante la falta de acuerdo en el nivel de rama?

¿Se supone en ese caso un acuerdo "natural" acerca de la negociación por empresa?

El propósito en definitiva de esta contribución ha sido proporcionar algunos instrumentos para el estudio de los modos de intervencionismo en materia de negociación colectiva, tanto en lo relativo a la comparación de los textos jurídicos como en el intento por distinguir los diversos usos del derecho, que permite una apreciación más dinámica y efectiva a las prácticas de la autoridad laboral.

PONENCIAS LIBRES

PERSPECTIVAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ

Víctor Ferro Delgado(*)

INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva ha demostrado ser el mecanismo idóneo para regular las relaciones entre empleadores y trabajadores mediante acuerdos que de ser recíprocamente satisfactorios, permiten encauzar adecuadamente los conflictos derivados de la contraposición de intereses entre el capital y el trabajo.

En un contexto de apertura a nuevos mercados, economías globalizadas y celebración de tratados de libre comercio, la negociación colectiva cumple además un rol que favorece la adaptación flexible a condiciones de trabajo cambiantes, propias de mercados dinámicos. Así, son los propios interlocutores sociales quienes se encuentran en mejor posición para determinar la forma en que no solo se insertan en este modelo, sino que comparten sus beneficios o atemperan sus inequidades.

Sin embargo, en el Perú esta importante función es aún incipiente. La regulación heterónoma continúa cumpliendo una labor preponderante en la fijación de condiciones de trabajo, restando protagonismo a la autonomía colectiva. El modelo de relaciones colectivas de trabajo predominante en el Perú se ha caracterizado históricamente por no alentar la actividad sindical, sino más bien propiciar una actuación inorgánica o descentralizada. Ello ha contribuido tanto a su fragmentación y debilidad, como a retroalimentar una cultura de incumplimiento al ordenamiento

(*) Profesor Principal de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

laboral, al no contarse con organizaciones sindicales en número y calidad suficiente como para ser un factor que contribuya a garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos laborales. Como señala Otto Kahn-Freund la eficacia de las leyes depende en mucho de los sindicatos[1].

Empero, se constata que a nivel jurisprudencial surgen algunos pronunciamientos que, de algún modo, anuncian un derrotero que apuntalaría el reforzamiento y fomento de la actuación sindical y de la negociación colectiva, conforme analizaremos en el presente trabajo.

En este contexto, reflexionaremos brevemente sobre el derecho a la negociación colectiva que consagra la Constitución de 1993, para luego tratar la determinación del nivel de negociación conforme a recientes fallos del Tribunal Constitucional peruano. Seguidamente, trataremos sucintamente las diversas modalidades de intervención de terceros en el procedimiento de negociación colectiva, y, por último, comentaremos la hasta ahora teórica forma de articulación de los distintos niveles de negociación que prevé la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento.

I. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La Constitución de 1993 ha reconocido el derecho a la negociación colectiva y ha otorgado al Estado un rol de fomento a ella y de promoción a la solución pacífica de los conflictos laborales. Desde esta perspectiva, el Estado tiene el deber de asumir un rol no pasivo, y al mismo tiempo garantista del ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Sin embargo, este deber no puede confundirse con una actuación intervencionista que reste o reduzca el campo de acción de la propia autonomía colectiva[2].

Como bien señala Neves, con la Constitución de 1993 el Estado ha robustecido su papel de garante del ejercicio democrático del derecho a la negociación colectiva, toda vez que la adopción de un rol intervencionista, como el que imperó hasta inicios de los años noventa –regulando los procedimientos negociales y la solución definitoria de los desacuerdos– resultaba contingente y, a su vez, inconstitucional[3].

(1) KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo y Derecho.* Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pp. 48-59.

(2) Villavicencio define a la autonomía colectiva como *"el elenco de facultades de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses (contrapuestos o coincidentes).* Para mayor detalle ver: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "El principio de autonomía colectiva". En: AA.VV. *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez.* Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 48.

(3) NEVES MUJICA, Javier. "Autonomía Colectiva e Intervención Estatal". En: *Laborem*: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N° 2, Lima, 1995, p. 41.

La actuación del Estado debe estar encaminada a la protección y promoción del derecho a la negociación colectiva. Respecto de esta materia, el Tribunal Constitucional (TC) en el caso de la Cámara Peruana de Construcción, en lo relativo a la negociación colectiva en el sector construcción civil, ha señalado lo siguiente:

> "(...) interesa poner de relieve que el artículo 28 de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado 'plus de tutela' cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva"(4).

Bajo tales consideraciones, existe un deber de promoción a la negociación colectiva que implica la creación de las condiciones necesarias para su adecuado desarrollo en el Perú. Así, será funcional a dicho deber dotarla de los medios adecuados para que efectivamente se erija como el mecanismo idóneo para la regulación autónoma de las relaciones entre capital y trabajo. Por esta razón, resultará fundamental que sean los propios interlocutores sociales, y no la regulación heterónoma, quienes adopten los acuerdos que sean más satisfactorios para sus intereses en ejercicio de su autonomía colectiva. Conforme señala Sanguineti, la negociación colectiva posee ciertas ventajas comparativas con relación a otras alternativas de regulación, que la transforman en un instrumento ideal para cumplir dicha función(5). Este es, pues, el valor agregado primario del derecho a la negociación colectiva.

Al mismo tiempo, la actuación sindical y la negociación colectiva resultan inherentes al sistema democrático y al Estado de derecho, en la medida que contribuyen a la distribución social del poder al interior de la colectividad y cautelan la vigencia efectiva de los derechos laborales. Ahora bien, este valor no necesariamente ha sido internalizado en el Perú por empleadores y trabajadores. Respecto a los primeros, suele percibirse a la negociación colectiva como una limitación al ejercicio de facultades omnímodas al interior del centro de trabajo, o fuente de continuos conflictos promovidos por dirigencias sindicales intransigentes o, en algunos casos, violentistas. Respecto a las organizaciones sindicales, no ha sido infrecuente que sean estas las que reclamen mayor intervencionismo estatal en la fijación de beneficios y condiciones de trabajo, sin advertir que cada nueva mejora laboral otorgada desde el Estado restaba protagonismo a la actividad sindical. Así, pues,

(4) Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 0261-2003-AA/TC, f. j. 3.
(5) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "El espacio de la autonomía colectiva en la ordenación del mercado global". En: <http://www.observatorionegociacioncolectiva.org/comunes/temp/recursos/99998/228439.pdf>. p. 11.

la hegemonía de la regulación heterónoma ha contribuido a disminuir el campo de acción y la relevancia de la negociación colectiva. A ello se agrega que posiciones maximalistas de algunas representaciones sindicales que operan en el Perú generan dilatados o conflictivos procesos de negociación sobre pretensiones no siempre realistas, con lo que afectan no solo la viabilidad de acuerdos oportunos y racionales, sino que perjudican con ello el prestigio de la negociación colectiva.

II. LOS NIVELES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ

La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, [Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR (LRCT)] y su Reglamento [aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR] regulan los niveles de negociación colectiva vigentes en el Perú, evidenciando la preferencia normativa por la negociación a nivel de empresa, lo que ha favorecido un sistema descentralizado de negociación colectiva.

Si bien este último aspecto ha resultado cardinal en el modelo de relaciones colectivas de trabajo peruano, ha carecido, como es previsible, de aceptación pacífica en determinados sectores, en particular, en aquellos en que la negociación colectiva a nivel de industria o rama de actividad pareciera serle consustancial.

Diversos autores destacan las ventajas de la negociación colectiva en niveles superiores. Se indica así que favorece la fijación de condiciones homogéneas al interior de un determinado sector; facilita la protección propia de la actuación sindical, incluso en aquellas empresas en que la organización sindical no ha logrado desarrollarse o donde no se presentan condiciones adecuadas para negociar; y contribuye a que los problemas sean abordados desde una perspectiva macroeconómica, entre otras[(6)(7)].

En lo relativo a la elección del nivel de la negociación colectiva, Babace, citando a Sagardoy, sostiene lo siguiente:

> "(...) el nivel será elegido en base a la expectativa de tutelar jurídicamente el conjunto de relaciones de trabajo de algún modo conexas y delimitadas por la existencia de un interés colectivo (profesional o de categoría) que son tomados

(6) En esta línea, Babace, por ejemplo, sostiene que "la tendencia centralizadora favorece e incluso es indispensable como instrumento de una adecuada política de rentas". BABACE, Héctor. "La articulación de los niveles de negociación colectiva". En: *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988, p. 271. Pasco, por su parte, sostiene que a nivel de rama la negociación colectiva alcanza su real normatividad y se desprende de moldes simplemente contractualistas. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de derecho procesal del trabajo*. AELE, Lima, 1997, p. 154.

(7) Para mayor detalle, ver ERMIDA URIARTE, Óscar. "Modelos y niveles". En: *Cuadernos Laborales*, N° 52, Lima, 1989, pp. 4 y 5.

en cuenta para el establecimiento de un convenio colectivo que regulará las condiciones de trabajo aplicables a aquellos"[8].

Por su parte, el artículo 44 de la LRCT prevé que sean los propios actores los que determinen el nivel en el que realizarán la negociación colectiva, ya sea a nivel de empresa, de rama de actividad o de gremio. Sin embargo, la opción preferente por la negociación a nivel de empresa resulta nítidamente expuesta en el artículo 45 de la LRCT:

"Art. 45. Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa".

Esta opción normativa resulta determinante en el modelo de relaciones colectivas vigente en el Perú, ya que en defecto de acuerdo de partes, la elección viene dispuesta por el legislador. Como resulta obvio, el común de los empleadores se inclinará por la negociación a nivel de empresa, en donde, en términos generales, su capacidad negocial resultará mayor mientras menor peso tenga su interlocutor sindical.

Al respecto, el Comité de la Libertad Sindical ha señalado:

"En base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio 98, la determinación del nivel de negociación debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa de trabajo o de un fallo de la jurisprudencia. (...)

La legislación no debería obstaculizar la negociación colectiva a nivel de industria"[9].

La opción normativa contenida en la LRCT, conjuntamente con el decaimiento del movimiento sindical mundial durante las últimas décadas del siglo pasado, originó que la negociación colectiva a nivel de rama de actividad haya perdido vigencia en el Perú. Es recientemente, y luego de penosos avatares judiciales –en el sector construcción y posteriormente con los trabajadores portuarios– que el tema ha recobrado reconocimiento y actualidad.

(8) BABACE, Héctor. Ob. cit., p. 269.
(9) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de la Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.* 5ta. Edic. Ginebra, 2006, párrafos 988 y 990.

Ello ha surgido de cuestionamientos de carácter judicial que han dado lugar a pronunciamientos del TC. Así, cabe destacar los casos promovidos, de una parte, por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) y, por otra, por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAMPORPC)[10].

En el caso CAPECO, el TC ha considerado que existen determinados sectores, como el de construcción civil, en los cuales por la particularidad de sus actividades, no puede negociarse a niveles inferiores, justificando con ello la intervención del Estado para garantizar su eficacia. Así, en el fundamento jurídico N° 3.3 de la sentencia se establece lo siguiente:

> "(...) en consecuencia durante el desarrollo de la actividad laboral, el trabajador de construcción civil presta servicios para un multiplicidad de empleadores, tornando difusa la posibilidad de que pueda contar con una organización sindical a nivel de empresa, y resultando prácticamente inviable el que pueda negociar varias veces al año. Por ello, dada la situación peculiar del sector de construcción civil y con el fin de que la negociación colectiva no se torne inoperable, es razonable y justificado que el Estado intervenga estableciendo medidas que favorezcan la efectiva negociación (...)".

Así, el TC parte por reconocer que la negociación colectiva goza no solo de reconocimiento, sino que es merecedora de particular tutela que garantice su eficacia.

Profundizando en estos planteamientos, en el caso de los trabajadores portuarios el TC se ha pronunciado por la inconstitucionalidad del acotado artículo 45 de la LRCT, por considerarlo contrario a la libertad de las organizaciones sindicales a decidir el nivel de la negociación colectiva. En el fundamento jurídico N° 28 de la sentencia bajo comentario, el TC expresó lo siguiente:

> "28. Al respecto, este Tribunal considera oportuno precisar que parte del sentido normativo del primer párrafo del artículo 45 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR resulta materialmente inconstitucional, en la medida que señala que 'A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa'.
>
> Dicha frase resulta inconstitucional no solo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de la negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, pues [tal como se ha señalado en el fundamento 14, supra,] ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de la negociación, tal como ocurre con la frase referida.
>
> Por dicha razón, y en virtud del poder-deber del control difuso reconocido en el artículo 138 de la Constitución y en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal declara inaplicable dicha frase al caso concreto".

(10) Expedientes N°s 0261-2003-AA/TC y 03561-2009-AA/TC.

Esta sentencia, aun cuando no constituye un precedente de observancia obligatoria, implica un paso significativo en la promoción de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad.

Debe destacarse así que los acotados pronunciamientos del TC no solamente rescatan la capacidad de los propios actores para definir a qué nivel debe negociarse, sino que fundamentalmente constituyen una reafirmación del principio de autonomía colectiva y del ejercicio del derecho a la libertad sindical.

III. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El procedimiento negocial establecido por la LRCT prevé diversos supuestos de intervención de un tercero ajeno al conflicto de uno u otro modo, para coadyuvar a las partes en la solución de sus diferencias. Si bien podría estimarse que toda intervención, por el solo hecho de serla, tiene ribetes de injerencia en la autonomía colectiva de los interlocutores sociales, no puede perderse de vista que conforme al marco constitucional antes descrito, corresponde al Estado promover formas de solución pacífica de las controversias, canalizando el conflicto y, en algunos casos, si este comprometiese seriamente el interés público, llegar incluso a resolverlo. En consecuencia esta canalización del conflicto no implica, per se, una afectación a la autonomía colectiva de los interlocutores sociales, siempre que la intervención del Estado no tenga por objeto tratar de imponer sus propios criterios.

La intervención de terceros puede presentarse: (i) en el proceso mismo de la negociación; y (ii) en el proceso de la resolución de la negociación.

En el curso de la negociación, la intervención de terceros busca aproximar las posiciones de las partes, evitando que se materialice lo que Lovatón denomina "un diálogo de sordos"[11] caracterizado no solo por infructuosas reuniones, sino por una acentuada polarización en el debate, que hace aún más inviable el acuerdo.

El procedimiento previsto en el artículo 56 de la LRCT contempla la intervención, de oficio o a solicitud de una de las partes, de la Oficina de Economía y Productividad del Ministerio de Trabajo con el objeto de valorizar las peticiones de los trabajadores y, a su vez, analizar la situación económica financiera de las empresas y su capacidad para atender los pedidos. Cabe destacar, sin embargo, que el análisis económico de las peticiones contenidas en el pliego de reclamos resulta, usualmente, un ejercicio poco fructífero, pues estas suelen presentarse en forma notoriamente abultada y en número inviable de atención. Cabría, por el contrario, que este análisis busque determinar el incremento del costo laboral por cada unidad

(11) LOVATÓN PALACIOS, David. "Autonomía colectiva e intervencionismo estatal en la determinación del nivel negocial en el Perú". En *Laborem*: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N° 2, Lima, 1995, p. 131.

monetaria en que un determinado beneficio sea mejorado, de manera que las partes puedan visualizar nítidamente su impacto económico y su consistencia con los resultados económicos que la empresa obtiene. Más aún, este tipo de evaluación resultaría de particular ayuda en la resolución de conflictos mediante mecanismos de arbitraje, toda vez que, por tratarse de terceros, su conocimiento de la realidad económica de la empresa resulta usualmente limitado. Si a ello se agregase la evaluación económica de la última oferta presentada por las partes, los laudos arbitrales podrían ser expedidos sobre bases más exactas.

Durante el proceso de negociación, cabe que no prospere el acuerdo en trato directo, pudiendo así, cualquiera de las partes, solicitar el inicio de un procedimiento de conciliación ante la Autoridad de Trabajo, según dispone el artículo 58 de la LRCT. Asimismo, la LRCT deja abierta la posibilidad para que la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) inicie de oficio el procedimiento de conciliación, dependiendo de las particulares circunstancias del caso.

Ahora bien, recurrir a estos mecanismos de auxilio a la negociación colectiva debería ser facultativo para los interlocutores sociales. Al respecto, el Comité de la Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado lo siguiente:

> "Los organismos encargados de resolver los conflictos entre las partes de una negociación colectiva deberían ser independientes y el recurso a tales organismos debería hacerse en forma voluntaria.
>
> Si bien ciertas reglas y prácticas pueden facilitar el desarrollo de la negociación colectiva y contribuir a promoverla, y si algunas medidas pueden facilitar a las partes el acceso a ciertas informaciones, por ejemplo, sobre la situación económica de su unidad de negociación, sobre los salarios y condiciones de trabajo en unidades vecinas y sobre la situación económica general, todas las legislaciones por las que se instituyen organismos y procedimientos de mediación y conciliación destinados a facilitar la negociación entre copartícipes sociales deben salvaguardar la autonomía de las partes implicadas en la negociación. Por todo lo anterior, en lugar de conferir a las autoridades públicas poderes de asistencia activa, e incluso intervención, que les permita prevalecer su punto de vista, es más conveniente tratar de convencer a las partes implicadas en la negociación que por su propia voluntad deben tener en cuenta las razones capitales relacionadas con las políticas económicas y sociales de interés general que el Gobierno ha mencionado"[12].

La intervención de oficio podría resultar contingente al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, previsto en el artículo 4 del Convenio OIT 98 y por ende debería restringirse a supuestos de particular relevancia o gravedad, de

(12) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. cit., párrafos 932 y 933.

manera que no resulte comprometida la autonomía de las partes en el conflicto. Sobre esta materia, el Comité de Libertad Sindical sostiene:

> "El Comité ha reconocido que existe un momento en la negociación en el cual, tras negociaciones prolongadas e infructuosas, puede justificarse la intervención de las autoridades, cuando es obvio que el bloqueo de las mismas no se verá superado sin una iniciativa de su parte.
>
> En relación con el principio antes expuesto, el Comité señaló, no obstante, que la mera existencia de un punto muerto en un proceso de negociación no es motivo suficiente que justifique la intervención de las autoridades públicas para imponer un arbitraje a las partes en el conflicto laboral.La intervención de las autoridades en los conflictos colectivos debe ser compatible con el principio de celebración de negociaciones libres y voluntarias, para lo cual es menester que los órganos designados para solucionar los conflictos entre las partes en negociaciones colectivas sean independientes y que se recurra a ellos voluntariamente, excepto en los casos de crisis nacional aguda"[13].

En lo que respecta a la fase de resolución de la negociación, la LRCT admite que las diferencias sean sometidas a un arbitraje, lo cual merecerá un comentario aparte a raíz del reciente fallo del TC recaído en el caso de los trabajadores portuarios, sobre el cual volveremos más adelante.

El procedimiento de negociación colectiva previsto en la LRCT es de carácter secuencial con base al cumplimiento de etapas preclusivas, conforme a las cuales la alternativa de recurrir al arbitraje o la huelga, procederá una vez que se haya agotado la posibilidad del acuerdo entre las partes. Este esquema es cuestionado, sin embargo, por un sector de la doctrina, pues advierte que existe una suerte de fijeza y ritualismo con base a una sucesión inalterable de etapas que tienen que superarse para pasar a las siguientes[14]. No obstante ello, cabe tener presente que este esquema resultaría acorde con el mandato contenido en el artículo 28 de la Constitución de 1993, que establece que el Estado promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales, lo cual implicaría que antes de recurrirse a la huelga, deben agotarse los esfuerzos de entendimiento directo entre las partes a través de la negociación.

(13) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ibídem, párrafos 1003 y 1004.

(14) Ermida señala que esta concepción ritualista de los medios de auxilio a la negociación colectiva, responden a una suerte de confusión del verdadero papel de la autonomía colectiva y de los medios de solución de conflictos colectivos. Acota que "A menudo existe una concepción lineal de las relaciones entre negociación colectiva, conflicto colectivo y medios de solución de este, en base a la cual la ley fija, heterónomamente, una secuencia fija y necesaria, que comienza por la negociación, que pasa, de haber dificultades, por el recurso a medios de solución como la conciliación, la mediación o el arbitraje y que a veces (...) solo admite el derecho de huelga en caso de previo fracaso en aquellas tentativas". Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar. "La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas". En: *Nueva Sociedad*, N° 128, Noviembre - diciembre, 1993, p. 37.

Precisamente, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha señalado:

> "La legislación de un gran número de países dispone que antes de emprender una huelga, deben agotarse los procedimientos de conciliación y de mediación. El espíritu de esas disposiciones es compatible con el artículo 4 del Convenio num. 98, que persigue el fomento del pleno desarrollo y uso de los procedimientos de negociación voluntaria de los contratos colectivos. Esos procedimientos, no obstante, deben tener como único objetivo facilitar la negociación; por consiguiente, no deberían ser tan complejos ni ocasionar retrasos tan largos que, en la práctica, resultase imposible la realización de una huelga lícita o que esta pierda toda su eficacia"(15).

Cabe un comentario relativo a los mecanismos de auxilio a la negociación colectiva en el Perú mediante la intervención estatal, que ha permitido, en numerosos casos, el acercamiento entre los interlocutores sociales y, finalmente, la solución de sus diferencias o la conclusión de conflictos.

En efecto, la AAT viene cumpliendo una interesante labor en este terreno. Luego del fracaso del procedimiento de conciliación y cuando la negociación ha llegado a un punto muerto o se ha desencadenado un conflicto, la AAT interviene intensamente convocando a las partes a lo que ha venido a denominarse "reuniones extra proceso". Dichas reuniones pueden ser convocadas e incluso presididas por funcionarios de cierto nivel político, en particular, cuando se trata de negociaciones de importante trascendencia económica o en caso de conflictos de ciertas proporciones.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar el papel que han adoptado los gobiernos regionales para la solución de los conflictos que surgen en sus jurisdicciones. En efecto, a raíz del proceso de descentralización por el que viene transitando el Perú(16), los gobiernos regionales vienen asumiendo un mayor protagonismo en los conflictos colectivos, relegando, inclusive, a la propia actuación de las autoridades centrales del Ministerio de Trabajo.

IV. EL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

De acuerdo con la LRCT, luego de transcurrir por la negociación directa y por los otros mecanismos de auxilio a la negociación colectiva (conciliación y/o mediación), sin que se haya llegado a un acuerdo integral, las partes pueden someter sus diferencias al conocimiento y resolución por parte de un órgano arbitral.

(15) Citado por GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. "Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga". En: *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, N° 5, Ginebra, 1998, p. 487.

(16) La nueva estructura política comprende el Gobierno Central, los gobiernos regionales y locales.

La posibilidad de recurrir al arbitraje ha dado lugar a dos tesis contrapuestas. La primera, avalada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, no obstante que no ha sido reflejada formalmente en una norma o en una directiva expresa. Este planteamiento considera que el arbitraje es voluntario para ambas partes y, por ende, si el empleador no está dispuesto a someterse él no podría ser conminado o sancionado por su negativa.

La segunda tesis estima que el arbitraje previsto en la LRCT es el potestativo, vale decir, opera por decisión de una de las partes, conforme señala Pasco Cosmópolis[17]. En efecto, de un análisis sistemático de los artículos 61 y 63 de la LRCT y 46 de su Reglamento, surge que la decisión de someter la controversia al arbitraje corresponde a los trabajadores, salvo que hayan optado por ejercer su derecho a la huelga. Así, bastará que sean estos quienes soliciten el arbitraje para que el empleador quede sometido a dicha jurisdicción.

Encontramos arreglada esta interpretación a lo previsto por el artículo 28 de la Constitución de 1993, pues expresamente se impone al Estado la obligación de propiciar la solución pacífica de las controversias suscitadas entre los interlocutores sociales. Por consiguiente, si los trabajadores solicitan someter el diferendo al arbitraje, el empleador debe someterse a esta jurisdicción, ya que, de lo contrario, se estaría forzando a la contraparte a recurrir a la huelga, lo cual resultaría contrario al acotado artículo 28. A ello se agrega que se estaría desnaturalizando el sentido de la huelga, puesto que, en diversidad de supuestos esta medida puede resultar ineficaz para la organización sindical, como sucede, por ejemplo, cuando se trata de la paralización de los afiliados a un sindicato minoritario que no afecta el normal desenvolvimiento de la empresa; o cuando esta se encuentra en situación de sobre *stock* resultando, por lo tanto, no solo inocua para el empleador, sino conveniente, en cuanto lo faculta no solo a dejar de producir en un contexto en que no le interesa continuar produciendo sino que además la faculta a dejar de pagar las remuneraciones.

La LRCT contempla dos excepciones al arbitraje potestativo al prever un supuesto de arbitraje voluntario (artículo 63) y otro de arbitraje obligatorio (artículo 68).

El arbitraje será voluntario para el empleador si durante el desarrollo de la huelga los trabajadores proponen el sometimiento del diferendo a arbitraje. Esta consecuencia surge del hecho que previamente los trabajadores pudiendo recurrir al arbitraje –mecanismo de solución pacífica de los conflictos laborales– optaron por ejercer su derecho a la huelga. Si esta no alcanzase sus objetivos, la legislación otorga al empleador la facultad de aceptar o no que la negociación colectiva pase ser resuelta por un mecanismo pacífico de solución que ya había sido descartado por los propios trabajadores.

(17) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 179.

El arbitraje obligatorio está previsto en los casos que la huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, derive en actos de violencia, o presente características graves por su magnitud o consecuencias. En estos supuestos, el Ministerio de Trabajo promueve formas de solución pacífica de conflicto y, de fracasar este, resuelve de forma definitiva, configurándose con ello un mecanismo de arbitraje obligatorio. Cabe destacar, empero, que esta forma de solución del conflicto es cuestionada por el Comité de Libertad Sindical:

> "(...) que un sistema de arbitraje obligatorio por la autoridad del trabajo, cuando un conflicto no se ha solucionado por otros medios, puede tener por resultado restringir considerablemente el derecho de las organizaciones de trabajadores a organizar sus actividades e incluso imponer indirectamente una prohibición absoluta de la huelga, en contra de los principios de la libertad sindical"[18].

Sin embargo, el propio Comité de Libertad Sindical ha admitido que en caso de grave crisis nacional puede justificarse la intervención estatal mediante arbitraje obligatorio[19]. La diferencia, pues, entre el artículo 68 de la LRCT y el concepto de "grave crisis nacional" estaría dada por la intensidad del hecho: no toda huelga que se prolongue en el tiempo, afectando seriamente a una empresa, o que derive en actos de violencia, acarrea una crisis nacional y de ahí que la norma legal acotada incurre en exceso al prever esta discrecionalidad por parte de la autoridad.

Ahora bien, en lo que se refiera a la preferencia por el arbitraje en lugar de la huelga para la determinación del nivel de negociación, en el fundamento jurídico N° 29 de la sentencia expedida en el caso de los trabajadores portuarios, el TC señaló:

> "29. No obstante ello, y ante la inconstitucionalidad generada, este Tribunal considera pertinente precisar que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, este se determinara mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga".

En este aspecto, el TC ha sido enfático en señalar que el Estado no fomenta el ejercicio del derecho de huelga, sino que, por el contrario, promueve el agotamiento de las formas de solución pacífica de controversias. Precisamente, en el fundamento jurídico N° 8 de la Resolución Aclaratoria recaída en el caso bajo comentario, indicó:

(18) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. cit., párrafo 568.

(19) "La intervención de las autoridades en los conflictos colectivos debe ser compatible con el principio de celebración de negociaciones libres y voluntarias, para lo cual es menester que los órganos designados para solucionar los conflictos entre las partes en negociaciones colectivas sean independientes y que se recurra a ellos voluntariamente, **excepto en los casos de crisis nacional aguda**" (Énfasis nuestro). ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ibídem, párrafo 1004.

"8. Que, en tal sentido, si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo, y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto.

Una interpretación contraria llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso de que los trabajadores optaran por acudir al arbitraje, el empleador tendría plena capacidad, con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga. Como es evidente, ello no solo se opondría al deber del Estado de promover y fomentar formas pacíficas de solución del conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta indirectamente por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental.

Por lo demás, solo así cobra cabal sentido la especificación realizada por el artículo 63 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, conforme a la cual 'durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador'. En efecto, esta última precisión solo tiene sentido si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61 del mismo Decreto no requiere de dicha aceptación.

Asimismo, abona al sentido de esta interpretación el hecho de que el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo –Decreto Supremo N° 011-92-TR–, disponga que 'al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley'"[20].

Es consistente por lo tanto la posición del TC con el mandato constitucional de promoción de soluciones pacíficas al conflicto al privilegiar el arbitraje sobre la huelga respecto de la determinación del nivel de la negociación colectiva.

Sin embargo, parecería un exceso extrapolar dicha preferencia por el arbitraje a la propia resolución de la negociación colectiva, no obstante tesis como la de Arbulú, quien afirma lo siguiente:

(20) Resolución Aclaratoria de fecha 10 de junio de 2010.

"De acuerdo con el laboralista Luis Arbulú del Estudio Elías & Medrano, el Tribunal Constitucional (TC) ha dado un paso importante al establecer que –sin desconocer el derecho de huelga de los trabajadores– el arbitraje potestativo tendrá prioridad absoluta para la solución pacífica de los conflictos laborales. 'Eso significa que una vez concluidas las etapas de trato directo y conciliación, cualquiera puede solicitar la ejecución de un arbitraje, a lo cual la otra parte, sea la empresa o el sindicato, deberá someterse'"[21].

Esta interpretación, no obstante, ha sido alentada por el propio TC, al sostener, equívocamente, en el considerando noveno de la referida resolución aclaratoria lo siguiente:

"9. Que, por consiguiente, corresponde precisar que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquel al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, el cual es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este".

Esta última afirmación resulta claramente contradictoria respecto al criterio desarrollado por los anteriores fundamentos de la sentencia y presenta inconsistencias en su racionalidad jurídica. Para demostrar esta afirmación conviene transcribir la parte pertinente de las normas aplicables:

Artículo 61 LRCT: "Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje (...)".

Artículo 62: "En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga (...)".

Artículo 46 del Reglamento: "Al término de la negociación directa (...) cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, **salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga**, de conformidad con el artículo 62 de la Ley (...)" (énfasis nuestro).

Como ya señaláramos en este mismo acápite, el análisis sistemático de las normas glosadas, permite concluir, inequívocamente, que la naturaleza del arbitraje en referencia es potestativo, lo que determina que elegida esta opción por los trabajadores, el empleador deba someterse a esta jurisdicción. Sin embargo, no cabría lo contrario: el empleador no podría imponer su opción por el arbitraje impidiendo con ello que los trabajadores puedan optar por ejercer su derecho de huelga. En buena cuenta, ello implicaría vaciar de contenido este derecho y un desconocimiento a su vigencia efectiva, no obstante su consagración constitucional.

(21) ARBULÚ ALVA, Luis. En: *El Comercio*. Sección Economía & Negocios, Lima, 17/07/2010, p. b7.

V. LA DESIERTA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA

La negociación colectiva articulada presupone la existencia de una arraigada negociación a niveles superiores que debe coordinarse con los inferiores. Es decir, una armonización entre el convenio colectivo a nivel de rama de actividad con el convenio a nivel de empresa. En términos generales, aunque no exclusivos, la articulación supone un esquema en el que a niveles superiores se prefijen reglas generales aplicables a un tipo de actividad, oficio y profesión, partiendo desde el presupuesto que comparten –por lo general– problemáticas semejantes, y que tales reglas pasan a ser adecuadas en los niveles inferiores, conforme a la realidad particular de la empresa o el centro de trabajo.

La LRCT ha previsto la negociación colectiva articulada(22). En efecto, se ha establecido expresamente que las convenciones colectivas acordadas a distinto nivel deberán articularse para que definan las materias que serán tratadas en cada una; inclusive se ha previsto que, en caso de conflicto, se aplique la convención más favorable. De igual modo, se prohíbe, implícitamente, que a nivel de empresa se dejen sin efecto las condiciones reguladas a niveles superiores. Se han conjugado, pues, el principio de norma más favorable y el principio de jerarquía normativa, adoptando el modelo instaurado en Francia en el año 1982(23).

Sin embargo, el modelo implementado en nuestro país no ha sido puesto en práctica por los interlocutores sociales, toda vez que ha recaído en terreno desierto. En efecto, en un sistema que prevalece la negociación colectiva a nivel de empresa, la efectiva articulación entre convenciones colectivas de distintos niveles está más próxima a una afirmación programática que a la regulación efectiva de una realidad concreta.

A MODO DE REFLEXIÓN

El Perú se encuentra atravesando desde hace ya algunos años un proceso de expansión económica y de apertura hacia mercados del exterior, favorecido no solo

(22) Art. 45.- Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo:
"(...) Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad.
Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa".

(23) Con respecto al modelo francés, Ermida señala: "La idea francesa es que prima el convenio de mayor jerarquía; el pacto social, lo que se llama concertación social o el acuerdo interprofesional a nivel nacional prima sobre el convenio de rama y el convenio de rama prima sobre el convenio de empresa. Esto en el entendido de que el convenio de empresa no puede establecer cláusulas menos favorables que el convenio de rama y que el convenio de rama no puede establecer cláusulas menos favorables de lo que establece el pacto nacional. Prima siempre el convenio de mayor nivel sin perjuicio de que el de menor nivel podrá primar sobre el de mayor nivel si el de menor nivel tiene normas más favorables (para los trabajadores)". ERMIDA URIARTE, Óscar. Ob. cit., p. 5.

por una coyuntura comercial, en términos generales, favorable a los precios de las materias primas, sino por la celebración de tratados de libre comercio con diversos países. Algunos de dichos acuerdos comerciales privilegian el cumplimiento de los derechos laborales vigentes en el país, rol en el cual organizaciones sindicales vigorosas podrían cumplir una importante función en su promoción, fiscalización y control favoreciendo con ello su materialización efectiva.

A su vez, el sustrato básico de la actuación de las organizaciones sindicales está dado por el ejercicio eficaz de la negociación colectiva. Desde esta perspectiva, contribuirá al proceso de fiscalización del cumplimiento de la normativa laboral y favorecerá a la consolidación del Estado de derecho en este ámbito, la existencia de mayores niveles de desarrollo de la negociación colectiva. Apunta en esa dirección que sean los propios actores sociales los que autónomamente determinen el nivel en el que debe llevarse a cabo la negociación colectiva, y que esta cuente con adecuados mecanismos de auxilio y de solución pacífica de los conflictos. Con ello se habrán dado pasos relevantes en la consagración y efectiva vigencia del mandato constitucional de fomento a la negociación colectiva.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
Diversas modalidades de intervención de terceros.
Niveles y articulación

Alejandro Castello(*)

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2009 el Parlamento uruguayo sancionó la Ley Nº 18.508 de 26 de junio sobre negociación colectiva en el sector público y la Ley Nº 18.566 de 11 de setiembre de 2009 sobre "Sistema de negociación colectiva" en el sector privado.

Estas leyes vienen a alterar, en cierto modo, el panorama clásico de nuestro régimen de Derecho colectivo de trabajo, caracterizado por un marcado abstencionismo legislativo y un funcionamiento altamente autónomo y autorregulado de las relaciones colectivas de trabajo, no siendo la negociación colectiva la excepción.

En efecto, como se señala en un conocido Informe RELASUR de la OIT publicado en el año 1995 sobre "Las relaciones laborales en Uruguay", "la existencia de un marco normativo exiguo de las relaciones colectivas de trabajo, constituido por algunas pocas normas constitucionales y algunos Convenios de la OIT ratificados, permanece como característica del sistema y funciona razonablemente, por más que, como se verá más adelante, diversos sectores vienen señalando, últimamente, la conveniencia de introducir algunos apoyos normativos. De todos modos, el contacto personal de los miembros del Gobierno, empresarios y trabajadores

(*) Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay).

sigue facilitando el funcionamiento del sistema autónomo, y constituyendo una característica cultural de la sociedad en general y del mundo laboral, en particular"[1].

Una de las características importantes de esta nueva tendencia "regulatoria" de las relaciones colectivas es que ha contado con el apoyo del movimiento sindical. En esa dirección, como señala Zapirain el movimiento sindical, que tradicionalmente mantuvo posiciones abstencionistas a ultranza y se opuso a la regulación legal de cualquiera de los institutos del Derecho colectivo, luego del año 2005 cambió su postura y vino a apoyar e impulsar la creación de un marco legal tendiente a "promover y garantizar el ejercicio de los derechos sindicales, incluyendo normas de fomento o promoción de la negociación colectiva"[2].

El objeto de este trabajo será analizar las diversas modalidades de intervención de terceros que se verifican en el sistema de negociación colectiva uruguayo conformado a partir de la aprobación del nuevo marco legal, así como también examinar cuál es la regulación jurídica de los niveles y articulación de la contratación colectiva. Centraremos el estudio en la novel legislación relativa al sector privado, por lo que no se abordará la normativa referida al sector público[3].

II. CARACTERÍSTICAS DEL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN URUGUAY

La negociación colectiva es en esencia un procedimiento de adopción de reglas y decisiones entre sujetos que representan a grupos con intereses distintos, muchas veces contrapuestos[4], mediante el cual se busca regular las condiciones a las que se deberán someter las relaciones individuales de trabajo y/o reglamentar el relacionamiento recíproco entre los agentes de la negociación.

El examen del Derecho comparado demuestra que existen diversos modelos de sistemas de negociación colectiva. Naturalmente, no se trata de categorías puras sino de caracterizaciones de enfoque general y global cuya principal trascendencia es didáctica y expositiva, superando la realidad los modelos esquemáticos que se puedan construir.

(1) OIT. *Las relaciones laborales en Uruguay, Informe RELASUR*. Madrid, 1995, p. 27.

(2) ZAPIRAIN, Héctor. "De la abstención a la regulación heterónoma. Apuntes sobre la ley de negociación colectiva para el sector privado". En: Revista *Derecho Laboral*. Tomo LII, N° 235, julio-setiembre 2009, p. 626 y ss.

(3) Sobre las características de la Ley N° 18.508 en relación a la contratación colectiva en el ámbito estatal véase: DELGADO SOARES NETTO, Fernando. "Consideraciones preliminares sobre la ley de negociación colectiva para el sector público". En: Revista *Derecho Laboral*. Tomo LII, N° 235, julio-setiembre 2009, p. 579 y ss.

(4) Otro procedimiento de adopción de reglas y decisiones son las modalidades de "participación" de los trabajadores en el ámbito de la empresa, como son los casos de la consulta y la cogestión y en un ámbito más amplio y general, la concertación y el diálogo social.

Con carácter general, podría señalarse que el sistema de negociación colectiva en Uruguay ha sido predominantemente **abstencionista, autónomo**[5]**, arregulado, informal, centralizado, simple, estático y protector o industrial, combinando modalidades bipartitas**[6] **y tripartitas**[7] **de contratación colectiva.**

Para profundizar en la caracterización del modelo de negociación colectiva que ha regido en nuestro país desde hace varias décadas, es bueno volver al Informe RELASUR del año 1995, en el cual se señala lo siguiente:

> "Durante un periodo histórico importante, **la negociación colectiva no respondió en Uruguay a un modelo único**; por el contrario, se ha afirmado que en el sistema de relaciones laborales nacional se había instaurado, durante aquel lapso, una negociación 'a doble pista', que transcurría –como podrá apreciarse– en ámbitos y con estructuras diferenciadas.
>
> Desde sus orígenes, se desarrolló un **prototipo de 'negociación pura', de carácter bilateral, autónomo y no institucionalizado**, en la que intervienen, generalmente, una organización sindical de empresa, de rama de industria o sector de actividad, oficio o profesión, y un empleador o una organización patronal. Es posible sostener que el Estado ha asumido frente a la misma, una actitud prescindente, de relativa no injerencia o 'laissez faire' colectivo. Este modelo de amplia autonomía de las partes, se corresponde con los sistemas de 'protección negativa', en su vertiente abstencionista en lo legislativo o reglamentario, configurándose un procedimiento poco rígido que ha contribuido a encauzar las relaciones laborales y generar regulaciones sobre materias relativamente vastas, relativas a condiciones de trabajo y empleo, seguridad e higiene, prestaciones económicas y complementos de seguridad social, entre otras.
>
> No obstante, en forma concomitante, aparece un **segundo cauce, 'pista' o senda de negociación**, claramente diferenciada de la modalidad descripta antecedentemente, cuando a partir de la sanción de la Ley N° 10.449 de 12 de noviembre de 1943, se instalan en el país los denominados 'Consejos de Salarios'. Esta normativa aplicable en la actividad privada, estipuló que la regulación de los salarios mínimos y la determinación de las categorías laborales

(5) Es autónomo en cuanto las reglas o decisiones se adoptan por las propias partes negociadoras y no por un tercero. Hasta la sanción de la Ley N° 18.566 no existía en Uruguay un marco legal sobre la mayor parte de los aspectos atinentes a la negociación colectiva, por lo cual las reglas de procedimiento, el contenido de la negociación, etc. se adoptaban libremente entre las partes.

(6) Es bilateral porque las reglas o decisiones son aprobadas conjuntamente por dichas partes negociadoras, sin intervención de un tercero. Esta característica se aprecia en Uruguay con más claridad en los periodos en que no funcionan los Consejos de Salarios y, por ende, la única negociación colectiva que se lleva a cabo es la pura o bilateral, sin intervención del Estado.

(7) Como se desarrollará más adelante, la negociación tripartita en Uruguay es la desarrollada en el ámbito de los Consejos de Salarios.

serían desarrolladas a nivel de ramas de industria o actividad (según grupos determinados por resolución del Poder Ejecutivo) y a través de órganos tripartitos, conformados por representantes electos de los trabajadores y empleadores, a los que se sumaban los delegados designados por el Poder Ejecutivo. En su seno se seguiría un procedimiento de discusión, votación y homologación oficial de los laudos que contenían los acuerdos obtenidos respecto de las materias que la ley les había cometido.

Resultaba plausible sostener que la **trilateralización de la negociación colectiva**, su institucionalización y el procedimiento introducidos por la nueva ley, habrían de desvirtuar, desde el punto de vista técnico, los patrones convencionales, insertándose una nueva estructura en el esquema negocial del sistema de relaciones laborales, esta sí claramente regulada e intervenida por el Estado"[8] (la negrita no figura en el texto original sino que nos pertenece).

También Óscar Ermida Uriarte nos trae una descripción de lo que ha sido el modelo de negociación colectiva conformado a partir de la instauración de los Consejos de Salarios en el año 1943, que coincide con las tendencias y rasgos que se destacan en el informe de la OIT que se viene de transcribir.

En esa dirección, Óscar Ermida Uriarte señala que "buena parte de la doctrina distingue, a través del tiempo, **no menos de tres modelos históricos de negociación colectiva en el Uruguay, pudiendo agregarse alguna otra modalidad, como resultado de la subdivisión del último tipo**", los cuales describe de la siguiente forma:

"**a)** Puede decirse que al comienzo fue la **negociación colectiva 'pura', bilateral y libre**. Tratóse, hasta la sanción de la Ley N° 10.449, de una negociación espontánea, sin recurso al Estado ni reglamentación heterónoma, por lo mismo, no procedimentalizada y predominantemente por oficios.

b) Luego, a partir de 1944, la puesta en funcionamiento de la Ley N° 10.449 introduce, con los consejos de salarios, un mecanismo de fijación de salarios mínimos por categorías y por rama de actividad, que parte de una reglamentación estatal que impone una **negociación trilateral, obligatoria y procedimentalizada**.

De hecho y mucho más allá de los atendibles debates de la primera hora, esta legislación supuso una vigorosa promoción de la negociación colectiva y de la sindicalización, influyendo asimismo, en la centralización de los sindicatos y de la negociación, los que se van conformando paulatinamente por rama de actividad.

(8) OIT. Ob. cit., pp. 139 a 141.

c) El primero de los **modelos eclécticos** surge ya durante la vigencia y aplicación de los consejos de salarios. Los sindicatos y las empresas u organizaciones gremiales de empleadores comienzan a negociar bilateralmente convenios colectivos de rama de actividad que son llevados a los consejos de salarios respectivos, para que estos los adopten con forma de laudos, los que les garantizaría el efecto *erga omnes*".

Respecto a la cuarta modalidad de negociación, señala dicho autor que "en 1985 se vuelven a convocar los consejos de salarios, pero como los mismos ya no son constituidos de pleno acuerdo con las formalidades previstas en la ley, se teme que los laudos puedan ser impugnados. Para evitar este riesgo, los acuerdos alcanzados en los respectivos consejos, son ahora recogidos en decretos del Poder Ejecutivo. Ahora pues, nos encontramos con que **la negociación trilateral, propia de los consejos de salarios, desemboca en un decreto del Poder Ejecutivo.** Y paralelamente sigue sucediendo que, a veces, las partes negocian bilateralmente un convenio colectivo que es llevado al consejo de salarios, el que, como antes, lo 'lauda' y que además es recogido en un decreto del Poder Ejecutivo.

Otra característica de este periodo es que **se acentúa la intervención estatal**, ya que el Ejecutivo comienza a 'decretar' solo aquellos acuerdos que se ajustan a las pautas económicas previamente fijadas por él. En alguna medida, tal vez ello indujo la celebración de convenios colectivos 'puros' que tenían algún contenido que excedía a las referidas pautas".

Óscar Ermida Uriarte concluye de la siguiente forma: "*En resumen*, hasta 1991 se verifican por lo menos las siguientes clases de negociación colectiva:

a) Negociación colectiva "pura", bilateral y libre, hasta la sanción de la Ley N° 10.449 de 1944.

b) Negociación propia de los consejos de salarios (trilateral y reglamentada, que culmina en los laudos regulados por la Ley N° 10.449).

c) Paralelamente, negociaciones bilaterales realizadas al margen del consejo de salarios, pero que son recogidas por este en un laudo.

d) Luego de 1985 y hasta 1991, negociaciones en los consejos de salarios o recogidas por estos, pero cuyo resultado es objeto de un decreto del Poder Ejecutivo"[9].

(9) ERMIDA URIARTE, Óscar. "Naturaleza de los laudos de los consejos de salarios y su relación con los convenios colectivos". Ob. cit., pp. 86 a 89. Esta descripción coincide con la expuesta por Jorge Rosenbaum y Mario Garmendia en: "Comparación entre los modelos de regulación estatal y arregulación en materia de negociación colectiva". Ob. cit., pp. 192 a 194.

A la descripción que realiza Óscar Ermida Uriarte solo cabría agregar, para prolongarla hasta nuestros días, que en el periodo 2005 a 2009 se volvió a verificar en nuestro país la modalidad de negociación colectiva señalada por dicho autor en cuarto lugar. En efecto, en el año 2005, al volverse a convocar los Consejos de Salarios, como no se designó a los delegados de los trabajadores y los empleadores a través del mecanismo de sufragio previsto en la Ley N° 10.449, a efectos de evitar eventuales impugnaciones se utilizó nuevamente el sistema de "homologación" de los acuerdos y de las decisiones adoptadas en el ámbito de los Consejos de Salarios, en mérito a lo cual dichas voluntades fueron recogidas en un Decreto del Poder Ejecutivo que las hacía obligatorias para todos los trabajadores y empleadores comprendidos en el ámbito de actuación del Consejo.

En resumen, de lo anteriormente expuesto se desprende que en las últimas décadas la negociación colectiva ha sido multifacética, ya que ha cumplido diversos y complejos fines y roles según el contexto político y socio-económico en el que se ha desarrollado, yendo desde una función adaptativa y protectora del empleo en épocas de crisis económica (como por ejemplo en el periodo 1999-2003)[10], hasta un uso dirigido a la limitación de los poderes del empleador, el mejoramiento de las condiciones de trabajo y la redistribución del ingreso nacional, en épocas de crecimiento económico, como es el que se ha verificado en los últimos cinco años en Uruguay"[11].

III. CARACTERÍSTICA DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONTENIDA EN LA LEY N° 18.566

1. Aspectos generales

Como quedó dicho, hasta el año 2009 el sistema de negociación colectiva uruguayo se caracterizó por la ausencia de regulación legal de la mayor parte de sus elementos. Apenas podía señalarse la reglamentación de los sujetos legitimados para negociar (art. 1 de la Ley N° 13.556) y la obligatoriedad de registrar en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a meros efectos de publicidad, el producto de la actividad negocial, es decir, los convenios colectivos (art. 438 de la Ley N° 16.170).

Luego de varios intentos frustrados durante otros periodos de Gobierno de alcanzar un acuerdo entre trabajadores y empleadores para sancionar una ley sobre negociación colectiva, finalmente en el mes de setiembre del año 2009 el

(10) Así, a vía de ejemplo, Juan Raso Delgue señala que la negociación colectiva puede funcionar como fuente de adaptación de normas laborales a hechos nuevos, permitiendo que el Derecho laboral gobierne los procesos de transformación del trabajo, reclamando un espacio funcional para el desenvolvimiento de la autonomía negocial: "Un marco legal para la negociación colectiva: ¿por qué y para qué?". En: Revista *Derecho Laboral*, tomo XXXVIII, N° 180, octubre-diciembre, 1995, p. 776 y ss.

(11) ROSENBAUM RIMOLO, Jorge. "El sistema uruguayo de negociación colectiva". En: Revista *Derecho Laboral*, tomo LII, N° 234, abril-junio, 2009, pp. 311 y 312.

Parlamento adoptó un texto legal que lleva el N° 18.566, que ha sido fuertemente resistido por el sector empleador y que según se verá más adelante, ha merecido varias observaciones del Comité de Libertad Sindical.

La ley se inspira en varios enunciados y principios contenidos en la Recomendación N° 163 de OIT y en alguno de los criterios y opiniones del Comité de Libertad Sindical sobre la materia. Asimismo, la ley trató de reflejar el panorama y el modelo de negociación colectiva que se configuró en nuestro país en las últimas décadas, recogiendo varias de las prácticas que se venían desarrollando por los interlocutores sociales desde larga data.

Sin embargo, en algunos puntos la Ley se apartó de las modalidades aceptadas por los actores sociales y de las interpretaciones sostenidas por el Comité de Libertad Sindical, introduciendo algunas soluciones novedosas cuyo fundamento y finalidad parecen haber sido reforzar el modelo centralizado de negociación colectiva y atribuir más poder al movimiento sindical actualmente mayoritario y organizado a nivel de rama o sector de actividad, al cual parecería se le quiere conferir el monopolio de la contratación colectiva y la autonomía negocial.

La Ley N° 18.566 consta de 6 capítulos y 21 artículos, que regulan fundamentalmente cuatro aspectos:

(i) **Se reforman algunos artículos de la vieja ley de Consejos de Salarios**, fundamentalmente aquellos referidos a la forma de elección de los delegados de los sectores sociales, las competencias del Consejo y la iniciativa para su convocatoria (véase: arts. 12 y 13 de la Ley N° 18.566).

(ii) **Se disciplinan algunos aspectos del sistema de negociación colectiva**: principios del sistema; se establecen algunos derechos y deberes de la partes; se crea un Consejo Superior Tripartito; se regulan los niveles y articulación de la negociación (arts. 1 a 11, 14 y 15).

(iii) **Se regulan algunos tópicos de los convenios colectivos**: los efectos, su vigencia-ultraactividad y ciertos aspectos del contenido (arts. 16, 17 y 21).

(iv) **Se establecen algunos mecanismos de prevención y solución de los conflictos colectivos de trabajo**: información, consulta, colaboración, conciliación, mediación y arbitraje fomentando la voluntariedad y autonomía sobre esos temas (arts. 18, 19 y 20).

En cuanto a los principios y derechos del sistema de negociación colectiva, en el primer capítulo la Ley N° 18.566 consagra un conjunto de reglas que pueden resumirse del siguiente modo:

a) Se reconoce el derecho a negociar colectivamente y a adoptar libremente acuerdos sobre condiciones de trabajo y empleo y regulación de las relaciones recíprocas (art. 2).

b) Se ordena al Estado promover el ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles (art. 3).

c) Se establece el deber de negociar de buena fe (art. 4).

d) Se alienta la colaboración y consulta entre las partes y el intercambio de información (art. 5).

e) Se instruye al Estado para que preste asistencia a las partes en la formación a las organizaciones de empleadores y trabajadores que lo soliciten (art. 6).

A diferencia de otros países, la intervención de terceros en el sistema de negociación colectiva instaurado por la Ley N° 18.566 solo se prevé a través del Estado en su rol de administrador y legislador. Esa intervención en el régimen se torna bien clara y definida en el caso de la negociación colectiva tripartita que se lleva a cabo en el ámbito de los Consejos de Salarios, así como también en el nivel más alto de gobernanza del sistema que se da a través del Consejo Superior Tripartito.

No se prevé, en cambio, formas de intervención de otros terceros o inclusive del Estado bajo otros roles, como por ejemplo del Poder Judicial, con la única excepción de los casos en que existe un incumplimiento de la cláusula de paz establecida en el art. 21 de la Ley, en cuya hipótesis se deriva a la justicia del trabajo la posibilidad de rescindir el convenio colectivo.

Precisamente, es en lo que concierne a la materia u objeto de la negociación colectiva y los convenios colectivos que se verifica un cambio sustancial en la nueva ley en relación al panorama que existía anteriormente. En ese sentido, hasta la sanción de la Ley N° 18.566 los sujetos negociadores no tenían más límites para la contratación que aquellos impuestos por el orden público social, por lo que detentaban un amplio poder negocial. En cambio, el art. 21 del nuevo texto legal establece una **cláusula de paz automática, inmanente o implícita en todo convenio colectivo**, en virtud de la cual "durante la vigencia de los convenios que se celebren, las partes se obligan a no promover acciones que contradigan lo pactado ni aplicar medidas de fuerza de ningún tipo por este motivo". No obstante ello, el art. 21 de la Ley que se comenta deja a la negociación de las partes la libertad para establecer procedimientos para resolver las controversias sobre la interpretación de la cláusula de paz, la cual rige aún en ausencia de toda previsión expresa en el convenio colectivo.

2. Estructura, modalidades, niveles, articulación e intervención de terceros en el sistema de negociación colectiva

2.1. La estructura de la negociación colectiva

La estructura del sistema de negociación colectiva está constituida por el entramado de procedimientos, negociaciones, convenios y decisiones que se adoptan

por los interlocutores sociales en ejercicio de su autonomía colectiva, en las que puede intervenir o no un tercero (normalmente el Estado en su rol de administrador). Ya vimos que la misma puede ser más simple o más compleja en función de si la negociación se lleva a cabo en un único o en varios niveles, ámbitos o unidades de contratación.

Como explican Ermida, Villavicencio y Cortés, normalmente "la estructura de la negociación colectiva está determinada por los sujetos negociadores y por el nivel en que estos practican la negociación y celebran los convenios resultantes. Así como según su estructura los sindicatos pueden ser, por ejemplo, horizontales o verticales, y estos pueden de empresa, de rama o de sector de actividad y nacionales, la negociación colectiva también puede tener esas u otras estructuras. De tal forma, la estructura de la negociación colectiva incluye dos cuestiones, a saber: (1) la de los niveles de negociación y (2) la de la coordinación o articulación de los diversos niveles".

Dichos autores continúan señalando que "El nivel de la negociación colectiva tiene íntima relación con las unidades de negociación y el sujeto negociador. En efecto, como generalmente el sindicato es el único sujeto legitimado para negociar colectivamente o –en el peor de los casos– el que detenta una legitimación prioritaria, la estructura sindical tenderá a determinar el nivel de la negociación colectiva: donde predomina la estructura sindical por empresa, prevalecerá la negociación colectiva por empresa y a la inversa, donde predomina la estructura sindical por rama de actividad económica, prevalecerá la negociación colectiva de rama. En un caso la unidad de negociación es la empresa, en el otro la rama de actividad.

Los posibles niveles de negociación son múltiples: la empresa o una sección o establecimiento de ella, la rama o sector de actividad, el país todo, varios países (en el caso de la negociación colectiva multinacional), una o varias profesiones u oficios, etc."[12].

Las enseñanzas de Ermida, Villavicencio y Cortés son perfectamente trasladables al contenido de la Ley N° 18.566, ya que esta consagra una estructura de la negociación colectiva que refleja la realidad que se ha descrito en los apartados anteriores sobre la forma en que se ha organizado el sindicalismo en Uruguay y las modalidades de negociación colectiva (típicas y atípicas, bipartitas y tripartitas) que se han desarrollado desde 1943 en adelante. Si bien es cierto que el texto legal establece en su artículo 3 que "el Estado promoverá y garantizará el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles", no menos verdad es que

(12) ERMIDA URIARTE, Óscar; VILLAVICENCIO, Alfredo y CORTÉS, Juan Carlos. *Derecho Colectivo del Trabajo, Materiales de Enseñanza.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2ª edición, Lima, 1990, pp. 206 a 208.

diversas normas evidencian una clara preferencia por la contratación a nivel de rama o sector de actividad.

En tal sentido, como señala Jorge Rosenbaum una **primera característica** es que la ley consagra **un modelo de negociación colectiva fuertemente centralizada** que prioriza o fomenta la contratación a nivel de rama o sector de actividad, lo que coincide con la forma en que se organizan los sindicatos. Sobre el punto, señala dicho autor que el texto legal trasunta "una concepción piramidal", en cuyo vértice se encuentra el Consejo Superior Tripartito al que se atribuye el gobierno institucionalizado del sistema, agregando que "La integración tripartita de este órgano –del que forma parte preponderante el Estado– lo potencia para intervenir no solo en temas y materias sustantivas del diálogo y la negociación, sino en la interacción entre sus diferentes niveles descendentes. De allí que deba hablarse también de una intensa **jerarquización** que impregna el funcionamiento global del modelo"[13].

Jorge Rosenbaum anota que una **segunda característica** del nuevo sistema de negociación colectiva son los "**grados de control o intervención** de la autonomía colectiva, ya que si bien la norma legal asegura espacios para su más amplio desarrollo por los actores sociales, sin embargo sujeta los productos de esta (convenio colectivo) a la *regla de la progresividad ascendente* (en términos del reconocimiento de representatividad). Así ocurre, a vía de ejemplo, respecto de la legitimación de las organizaciones de nivel superior al de la empresa cuando no existe sindicato en ese ámbito (art. 14) y de la inderogabilidad de los mínimos adoptados en los convenios colectivos de nivel superior (art. 15)".

Asimismo, dicho autor señala que una **tercera característica** de la estructura de la negociación colectiva impuesta por la Ley N° 18.566 es que si bien el mismo no supone el tránsito de un modelo de confrontación a otro distinto de colaboración, "procura de algún modo **morigerar la alta conflictividad** que tradicionalmente caracterizó a las relaciones laborales uruguayas".

2.2. Los niveles de la negociación colectiva.

Un principio básico y fundamental de la negociación colectiva recogido en el Convenio Internacional del Trabajo N° 98 y en la Recomendación Internacional del Trabajo N° 163 es el de la "**libre disponibilidad de los niveles de negociación**", lo que implica que todos los niveles de la estructura deben estar disponibles para las partes y son ellas las que libremente adoptan uno u otro, según su conveniencia.

Fundándose en dichos instrumentos, el Comité de Libertad Sindical ha dicho que "la determinación del nivel de la negociación debería depender de la voluntad

(13) ROSENBAUM RIMOLO, Jorge. "Un sistema de negociación colectiva. Comentarios a la Ley N° 18.566". En: *Cuarenta estudios sobre La Nueva Legislación Laboral Uruguaya*. Ed. FCU, Montevideo, 2010, p. 45 y ss.

de las partes. Por ello, la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado no constituiría una violación de la libertad sindical" y que "para proteger la independencia de las partes interesadas, sería más apropiado permitirles que decidan de común acuerdo a qué nivel debe realizarse la negociación"[14].

Sobre el punto, Ermida, Villavicencio y Cortés manifiestan que "Jurídicamente, de conformidad con los principios de libertad sindical y de autonomía colectiva, el Estado no debería imponer ni prohibir un determinado nivel, sino que el negociar en uno o varios de ellos es prerrogativa de las partes sociales en el ejercicio de aquellos principios.

Así, surge de las normas internacionales del trabajo y de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical. Para este último, cuando las partes no pudieran ponerse de acuerdo al respecto, la cuestión podría confiarse a un organismo independiente de ellas, subrayándose que este debería ser "realmente independiente".

Consecuentemente, desde el punto de vista jurídico nada impide que se pueda negociar colectivamente a diversos niveles y, por el contrario, ello parecería ser una derivación natural de los referidos principios de libertad sindical y autonomía colectiva. Es, en efecto, la posibilidad de coexistencia de diversos niveles de negociación y de superposición o concurrencia de convenios colectivos, lo que plantea la cuestión de la coordinación o articulación de tales niveles (infra. N° 2)"[15].

Como quedó dicho, el art. 3 de la Ley N° 18.566 garantiza el principio de libre disponibilidad de los niveles de negociación colectiva, admitiendo entonces que pueda desarrollarse en cualquier ámbito que escojan las partes legitimadas para negociar: establecimiento o sección de la empresa, toda la empresa, un grupo de empresas, la rama o sector homogéneo de actividad económica, el oficio o categoría, la región o el país entero, e inclusive a nivel supranacional o internacional.

Según el texto legal bajo examen, la estructura negocial es organizada sobre la base de **tres niveles** principales, que no son otros que los ámbitos o unidades de contratación que ya existían en el pasado, aunque reforzándose notoriamente los niveles macro e intermedio, los cuales a su vez contemplan las modalidades bilateral y tripartita que se han dado en la práctica desde hace varios años:

(i) Un **nivel superior o macro** de diálogo y negociación en la cúspide, en el marco del Consejo Superior Tripartito;

(14) *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ta. edición, 2006, párrafos 989 y 991.
(15) ERMIDA URIARTE, Óscar; VILLAVICENCIO, Alfredo y CORTÉS, Juan Carlos. Ob. cit., p. 207.

(ii) Un **nivel medio o intermedio** que abarca las negociaciones por rama, sector de actividad o cadenas productivas, que a su vez puede desarrollarse bajo dos modalidades diferentes:

a) negociación bilateral, libre y espontánea;

b) negociación trilateral, obligatoria e institucionalizada en el ámbito de los Consejos de Salarios; y

(iii) Un **nivel bajo o micro**, que básicamente contempla la negociación en la empresa y sus estructuras menores (sucursal, establecimiento, locales, secciones, etc.).

En cuanto al ***nivel superior o macro,*** los artículos 7 a 10 de la Ley que se analiza vinieron a dar rango legal al **Consejo Superior Tripartito,** que tiene como antecedente inmediato al Consejo Superior de Salarios creado por el Decreto N° 105/005 de 7 de marzo de 2005.

De acuerdo a la ley, se trata de un órgano de coordinación y *gobernanza* de las relaciones laborales (art. 7), integrado por nueve delegados del Poder Ejecutivo, seis delegados de las organizaciones más representativas de empleadores y seis delegados de las organizaciones más representativas de trabajadores, más un igual número de suplentes o alternos de cada parte.

En cuanto a sus principales funciones o cometidos, según el texto legal son los de asesoramiento del Poder Ejecutivo en materia de fijación del salario mínimo nacional y de sectores que no hayan fijado mínimos salariales a través de la negociación colectiva, así como también en materia de recursos administrativos interpuestos contra resoluciones por la ubicación de empresas en los grupos de actividad para la negociación tripartita en Consejos de Salarios (literales A y C del art. 10).

A su vez, el Consejo Superior Tripartido tiene **potestades resolutivas** en los siguientes temas: a) efectuar la clasificación de los grupos de negociación tripartita por rama de actividad o cadenas productivas, así como la designación de las organizaciones negociadoras en cada ámbito; b) considerar y pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los niveles de negociación tripartita y bipartida (art. 10 literales B y D).

De lo anterior se desprende que, en puridad, el Consejo Superior Tripartito no constituye un nivel de negociación colectiva ya que no se trata de un órgano destinado a producir "convenios colectivos" y regular de forma directa las condiciones de trabajo, por lo que en su seno no se desarrollaría una "negociación colectiva" pura y típica sino más bien un proceso de diálogo social, aunque nada inhibe que en ese ámbito se puedan desarrollar acuerdos o pactos de cúpula (más cercanos al fenómeno de la concertación social que al de la negociación colectiva típica o común).

Ante una denuncia del sector empresarial el **Comité de Libertad Sindical** se ha pronunciado recientemente sobre diversos aspectos de la ley bajo estudio, siendo dos de ellos referidos precisamente a la regulación atinente al Consejo Superior Tripartito.

En concreto, en reciente pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical[16] **observó seis puntos regulados en la Ley N° 18.566**[17]:

1) Intercambio de informaciones necesarias (art. 4);

2) Sujetos de la negociación colectiva bipartita a nivel de empresa cuando no exista sindicato en ese ámbito (art. 14);

3) Registro y publicación de los convenios colectivos (art. 16);

4) Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos (art. 17);

5) Integración del Consejo Superior Tripartito, y,

6) Algunas competencias del Consejo Superior Tripartito.

En cuanto a la observación referida a la **integración del Consejo Superior Tripartito (artículo 8)**, en dicho dictamen el Comité "considera que podría tenerse en cuenta un número igual de miembros por cada uno de los tres sectores y la presencia de un presidente independiente, preferentemente nombrado por las organizaciones de trabajadores y de empleadores conjuntamente, que pudiera desempeñar en caso de una votación. El Comité pide al Gobierno que realice discusiones con los interlocutores sociales sobre la modificación de la ley a efectos de encontrar una solución negociada sobre el número de integrantes del Consejo".

En lo que respecta a las **competencias del Consejo Superior Tripartito y en particular a la de considerar y pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los niveles de negociación tripartita y bipartita** (artículo 10 D), "el Comité ha subrayado un numerosas ocasiones que 'la determinación del nivel de negociación (colectiva bipartita) debería depender de la voluntad de las partes'. El Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias, incluida la modificación de la legislación vigente, para que el nivel de negociación colectiva sea establecido por las partes y no sea objeto de votación en una entidad tripartita".

(16) 356° Informe del Comité de Libertad Sindical - Caso N° 2699, marzo de 2010.

(17) Además, el Comité de Libertad Sindical consideró contrario al Convenio Internacional del Trabajo N° 87 sobre libertad sindical la regulación sobre ocupación de lugares de trabajo, por cuanto no se garantiza la libertad de trabajo de los no adherentes a la medida ni se posibilita el ingreso de los directivos de la empresa al lugar tomado por los trabajadores. Sin embargo, corresponde significar que si bien el proyecto de ley original contenía una reglamentación de las ocupaciones de centros de trabajo, la cual no respetaba los lineamientos antes señalados, lo cierto es que finalmente se desagregó el capítulo que regulaba ese punto y el texto aprobado no lo disciplina. La regulación sobre ocupación de lugares de trabajo tiene en la actualidad únicamente fuente reglamentaria (Decreto N° 165/006).

A nuestro modo de ver, la primera observación resulta bastante sorprendente y poco consistente ya que no existe ninguna norma ni principio derivado de los instrumentos internacionales del trabajo del cual se pueda derivar que un órgano de gobernanza del sistema de relaciones laborales deba reflejar obligatoria y necesariamente una composición idéntica de todos sus miembros. Para garantizar el diálogo social auténtico y genuino y la libertad sindical lo trascendente es que se trate de un órgano tripartito y que se respete un número idéntico para los delegados de los interlocutores sociales, extremos que se cumplen en el caso del art. 7 de la Ley N° 18.566. Por otra parte, no puede perderse de vista que la propia estructura de los órganos de la OIT (Conferencia y Consejo de Administración) guardan una relación cuantitativa similar a la prevista en la ley uruguaya (la mitad de los delegados corresponden a los Gobiernos y la otra mitad se reparte en igual número entre trabajadores y empleadores), lo que torna más difícil de entender el fundamento de la observación.

En cambio, pensamos que es completamente acertada la exhortación realizada en relación a la competencia del Consejo Superior Tripartito para "considerar y pronunciarse" sobre los niveles de negociación bipartita y tripartita, ya que ello implica una intromisión indebida del Estado en aspectos que los instrumentos internacionales resguardan exclusivamente a la autonomía de las partes. En efecto, parece bastante claro que ello constituye un apartamiento del principio de libre disponibilidad de los niveles de negociación previsto en el Convenio Internacional N° 98 y la Recomendación N° 163, así como también una incongruencia (contradicción) con lo dispuesto en el art. 4 del propio texto legal observado, en el que se garantiza la autonomía de las partes para seleccionar el nivel de contratación.

En lo que concierne al ***nivel medio o intermedio*** del sistema de negociación colectiva, de acuerdo al art. 11 de la Ley, este refiere a la **"rama de actividad o de cadenas productivas"** y puede canalizarse a través de cualquiera de las dos modalidades de negociación ya mencionadas:

(a) Los Consejos de Salarios creados por la Ley N° 10.449, y,

(b) La negociación bipartita.

De esta forma, la nueva ley no hace más que recoger y regular los dos causes de negociación que se han desarrollado en la práctica en los últimos 60 años y permite la convivencia armónica de ambos:

(i) La **negociación colectiva atípica, caracterizada por ser trilateral, obligatoria, institucionalizada y procedimentalizada**, en la cual el Estado asume un rol protagónico en la fijación del valor del trabajo y de las categorías laborales. De acuerdo al art. 5 de la Ley N° 10.449, en la nueva redacción dada por el art. 12 de la Ley N° 18.566, esta clase de negociación colectiva tripartita solo puede tener como contenido la fijación de salarios mínimos

por categoría y la actualización de las remuneraciones. Asimismo, en caso de existir consenso entre los delegados de los empleadores y los trabajadores se podrá incluir en la negociación y el laudo respectivo otras aspectos vinculados con "condiciones de trabajo".

La diferencia que tiene esta modalidad de negociación con la forma en que se había venido instrumentando desde el año 1985 hasta el presente, es que a partir de la sanción de la Ley N° 18.566 las decisiones y acuerdos que se adopten en el seno del Consejo de Salarios ya no serán más recogidos en decretos del Poder Ejecutivo, sino que adquirirán valor y eficacia jurídica una vez que sean aprobados (por mayoría simple) por el Consejo y sean publicados en el Diario Oficial, sin necesidad de "homologación" de clase alguna.

(ii) La **negociación colectiva típica o pura, caracterizada por ser bilateral, autónoma, libre, no institucionalizada ni procedimentalizada,** participando en calidad de sujetos celebrantes, por un lado, una organización gremial de rama, industria, actividad, oficio o profesión, y, por el otro, un grupo de empresas o una o varias organizaciones de empleadores. A diferencia del caso anterior, en esta modalidad de negociación las partes tenían plena libertad para regular cualquier clase de contenido o materia laboral, ya sea referida a salarios como a otras condiciones de trabajo en sentido amplio, con los únicos límites reconocidos por el resto del ordenamiento jurídico y el orden público[18].

De acuerdo al art. 16 de la Ley N° 18.566, el convenio colectivo de ese nivel de negociación que sea celebrado por "las organizaciones más representativas" es de aplicación obligatoria para todos los empleadores y trabajadores de ese ámbito, "una vez que sea registrado y publicado por el Poder Ejecutivo". Quiere decir que, los convenios colectivos celebrados en este nivel por los sujetos más representativos tienen efecto *erga omnes* tanto del lado de los trabajadores como de los empleadores.

Lo anterior implica una innovación en relación al modelo anterior, por cuanto se entendía de forma pacífica que los convenios colectivos, cualquiera fuese el nivel de negociación y los sujetos intervinientes en esta, solamente alcanzaban a los empleadores directamente pactantes o afiliados a las organizaciones que celebraban dicho convenio. Cabe destacar que, si bien la norma legal no lo aclara, a nuestro juicio la publicación no puede limitarse a la inserción del convenio colectivo en la página web del MTSS sino que necesariamente debe publicarse en el Diario Oficial, ya que este último medio es

(18) Sobre los límites del contenido de la negociación colectiva véase más ampliamente: BARBAGELATA, Héctor-Hugo, ROSENBAUM RÍMOLO, Jorge y GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *El contenido de los convenios colectivos*, Ed. FCU, Montevideo, 1998, p. 33 y ss.

el único que ofrece garantías y certeza jurídica para los terceros en cuanto a su publicidad y fecha de entrada en vigor.

Otro aspecto que nos parece claro es que la registración y publicación de esta clase de convenio colectivo bilateral, típico y puro celebrado por los sujetos más representativos a nivel de rama o sector de actividad, no constituye una potestad discrecional del Poder Ejecutivo, el cual no se puede negar arbitrariamente a cumplir dichas actividades. En efecto, el Poder Ejecutivo no puede hacer un control discrecional del acuerdo sino únicamente de aquellos aspectos formales referidos en la ley: mayor representatividad de los sujetos pactantes. Cumplido lo anterior, el Poder Ejecutivo no puede negarse a registrar y publicar.

También en este punto el **Comité de Libertad Sindical** ha realizado señalamientos a la novel legislación uruguaya, que no parecen tener fuerte sustento. En tal sentido, el Comité expresa que "en cuanto a los efectos del convenio colectivo y en particular que el convenio colectivo por sector de actividad celebrado por las organizaciones más representativas es de aplicación obligatoria para todos los empleadores y trabajadores del nivel de negociación respectivo una vez que sea registrado y publicado por el Poder Ejecutivo (art. 16), el Comité teniendo en cuenta la preocupación manifestada por las organizaciones querellantes, pide al Gobierno que se asegure que en dicho trámite de registro y publicación del convenio colectivo solo se realice el control de cumplimiento de los mínimos legales y de cuestiones de forma, como por ejemplo la determinación de las partes y destinatarios del convenio con suficiente precisión y la duración del mismo".

Finalmente, en lo atinente al **nivel bajo o inferior** de negociación colectiva, la Ley N° 18.566 habilita que los sujetos colectivos puedan negociar en niveles como son los de empresa, establecimiento, sucursal, locales, secciones o cualquier otro ámbito menor dentro de la empresa. En la práctica, la negociación descentralizada ha tenido una relevancia menor y accesoria, desarrollándose fundamentalmente en empresas grandes y según el contexto, con finalidad de superación de lo consagrado a nivel más alto (periodo de crecimiento económico) o de adaptación y flexibilización de las condiciones de trabajo, en etapas de crisis económica.

La particularidad que establece la Ley N° 18.566 respecto a la negociación colectiva por empresa, es que de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 14 "cuando no exista organización de los trabajadores, la legitimación para negociar recaerá en la organización más representativa de nivel superior".

De esa manera, la ley persigue notoriamente monopolizar la legitimación para negociar haciéndola recaer en el sindicato organizado por rama o sector de

actividad, respecto del cual el legislador muestra una clara preferencia, centralizando así el poder y la estructura de la negociación.

Obviamente, dicha solución legal no ha estado exenta de fuertes críticas por parte de los empleadores y algunas opiniones doctrinarias. En tal sentido, Eduardo Ameglio y Leonardo Slinger señalan que la norma legal restringe la capacidad de negociación de los trabajadores a nivel de empresa cuando no existe organización de trabajadores[19], eliminando la posibilidad de que esta sea realizada por delegados de los trabajadores, como estaba previsto en el art. 1 de la Ley N° 13.556, o por un grupo inorgánico de empleados (coalición). La misma posición sostiene Santiago Pérez del Castillo, quien destaca que ante la inexistencia de una organización de trabajadores en la interna de la empresa, la negociación se debería llevar a cabo "con los delegados, con esos liderazgos naturales, y es con ellos con quienes hay que negociar el convenio de empresa; no con la organización de rama de actividad, que puede ser representativa y fuerte a nivel de rama pero no tallar a nivel de empresa"[20].

En la misma dirección, el **Comité de Libertad Sindical** en el dictamen multicitado también ha criticado la regulación antes mencionada, expresando que "en lo que respecta a los sujetos de la negociación colectiva bipartita y en particular a que en la negociación colectiva de empresa cuando no exista organización de trabajadores la legitimación para negociar recaerá en la organización más representativa de nivel superior (artículo 14, última oración), el Comité observa que las organizaciones querellantes estiman que la inexistencia de un sindicato no significa la inexistencia de relaciones colectivas en la empresa. El Comité estima por una parte que la negociación con la organización más representativa de nivel superior solo debería llevarse a cabo en la empresa si cuenta con una representación sindical conforme a la legislación nacional. El Comité recuerda por otra parte que la Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), da preeminencia en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en caso de ausencia de tales organizaciones. En estas condiciones, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que la regulación legal posterior tenga plenamente en cuenta estos principios".

De lo anterior se desprende que para el Comité de Libertad Sindical constituye una intromisión en la autonomía y libertad de la negociación colectiva que el legislador le imponga al empleador cuál es el sujeto con el cual debe negociar a nivel

(19) AMEGLIO, Eduardo J. y SLINGER, Leonardo. "El Derecho Colectivo del Trabajo: un derecho en transformación". En: *XIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Prof. Américo Plá Rodríguez, Ed. FCU, Piriápolis, 22 y 23 de noviembre de 2008, p. 163.

(20) PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. "El Derecho Colectivo del Trabajo en transformación". En: *XIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Prof. Américo Plá Rodríguez, Ed. FCU, Piriápolis, 22 y 23 de noviembre de 2008, p. 185.

de la empresa, y, particularmente, que ante la ausencia de un sindicato constituido en ese nivel solo se pueda negociar con el sindicato de rama de actividad, que no tiene implantación en el ámbito inferior. Para el Comité, la preferencia o prioridad de la negociación recae sobre el sindicato de empresa y si este no existe, subsidiariamente puede acudirse a los representantes de los trabajadores siempre que ello sea libremente elegido por estos últimos.

2.3. La articulación de la negociación colectiva

Por último, abordaremos el régimen legal de articulación de la negociación colectiva. Dicho instituto se torna indispensable cuando la estructura de la negociación colectiva es compleja, es decir, cuando esta se desarrolla a diferentes niveles, lo que abre la posibilidad de que se generen conflictos de normas autónomas creadas a diferentes niveles. Cabe acotar que la dificultad no se presenta cuando se trata de oposición entre convenios colectivos celebrados en un mismo ámbito o nivel de negociación, ya que en tal caso se aplica directamente el criterio de preeminencia del acuerdo último en el tiempo (criterio temporal).

Como enseña Juan Pablo Mugnolo, la situación de conflicto se produce "cuando dos o más normas hipotéticamente aplicables a relaciones jurídicas incluidas dentro del ámbito de aplicación, contienen formulaciones distintas o, más exactamente, cuando existe una incompatibilidad entre las directrices relativas a un mismo objeto". A su vez, el autor señala que "para que se pueda hablar de situaciones de colisión o concurso entre convenios colectivos deben darse los siguientes supuestos: a) isomorfía, entendida esta como la contradicción opositiva entre los preceptos, sistemas y criterios de dos normas jurídicas; esto es en el plano de la relación convencional, la coincidencia entre dos convenios colectivos sobre una misma situación o relación jurídica y una misma materia laboral; b) inicial y posible aplicabilidad de ambos convenios, es decir, su simultánea vigencia; c) contenidos normativos diferentes y divergentes entre uno y otro, pues de no ser así, no existiría por hipótesis situación de conflicto"(21).

De modo resumido, Juan Pablo Mugnolo manifiesta que la doctrina y el derecho comparado enuncian diversos criterios para dar respuesta a las situaciones de concurso o concurrencia de convenios colectivos(22):

a) El **criterio de jerarquía**, lo que supone la existencia de una relación de superioridad-inferioridad entre los convenios colectivos, la cual puede ser **territorial** (privilegiando al convenio de mayor o menor ámbito territorial), **cuantitativa** (priorizando el convenio que albergue mayor o menor

(21) MUGNOLO, Juan Pablo. *Convenios colectivos de trabajo. Concurrencia, articulación y sucesión*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 21 a 24.
(22) MUGNOLO, Juan Pablo. Ob. cit., pp. 26 a 32.

cantidad de trabajadores) u **orgánica** (teniendo en cuenta el grado o jerarquía de la asociación sindical pactante);

b) El **criterio de la norma más favorable**;

c) El **criterio cronológico**, que puede hacer prevalecer tanto a la *lex posterior* (que significa que prevalecerá el más reciente) como a la *lex prior* (primacía de la norma más antigua);

d) El **criterio de especialidad**, el cual supone que se han atribuido diferentes materias a cada nivel o ámbito de negociación.

Hasta la sanción de la Ley N° 18.566, la ausencia de un criterio legal para la articulación de la negociación colectiva desarrollada a diferentes niveles, tenía como consecuencia que, a juicio de buena parte de la doctrina y la jurisprudencia, el modo más adecuado de resolver todo conflicto entre normas de convenios colectivos concurrentes era haciendo prevalecer la disposición más antigua que consagrara una solución más favorable al trabajador.

El nuevo régimen legal dispone en su artículo 15 que "La negociación en los niveles inferiores no podrá disminuir los mínimos adoptados en los convenios colectivos de nivel superior, salvo lo dispuesto en el Consejo de Salarios respectivo".

En virtud de lo anterior, se consagra el **criterio de jerarquía ascendente**, lo que significa que en caso de colisión entre convenios de diferentes niveles prevalece el negociado a nivel más alto, siempre que recoja condiciones más favorables. De esa manera, se refuerza una vez más la opción del legislador de otorgar preferencia o preeminencia a la negociación colectiva centralizada y por rama de actividad, en relación a cualquier otra modalidad, jerarquizando al sindicato de rama sobre el sindicato de empresa. Solo se admite que prevalezca el convenio colectivo inferior, aun siendo menos favorable que el superior, cuando el Consejo de Salarios así lo autorice. A través de ese mecanismo, se viene a consagrar legalmente un instrumento que en algunos casos se había utilizado en la práctica, comúnmente denominado "descuelgue", el cual requiere de la conformidad sindical.

En tal sentido, como señala Jorge Rosenbaum "se consagra la **regla de la conservación de la norma mínima** obligatoria, disponiéndose a texto expreso que los acuerdos colectivos de nivel inferior no podrán disminuir los mínimos adoptados en los convenios de nivel superior. Obsérvese que la disposición legal establece una presunción neta en cuanto a que la *norma* considerada como *más favorable* es aquella que proviene del acuerdo pactado en un plano jerárquicamente superior y se sustenta en el criterio de prevalencia del mandato ascendente en materia de representación de los sujetos legitimados a negociar. Ello se redobla desde el momento que cualquier **excepción** a la regla debe contar con el acuerdo tripartito previo del Consejo de Salarios respectivo. De no ser así, la controversial posibilidad

de negociar en unidades menores (criterio de especialidad), un descuelgue respecto del convenio colectivo de nivel superior, o aun de una decisión del Consejo de Salarios, queda jurídicamente inhabilitada si no ha mediado una salvaguarda expresa en el ámbito de este último".

El criterio recogido por el legislador ha sido objeto de críticas de parte de Santiago Pérez del Castillo. Para este autor: "Parece mejor para el SRT uruguayo articular convenios de diferentes niveles haciendo aplicable el suscrito por el sujeto colectivo más representativo en relación al ámbito de personas que se representa. Tomar como criterio para articular, como criterio para decidir el conflicto entre normas de diferentes niveles, no necesariamente el de mayor jerarquía (...).

El convenio colectivo de nivel inferior solo puede sobrepujar, establecer condiciones más favorables que el convenio colectivo de nivel superior. El criterio de mayor favorabilidad como regla para resolver los conflictos de normas no es siempre el mejor criterio.

De manera que por una parte prima siempre el convenio de nivel superior y en consecuencia se conserva la centralización y el poder de la cúpula que ya hoy se puede apreciar muchas veces en la práctica. Estas dos constataciones conspiran contra la función del convenio colectivo de ser un traje a medida de la realidad para la cual se hacen las reglas. El nivel superior puede ser como promedio de las empresas que lo componen, muy distinto al nivel inferior concreto de una empresa determinada.

Si se hace primar siempre el convenio de nivel superior se está yendo contra el principio de subsidiariedad según el cual las instancias superiores solo deben actuar donde no son suficientes las instancias inferiores (...).

Una organización profesional no será necesariamente más representativa porque tenga un ámbito de actuación más amplio. En otros términos, podrá existir una organización que sea más representativa en el sector de actividad pero no lo sea en un ámbito inferior, y a la inversa. El privilegio que tiene como sujeto colectivo la organización profesional"[23].

El art. 15 de la Ley N° 18.566 prevé exclusivamente el caso en que un convenio colectivo inferior establezca condiciones menos favorables que el convenio colectivo superior, haciendo prevalecer el segundo. Sin embargo, no establece qué sucede si el convenio colectivo superior y posterior en el tiempo, establece una solución menos favorable que la recogida por el convenio inferior. A nuestro juicio, como regla general esta clase de conflicto debe ser resuelta aplicando el criterio de la norma más favorable. La excepción sería en aquellos casos en que de modo claro y expreso y con carácter posterior en el tiempo el convenio de nivel superior

(23) PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. Ob. cit., pp. 185 a 188.

introduce una solución menos favorable que la negociada en nivel inferior, estando fundada en razones de interés general.

IV. CONCLUSIONES

A modo de reflexiones finales corresponde significar, en **primer lugar**, que nuestro sistema de derecho colectivo y particularmente de negociación colectiva, parecería estar transitando desde un modelo arregulado, abstencionista, informal, no procedimentalizado y predominantemente estático, hacia uno con mayor intervención de la reglamentación heterónoma y de carácter más estable o permanente.

En **segundo lugar**, la presencia de una mayor intervención del Estado no necesariamente implica que el sistema de negociación colectiva limite, restrinja o reduzca la capacidad negocial de los actores, principalmente del sujeto sindical. El examen del Derecho comparado y de la evolución histórica de la negociación colectiva en nuestro país demuestra que no siempre el abstencionismo legislativo y la autonomía a ultranza del régimen se traducen en un modelo que permite relaciones colectivas dinámicas.

Los hechos han demostrado que la intervención del Estado en la negociación colectiva puede tener diferentes modalidades, fines y naturaleza. En algunos casos, como sucede en varios países latinoamericanos, la intervención representa un exceso de reglamentación que termina por ahogar la negociación colectiva, restando fuerza a los sujetos negociadores, ya que se controlan casi todos los aspectos del sistema y especialmente se interviene en el contenido y las materias a negociar y el Estado retiene la potestad de homologar o no los acuerdos. En cambio, en otros casos, la intervención del Estado es solamente para fomentar y brindar soporte al sistema de negociación colectiva, promocionando a los sujetos y a la actividad negocial.

En **tercer lugar**, a nuestro modo de ver, el nuevo régimen normativo establecido en la Ley N° 18.566 parece encuadrarse mejor en esta última modalidad de intervención del Estado. En efecto, las fórmulas que se examinaron en los apartados anteriores representan en la mayor parte de los casos no solamente una consagración de modalidades, características y mecanismos que ya se venían implementando desde hace años, bajo un modelo predominantemente arregulado y autónomo, sino también un instrumento de soporte, fomento y apoyo a la negociación colectiva, la cual parecería estar virando hacia formas más estables o permanentes.

La intervención del Estado en el sistema de negociación colectiva se verifica tanto en su rol de legislador, como también de administrador, siendo ejemplos claros de esto último la intervención en los Consejos de Salarios y el Consejo Superior Tripartito. No se prevé en cambio la intervención de otros terceros o del Estado bajo otros roles, como podría ser, por ejemplo, el Poder Judicial, el cual limita

su participación únicamente a los casos de incumplimiento del convenio colectivo y la eventual petición de rescisión de este.

A nuestro juicio, la ley que se ha examinado si bien ha aumentado la intervención del Estado en el sistema de negociación colectiva, ello no implica la conformación de un sistema de carácter heterónomo o intervenido, ya que se mantienen varios aspectos de la negociación colectiva sin regulación legal, los que quedan en el ámbito de la autonomía colectiva, siendo que se mantienen además amplios espacios para el desenvolvimiento de los actores sociales al margen del Estado.

En **cuarto lugar**, si bien la ley no innova en cuanto a la tradicional característica de centralización del sistema de negociación colectiva, lo cierto es que muchas de las soluciones legales van claramente en dirección de fortalecer aún más esa modalidad del régimen uruguayo, privilegiando claramente la negociación colectiva por rama de actividad o sector en detrimento de las formas descentralizadas o por empresa, lo que seguramente traerá aparejado un mayor fortaleciendo del sindicalismo organizado a ese nivel.

En **quinto lugar**, en algunos casos las previsiones contenidas en la Ley N° 18.566 constituyen un exceso de intromisión del Estado en la negociación colectiva, lo que ha llevado al Comité de Libertad Sindical a señalar diversas observaciones sobre estas, lo que obligará a nuestro país a adecuar el texto legal para alinearlo con los criterios y principios que surgen de los instrumentos internacionales y la interpretación que ha realizado el órgano especializado sobre el alcance de estos.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
Diversas modalidades de intervención de terceros.
Articulación y niveles

Héctor Babace(*)

INTRODUCCIÓN

1. El modelo de relaciones colectivas de Uruguay, fue hasta la sanción de la Ley N° 18.566 de 11 de setiembre de 2009, anómico y caracterizado por un marcado abstencionismo legislativo. Desde 1934, fecha en que se aprobó la reforma constitucional que incorporó a la Carta, los derechos sociales o de segunda generación, entre ellos los de la sindicalización y la huelga, las únicas normas referidas a esta temática fueron la Constitución, los Convenios Internacionales de Trabajo, y algunas leyes dispersas, que trataban fragmentariamente algunas de las cuestiones concernidas en ella.

Esta situación fue motivada por los orígenes anarquistas del movimiento sindical uruguayo, por su carácter clasista que excluía a los trabajadores de los circuitos de decisión económicos y políticos, y por la circunstancia histórica de que cada vez que se intentó regular la temática, fue para coartar e incluso, para reprimir la acción de los sindicatos, como ocurrió durante la dictadura de 1973 a 1985.

Las escasas normas legales existentes, se referían parcialmente a algunos aspectos de las relaciones colectivas, específicamente a la huelga en los servicios

(*) El autor es Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay.

esenciales, al preaviso y al plebiscito de la huelga (Ley N° 13.720 de diciembre de 1968), a la legitimación para celebrar convenios colectivos sobre licencia (Leyes N° 12.590 de 1958 y N° 13.556 de 1966) y al alcance erga omnes de los convenios de la industria de la construcción (Ley N° 9.337 de 1937). No existen normas que regulen la organización de los sindicatos ni la huelga.

En este austero marco normativo, la negociación colectiva ha funcionado con la mayor autonomía, librada al poder negociador del interlocutor sindical[1].

2. Sin embargo una norma de singular importancia fue sancionada a efectos fijar salarios mínimos el 12 de noviembre de 1943. Ese día se aprobó la ley N° 10.449, norma legal que organizó un sistema de fijación de salarios mínimos por categorías laborales y ramas de la actividad privada, basado en la discusión tripartita, en el seno de organismos cuyas decisiones adquirían alcance erga omnes.

Como efecto secundario, colateral e incluso inesperado, desde su puesta en práctica la ley vino a constituirse en el soporte de las relaciones colectivas en Uruguay, pues el mecanismo por el cual se designaban los delegados profesionales, promovió la conformación de sindicatos en sectores que nunca se habían organizado y fortaleció a los existentes, generando una negociación colectiva bipartita fluida que se tradujo en la concreción de numerosos convenios colectivos.

Esta incidencia en el sistema de relaciones colectivas y en particular en la negociación colectiva, quedó en evidencia en las dos oportunidades en que se dejó de convocar a los Consejos de Salarios, y muy especialmente en la segunda.

La primera (1968 a 1984) se produjo en un periodo autoritario durante el cual el Gobierno intervino para fijar los salarios mínimos unilateralmente, intervención agudizada desde 1973 por el golpe de estado, la proscripción de los sindicatos y la persecución, encarcelamiento y exilio de los dirigentes y militantes, y la segunda (1990 a 2005) durante la cual se procedió a aplicar políticas neoliberales que veían en la mano invisible del mercado la solución a los problemas de la economía y de la sociedad, y que supuestamente daban a las partes la más amplia libertad para negociar colectivamente. En ambos periodos, y particularmente en el segundo, al no funcionar los Consejos de salarios, disminuyó la sindicalización y la negociación colectiva registró una caída vertical, así como también el salario real.

A la inversa, desde 1985 a 1990, durante la segunda época de convocatoria de Consejos de Salarios, pudo apreciarse una notable revitalización de los sindicatos y un importante aumento del nivel de salario real, solo comparable con la que

(1) Cfm. RASO DELGUE, Juan, quien refiriéndose al sistema uruguayo de relaciones laborales, en material preparado para la Revista Análisis Laboral, Lima 2008, señala que en lo colectivo es absolutamente autónomo, donde son las partes quienes producen las normas y las prácticas que regulan su funcionamiento. *La nuevas relaciones laborales en Uruguay.* VV.AA, cap. IV, 2009, p. 69.

había tenido en el primer periodo de implantación de los Consejos, desde 1945 a 1968, y a la que tiene actualmente, 2005 a 2010[2].

3. Estas constataciones y enseñanzas históricas determinaron que en marzo de 2005, cuando asume el gobierno por primera vez en el país, la fuerza política de izquierda, Frente Amplio-Encuentro Progresista, existía consenso doctrinario en que los Consejos de Salarios debían ser convocados nuevamente. Y efectivamente la convocatoria se hizo a partir de mayo de ese año, volviendo a registrarse aumento de la sindicalización y del salario real[3].

Además, durante el periodo de Gobierno 2005-2010, se discutió sobre la oportunidad, conveniencia y pertinencia de reglamentar la negociación colectiva, primando la opinión afirmativa, pese a la oposición de algunos sectores sindicales, generándose un proceso legislativo que concluyó con la aprobación de la Ley N° 18.566 hacia fines de la legislatura.

I. CONCEPTO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

4. Suele definirse la negociación colectiva como el conjunto de los procedimientos, o simplemente de contactos o tratativas, formales o informales, orgánico o inorgánico, entre las partes sociales, tendientes a lograr un acuerdo que se concretará en la suscripción de un convenio colectivo. La negociación puede ser bilateral o trilateral, admitiendo en este segundo caso la intervención de terceros como negociadores en cuyo caso actúan como sujetos haciendo sus propias propuestas y defendiendo sus propios intereses, y también como moderadores, facilitadores o conciliadores, incluso árbitros, situaciones en las que actúan más propiamente como terceros.

La negociación debe desarrollarse en un marco de respeto a la libertad sindical y de autonomía colectiva, esto es libre de injerencias recíprocas y/o provenientes de terceros, en las que esté presente en estado de latencia el conflicto abierto, y se conciba a la huelga como un derecho de los trabajadores organizados como coalición o en sindicatos, de apoyar los reclamos formulados y de defender sus intereses, en cualquier momento y circunstancia, entre ellas también durante el procedimiento de una negociación colectiva, absteniéndose en forma colectivamente concertada, de cumplir con las obligaciones que resultan de los respectivos contratos individuales de trabajo.

(2) ERMIDA URIARTE, Óscar, en su participación en la mesa redonda "Los Consejos de salarios, una mirada actual ", FCU, 2004, señaló precisamente que los Consejos de Salarios constituyeron la verdadera legislación uruguaya de promoción, soporte o apoyo, de la sindicalización y de la negociación colectiva. p. 97.

(3) ERMIDA URIARTE, Óscar. Ob. cit., destacó como consecuencias de los Consejos de Salarios, la estructura sindical centralizada, la negociación colectiva a nivel de rama, y la mejor participación del salario en la renta nacional, p. 97.

5. A los efectos de esta presentación, en tanto se pretende analizar las *modalidades de intervención de terceros en la negociación colectiva*, preferimos una conceptualización estricta de esta, limitándola a la participación bilateral y directa de los sujetos sociales.

Por consiguiente, entendemos que la negociación colectiva supone la existencia de relaciones bilaterales entre los interlocutores sociales, que les permitan llegar a la conclusión de convenios colectivos para establecer condiciones de trabajo aplicables a los contratos individuales, así como también establecer reglas para regular sus relaciones recíprocas.

El concepto que antecede responde a una visión pura o en sentido estricto de la negociación colectiva bilateral, pues se define por la existencia de relaciones directas y bilaterales entre los interlocutores sociales,

Y desde luego, para que exista negociación colectiva autónoma debe operar en plenitud la libertad sindical, y ello supone el funcionamiento de los sindicatos en sus tres manifestaciones colectivas, la organizativa o de autarquía institucional, la negocial y la reivindicativa o de autotutela.

Las tres son inescindibles, pues de nada sirve la existencia de un sindicato si no negocia las condiciones de trabajo de sus representados, y para poder hacerlo requiere disponer de la posibilidad real de adoptar medidas de acción directa eficaces.

Por consiguiente, la reglamentación legal de la negociación colectiva debe ser cuidadosa de no establecer procedimientos o mecanismos que determinen injerencia en la autarquía sindical o que cercenen la huelga más allá de lo estrictamente necesario para que se cumplan los compromisos libremente asumidos y para que no se afecten servicios esenciales.

6. En el sistema normativo Constitucional uruguayo, desde 1934, el artículo 56 (actual 57) ordena que "La ley promoverá los sindicatos otorgándoles personería jurídica y disponiendo franquicias tributarias (...)" (inc. 1) y declara que "La huelga es un derecho gremial. Sobre esa base se reglamentará su ejercicio y efectividad" (inc. 2).

En el texto constitucional no hay mención expresa a la negociación colectiva, pero pacíficamente ella se entiende implícita en las claras referencias que contiene al derecho a sindicalizarse y a la huelga.

Y por los términos de la norma constitucional, que imponen la promoción de la actividad sindical y amparan la efectividad del ejercicio de la huelga, se ha entendido pacíficamente, que cualquier reglamentación legal debe ser de apoyo y de promoción.

Inversamente, cualquier mecanismo legal que implique restricción de la libertad sindical, será tachable de inconstitucional.

La misma interpretación resulta de la circunstancia de que el Uruguay es miembro de Organización Internacional del Trabajo por consecuencia de lo previsto en la Constitución de dicha Organización respecto del compromiso de los Estados parte respecto de los principios de libertad sindical, y del texto de los Convenios Internacionales de Trabajo, 87, 98, 151 y 154, documentos todos ratificados por Uruguay.

II. MODALIDADES DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS

7. Partiendo del concepto de negociación colectiva bilateral pura o en sentido estricto aludido supra parágrafo 5, la intervención de terceros en ella puede ser definida como la consecuencia de cualquier participación que tenga en la negociación, otro sujeto que no sea el sindicato o la empresa u organización empresarial que negocian.

Sin embargo, parte importante de la doctrina, extiende el concepto de negociación colectiva a formas tripartitas del fenómeno, en las que participan representantes de las autoridades públicas.

Sin tomar partido en esta discusión, por motivos metodológicos, a los efectos de esta presentación, consideraremos modalidades de intervención de terceros, todas las que alteren la relación bilateral y directa, pura, entre los interlocutores sociales que negocian.

8. Siguiendo el criterio que viene de adoptarse, la intervención de terceros puede encontrarse en cuatro planos diferenciables: el de los sujetos de la negociación; el del contenido de esta, el de los procedimientos establecidos y de las normas que los regulan así como las que regulan los alcances y otros efectos de los convenios colectivos; y el de la injerencia y la persecución sindical.

Desde el punto de vista de los *sujetos que intervienen en la negociación colectiva como terceros*, su intervención es diversa: pueden actuar directamente como negociadores poniendo en juego sus propios intereses, haciendo propuestas y negociando la solución; como sujetos de colaboración y consulta; como mediadores, conciliadores o árbitros, lo que ocurre cuando se incluyen los métodos de solución de conflictos; como partes en acuerdos marco del tipo de pactos sociales; y constituyendo un órgano de gobernanza de las relaciones laborales, en el cual se procurará sintetizar y coordinar las diversas posiciones de las partes sociales y del Gobierno.

Desde el punto de vista del *objeto o contenido de la negociación colectiva*, la intervención suele producirse en: la fijación de salarios mínimos; la determinación

de condiciones de trabajo en general; y el establecimiento de reglas para regular las relaciones colectivas, esto es a la propia negociación colectiva y a la huelga.

Asimismo, constituyen también formas de intervención de terceros, la *intervención legislativa*, mediante el establecimiento de normas por las cuales se articulan los niveles de negociación colectiva, o se regulan legislativamente los procedimientos de negociación y las cuestiones jurídicas que están implicadas en ella y en el alcance y efectos de los convenios colectivos, como la vigencia, la ultraactividad, y otras.

Finalmente, debe considerarse una forma ilegítima de intervención de terceros los *actos de injerencia*, tanto patronal, como de organizaciones empresariales y de otras organizaciones sindicales, así como también los de *persecución sindical*.

Todas estas intervenciones ponen en riesgo, en mayor o menor medida, la autonomía colectiva y la libertad sindical, por lo que es imprescindible discernir los límites del intervencionismo compatible con ellas, y expurgar del sistema aquellas intervenciones que coliden con los principios de promoción, con la autonomía de la negociación colectiva, y con la libertad sindical.

III. LA LEY N° 18.566 Y LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

9. La reciente aprobación de la Ley N° 18566, de reglamentación de la negociación colectiva, es en este momento la novedad del sistema de relaciones colectivas uruguayo, lo cual justifica que este trabajo se ciña a la consideración de las formas de intervención que ha generado y a sus alcances, realizando un examen de su compatibilidad con la autonomía colectiva y la libertad sindical[4].

Asimismo, este examen ha sido realizado desde una perspectiva duramente crítica, por las Cámaras de Industria y de Comercio del Uruguay,[5] que acompañadas por la Organización Internacional de Empleadores han presentado una queja ante el Comité de Libertad Sindical, el cual ya ha realizado un pronunciamiento sobre estas cuestiones, el que será objeto de comentarios, oportunamente en este trabajo.

El examen limitado a la ley de negociación colectiva que propone este trabajo, nos obliga a dejar señalado que en 2006 se aprobó una ley de fuero sindical que lleva el N° 17.940, por la que se persigue el propósito de evitar injerencias patronales en perjuicio de la actividad sindical, sancionando con la nulidad los diversos actos

(4) RASO DELGUE, Juan. Ob. cit., señala que con la aprobación de esta ley el modelo tradicional de relaciones laborales uruguayo ha entrado en una nueva fase. El modelo autónomo es hoy intervenido por una legislación de apoyo, y aunque no desconoce los elementos centrales del modelo, introduce algunas reglas cuyas consecuencias sobre el sistema solo podrán calibrarse en las futuras prácticas negociales, p. 69.

(5) Puede verse esta posición en la ponencia voluntaria presentada por LARRAÑAGA ZENI, Nelson. *XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. FCU, dic., 2009.

de discriminación en el empleo que puede asumir la persecución de dirigentes y de militantes, dotando al procedimiento judicial de un trámite especialmente abreviado.

Personalmente, decíamos desde nuestra posición de ponentes oficiales a las XIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizadas en Piriápolis en diciembre de 2008, que por consecuencia de las normas aprobadas desde comienzos de 2005, el sistema de relaciones laborales uruguayo, reafirmó características del modelo de autonomía colectiva absoluta, incluyendo rasgos de autonomía colectiva promocionada, y también conservando aspectos de un modelo de autonomía colectiva restringida, esto último solo respecto de la negociación que se realiza en los Consejos de Salarios. (6)

1. Es una ley de promoción de la negociación colectiva pura

10. Explícitamente la ley reconoce el derecho de negociación colectiva bilateral y directa, de empleadores y sus organizaciones, y de los sindicatos, pues lo define en el art. 2, como el "(...) derecho a adoptar libremente acuerdos sobre las condiciones de trabajo y empleo, y regular sus relaciones recíprocas".

Se reafirma el referido reconocimiento en el art. 12 *in fine*, cuando al disponer el legislador sobre el funcionamiento de los Consejos de Salarios, organismos tripartitos que tienen competencia para fijar salarios mínimos por categorías laborales y sectores de actividad, y que por consiguiente constituyen una forma de intervención de terceros (en este caso el Gobierno) en la negociación colectiva, estableció la primacía de la negociación colectiva bilateral sobre los acuerdos de Consejos de Salarios, pues la referida disposición expresa que "No será necesaria la convocatoria de Consejos de Salarios en aquellas actividades o sectores en que esté vigente un convenio colectivo que hubiera sido debidamente concertado por las organizaciones de trabajadores o empleadores más representativos de la actividad o sector".

Complementando esta clara definición en el sentido de la preferencia por la negociación colectiva bilateral y la autonomía colectiva, el artículo 3 establece que la intervención del Estado será de promoción y garantía para el libre ejercicio de la negociación colectiva a todos los niveles, y el art. 5 establece la colaboración y la consulta, como formas de relacionamiento bilateral entre los interlocutores sociales, y también con las autoridades públicas para que se produzca la intervención legislativa relativa a sus intereses teniendo en cuenta sus opiniones, así como para la creación y el funcionamiento de organismos nacionales con competencia en cuestiones de empleo, formación profesional, seguridad e higiene, productividad, y para el diseño y la ejecución de planes de desarrollo económico y social.

(6) *V libro de ponencias de la jornada referida*, FCU, 2008.

11. Coadyuvando con lo que viene de señalarse, el Comité de Libertad Sindical, en su informe N° 356, en el Caso N° 2699, referente a la queja presentada por la Organización Internacional de Empleadores y las Cámaras de Industria y de Comercio del Uruguay a la que ya aludimos antes, pese a formular lo que califica de algunos "(...) comentarios sobre los artículos (de la Ley N° 18.566) que podrían plantear problemas de conformidad con los principios de la negociación colectiva (...)", "(...) saluda (y de esa forma reconoce en la ley) el objetivo del Gobierno de promover la negociación colectiva".

Por consiguiente, el propósito de la intervención legislativa en examen es de signo positivo, persigue fines promocionales de la negociación colectiva y de la autonomía colectiva. Ese designio promocional explícito constituye un criterio interpretativo, por lo que deberá abordarse la interpretación de las normas de la ley, prefiriendo en caso de duda, aquellas que se ajusten a este, y descartarse las que tengan efectos contrarios o incompatibles con él.

La propia ley destina el capítulo primero (arts. 1 a 6) a señalar los principios del sistema, elenco al que se asigna función interpretativa.

Por otra parte, la ley no es un mero conjunto de textos legales, sino el conjunto de las normas que los intérpretes extraen de sus enunciados. (7)

Es en este sentido que operarán como criterios interpretativos, las nuevas prácticas que se generen a partir de la aplicación de la ley y la ratificación de las anteriores, en lo cual tiene especial relevancia la forma como harán de actuar los actores.

Y no debe exagerarse la importancia de la opinión de la doctrina, pues en todo caso la misma que da acotada por la *precomprensión de los textos* que deviene decantada por la tradición ascendrada tradición abstencionista. (8)

En este sentido, es claro que la ley recoge las prácticas ya registradas en los últimos 20 años de negociación colectiva, y en los últimos 5 de convocatoria de Consejos de Salarios

2. El Consejo Superior Tripartito

12. La Ley N° 18.566 crea un órgano tripartito, el Consejo Superior Tripartito, que estará integrado por 21 miembros, con predominancia de la representación del Gobierno sobre la de los interlocutores sociales, (9-6-6) lo cual fue objeto de una observación del Comité de Libertad Sindical, que señaló que "(...) podría tenerse en cuenta un número igual de miembros por cada uno de los tres sectores (...)".

(7) GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, 1999, p. 37, cit. por Hugo Barretto. Ob. cit., v. nota 7.

(8) BARRETTO GHIONE, Hugo. "Innovación y tradición en la ley de Negociación Colectiva". Cap. X. En: *Las nuevas relaciones laborales uruguayas*. Libro colectivo, FCU, 2009.

La objeción no parece procedente, o al menos importante. En efecto, conforme a las normas de la Ley N° 18.566 que prevén el funcionamiento del Consejo Superior Tripartito, además de que él puede ser convocado indistintamente por la sola iniciativa de una cualquiera de las tres partes, sus decisiones necesariamente deben ser tripartitas. Ello porque para funcionar este organismo requiere un quórum mínimo de 50% de integrantes con presencia de representantes de los tres sectores, y para adoptar las decisiones se exige mayoría absoluta de integrantes. Combinando ambas exigencias se garantiza que ninguna decisión puede adoptarse con menos de 11 votos, entre los que deben figurar al menos el de uno de los representantes de cada sector.

13. Este organismo tiene diversas competencias tendientes a la coordinación y gobernanza de las relaciones laborales.

La expresión gobernanza es nueva en el Derecho y en las prácticas del sistema. La palabra significa según el diccionario de la Lengua Española, "acción y efecto de gobernar y gobernarse".

En la doctrina y en las prácticas internacionales se le ha entendido adjudicando predominancia al segundo sentido, de modo que *gobernanza* es "una modalidad horizontal de gestión del poder, caracterizada por que la toma de decisiones es colectiva, basada en una amplia inclusión de los actores afectados, en pos de un mínimo de eficacia"(9).

Concebida en estos términos, la actividad del Consejo Superior Tripartito, constituye una garantía para los interlocutores sociales, en tanto a nivel de cúpula intervienen los representantes de empresarios y trabajadores en la toma de decisiones y en la gestión del poder.

14. De las competencias asignadas por la ley al Consejo Superior Tripartito, el Comité de Libertad Sindical observó la prevista en el lit. D del art. 10, y pidió al Gobierno uruguayo que tome las medidas necesarias, incluida la modificación de la legislación, para evitar que el nivel de negociación colectiva sea objeto de votación en una entidad tripartita.

Parece razonable la observación porque dicha disposición podría amparar una intervención lesiva de la negociación colectiva por la amplitud de su redacción, en cuanto expresa que el Consejo Superior Tripartito podrá "Considerar y pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los niveles de negociación tripartita y bipartita".

Sin embargo, como el propio Comité de Libertad Sindical expresa, se trata de un artículo que en tanto puede plantear problemas de conformidad con los principios de la negociación colectiva, debe interpretarse de manera acorde con estos.

(9) GRAÑA, Francois. *Diálogo social y gobernanza en la era del Estado mínimo*, Cinterfor/OIT, 2005. Cit. por Hugo Barretto. Ob. cit., v. nota 7.

Y de la propia ley surgen criterios interpretativos que inequívocamente conducen a reforzar el criterio del respeto de la libertad sindical de las partes para decidir el nivel en que habrán de negociar. Ello es así por el carácter de norma promocional de la negociación colectiva bilateral y autónoma ya comentado. (10)

3. La negociación colectiva a nivel de rama de actividad

15. A nivel de rama la negociación colectiva tiene por objeto establecer condiciones de trabajo y regular las relaciones colectivas entre las partes sociales.

Tradicionalmente, existió amplia libertad y autonomía para fijar condiciones de trabajo, con exclusión del salario mínimo, a cuyos efectos se registra una fuerte intervención estatal a través del funcionamiento de los Consejos de Salarios.

En cuanto a la regulación de las relaciones colectivas, el movimiento sindical uruguayo siempre mantuvo una posición proclive a la autonomía más absoluta, la que fue acompañada por una política legislativa abstencionista.

Por consiguiente, no se ha regulado la solución de conflictos, y hasta la sanción de la Ley N° 18.566 no existió ninguna norma legal que diera solución normativa a los problemas jurídicos que resultan de la negociación colectiva.

16. La nueva norma legal expresamente establece que "La negociación colectiva a nivel de rama de actividad (...) podrá realizarse a través de la convocatoria de los Consejos de Salarios creados por la Ley N° 10.449 (...), o por negociación colectiva bipartita" (art. 11).

De modo que el legislador admite que se negocie colectivamente a nivel de rama, tanto en forma bilateral como trilateral, aunque da preeminencia a la negociación directa, pues en el art. 12 dispone que de existir convenio colectivo vigente en una actividad o sector, no será necesaria la convocatoria de los Consejos de Salarios en el mismo.

a. La fijación de salarios mínimos

17. La intervención del Gobierno en relación a la fijación de salarios mínimos por categorías laborales, fue regulada originalmente por la Ley N° 10.449 de 12 de noviembre de 1943 que creó los Consejos de Salarios.

Esta ley, que pretendía dar cumplimiento al Convenio Internacional de Trabajo 29 (posteriormente complementado por los Convenios 99 y 131), creó para

(10) BARRETO GHIONE, Hugo; señala el apego al pluralismo jurídico en el derecho colectivo, como una marca indeleble de la cultura jurídica preexistente a la ley, dato que constituye una de las claves para su lectura. Destaca en este sentido la actitud del Poder Ejecutivo que modificó el proyecto durante el trámite legislativo, ante una observación de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en el sentido de eliminar toda participación de la autoridad pública en la determinación de condiciones de trabajo, como había sido de práctica en los Consejos de Salarios. Ob. cit.

fijar los salarios mínimos por categoría y sector de actividad, organismos tripartitos, integrados por 3 representantes del Gobierno y 2 por cada parte social, no insertos en la administración pública, y son órganos administrativos o de cooperación con la administración[11], no dependientes jerárquicamente del Poder Ejecutivo, pero cuya decisión llamada laudo, era un acto administrativo sujeto a un régimen especial previsto en la ley para su aprobación y control. Era apelable ante el Poder del Estado si el laudo era adoptado por mayoría, no procediendo el recurso de apelación si el laudo era adoptado por unanimidad[12].

El laudo tenía efecto *erga omnes*, de alcance nacional para todas las empresas y trabajadores de la rama de actividad del respectivo Consejo.

Se aplicaba solo a la actividad privada, quedando excluidos los trabajadores rurales y del servicio domestico, y los grupos eran delimitados y establecidos por Decreto del Poder Ejecutivo.

Todos los integrantes eran designados por el Poder Ejecutivo. Como representantes de las partes sociales se designaban los que resultaran electos en elecciones en las que participaban los empresarios y los trabajadores de cada sector respectivamente, o en su defecto los designaba el Poder Ejecutivo. En la práctica siempre se utilizó este segundo procedimiento, no se presentaba ninguna organización a las elecciones, y el Poder Ejecutivo designaba como delegados a las personas que le proponían las Cámaras empresariales y los sindicatos.

La convocatoria de los Consejos de Salarios era privativa del Poder Ejecutivo.

18. Luego del interregno autoritario y dictatorial, (1968-1985) se volvieron a convocar los Consejos de Salarios, (1985-1990) aunque con algunas diferencias que pueden sintetizarse en el resultado de las negociaciones.

El Poder Ejecutivo topeaba la negociación estableciendo pautas fundadas en el propósito de evitar consecuencias inflacionarias y otras distorsiones en la economía, En caso que la votación se ajustara a dichas pautas, la decisión del Consejo era publicada como decreto del Poder Ejecutivo, lo que le confería efecto *erga omnes*. Si en cambio los salarios acordados superaban los aumentos admitidos en las pautas, el Poder Ejecutivo no publicaba el acuerdo como decreto y este tenía el alcance subjetivo de un convenio colectivo, esto es, solo era obligatorio para las empresas afiliadas a las organizaciones empresariales que lo acordaron, cuyos representantes integraban el Consejo de Salarios.

(11) BARBAGELATA, Héctor Hugo. *Derecho del Trabajo*, t. I, vol. 1, 2002, p. 159, PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *El salario en el Uruguay*, t. II, 1956, p. 225 y ss.

(12) ROSENBAUM, Jorge. "Laudos de Consejos de Salarios". En: *Treinta y tres estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo*. VV.AA. Libro del Grupo de los Miércoles, grupo de estudios fundado por el Prof. Emérito Américo Plá Rodríguez, 2005, p. 274.

Esta segunda ronda o convocatoria finalizó en 1990, pues siendo potestad del Gobierno convocar los Consejos, consecuente con los objetivos de política neoliberal que había adoptado, dejó de convocarlos.

19. La Ley N° 18.566 mantiene el intervencionismo estatal en esta materia, pero muy morigerado. La afirmación que viene de hacerse se funda en la constatación de que los dos aspectos del régimen legal anterior que más favorecían la intervención del Gobierno han sido modificados. En efecto, la convocatoria de los Consejos de Salarios deja de ser privativa del Poder Ejecutivo, ahora es obligatoria a pedido de cualquiera de las partes sociales; y el Poder Ejecutivo ya no dispone de la presión resultante de que si no se aceptan las pautas que proponga no publicará la Decisión del Consejo de Salarios como decreto lo que le privaba de efectos *erga omnes*, en la nueva ley la decisión del Consejo adquiere vigencia y efecto general para todo el sector de actividad, con el registro y publicación de esta, procedimientos que la ley pone a cargo del Poder Ejecutivo, pero que dicho Poder del Estado no puede omitir, siendo solo competente para observar el acuerdo por aspectos formales, según lo ha entendido en su jurisprudencia constantemente el Comité de Libertad Sindical.

20. En cuanto a otros aspectos relevantes del sistema legal, también se registran novedades tendientes a disminuir la intervención del Estado a favor de la autonomía negocial de las partes.

Es así que para la designación de los delegados profesionales, la regla es que igual que antes, los proponen estas y los designa el Poder Ejecutivo, lo cual se hace en consulta con las organizaciones más representativas según lo expresa la nueva ley. La excepción es que en aquellos sectores de actividad en los que no exista organización suficientemente representativa, se abren dos posibilidades, el Poder Ejecutivo designa a los delegados propuestos por las organizaciones profesionales de la parte social respectiva que integran el Consejo Superior de Salarios, o designa a quienes resulten electos por aplicación del mecanismo de elección que proponga el referido Consejo Superior Tripartito.

Respecto de la determinación de los grupos de actividad que constituirán la jurisdicción de cada Consejo, los establece el Poder Ejecutivo por decreto a propuesta del Consejo Superior Tripartito.

En relación al funcionamiento de los Consejos, es de aplicación lo previsto en la Ley N° 10.449, que se mantiene plenamente vigente en todo aquello que no haya sido tácita o expresamente derogado por la Ley N° 18.566. Por consiguiente, las decisiones de los Consejos tendrán efecto *erga omnes* nacional a partir de su publicación precedida de registro, acto a cargo del Poder Ejecutivo, cuyo cumplimiento determina el comienzo del plazo para interponer el recurso de apelación que solo corresponde si la Decisión se adoptó por mayoría. En cuanto a la legitimación

activa para interponer el recurso, podrá hacerlo el titular de un interés personal, legítimo, directo, y actual o inminente, y se aplicarán los procedimientos previstos para dar curso a los recursos administrativos que proceden contra actos de la administración pública.

b. La regulación de condiciones de trabajo

21. De acuerdo con la nueva ley, hay dos caminos, procedimientos o formas de celebrar acuerdos colectivos a nivel de rama de actividad para establecer condiciones de trabajo, una de ellas es fruto de la clásica negociación colectiva directa y bipartita entre los interlocutores sociales, la otra se puede generar en el seno de los Consejos de Salarios, mediante un acuerdo suscrito por los delegados de las partes sociales en estos.

Esta competencia de los Consejos de Salarios no estaba establecida en la ley de 1943. Originalmente estos organismos solo podían fijar salarios mínimos por categorías y los convenios colectivos se acordaban fuera de los Consejos, y luego se presentaban para su homologación como laudo en el Consejo de Salarios y se aprobaban por unanimidad de los delegados de las tres partes.

En la ronda que se inició en 1985, se comenzó a admitir la práctica de que se pactaran condiciones de trabajo en el propio Consejo, siempre que tuvieran incidencia salarial. En 1988, el artículo 83 de la Ley N° 16.002, que confirió efecto *erga omnes* a los decretos del Poder Ejecutivo que contenían acuerdos de Consejos de Salarios, aunque su tenor no era suficientemente claro al respecto, por el giro empleado, como se refería genéricamente a condiciones laborales, fue interpretado como otorgando o reconociendo esta competencia a los Consejos de Salarios.

El proyecto que finalmente se aprobó como Ley N° 18.566 recogía esta práctica y un texto similar al del art. 83 de la Ley N° 16.002, pero ante la oposición de las cámaras empresariales apoyadas en la opinión de los órganos de control de la OIT, fue modificado por el Poder Ejecutivo en este punto[13].

En el texto finalmente aprobado se ha establecido que en los Consejos de Salarios, los delegados de las partes sociales pueden acordar condiciones de trabajo, que tendrán efecto *erga omnes* una vez registrados y publicados por el Poder Ejecutivo, según lo prevé el art. 12 con un texto idéntico al previsto en el art. 16 para los Convenios colectivos clásicos.

22. Por los términos de la norma se sostiene que esta es una nueva competencia de los Consejos de Salarios[14].

(13) Al respecto ver Nota 7.
(14) LOUSTAUNAU, Nelson. "Consejos de Salarios". Cap. V. En: *Las nuevas relaciones laborales en Uruguay*, AA.VV., p. 85.

Desde este punto de vista puede sostenerse que tiene caracteres de convenio colectivo y de decisión de Consejo de Salarios. Tiene algo de los dos.

No es un convenio colectivo, pues aunque suelen coincidir las personas físicas que cumplen ambas funciones, no es celebrado por los representantes de los sindicatos del sector, sino por sus representantes en tanto desempeñan funciones de delegados en el Consejo de Salarios.

Además, se desdibuja la bilateralidad propia del convenio colectivo por la presencia de los representantes delegados del Gobierno durante las deliberaciones previas al acuerdo, que se realizan en el mismo Consejo.

Es una competencia del Consejo porque según lo dispone el art. 12, el acuerdo suscrito por los delegados de las partes sociales será obligatorio para todo el sector de actividad, una vez que sea registrado y publicado por el Poder Ejecutivo, del mismo modo que ocurre con las demás decisiones de los Consejos.

La particularidad de esta decisión del Consejo, es que no requiere la voluntad concurrente de los delegados del Poder Ejecutivo, es suficiente la voluntad de los delegados de las partes sociales.

Pero no es una decisión susceptible del recurso de apelación, porque no constituye ninguna de las hipótesis previstas en el art. 19 de la Ley N° 10.449, que supone la posibilidad de que voten los 7 miembros del Consejo y de que estén representadas las tres partes, o que se les haya dado la posibilidad de hacerlo convocando la reunión con 48 horas de antelación y notificando el orden del día.

Por consiguiente, es un acuerdo de Consejos de Salarios, cuyo régimen jurídico es el de un convenio colectivo por imperio legal.

23. El Comité de Libertad Sindical, sobre esta disposición, se limitó a llamar la atención acerca de que espera que estos convenios colectivos sean "el fruto de un acuerdo entre las partes, como parecería prever el artículo en cuestión".

Consideramos que ese es el propósito de la norma y que esa interpretación se ajusta a su correcta inteligencia, por los fundamentos y consideraciones que venimos de formular en el parágrafo anterior.

24. La segunda modalidad de fijar condiciones de trabajo, todas, incluso los salarios mínimos, según surge de lo dispuesto en el art. 12 *in fine* que ya comentamos, es mediante un convenio colectivo.

La Ley N° 18.566, entiende por tales los celebrados por una o varias organizaciones representativas, y si discutieran la representatividad entre ellas, por la más representativa. La ley da pautas para determinar la mayor representatividad (antigüedad, continuidad, independencia y número de afiliados) pero no establece quién determina cuál es la más representativa.

De acuerdo al art. 10 lit. c), compete al Consejo Superior Tripartito, determinar cuáles son las organizaciones negociadoras en cada sector de actividad cuando las existentes discutan cuál es la más representativa. Siendo este Consejo, a su vez, un organismo tripartito de coordinación y gobernanza, sus decisiones para ser aplicables requieren de un acto administrativo de la autoridad competente, que deberá ser fundado y legítimo, de modo que deberá cumplir con los criterios legales de mayor representatividad, so pena de ser impugnado de nulidad mediante los recursos administrativos pertinentes.

c. Cuestiones expresamente reguladas[15]

25. El artículo 16 de la nueva ley regula varios aspectos relacionados con los efectos de los convenios colectivos.

En primer lugar excluye la *posibilidad de la modificación in pejus* de las condiciones previstas en los convenios colectivos mediante *acuerdos individuales o plurisubjetivos*.

La norma no se pronuncia con respecto a la validez o invalidez de los convenios colectivos *in pejus*. El tema fue precisamente de los más discutidos en la doctrina, y debe presumirse que el legislador no desconocía tal extremo. Por consiguiente, debe entenderse que la cuestión no ha sido resuelta a propósito, no siendo aplicable la interpretación permisiva basada en la omisión legislativa. En todo caso la cuestión sigue en el ámbito de las soluciones doctrinarias. En nuestra opinión, no son lícitas las cláusulas *in pejus*, conforme a los principios del derecho laboral pues siempre es de aplicación de la norma más beneficiosa, como consecuencia de la preeminencia del principio protector.

26. Otro inciso de la misma norma, confiere *efecto erga omnes* para todos los empleadores y trabajadores del nivel de negociación respectivo, esto es de sector de actividad o de empresa, una vez que sea registrado y publicado por el Poder Ejecutivo.

En este aspecto el Comité de Libertad Sindical pide al Gobierno que en dicho trámite solo se realice el control de cumplimiento de los mínimos legales y de cuestiones de forma.

27. Finalmente, mediante el artículo 17 el legislador realiza una intervención en la cuestión de la *vigencia* de los convenios colectivos, pronunciándose por su *ultra actividad*, salvo que las partes acordaran lo contrario.

El Comité de Libertad Sindical ha observado esta disposición señalando que la duración de los convenios colectivos es un tema que corresponde sea dilucidado

(15) Estas normas con aplicables también a los acuerdos bilaterales celebrados en Consejos de Salarios, según lo explicado supra.

por las partes, y que si el Gobierno entiende que debe haber una intervención legislativa, esta debería reflejar un acuerdo tripartito, por lo que invita al Gobierno a que se discuta con los interlocutores sociales una modificación de la legislación a efectos de encontrar una solución aceptable para ambas partes.

d. Los niveles de negociación y su articulación

28. El artículo 15 de la ley, que se refiere a los niveles de negociación colectiva, menciona la rama o sector de actividad, empresa, establecimiento y cualquier otro que las partes estimen oportuno.

Se consagra de este modo una *amplia autonomía* respecto a la *elección del nivel* en el que se habrá de negociar, no solo hacia abajo, dentro de la empresa, sino hacia arriba, a nivel interprofesional o de cúpula nacional.

29. En cuanto a la *articulación de los niveles*, el mismo artículo 15 se pronuncia por la tesis de la *preeminencia del nivel superior*, dejando a salvo la posibilidad de que en los Consejos de Salarios se negocien y autoricen excepciones, conocidas como "descuelgues".

Siendo el descuelgue una situación excepcional, debe estar debidamente fundada, limitada a empresas perfectamente determinadas, y ser objeto de una decisión del Consejo de Salarios respectivo, cuya regularidad jurídica puede ser impugnada si así correspondiera, por quien estuviere legitimado para hacerlo.

Una de las consecuencias de la existencia de esta norma, es que los convenios de rama se aplican a las relaciones de trabajo en todas las empresas del sector de actividad, admitiendo solamente la aplicación de convenios colectivos celebrados a nivel de las empresas, cuando las condiciones establecidas en estos sean más beneficiosas.

30. En el artículo 14 *in fine*, se dispone que no existiendo organización de trabajadores en la empresa, la legitimación para negociar recaerá en la organización más representativa del nivel superior.

Sobre este punto el Comité de Libertad Sindical pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que la regulación legal posterior tenga plenamente en cuenta los principios, según los cuales el Comité estima que la negociación con la organización más representativa de nivel superior, solo debería llevarse a cabo en la empresa, si cuenta con una representación sindical conforme a la legislación nacional.

Como en Uruguay no existe reglamentación legal al respecto, queda librado a la autarquía o autonomía organizativa de los sindicatos la forma en que se insertan en las empresas. En la práctica, los sindicatos de rama son de afiliación individual, sin perjuicio de que también pueden simultáneamente constituir federaciones en las que se afilien sindicatos de empresa. Otra variante consiste en que se

constituyan núcleos de base en cada empresa cuyos integrantes se afilian individualmente al sindicato de la rama.

De modo que, de no existir organización sindical en la empresa, ni tampoco representación del sindicato de rama, de acuerdo con la Ley N° 18.566, se aplicará el convenio colectivo de la rama, pues por definición no será posible que se celebre un convenio colectivo en la empresa.

En cualquier caso, conforme a la propia ley, acuerdos individuales o plurisubjetivos, no tienen validez para disminuir las condiciones establecidas en convenios colectivos de la rama, solución que concuerda con las doctrinas dominantes y con la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical.

4. Prevención y solución de conflictos

31. En Uruguay la única norma que reglamentó la huelga fue aprobada durante la dictadura y fue anulada por la primera ley del parlamento democrático que la siguió.

Solamente se ha reglamentado parcialmente en relación a los servicios esenciales mediante una ley aprobada en una etapa de vigencia de las instituciones democráticas pero bajo medidas prontas de seguridad inconstitucionalmente establecidas *sine die*, dentro del periodo autoritario que desembocó en el golpe de Estado. Es ley es la 13.720 de diciembre de 1968 aún vigente y que se ha aplicado en muchas ocasiones luego de reinstitucionalizada la democracia.

En los últimos 25 años, mediante negociación colectiva se acordaron numerosas cláusulas de paz, limitadas a los temas objeto de acuerdo, procedimientos de interpretación de los convenios colectivos, y de conciliación en caso de conflictos, incluso con instancias de arbitraje voluntario.

32. Recogiendo esta experiencia práctica, en materia de solución de los conflictos, el art. 18 de la ley dispone que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tendrá competencias en materia de mediación y conciliación. Por su parte, el art. 19 sienta el principio de la autonomía de las partes sociales para establecer procedimientos y mecanismos de prevención y de solución de conflictos, en los que se incluyen: información y consulta, negociación, conciliación previa y arbitraje voluntario. Se excluye de esta nómina solamente el arbitraje obligatorio. En cuanto al arbitraje potestativo resulta también excluido por los términos empleados en el art. 20 de la ley, según el cual las dos partes de común acuerdo pueden recurrir a la mediación o conciliación de la Dirección Nacional de Trabajo o del Consejo de Salarios con jurisdicción en la actividad a la cual pertenece la empresa en conflicto.

En el art. 21, para resolver controversias de interpretación la ley impone a las partes la obligación de establecer procedimientos de negociación directa y

mecanismos tendientes a agotar instancias de mediación y conciliación con intervención de las autoridades ministeriales.

33. En el art. 21 de la ley, que fue incorporado al final del proceso de aprobación legislativa a instancias de las Cámaras empresariales y algunos sectores políticos con representación parlamentaria, se instituye con carácter de obligatoria e inmanente, incluida aún sin establecerse expresamente en todo convenio colectivo, una cláusula de paz, limitada al plazo de vigencia del convenio y a los temas sobre los que se llegó a acuerdo, excluyendo aquellos sobre los que se discutió sin resultados. En caso de incumplimiento de esta obligación, a falta de un procedimiento fijado por las partes, puede reclamarse la rescisión del convenio promoviendo acción judicial al efecto, ante la justicia laboral.

Esta norma ha sido criticada por empresarios y sindicatos.

Los primeros la objetan porque consideran sin ninguna consecuencia favorable efectivamente para la paz social que queden excluidos los temas que se discutieron sin llegar a acuerdo, y porque recurrir a un fallo judicial para obtener la rescisión supone un procedimiento cuya duración quita eficacia a la sentencia rescisoria.

Los segundos, porque al conferir competencia a la justicia laboral en un conflicto colectivo, se introduce una novedad en el sistema uruguayo que resulta disfuncional para una contienda colectiva de contenido laboral, debido a sus implicancias de carácter social.

Se señala además que es una norma de dudosa constitucionalidad, confrontada a lo dispuesto en el art. 57 de la Carta que establece que la ley creará Tribunales de Conciliación y arbitraje a efectos en solucionar este tipo de conflictos.

También se ha planteado que el art. 21 de esta ley está derogado tácitamente por el art. 2 de la Ley N° 18.572 que establece que los juzgados competentes en materia laboral solo entenderán en asuntos originados en conflictos individuales de trabajo.

De todas maneras, ha sido siempre excepcional recurrir a los órganos judiciales para resolver estas cuestiones, lo cual demuestra que no está en las prácticas del sistema.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA:
Intervención de terceros

Octavio Carlos Racciatti(*)

I. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) El sistema uruguayo se caracteriza por el abstencionismo legislativo nacional en materia de relaciones colectivas de trabajo(1). No existe legislación interna que regule en forma orgánica y sistemática las organizaciones de empleadores ni los sindicatos. Pero nuestra reglamentación del derecho colectivo (que sí existe) se encuentra en la más alta jerarquía: los *convenios internacionales del trabajo* ratificados (números 87 y 98, aprobados por la Ley N° 12.030 de 27 de noviembre de 1953; 151 y 154, aprobados por la Ley N° 16.039 de 8 de mayo de 1989), y en la *Constitución de la República.*

Además, a partir de 2005 se han incorporado algunas normas de apoyo o sustento (en el sentido italiano): protección de la libertad sindical (Ley N° 17940 de 2 de enero de 2006), negociación colectiva en el sector privado (Ley N° 18566 de 11 de setiembre de 2009) y negociación colectiva en el sector público (Ley N° 18508 de 26 de junio de 2009).

(*) Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Uruguay).

(1) Plá Rodríguez atribuye la resistencia a la reglamentación estatal del derecho colectivo en Uruguay a las siguientes razones: a) el origen anarquista de los primeros dirigentes sindicales; b) la no vinculación o falta de proximidad del movimiento sindical con partidos de Gobierno o con vocación de llegar al Gobierno; c) la consideración de que la protección constitucional o internacional es suficiente; d) el temor a que la reglamentación se haga con sentido restrictivo –temor que ha sido confirmado por la realidad–. (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "El derecho colectivo del trabajo en Uruguay". En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 36, oct.-dic. 1988, p. 489). Obviamente, estas razones han cambiado en los últimos años.

La *Constitución de la República* incluye en la sección II ("derechos, deberes y garantías") un capítulo relativo a los derechos sociales, (cuyo origen es el texto de 1934, representativo de la introducción del constitucionalismo social en nuestro orden jurídico). El art. 57 establece: "La Ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad".

La doctrina entiende que esta norma consagra en el nivel constitucional, en forma implícita, la negociación colectiva ya que esta es la función inmediata de los sindicatos. Cometer a la ley su promoción "equivale al reconocimiento de la posibilidad y conveniencia de utilizar ese método para instrumentar la protección del trabajo"(2).

Pero además, la doctrina (Barbagelata) ha entendido que los Consejos de salarios de la Ley N° 10449 de 12.11.1943 son esos tribunales de conciliación y arbitraje. Y efectivamente resuelven conflictos laborales colectivos de interés y actúan como órganos de conciliación.

La primera ley que intenta regular algunos aspectos de los convenios colectivos es la *N° 9.675 de 4 de agosto de 1937*(3). No representa un esfuerzo sistemático de encarar la materia, sino que obedece a razones coyunturales, para dar fuerza obligatoria a un procedimiento que permitiera solucionar el caso concreto de un conflicto en la industria de la construcción(4), acordando ciertos efectos a un instituto ya existente y válido en la práctica(5). Los simples "pactos gremiales" eran insuficientes para regular salarios en esta actividad, caracterizada por la presencia de numerosas empresas no afiliadas a la organización patronal más representativa, por su dispersión y la subcontratación, y, en consecuencia, por la dificultad de un efectivo control de lo pactado, la imposibilidad de obtener una aplicación suficientemente generalizada, y la

(2) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. "Evolución de la negociación colectiva en el Uruguay". En: AAVV: *Estudios sobre la negociación colectiva en memoria de Francisco De Ferrari*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1973, p. 485.

(3) El art. 1 de la Ley N° 9.675 de 4.8.37 facultaba "al Instituto Nacional del Trabajo y Servicios Anexados y al Instituto de Jubilaciones y Pensiones del Uruguay para vigilar, en lo que les sea pertinente, el cumplimiento de los convenios celebrados entre patrones y obreros", y se establecía multas en caso de infracciones a los convenios (art. 4). El art. 2 dispone: "Los convenios suscriptos por mayoría por la Liga de la Construcción o entidades afiliadas, una vez depositado un ejemplar de los mismos en el Instituto Nacional del Trabajo y Servicios Anexados, adquirirán fuerza obligatoria para los patronos afiliados o no a las expresadas Liga o Entidades".

(4) DE FERRARI, Francisco. *Derecho del Trabajo*. Vol. IV, Depalma, Buenos Aires, 1971, pp. 392 y 397. El Parlamento aprobó la ley al día siguiente de haber recibido el mensaje del Poder Ejecutivo.

(5) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Régimen de los convenios colectivos*, FUECI, Montevideo, 1955, p. 45.

resistencia de los empresarios agremiados a suscribir compromisos que los colocarían en condiciones de desigualdad en la competencia[6].

La *Ley N° 13.556 de 26 de octubre de 1966*[7] se refiere a los sujetos de los convenios, tomando casi textualmente la solución prevista en la Recomendación N° 91 de la OIT (esta disposición ha sido modificada por la Ley N° 18566, en un sentido centralizador de la negociación colectiva, privilegiando el sindicato de rama de actividad). Descarta la elección directa de delegados y, cuando no existe sindicato en la empresa, eleva la negociación a la organización representativa de los trabajadores del sector de actividad[8].

El art. 438 de la *Ley N° 16.170 de 28 de diciembre de 1990* establece la obligatoriedad del registro de los convenios en la Dirección Nacional de Trabajo. La falta de inscripción no incide sobre la validez ni sobre la eficacia de estos, y solo tiene como consecuencia una multa para la parte empleadora.

B) En el plano jurídico formal, no se impone una determinada configuración de las *unidades de negociación*. La fijación de ámbitos y niveles queda librada a la autonomía colectiva[9].

---

(6) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. "Evolución de la negociación colectiva"..., Ob. cit., p. 466.

(7) Art. 1 de la *Ley N° 13.556 de 26.10.66*:
"Declárase, a los efectos de la aplicación del artículo 1 de la Ley N° 12.590 de 23 de diciembre de 1958, y de la Ley N° 9.675 de 4 de agosto de 1937, en lo pertinente, que solo podrán causar los efectos legales previstos, aquellos convenios colectivos que hubieran sido concertados entre un empleador o un grupo de empleadores, o una o varias organizaciones representativas de empleadores, por una parte, y por la otra, por una o varias organizaciones representativas de trabajadores involucrados. No existiendo organización gremial de dichos trabajadores, la representación de estos será ejercida, para la concertación del convenio, por delegados elegidos según las formas y garantías previstas en los incisos 4 y 5 del artículo 6 y artículos 7 y 12 de la Ley N° 10.449 de 12 de noviembre de 1943.
La convocatoria a elecciones solo será posible a petición de un tercio de los trabajadores que puedan ser afectados por el convenio, según las planillas de trabajo (...).
Si más de una organización se atribuye la representación de los trabajadores afectados, y no hay acuerdo entre ellos para la concertación del convenio, solo será válido el suscrito por la organización más representativa. Para la calificación de más representativa se tendrá en cuenta, en el orden que se expresan:
a) Los resultados de elecciones de delegados en los Consejos de Salarios y Cajas de Compensación de Asignaciones Familiares u otros organismos de integración análoga.
b) La antigüedad, continuidad e independencia de la organización.
Cualquier organización gremial de trabajadores podrá impugnar el acto administrativo que permite el registro de un convenio colectivo suscrito por una organización que no sea la más representativa o que dispone la convocatoria a elecciones prevista en el primer inciso de este artículo (...).

(8) Modifica el art. 5 de la Ley N° 10449: "Artículo 5. Créanse los Consejos de Salarios que tendrán por cometido fijar el monto mínimo de los salarios por categoría laboral y actualizar las remuneraciones de todos los trabajadores de la actividad privada, sin perjuicio de la competencia asignada por el artículo 4 de la Ley N° 17.940, de 2 de enero de 2006. El Consejo de Salarios podrá asimismo establecer condiciones de trabajo para el caso que sean acordadas por los delegados de empleadores y trabajadores del grupo salarial respectivo. Las decisiones de los Consejos de Salarios surtirán efecto en el respectivo grupo de actividad una vez que sean registradas y publicadas por parte del Poder Ejecutivo". Pero esa modificación ya venía de la Ley N° 16002.

(9) ROSENBAUM, Jorge. "Alcance subjetivo de los convenios colectivos". En: AAVV: *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*, FCU, Montevideo, 1988, p. 49; BABACE, Héctor: "La articulación de los niveles de negociación colectiva". En: *Veintitrés estudios* ..., Ob. cit., p. 285.

La práctica del movimiento sindical ha llevado a consolidar, desde comienzos de la década de 1960, una única central sindical (Convención Nacional de Trabajadores, C.N.T., en 1966; Plenario Intersindical de Trabajadores, P.I.T., en 1983; P.I.T.-C.N.T., desde 1985), que agrupa fundamentalmente sindicatos organizados por rama de actividad, sin perjuicio de algunos sindicatos de empresa. Las organizaciones estructuradas por profesión u oficio son excepcionales.

En las relaciones colectivas de trabajo predomina ampliamente la negociación centralizada por rama (grupo o subgrupo) de actividad, (lo cual constituye una nota peculiar, compartida con Argentina y Brasil, dentro de los países de América Latina).

Se han señalado dos factores determinantes de esa estructura:

a) Un elemento fáctico: la inmensa mayoría de las unidades de producción en el sector privado son pequeñas o medianas empresas. La estructura sindical por rama se ha impuesto como forma de hacer más efectiva su acción gremial. Esto ha sido notorio en la negociación en Consejos de Salarios a partir de 2005.

b) Un factor jurídico-formal: a partir de la Ley N° 10.449 de 12 de noviembre de 1943, se instala el régimen de los Consejos de Salarios, órganos tripartitos competentes para fijar el monto mínimo de los salarios y determinar las categorías por rama de actividad[10]. Plá Rodríguez considera que la negociación colectiva se desarrolló como consecuencia del adelanto de la organización sindical y como resultado del progreso social ocurrido en nuestra sociedad, y que la ley que influyó realmente para aumentar la negociación colectiva fue la Ley N° 10.449[11]. La aplicación de esta ley consolida la estructura sindical por rama, ya que los delegados de los trabajadores en los Consejos de Salarios son electos directamente a ese nivel (grupo o subgrupo). Como señalan Rosenbaum, Ameglio y Raso, "a partir de la instauración de los Consejos de salarios, toda la estructura de la negociación colectiva se orientó fundamentalmente por sector de actividad (unidades verticales). Ello no obsta a que la estructura sindical,

(10) De acuerdo al art. 6 de la Ley N° 10449, "el Poder Ejecutivo clasificará en grupos, las actividades enumeradas"... (se refiere al "comercio, la industria, oficinas y escritorios de propiedad privada y los servicios públicos no atendidos por el Estado"). Es lo que sucedió en el acta del Consejo superior tripartito de 16 de abril de 2005 y el decreto de abril de 2005. Debe recordarse que el acta de 16 de abril mantiene algunas discrepancias entre los sectores sociales y dejan su determinación a lo que resolviera el ministerio de Trabajo.

(11) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *El salario en el Uruguay*, t. I, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1956, p. 208.

en empresas importantes en cuanto al número de trabajadores empleados, se articule con sindicatos de base que operan a nivel de la unidad de producción"[12].

Se produce, entonces, una interacción entre la forma de organización sindical, el nivel de la negociación colectiva, y el funcionamiento de los Consejos de Salarios.

Los Consejos de Salarios significaron un ámbito de negociación tripartita, (y, durante los primeros años, con fuerte incidencia de la delegación gubernamental, en muchos casos).

Esa incidencia (¿intervención?) fue notoria en la etapa de los Consejos de Salarios de 1985 y de 2005.

Los Consejos han desempeñado una función "homologadora" de convenios negociados directamente por las partes colectivas, permitiendo la extensión de sus efectos, otorgando fuerza obligatoria al acuerdo en todo el ámbito subjetivo de competencia del consejo. La negociación colectiva bipartita no es incompatible con las funciones de los Consejos de Salarios, sino complementaria (para mejorar los laudos, o porque muchos laudos son en realidad convenios colectivos previamente negociados bilateralmente y posteriormente presentados en el Consejo de Salarios para obtener la extensión *erga omnes* de sus efectos)[13].

Finalizada la etapa dictatorial (1973-1984), el Gobierno instalado en 1985 convocó a Consejos de Salarios (aunque, como también en 2005, designando en forma directa los delegados de los trabajadores y de los empresarios en los diferentes grupos, de acuerdo a lo convenido con sus organizaciones representativas). La convocatoria se basó en una clasificación por grupo de actividad: 48 grupos divididos en 187 subgrupos (decreto 178/985 de 10 de mayo

(12) ROSENBAUM, Jorge; AMEGLIO, Eduardo y RASO DELGUE, Juan. "Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en el Uruguay". En: AAVV: *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo* (Óscar Ermida Uriarte, coordinador), F.C.U., Montevideo, 1993, p. 285.

(13) En su estudio sobre la evolución histórica de la negociación colectiva en el Uruguay, Barbagelata indica: "Así, los convenios colectivos fueron formalmente sustituidos por laudos de consejos de salarios, pero, en muchos casos, estos solo recogían las soluciones acordadas entre las partes, al margen de toda deliberación en el seno del órgano tripartito. Más aún, se volvió bastante corriente que la decisión del Consejo de Salarios se limitase a tomar el convenio colectivo como resolución, incorporándolo textualmente, con su misma redacción y contenido". De esta forma, resurgen los convenios colectivos en sentido estricto. Como escribe Barbagelata, ello es consecuencia del incremento del poder de negociación de casi todos los sectores de trabajadores, de la mayor disposición de las gremiales patronales al trato directo, de la necesidad de abreviar etapas para recuperar el poder adquisitivo del salario en época de inflación, y del mayor campo de los convenios colectivos sobre los laudos de consejos de salarios (la autoridad administrativa había observado la regularidad de decisiones de consejos de salarios que excedían la competencia salarial y de reglamentación del aprendizaje). Por su parte, la Ley N° 12.590 de 1958 (sobre licencia anual) dio nuevas competencias a los convenios colectivos en materia de determinar algunas modalidades de las vacaciones pagas (BARBAGELATA, Hector Hugo. "Evolución de la negociación colectiva ...", Ob. cit., pp. 488-489).

de 1985), que en 1988 llegaron a 210, y que comprendían aproximadamente 360.000 trabajadores asalariados privados urbanos (un 33 % de la PEA). Los efectos de los acuerdos que lograban las partes en ese ámbito eran objeto de extensión por parte del Poder Ejecutivo (siempre que se ajustaran a las pautas que este determinaba en materia salarial). A efectos de esa extensión, el Poder Ejecutivo dictaba decretos fundados en la competencia otorgada por el decreto ley 14.791 de 8 de junio de 1978. Dichos decretos recogían el texto del convenio en un anexo[14].

C) El Poder Ejecutivo no convocó a los Consejos de Salarios a partir de 1991. Solo en casos excepcionales el Gobierno se planteó extender los efectos del convenio colectivo mediante un decreto.

D) En marzo de 2005, hubo una nueva convocatoria de los Consejos de Salarios, con una estructura jurídica similar a la de 1985[15]. La tan criticada extensión de los efectos de los acuerdos sobre condiciones de trabajo (ahora en el art. 12 de la Ley N° 18566) proviene del citado art. 83 de la Ley N° 16.002 de 25 de noviembre de 1988. El cuestionado art. 12 de la ley sobre negociación colectiva en el sector privado (que ajusta el art. 5 de la ley de consejos de salarios N° 10449 de 12.11.1943) es absolutamente intrascendente.

Solo trató de ordenar lo que sucedía en la práctica y que ya venía de la Ley N° 16002. El art. 12 de la nueva ley establece que los Consejos de Salarios, además de salarios mínimos, pueden establecer condiciones de trabajo. En efecto, el mismo problema que hoy se plantea sobre la negociación de las condiciones trabajo se discutió en 1985-1988. Entonces, se incorporó en una rendición de cuentas una disposición que legalizaba la práctica cuestionada, mencionando no solamente los salarios sino también las **"normas de carácter laboral"**. Modificó, sin mencionarlo, la ley de consejos de salarios.

Asimismo, en 1985-1988 y en 2005-2008, existe una intervención del Poder Ejecutivo, con la presentación de pautas de incremento salarial, de las cuales ha dependido la extensión del acuerdo mediante decreto según el decreto Ley N° 14791 de 1978, salvo razones fundadas. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de esas pautas, que son presentadas ante el Consejo superior tripartito?

(14) Art. 1 del *decreto Ley N° 14.791 de 8 de junio de 1978*: "El Poder Ejecutivo, actuando con el Ministerio de Economía y Finanzas y, en su caso, con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrá, siempre que lo estimare necesario o conveniente: (...) e) Dictar normas referentes a ingresos, y, en particular, formular las categorías laborales y regular las remuneraciones de los trabajadores de la actividad privada".
El art. 83 de la *Ley N° 16.002 de 25 de noviembre de 1988* dispuso que "los decretos del Poder Ejecutivo que homologuen los acuerdos elaborados en el seno de los Consejos de Salarios instituidos por decreto 178/985 de 10 de mayo de 1985, tendrán vigencia en todo el territorio nacional, a partir de la publicación completa o de un extracto de los mismos que contenga las principales normas de carácter laboral, en el Diario Oficial o en su defecto en dos diarios de la capital".

(15) RACCIATTI, Octavio y DE LA RIVA LÓPEZ, Amalia. "Los Consejos de Salarios de 2006". En: *Derecho laboral*, núm. 225, 2007, pp. 125-158.

Son instrucciones para los delegados del Poder Ejecutivo, pero además son una señal (muchas veces cuestionada) para los sectores sociales sobre la posibilidad de decidir la extensión general de los efectos jurídicos mediante un decreto del P. E.

La estructura es por sector de actividad, determinada por el P.E. en acuerdo o consulta con los sectores sociales, pero la ley admite la negociación por subgrupos (que en la práctica también se divide, en algunos casos, se lo ha denominado "bandejas"). Entonces, lo que inicialmente son 23 Consejos terminan siendo casi 200 unidades de negociación, incluso alguna en el nivel de empresa.

En suma, jurídicamente y en la práctica de las relaciones laborales, por lo menos desde la ley de 12 de noviembre de 1943, nuestra República tiene una cultura de negociación colectiva tripartita.

E) El sistema no impide que en cada empresa donde existan afiliados, los sindicatos tengan un comité de base, que si bien goza de autonomía para tratar los problemas internos con la empresa, sigue las directivas del sindicato al cual pertenece. Y a través de ese sindicato se conecta con la central. Señala Plá Rodríguez que se ha producido así una especie de articulación espontánea que permite coordinar la acción sindical de cada empresa con la de la rama de actividad y con toda la clase trabajadora[16]. De esa forma, además de la negociación por rama, existe otro nivel de negociación, generalmente contingente, impuesta casi siempre por el conflicto y la reivindicación. Esta forma predomina a nivel de empresa, aunque, en los sectores de mayor poder sindical, es la organización de segundo grado la que generalmente representa a los trabajadores de cada unidad de producción frente al empleador[17]. Eso explica las soluciones de la Ley N° 18566 de 11 de setiembre de 2009, art. 14.

II. LA INTERVENCIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRIPARTITA

A los efectos de delinear el *régimen de negociación colectiva* tripartita, precisaremos previamente la etapa de referencia y señalaremos sus características fundamentales.

A) La inexistencia de regulación sistemática sobre convenios colectivos antes de 2009 nos conduce a precisar las referencias temporales. Expondremos los elementos fundamentales de la etapa en que se configuran los rasgos

(16) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Los sindicatos en el uruguay". En: AAVV. *Los sindicatos en Iberoamérica* (Mario Pasco Cosmópolis, coordinador), Aele Editorial, Lima, 1988, p. 375.

(17) Rosenbaum, Ameglio y Raso detectan, en esta modalidad, "la configuración más típica de un grado de autonomía 'pura' de los sujetos negociales" ("Intervención y autonomía ...", Ob. cit., p. 296).

característicos de la negociación colectiva uruguaya: la década de 1940. Precisamente, creemos que el estudio de estas características puede ser útil para analizar algunas perspectivas de su futuro.

Como es natural, la negociación colectiva surgió en Uruguay a consecuencia de la actividad sindical, aún antes de que normas legislativas aisladas hicieran referencia a ella, y sin que la intervención estatal fuera necesaria para su desarrollo y difusión. Barbagelata señala que "los acuerdos colectivos, durante el primer tercio del siglo, son pues en el Uruguay, simples pactos gremiales, análogos a los *agreements* que se conciertan en los países que carecen de legislación instrumental sobre esta materia"[18].

Desde 1936 se registraban convenios colectivos en el Instituto Nacional del Trabajo: 9 convenios en 1936; 8 en 1937; 11 en 1938; 7 en 1939; 4 en 1940. La cantidad real era sin duda mayor [19].

Los sindicatos toman un gran impulso (a pesar de pronósticos y de desconfianzas iniciales) mediante el sistema de los Consejos de salarios (tripartitos, constituidos por grupo o subgrupo de actividad de acuerdo a la clasificación realizada por el Poder Ejecutivo) instalado por Ley N° 10.449 del 12 de noviembre de 1943[20].

La aprobación de esta ley coincide con la etapa histórica en que se trazan las líneas fundamentales de un tipo y de una estructura sindical que predomina hasta nuestra época.

B) Los elementos fundamentales que caracterizan el marco de las relaciones laborales en este periodo son:

a) Desde el punto de vista económico, se desarrolla un proceso de industrialización por sustitución de importaciones. Entre 1934 y el comienzo del estancamiento de la economía uruguaya (mediados de la década de 1950), se produjo un rápido crecimiento de la industria manufacturera, particularmente importante a partir de 1945[21]. Según Finch, el telón de

(18) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. "Evolución de la negociación colectiva ...", Ob. cit., p. 483.

(19) SANGUINETTI, Julio. "Los convenios colectivos a través de una década". En rev. *Derecho Laboral*, t. III, p. 225.

(20) La historia vuelve a repetirse en 2005, con la nueva convocatoria de Consejos de Salarios que determinó la formación de nuevas organizaciones sindicales de base y un importante incremento en el número de afiliados.

(21) El número de los asalariados ocupados en la industria manufacturera pasó de 54.158 en 1930, a 82.720 en 1941, y a 107.434 en 1947. Puede destacarse el crecimiento en la industria textil (2.494 en 1930; 12.232 en 1947) y en la industria metalúrgica (3.890 en 1930; 15.132 en 1947). Sobre el desarrollo industrial en el Uruguay: FAROPPA, Luis. *El desarrollo económico del Uruguay. Tentativa de explicación*, Oficina del Libro, CECEA, Universidad de la República, Montevideo, 1965, pp. 43-47; Instituto de Economía: *El proceso económico del Uruguay*, Universidad de la República, Montevideo, 1970; MILLOT, Julio; SILVA, Carlos y SILVA, Lindor. *El desarrollo industrial del Uruguay de la crisis de 1929 a la posguerra*, Instituto de Economía, Universidad de la República, Montevideo, 1973; FINCH, Henry: *Historia económica del*

fondo económico del periodo estaba dominado por la reanudación del crecimiento industrial a fines de los treinta que siguió al *"shock"* de la depresión. Para 1945, los puestos de trabajo en la industria sumaban una cifra probable de cien mil, frente a los sesenta mil de la década anterior, y en el mismo periodo la contribución fabril al producto bruto interno se elevó del 15 al 19%. La protección de las actividades fabriles, que había sido importante en comparación con otros países de América Latina en los años posteriores a la depresión, fue todavía mayor debido a las medidas de emergencia adoptadas a comienzos de los treinta[22]. Las nuevas posibilidades de trabajo en la industria provocaron el desplazamiento de población desde el medio rural al urbano.

b) Predominan las pequeñas y medianas empresas.

c) No obstante el aumento de puestos de trabajo en la industria, la clase obrera continuaba siendo una parte minoritaria de la población montevideana, por el alto grado de terciarización que ya mostraba la ciudad, a la que se agregaba una incipiente y fuerte burocracia estatal. El mercado de trabajo formalizado estaba compuesto por los trabajadores dependientes de la industria, el comercio y los servicios permanentes de mayor nivel, más aquellos que figuraban en los cuadros funcionales del presupuesto estatal[23].

d) Durante la década del 30, el sindicalismo se caracterizó por su debilidad y sus continuas divisiones. El desarrollo y modernización de la actividad industrial motivó la declinación de los sindicatos por oficio, comenzando a predominar los sindicatos por rama. En los hechos –escribe Rial–, es a partir de fines de la década del 30, y más precisamente en la década del 40, que se produce la actual conformación del movimiento sindical uruguayo, que tiene un gran impulso a partir de la aplicación de la ley que creó los Consejos de Salarios en 1943[24]. También surgen organizaciones de los trabajadores del sector terciario. El nuevo sindicalismo que surge en los cuarenta es masivo y, a diferencia del anterior (que era fuertemente

---

Uruguay contemporáneo, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 1980, pp. 93-94; BÉRTOLA, Luis: *La industria manufacturera uruguaya 1913-1961: un enfoque sectorial de su crecimiento, fluctuaciones y crisis*, Facultad de Ciencias Sociales, CIEDUR, Montevideo, 1991, pp. 175-181. Sobre la ubicación histórica del periodo considerado: FREGA, Ana; MARONNA, Mónica y TROCHON, Ivette. *Baldomir y la restauración democrática (1938-1946)*, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 1987, pp. 54 y 80.

(22) FINCH, Henry. "Redefinición de la utopía en Uruguay: la política de bienestar social posterior a 1940". En: *Cuadernos del CLAEH*, N° 52 (1989/4), pp. 11-12.

(23) RIAL, Juan. "El movimiento sindical uruguayo ante la redemocratización". En: PREALC: *Política económica y actores sociales. La concertación de ingresos y empleo*, OIT, Santiago de Chile, 1988, p. 512; y "Población y mano de obra en espacios vacíos. El caso de un pequeño país: Uruguay, 1870-1930". En: AAVV: *Población y mano de obra en América Latina* (compilación de Nicolás Sánchez-Albornoz), Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 204 y 209.

(24) RIAL, Juan. "El movimiento sindical uruguayo ante la redemocratización". Ob. cit., pp. 512-513.

ideologizado y finalista), no menosprecia los objetivos inmediatos, promueve las reivindicaciones económicas e impulsa la legislación laboral y social[25].

e) Por otra parte, durante la década de los treinta, el salario real había decrecido. Las condiciones laborales y de vida de los trabajadores industriales fue objeto de investigación por una comisión parlamentaria, constituida en noviembre de 1938 en la Cámara de Representantes, y el informe que produjo es un insustituible documento para conocer la situación laboral y social en la industria de esos años (1939-1940)[26]. La Comisión Investigadora concluyó que "sin lesionar la vitalidad de las industrias, se podría mejorar el nivel y estilo de vida de la clase obrera", y que "existe un desequilibrio evidente entre el capital y el trabajo. Este no tiene amparo contra la baja de salarios, contra los despidos y contra la falta del ambiente propicio dentro de la fábrica". Recomendó una iniciativa política moderada que permitiera contemplar y armonizar los intereses del capital con los del trabajo, y formuló veintidós recomendaciones. Este informe es un paso fundamental hacia la aprobación de la ley de consejos de salarios[27]. Como señala Finch, "la noción de que era mejor dejar que el tope salarial lo fijaran las fuerzas del mercado o las negociaciones bilaterales entre las dos partes de la industria no tuvo representación en el debate legislativo. La opinión generalizada era que se requería actuar no solo para instituir los Consejos de Salarios sino para, a través de ellos, garantizar el aumento salarial"[28].

En este cuadro, la ley de Consejos de Salarios (y su funcionamiento a partir de 1945) y las leyes de indemnización por despido de 1944 constituyen el marco jurídico de una relación de trabajo tipo, y contribuyen a su enfoque jurídico diferenciado[29].

CONCLUSIONES

Nuestro régimen de negociación colectiva se ha basado en una cultura y práctica tripartitas. Está fundado, para el sector privado, en la Ley N° 10449 de 12 de

(25) Sobre el sindicalismo que surge a partir de los años cuarenta: ERRANDONEA, A. y COSTABILE, N. *Sindicato y sociedad en Uruguay*, FCU, Montevideo, 1969, pp. 120-128.
(26) *Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes*, vol. 442, 17 de marzo de 1941.
(27) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *El salario...*, Ob. cit., t. I, pp. 263-267.
(28) FINCH, Henry: "Redefinición de la utopía en Uruguay...", Ob. cit., p. 13.
(29) Plá Rodríguez anota que la extensión a gran parte de la actividad privada de la indemnización por despido en caso de rescisión unilateral del contrato por el empleador, no basada en notoria mala conducta del trabajador, "sirvió para darle efectividad al carácter contractual de la relación laboral, porque con anterioridad cada empleador se sentía libre para desprenderse del trabajador cuando quería. Recién con la indemnización por despido adquirió verdadero carácter contractual la relación estipulada" (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. "La evolución del derecho del trabajo uruguayo en los últimos cuarenta años". En: Rev. *Derecho Laboral* N° 150, p. 328).

noviembre de 1943 y en el art. 83 de la Ley N° 16002 de 1988. Ahora, en la Ley N° 18566.

Ese tripartismo supone una innegable participación del Poder Ejecutivo, especialmente desde 1985, mediante la presentación de pautas de incremento salarial, que están vinculadas a la política económica y especialmente a la inflación proyectada.

Ciertamente, se trata de una fuerte intervención del Poder Ejecutivo en la negociación por rama de actividad, pero no impide la negociación colectiva bilateral voluntaria en el nivel de las empresas y también por sector, en la medida en que no se violen las disposiciones mínimas (internacionales, legales o laudadas).

LA CONCURRENCIA Y ARTICULACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA LEY N° 18.566

Rafael Rodríguez(*)

I. INTRODUCCIÓN

La siguiente comunicación tiene por objeto analizar los problemas derivados de la concurrencia de convenios colectivos, o de estos con las decisiones de los Consejos de Salarios ("laudos"), y los criterios de solución de las antinomias que dicha concurrencia significa, en la Ley N° 18.566 de 11/IX/2009, que instaura un sistema de negociación colectiva.

La concurrencia de convenios colectivos, o de convenios y laudos, es un caso particular de incompatibilidad de normas jurídicas o antinomia, entendiendo por tal, "la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de validez"(1). Las antinomias constituyen un "defecto lógico de los sistemas jurídicos", que alteran la coherencia y plenitud de estos.

En efecto, "el ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles"(2). La preservación de la coherencia del sistema implica la determinación de un criterio, norma o principio que excluya la incompatibilidad de las normas, eliminando la existencia o eficacia de una ellas.

(*) Aspirante a Profesor Adscrito en Derecho del Trabajo. Universidad de la República (Uruguay).

(1) BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Ed. Debate, España, 1993, p. 201.

(2) BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 195.

La concurrencia significa la existencia de dos o más normas que regulan el mismo supuesto de hecho, esto es, que tienen idéntico ámbito de validez temporal, espacial, personal y material. En el caso, existirían dos o más convenios colectivos con vocación para regular las mismas relaciones individuales de trabajo.

Esta pluralidad de normas con vocación para regular un mismo caso concreto, puede ser conflictiva o no[3]. La concurrencia no conflictiva supone que las normas no son incompatibles entre sí, a pesar de recaer en idéntico centro de imputación, por lo que ambas pueden aplicarse simultáneamente. En cambio, si las regulaciones contenidas son incompatibles entre sí, estamos ante un conflicto de normas, una auténtica antinomia que debe ser superada, puesto que la coherencia del sistema ordena la eliminación o desaplicación de una de ellas.

II. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La estructura de la negociación colectiva se configura a partir de dos elementos básicos: los niveles y las unidades de negociación. Dependiendo de quien negocie y del nivel en que lo haga, los convenios colectivos resultantes podrán ser: a) de empresa; b) de rama o sector de actividad económica; y c) de nivel interprofesional. El nivel de empresa admite, a su vez, estratos inferiores, en el caso que dentro de ella se establezcan unidades de negociación referidas a un universo particular de trabajadores: los integrantes de un sector o sección de la empresa, o de una planta o establecimiento determinado, o que revistan una categoría específica –v.g. personal de dirección–.

El art. 15 de la Ley N° 18.566 otorga una amplia libertad a las partes para determinar el nivel de negociación que estimen adecuado: "Las partes podrán negociar por rama o sector de actividad, empresa, establecimiento o cualquier otro nivel que estimen oportuno"[4]. A su vez, la negociación colectiva por rama de actividad o "de cadenas productivas" puede desarrollarse a través de dos métodos: a) mediante la convocatoria de los Consejos de Salarios (Ley N° 10.449 de 12/XI/1943); o b) a través de la negociación colectiva bipartita.

(3) DESDENTADO, Aurelio. "Problemas de concurrencia y articulación de convenios colectivos". En: *Los problemas actuales de la Negociación Colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva.* Ed. MTSS, España, 1993, p. 143.

(4) El nivel nacional o interprofesional se encuentra institucionalizado en nuestro derecho positivo en el Consejo Superior Tripartito, integrado con doce delegados del Poder Ejecutivo, seis de las organizaciones más representativas de empleadores y seis de las organizaciones más representativas de trabajadores (art. 7). Entre sus competencias se encuentran considerar y pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los niveles de negociación tripartita y bipartita (art. 10 lit. D). El reconocimiento de esta potestad ha sido cuestionada por el Comité de Libertad Sindical, entendiendo que "el nivel de negociación colectiva sea establecido por las partes y no sea objeto de votación en una entidad tripartita" (Caso N° 2699 - Queja contra el Gobierno del Uruguay presentada por las cámaras empresariales y la Organización Internacional de Empleadores).

Los Consejos de Salarios constituyen órganos de integración tripartita[5] cuya competencia principal consiste en fijar los salarios mínimos por categoría y actualizar las remuneraciones de los trabajadores de la actividad privada, y establecer condiciones de trabajo (art. 5 de la Ley N° 10.449, en la redacción dada por el art. 12 de la Ley N° 18.566). Los Consejos se instituyen por cada grupo de actividad económica, los cuales son determinados y clasificados por el Consejo Superior Tripartito, órgano tripartito de creación legal (art. 7 de la ley).

La negociación colectiva que se desarrolla en los Consejos de Salarios es de naturaleza trilateral, a nivel de rama de actividad, y formalizada, adoptando decisiones –denominadas en la jerga profesional como "laudos"–, con efectos generales para el grupo de actividad en que fueron instituidos. El quórum para dictar un laudo difiere según la materia sobre la que recaiga: a) para la fijación de salarios mínimos se requiere una mayoría simple; b) para establecer condiciones de trabajo se requiere el acuerdo de los delegados profesionales, que actúa como una mayoría calificada.

La elección del nivel de negociación depende de la autonomía colectiva de las organizaciones, no existiendo imposición legal al respecto ni restricciones en cuanto a las materias objeto de regulación.

Si bien la ley y la doctrina refieren a "niveles", no puede atribuirse a la expresión el significado de "jerarquía", en virtud de que no existe, en principio, una relación de subordinación entre uno y otro nivel, tratándose en todos los casos de la expresión de un poder negocial autónomo y genuino. Esta vinculación no jerarquizada entre los niveles de negociación incide al momento de seleccionar los criterios para resolver las hipótesis de concurrencia conflictiva.

El ordenamiento intersindical es producto de la autonomía colectiva, que se presenta como un poder normativo disperso y fragmentado en diversos sujetos colectivos y unidades de negociación. Esto lo diferencia estructuralmente del ordenamiento estatal, caracterizado por niveles de articulación jerárquicos, a través de un proceso de creación normativa por grados.

Los poderes normativos de una unidad de negociación no están en principio vinculados jerárquicamente con los de otra y no tienen definida una competencia material que delimite su acción frente a otros poderes que pueden actuar interfiriéndose

(5) Los Consejos de Salarios están compuestos por siete miembros, representantes del Estado y de las organizaciones profesionales respectivamente: a) tres designados por el Poder Ejecutivo; b) dos designados por los patronos; y c) dos designados por los trabajadores. La designación de los delegados profesionales es realizada en forma directa por las organizaciones más representativas del grupo de actividad de que se trate. En caso de que no existiera organización suficientemente representativa, la designación es efectuada por el Poder Ejecutivo, a propuesta de las organizaciones representadas ante el Consejo Superior Tripartito o a través de los mecanismos de elección que se propongan (art. 6 de la Ley N° 10.449, en la redacción dada por el art. 13 de la Ley N° 18.566).

en el mismo ámbito[6]. Por lo tanto, el principio de jerarquía o sus manifestaciones, resultan defectuosos para resolver los conflictos entre convenios.

III. LOS CRITERIOS PARA RESOLVER LA CONCURRENCIA CONFLICTIVA

Es natural, entonces, que se produzcan en el ordenamiento intersindical situaciones de concurrencia conflictiva entre convenios colectivos, como consecuencia del ejercicio de un poder normativo disperso, y que carece –por su propia naturaleza– de un criterio que discipline y coordine la coexistencia de sus normas. Por ende, los criterios para la solución de los conflictos no deben buscarse en lo interno de la autonomía colectiva, sino en su exterior[7].

Las formas de resolver estas antinomias son objeto de la llamada articulación de la negociación colectiva, la que es definida como un "mecanismo para solucionar la concurrencia de convenios colectivos de diverso nivel, aplicables en principio, a una misma situación de hecho"[8].

El catálogo de criterios que enumera la doctrina es variado, aunque los mecanismos técnicos que prevalecen son los inherentes al derecho del trabajo, operando una especie de refracción de otros criterios del derecho común (como la jerarquía y la temporalidad) por la incidencia del principio protector, a través de la regla de la norma más favorable[9]. Las reglas propias del derecho común son: el criterio cronológico, el criterio jerárquico y el criterio de la especialidad.

El criterio cronológico es aquel según el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior en el tiempo. Entre dos actos de voluntad de un mismo sujeto de una misma unidad de negociación, es válido el último en el tiempo[10]. En caso de concurrencia de convenios de distinto nivel, se hace predominar al posterior sobre el anterior, dentro de su respectivo ámbito[11].

Sin embargo, en la concurrencia de convenios las normas aprobadas no provienen de una misma unidad de negociación, sino de diferentes niveles y de poderes normativos independientes.

(6) DESDENTADO, Aurelio. Ob. cit., p. 147.
(7) RIVAS, Daniel. "La regla de la norma más favorable en la concurrencia de convenios colectivos". En: *X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Año 1989. Libro de Ponencias. p. 268.
(8) ERMIDA URIARTE, Óscar. Citado por CASALÁS, Carlos. "La negociación colectiva. Articulación de convenios". En: *Ponencia al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Paraná - Entre Ríos. Año 2004. Puede consultarse en: <http://www.asociacion.org.ar>.
(9) ROSENBAUM RIMOLO, Jorge. *Tendencia y contenidos de la negociación colectiva en el Cono Sur de América*. Ed. Oficina Internacional del Trabajo, 2001, España, p. 89.
(10) BOBBIO, Norberto. *"Teoría General(...)"*. Ob. cit., p. 204.
(11) ERMIDA URIARTE, Óscar. "Articulación de la negociación colectiva". En: *Anales del Foro. Boletín Informativo Jurídico*. Año VIII. N° 101-102, setiembre - octubre 1991.

El criterio jerárquico es aquel según el cual de dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior. Las normas superiores pueden abrogar las inferiores, en tanto que las normas inferiores no pueden abrogar las superiores. La inferioridad de una norma con respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo, que se manifiesta en la incapacidad de establecer una reglamentación que sea contraria a la reglamentación de una norma jerárquicamente superior[12].

Aplicando este criterio a la negociación colectiva, se realiza una ordenación de los convenios colectivos, de "mayor a menor", de acuerdo con los niveles o grados en los que tienen su origen, o al ámbito personal de su alcance. Así, el acuerdo interprofesional celebrado por una central primaría sobre el convenio de rama, y este sobre el convenio de empresa[13].

El criterio de especialidad sostiene que de dos normas incompatibles, una general y otra especial, prevalece la segunda. La norma especial es aquella que sustrae de una más amplia una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa. Norberto Bobbio explica este paso de una regla más amplia a un regla derogatoria menos amplia, por el "igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría"[14].

Si bien este criterio puede adaptarse de mejor manera a la ordenación de las fuentes autónomas, y conllevaría la preeminencia del convenio de nivel inferior sobre la regulación general emanada de los niveles superiores, no ha estado exento de cuestionamientos. Se ha sostenido que la noción material de especialidad no se corresponde necesariamente con un tipo de unidad de negociación y su imposición generalizada o irrestricta puede erosionar las unidades correspondientes a los ámbitos superiores.

Podría agregarse a estos criterios clásicos, el de distribución material de competencias, en virtud del cual determinadas materias serán objeto de regulación por normas de un nivel, mientras que otras estarán reservadas a otro nivel. Es común que la fijación de los salarios mínimos se reserve a los niveles superiores o centrales de negociación, mientras que otros aspectos relativos a las condiciones de trabajo sean propios de los niveles inferiores y de empresa.

La doctrina ha construido otras técnicas para resolver la concurrencia conflictiva de convenios, o ha introducido variantes a las anteriores. El criterio jerárquico es interpretado de diversa forma, sea para dar preeminencia al nivel inferior o al superior, a través de la tesis del mandato ascendente y del mandato descendente.

El mandato ascendente sería otorgado por los trabajadores al sindicato de base o de menor nivel, y este a su vez lo transfiere a una organización sindical de

(12) BOBBIO, Norberto. *"Teoría General (...)"*. Ob. cit., p. 205.
(13) ERMIDA URIARTE, Óscar. *"Articulación (...)"*. Ob. cit., p. 159.
(14) BOBBIO, Norberto. *"Teoría General (...)"*. Ob. cit., p. 207.

segundo grado. El primer mandato sería el otorgado por los trabajadores, y por ello está sujeto a revocación por estos, por lo cual prima la norma más próxima al trabajador. De este modo, un convenio de empresa, podría modificar *in pejus*, un convenio colectivo de rama o categoría, pues implica la revocación, para el caso concreto, del mandato ascendente.

El mandato descendente, supone que es otorgado a las organizaciones de mayor nivel, y le corresponde a estas ejercerlo o delegarlo al sindicato del nivel inferior, que se encuentra entonces subordinado al de nivel superior. De este modo los convenios colectivos de empresa no pueden modificar *in pejus* el convenio de rama, pero en cambio este sí puede hacerlo respecto de los niveles de protección establecidos en un convenio de empresa.

El criterio cronológico puede ser ponderado en un sentido inverso: el convenio colectivo primeramente celebrado primaría sobre los ulteriores, congelando la negociación colectiva en otros niveles, durante su vigencia; se otorga preferencia al convenio *prior in tempore*. Esta es la técnica aplicada por el Estatuto de los Trabajadores de España, cuyo artículo 84 dispone que "el contenido de un convenio colectivo no puede ser afectado por lo dispuesto en otro convenio de distinto ámbito (...)".

Finalmente, es posible adoptar dos técnicas propias del derecho del trabajo; una integrada a los principios propios de la disciplina: el criterio de la norma más favorable; y otra originada en el derecho colectivo: el criterio de la mayor representatividad.

En cuanto al criterio de la norma más favorable, este ha sido pacíficamente admitido por la doctrina, y especialmente por la praxis colectiva. Los casos de concurrencia conflictiva de convenios colectivos se resuelven aplicando al caso concreto aquel que sea más favorable para el trabajador, fuera cual fuera su nivel.

Sin embargo, la aplicación estricta de la regla de la norma más favorable la inhibe como criterio para solucionar la concurrencia. En efecto, Américo Plá Rodríguez explica que esta regla "determina que cuando en un caso corresponde aplicar varias normas de distinta jerarquía, se prefiere aquella que sea más favorable al trabajador"(15). La consecuencia de la aplicación de esta regla será la ruptura de la relación jerárquica del orden jurídico.

Nuevamente, y en tanto no existe vínculo jerárquico entre los convenios colectivos de diferente nivel, no es procedente aplicar la regla de favorabilidad para solucionar la antinomia entre ellos. No acaece el presupuesto lógico que habilita su aplicación: la existencia de normas de distinto rango o jerarquía.

(15) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Curso de Derecho Laboral. Introducción al derecho del trabajo*. T. 1, Vol. 1, Ed. Idea, 1990, p. 42.

Por último, también se ha acudido a la noción de mayor representatividad, construcción del derecho colectivo para elegir a una organización legitimada para negociar colectivamente, en caso de pluralidad de sujetos. Según este criterio, correspondería aplicar el convenio colectivo suscrito por la organización más representativa, sea esta de rama o de empresa.

IV. LA SITUACIÓN EN NUESTRO DERECHO ANTES DE LA LEY N° 18.566

Hasta la sanción de la Ley N° 18.566 no existían en nuestro derecho positivo mecanismos formales de articulación de la negociación colectiva, impuestos de manera heterónoma. La ausencia de una reglamentación sistemática y orgánica de la negociación colectiva, salvo algunas disposiciones particulares y aisladas, comprendía también la inexistencia de normas estatales que regulen la convergencia de convenios aprobados en distintos niveles.

Sin perjuicio del carácter vinculante e inderogable de los laudos de los Consejos de Salarios respecto de su jurisdicción económica, no existían soluciones en referencia a los convenios colectivos puros.

La doctrina patrocinó en forma mayoritaria la aplicación de la regla de la norma más favorable, a pesar de las dificultades teóricas indicadas. Jorge Rosenbaum aclara que "existe una verdadera expansión del ámbito de aplicación del principio protector y de la norma más favorable como una de sus reglas básicas para la solución de estos problemas: se atenderá, más que la jerarquía, más que la especialidad, más que a la temporalidad, a aquella norma que establezca cláusulas y beneficios más favorables para el trabajador; determinado que sea esto, habrá de preferirse esa norma en el orden interpretativo y en el orden aplicativo de la misma"(16).

El mismo autor conjuntamente con Eduardo Ameglio y Juan Raso, señalan que "se produce una auténtica expansión del ámbito de aplicación del principio protector y, más particularmente, de dos de sus reglas operacionales: la norma más favorable y la condición más beneficiosa, lo que permite una adecuación funcional del sistema de las fuentes del derecho del trabajo"(17). También adhieren a la aplicación de la regla de la norma más favorable Héctor Babace(18), Hugo Fernández Brignoni(19) y Osvaldo Mantero de San Vicente(20).

(16) ROSENBAUM RIMOLO, Jorge. "La negociación colectiva en Uruguay". En: Revista *Relaciones Laborales*. N° 1, Lima, 1989, p. 116.

(17) ROSENBAUM, Jorge. AMEGLIO, Eduardo. RASO, Juan. "Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Uruguay". En: *Intervención y Autonomía en las Relaciones Colectivas de Trabajo*. Ed. F.C.U., 1993, p. 298.

(18) BABACE, Héctor. "La articulación de los niveles de negociación colectiva". En: *Veintitrés Estudios sobre Convenios Colectivos*. Ed. F.C.U., 1988, p. 277.

(19) FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo. "Concurrencia y sucesión de normas laborales". En: *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*. Ed. F.C.U., 1995, p. 98.

(20) MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. *Derecho Sindical*. Ed. F.C.U., 2004, p. 304.

Américo Plá Rodríguez postula la preeminencia del convenio de rama: "nada impide que simultáneamente existan convenios por rama y por empresa, entrando a coordinarlos los mecanismos habituales de articulación. Entre estos mecanismos sobresale la preferencia del convenio por rama por encima del convenio por empresa, salvo que por la índole del tema se haya establecido lo contrario"(21).

Por su parte, Héctor-Hugo Barbagelata otorga preeminencia a los convenios de rama de actividad o intergremiales: "se entiende que los convenios colectivos internos, solo podrían tener efecto dentro del marco de los convenios mayores y, en todo caso, que no podrían salvo expresa reserva de estos, acordar menores beneficios"(22).

Finalmente, Santiago Pérez del Castillo hace aplicable el convenio más próximo con el interés colectivo representado, sin que prevalezca en forma anticipada ni el convenio de mayor nivel ni el más favorable. Para apreciar esa proximidad plantea que debe estarse al convenio suscrito por "la instancia que mejor represente el interés del grupo de trabajadores al cual el convenio estará dirigido". A tales efectos hace aplicable los criterios previstos en la Ley N° 13.556 para determinar la organización más representativa; y la mayor o menor representatividad deberá analizarse en relación a los diversos niveles. De esta manera, "la mayor o menor capacidad para suscribir un convenio que debe primar sobre otros en relación a determinado ámbito –la mayor idoneidad del sujeto colectivo pactante– determinará la prevalencia del convenio que ese sujeto haya suscrito"(23). Agrega el autor que en caso de insuficiencia para determinar cual es el sujeto más representativo, debe acudirse a un criterio complementario: optar por aquel aplicable al mayor número de relaciones de trabajo.

V. LA ARTICULACIÓN EN LA LEY N° 18.566

La Ley N° 18.566 introduce mecanismos especiales para articular la negociación colectiva en los distintos niveles en que esta se despliega, lo que resulta adecuado a la finalidad perseguida por el legislador de instaurar un "sistema" de negociación, el que debe constituir un ordenamiento coherente.

El art. 15 de la ley establece el siguiente precepto: "La negociación en los niveles inferiores no podrá disminuir los mínimos adoptados en los convenios colectivos de nivel superior, salvo lo dispuesto en el Consejo de Salarios respectivo".

(21) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Curso de Derecho del Trabajo*. T. IV, Vol. I, Derecho Colectivo. Ed. Idea, 1999, p. 133.

(22) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Derecho del Trabajo*. T. I, Vol. 1, Introducción. Ed. F.C.U., 1995. p. 143. El mismo autor señala en otro trabajo: "Me parece claro que, sea o no vinculante el convenio superior, el inferior no podría desconocer los derechos que aquel acordase en carácter general a todos los trabajadores". "Fuentes del Derecho del Trabajo". En: *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*. T. XI. Diciembre 1988. Ed. Universidad Ltda.

(23) PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. "La jerarquía de las fuentes en el derecho laboral". En: *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*. Ed. F.C.U., 1995, pp. 78 a 81.

El legislador no establece ninguna delimitación de materias sobre las que pueda negociarse en los distintos niveles. En virtud del art. 2 de la ley, el poder normativo de las organizaciones, cualquiera sea el nivel en que se manifieste, está autorizado para "adoptar libremente acuerdos sobre las condiciones de trabajo y empleo". A su vez, el art. 3 garantiza "el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles".

Tampoco la calidad de la organización suscriptora de un convenio colectivo es el criterio elegido por la ley para elegir el convenio colectivo aplicable en caso de pluralidad de fuentes. En tanto que el convenio de nivel superior sea perfeccionado por las organizaciones más representativas, la circunstancia de que un convenio de nivel inferior, de empresa, sea celebrado por una organización sindical aún más representativa que la de segundo grado, es irrelevante para resolver una posible antinomia. La calidad de "mayor representatividad" tiene virtualidad exclusivamente para elegir la organización legitimada para negociar un convenio colectivo, pero no para resolver las cuestiones de articulación.

El art. 15 establece la inderogabilidad *in pejus* de los beneficios incluidos en los convenios colectivos de nivel superior. Los niveles inferiores "no podrán disminuir los mínimos adoptados en los convenios colectivos de nivel superior", por lo que un convenio de empresa no puede modificar peyorativamente lo dispuesto en un convenio de rama. Los convenios de superior nivel resultan derogables *in melius*, esto es, para ampliar o mejorar los beneficios en ellos establecidos.

La norma no consagra el principio de jerarquía, en tanto las normas de un nivel superior pueden ser efectivamente modificadas por las de grados inferiores. La disposición introduce las reglas de conservación de las condiciones más beneficiosas y del sobrepujamiento, para resolver la concurrencia de convenios colectivos. Héctor-Hugo Barbagelata señala que la conservación "prescribe la subsistencia, es decir la no-derogación, por efecto de una norma posterior de igual o superior jerarquía, del régimen anteriormente establecido, en cuanto este fuera más favorable para el trabajador"(24).

El criterio de sobrepujamiento, por su parte, es consecuencia del reconocimiento de que las normas laborales fijan grados mínimos de protección, por lo que "los mínimos asegurados por la norma son infranqueables"(25).

Las posibles incompatibilidades pueden ocurrir a raíz de las siguientes concurrencias:

(24) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *"Derecho (...)"*. Ob. cit., p. 121. Del mismo autor ver también: "Sobre el derecho del trabajo y sus fuentes". En: *Simposio del Derecho del Trabajo*. Ed. Ediciones Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación, España, 1978, p. 88.

(25) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *"Derecho (...)"*. Ob. cit., p. 121; "Sobre el derecho del trabajo (...)". Ob. cit., p. 88.

a) *Convenio colectivo de empresa anterior a un convenio colectivo de rama de actividad.* Si el convenio de rama posterior en el tiempo establece condiciones más beneficiosas que el de empresa, se aplicarán las del primero en virtud del criterio de sobrepujamiento y de la aplicación obligatoria del convenio de rama prevista en el art. 16 de la Ley N° 18.566: *"El convenio colectivo por sector de actividad celebrado por las organizaciones más representativas es de aplicación obligatoria para todos los empleadores y trabajadores del nivel de negociación respectivo".*

En el caso de que las disposiciones del convenio de actividad ulterior sean menos beneficiosas que las del convenio de empresa, se aplican las de este último, en aplicación del criterio de conservación de las condiciones más favorables, y la no desaplicación –sea por derogación o por jerarquía– de la norma de empresa respecto de la de rama.

b) *Convenio colectivo de rama de actividad anterior a un convenio colectivo de empresa.* El convenio colectivo de rama tiene aplicación obligatoria a todos los empleadores y trabajadores del nivel de negociación respectivo, y los mínimos que establezca no pueden ser disminuidos por los convenios colectivos de empresa (arts. 16 y 15).

El convenio colectivo de empresa puede introducir válidamente mejoras al régimen resultante de las normas de un convenio de categoría –sobrepujamiento–, no así disminuciones –conservación–, las que resultarán ineficaces.

Sin perjuicio de ello, el criterio de conservación resulta morigerado por el propio legislador, en virtud de que la parte final del art. 15 admite que el Consejo de Salarios respectivo establezca en forma expresa la posibilidad de establecer regímenes menos beneficiosos a nivel inferior. La norma abre la vía de aplicación de criterios alternativos a través de una articulación que ha de lograrse por la propia autonomía colectiva.

En este caso se da una "relación de supletoriedad", descrita por Martín Valverde en los siguientes términos: "Para el supuesto de hecho 's' se aplica el precepto 'x' de la disposición a) en defecto de previsión de dicho supuesto en una disposición b)"[26]. Para que opere esta relación de supletoriedad, se requiere, de acuerdo a la disposición, una autorización del Consejo de Salarios.

La norma alude exclusivamente al Consejo de Salarios como fuente habilitante de esta articulación supletoria, por lo que cabe preguntarse si esta también puede ser autorizada a través de la negociación colectiva bipartita pura. En principio, resulta admisible que un convenio colectivo de nivel superior autorice a los de nivel inferior a establecer normas menos beneficiosas, en

(26) VALVERDE, Antonio Martín. "Concurrencia y articulación de normas laborales". En: *Revista Política Social.* N° 119, España, 1978, pp. 8 y 14 y ss.

virtud de que se trata del ejercicio de un poder autónomo y originario, que ordena su propia forma de creación[27].

Por esta vía, se consagra el fenómeno del descuelgue o desenganche, que conlleva la desaplicación de las normas de nivel superior y cuyos requisitos son: a) norma habilitante contenida en la propia fuente de regulación superior originaria; y b) suscripción del convenio inferior por una organización sindical representativa. La norma no establece la necesidad de justificar razones económicas para admitir la desaplicación de la regulación superior.

c) *Decisión de Consejo de Salarios ("laudo") y convenios colectivos ulteriores.* Tienen vocación para regular esta situación de concurrencia los arts. 15 de la Ley N° 18.566 y 5 de la Ley N° 10.449, en la redacción dada por el art 12 de la Ley N° 18.566.

El art. 5 de la Ley N° 10.449 establece que la competencia de los Consejos de Salarios consiste en fijar los salarios mínimos por categorías y sus actualizaciones; regular la licencia sindical y regular las condiciones de trabajo en caso de que existiera acuerdo entre los delegados profesionales. Los laudos recaídos en su ámbito de competencia tendrán efecto general para el respectivo grupo de actividad, y las ventajas que reconozcan no podrán ser disminuidas por convenios colectivos de nivel inferior, salvo lo que los mismos consejos dispongan.

La norma viene a "legalizar" la práctica de los llamados descuelgues o desenganches salariales, haciendo inaplicables las disposiciones del laudo, generalmente sus porcentajes de aumento salarial.

La negociación colectiva pura de rama, no puede modificar las disposiciones del laudo, rigiendo en este caso el criterio de jerarquía de la decisión del Consejo de Salarios sobre el convenio colectivo de sector.

(27) Héctor Zapiraín parece admitir la misma solución. "De la abstención a la regulación heterónoma. Apuntes sobre la ley de negociación colectiva para el sector privado". En: *Revista Derecho Laboral.* T. LII - N° 235, Julio - Setiembre, 2009, p. 641.

TEMA N° 2

Las Leyes Procesales de Trabajo en Perú y Uruguay

PONENCIAS OFICIALES

LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PERÚ: PILARES Y PARADIGMAS

Mario Pasco Cosmópolis(*)

La muy reciente y novedosa Ley Procesal del Trabajo peruana N° 29947 –NLPT– promulgada el 15 de enero de 2010, con vigencia a partir del 15 de julio del mismo año y aplicación progresiva, está sustentada en tres pilares: oralidad, uso intensivo de la tecnología y rol protagónico del juez.

Estos tres pilares, como en un trípode, se apoyan y necesitan unos a otros. La ausencia de uno solo de ellos haría tambalear el sistema.

En este ensayo trataremos de recoger las líneas maestras de cada uno de ellos, con énfasis en lo más paradigmático que de los mismos podamos extraer.

En forma previa, debemos dar una idea general de dicha Ley en sus aspectos fundamentales.

I. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA NUEVA LEY

Solo para dar una idea general de la estructura y principales innovaciones de la norma, examinaremos algunos aspectos de especial interés:

Principios y fundamentos

La NLPT contiene un Título Preliminar en cuyo artículo I se destacan los pilares del nuevo sistema: inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía

(*) Catedrático Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro titular del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

procesal y veracidad; y luego se enuncian sus fundamentos, verdaderos principios, en verdad.

Más que comentarlos, es suficiente transcribirlos, porque se explican por sí solos.

Artículo III. Fundamentos del proceso laboral

En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la inconducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros.

El proceso laboral es gratuito para el prestador de servicios, en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal.

Son de destacar también las reglas de interpretación y aplicación de las normas en la resolución de las controversias, para lo que igualmente basta transcribir el artículo IV.

Artículo IV. Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral.

Los jueces Laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley.

Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes y vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

La presunción de laboralidad

El artículo II, al definir el ámbito de la justicia laboral, introduce un concepto novedoso, trascendental. Según la ley anterior, la carga de la prueba recaía en el empleador, pero el trabajador debía demostrar la existencia de la relación laboral; es decir, el trabajador debía probar su condición de tal: que prestaba servicios personales, que estos eran remunerados y, sobre todo y lo más difícil, que eran subordinados.

Logrado ello, se transfería al empleador la responsabilidad de demostrar que los hechos alegados eran inexactos o que la obligación demandada no existía o ya había sido cancelada, lo que en la práctica equivalía a demostrarlo todo.

Ahora, con la NLPT, el trabajador solo requiere acreditar "la prestación personal de servicios", logrado lo cual se presume que la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

Es el empleador, entonces, quien tendrá que demostrar que tales servicios eran autónomos o independientes.

Esta presunción de laboralidad en toda prestación personal de servicios constituye un avance que aligera grandemente la carga probatoria del trabajador y acentúa del empleador.

Competencia por razón de materia

La competencia material está escalonada en cuatro grados: el juez de paz letrado laboral conoce de las controversias de mínima cuantía; el juez especializado laboral, con tiene una competencia amplísima, que comprende, en ciertas circunstancias, también controversias de servidores públicos con el Estado; el juez superior, que conoce de las apelaciones, y que actúa normalmente colegiado en tribunales de tres miembros; la NLPT, sin embargo, crea tribunales unipersonales para revisar las causas de menor cuantía; y, finalmente, la Corte Suprema que conoce en casación.

Legitimación activa: los casos especiales

Los sindicatos pueden comparecer en causa propia, en defensa de los derechos colectivos, pero también, sin necesidad de poder especial, en defensa de sus dirigentes y afiliados en controversias de carácter individual.

Cuando se afecta el derecho a la no discriminación, el acceso al empleo o se quebranta la prohibición al trabajo forzoso o infantil, la acción puede ser emprendida por los propios afectados, pero también por una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales, caso en el que deben acreditar su solvencia ante el juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público.

Cuando se afecta la libertad sindical o el derecho de negociación colectiva, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponde a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden accionar el sindicato, los representantes de los trabajadores o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito.

Lo destacable en todos estos casos, pero muy especial en los dos últimos, es que se rompe la vieja regla *Nemo iudex sine actore*, que en el Código Civil peruano

se expresa así: "Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley".(Artículo VI del Título Preliminar)

Pues bien, este es el primer caso de disposición expresa que extiende el interés moral a determinadas personas en caso de derechos fundamentales.

Tipos de procesos

La NLPT contiene cinco procesos distintos: (i) ordinario; (ii) abreviado; (iii) impugnativo de laudos arbitrales económicos; (iv) cautelar; y (v) de ejecución.

De primera intención, parecería un exceso, pero si bien se ve solo los dos primeros son propiamente complejos. estos, a grandes rasgos, se definen en atención a la cuantía, pues corresponden al abreviado los que no superan cincuenta Unidades de Referencia Procesal[1], y se tramitan ante el juez de paz letrado laboral, con revisión por el juez especializado laboral.

Sin embargo, también se sujetan al proceso abreviado, pero ante el juez especializado (con apelación ante la Corte Superior), los casos de reposición (por despido nulo) y aquellos que se refieren a la vulneración de la libertad sindical.

Se ha querido así conferir a estos casos de carácter urgente, un tratamiento más expeditivo.

El proceso ordinario se desarrolla en dos audiencias: la de conciliación y la de juzgamiento. En esta última se desahoga toda la prueba y, al término de la misma, luego de los alegatos, el juez debe emitir sentencia.

El proceso abreviado es en una sola audiencia, dentro de que la están inmersos la conciliación, la actuación de la prueba, los alegatos y la sentencia.

Reglas de conducta

El juez puede sancionar no solo las conductas impropias de carácter externo, como interrumpir a quien hace uso de la palabra, abandonar injustificadamente la sala de audiencia, hacer uso del teléfono celular sin autorización, etc., situaciones que no influyen en el resultado del proceso.

Pero, en un salto cualitativo, que nos atrevemos a calificar de audaz, el juez puede extraer conclusiones derivadas de la conducta de las partes, atendiendo a su conducta asumida en el proceso. Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada al no cumplirse con las exhibiciones ordenadas, negar la existencia de documentación propia de la actividad económica, impedir o

(1) Que en términos prácticos equivalen más o menos a seis mil quinientos dólares americanos (US$ 6,500.00)

negar el acceso al juez, los peritos o comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, negarse a declarar o responder evasivamente (artículo 29).

Por eso, previsoramente, dispone que quien presta declaración en calidad de representante de una persona jurídica –y con mayor razón, si actúa a nombre propio- tiene el deber de acudir informado sobre los hechos que motivan el proceso (Art. 25). De ese modo se impedirán respuestas evasivas, del tipo de "no me consta", o "me remito a los documentos".

Notificaciones

Las notificaciones de todo lo que acontece en el proceso se deben realizar por vía electrónica, dejando de lado y superando el sistema de envíos personales por mensajero. Solo se notifica al modo tradicional la demanda y su auto admisorio (y algunas incidencias menores como la admisión de un tercero con interés, las medidas cautelares, etc.).

Para ello, es requisito de admisibilidad de la demanda y contestación, respectivamente, la consignación de una dirección electrónica.

La sola eliminación de los tiempos muertos que generan las notificaciones del estilo antiguo garantiza un avance en materia de celeridad.

Oportunidad de la prueba

La prueba debe ser ofrecida con la demanda y con la contestación, respectivamente, lo que plasma el principio conocido como eventualidad o lealtad procesal. Solo se admite prueba extemporánea cuando esté referida a hechos nuevos o que hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad.

Fuera de estos casos, la presentación inoportuna de prueba adicional no acarrea ninguna consecuencia, puesto que no puede servir de fundamento para la sentencia.

Carga de la prueba

Sin desmedro de que la carga de la prueba corresponda a quien afirma los que configuran su pretensión, la NLPT señala que, de modo paralelo, incumbe al demandado que sea señalado como empleador probar el pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extensión o inexigibilidad; la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado; y el estado del vínculo laboral y la causa del despido.

Si bien se observa, el empleador debe probarlo todo (...) o casi todo.

Prueba de oficio

La NLPT autoriza al juez a disponer prueba de oficio, cuando lo estime necesario. Esta facultad ya existía en la ley anterior, y muchos jueces la utilizaban, e incluso en el proceso civil, donde los jueces son reacios a su empleo.

Lo novedoso es que también pueden ordenar prueba los jueces de alzada, dentro de la moderna teoría del llamado proceso horizontal.

Conciliación y sentencia previa

La NLPT pone mucho énfasis en la conciliación, al punto de haber dispuesto una audiencia consagrada a procurarla. El juez, por mandato expreso, debe participar activamente a fin de que las partes solucionen sus diferencias total o parcialmente (art. 43.2).

Lo importante es que si se produce acuerdo el juez lo aprueba –salvaguardando, se entiende, los derechos irrenunciables– y emite de inmediato una resolución con carácter de cosa juzgada para disponer el cumplimiento de las prestaciones acordadas. Igual proceder está previsto cuando hay algún extremo no controvertido.

Medidas cautelares

La NLPT permite el acceso a cualesquiera medidas cautelares que pudieran ser eficientes al propósito buscado, que es asegurar de antemano la ejecución de un eventual fallo condenatorio; en tal sentido, enuncia algunas y abre la posibilidad a todas las demás que existan o puedan existir a futuro.

En especial destaca la reposición provisional, cuando lo que se discute es un despido nulo, y el pago de una asignación provisional durante el transcurso del juicio, respaldada con los fondos depositados de la compensación por tiempo de servicios.

Casación y ejecución del fallo

Sin extendernos en demasía en el recurso de casación, muy resistido por muchos por lo que puede implicar de retardo, lo novedoso es que su interposición no suspenderá la ejecución de la sentencia. Si se trata de obligación de dar sumas de dinero, la parte obligada puede solicitar la suspensión de la ejecución, pero a ese efecto deberá depositar el importe reconocido o presentar una carta fianza renovable.

Con ello, si el recurso es desestimado, la ejecución es inmediata, sin dilación ni necesidad de mayor trámite.

Estos son solo algunos rasgos importantes de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, que trae muchas otras innovaciones que sería excesivo reseñar, a los propósitos de este trabajo no exhaustivo.

II. ORALIDAD: PROCESO POR AUDIENCIAS Y LITIGIO ORAL

Durante muchas décadas se ha vivido en el Perú, y acaso en todo nuestro continente, a la sombra de la ficción de que nuestros procesos laborales eran orales o, al menos, que lo eran de modo predominante. Tal parecía desprenderse de los textos legales que así lo predicaban.

La realidad discurría por otra senda. Aunque en la teoría tales procesos eran –y todavía son en la mayoría de países– sistemas mixtos, en la práctica siguen siendo escriturarios, porque la mayoría de las actuaciones se sigue haciendo en esa forma, y porque hasta aquellas actuaciones que se descargan de manera verbal terminan reducidas a actas y a escritos.

Se trata, en verdad, de una falsa oralidad, una "oralidad caricaturizada", como dice Stafforini(2), que "como género híbrido carece de las respectivas ventajas de ambos tipos procesales; en ella se dicta, no se habla, y se dicta para que se lea, no para que se escuche, perdiéndose así simultáneamente las ventajas de la escritura y las ventajas de la oralidad".

Los actos que deben ser orales se transforman, por necesidades de la forma, en actos escritos, o peor aun, las actuaciones son leídas de viva voz, como sucedía en nuestro país, por ejemplo, con la audiencia penal, que consistía en una lectura tediosa e innecesaria de actas y documentos inacabables, lo cual es llanamente una absurda pérdida de tiempo para todos quienes la sufren y la negación misma de la auténtica oralidad.

La audiencia, cuando no puede concluir en una sola fecha, es descuartizada en oportunidades distantes y aisladas, rompiéndose su unidad.

La inmediación del Juez es apenas formal y las audiencias son un remedo de la oralidad, con ritos centenarios como los de los pliegos interrogatorios, etc. El Juez, además, se limita a expeditar lo indispensable, sin asumir el papel protagónico que el nuevo proceso le impone.

La sentencia es pronunciada meses y hasta años después de realizada la audiencia, cuando el Juez no recuerda ni por asomo lo acontecido en su presencia.

No se diga nada de las instancias superiores, en las que los magistrados no conocen a las partes ni por el rostro, no han visto jamás a un testigo ni presenciado una sola de las declaraciones y demás actuaciones. Los informes orales, por lo demás, solo son un ejercicio retórico que, en muchos casos, está destinado solo a que el cliente, sentado en el auditorio, presencie la actuación de su abogado, se convenza de su elocuencia y se persuada de que ha agotado su mejor esfuerzo en su

(2) STAFFORINI, Eduardo: *Derecho Procesal Social*, Editora Argentina, Buenos Aires 1995, p. 360

defensa. Los vocales rara vez escuchan con atención al informante, salvo casos aislados y de excepción.

Ese sistema, prevalente en la mayoría de países, conjuga lo peor de los dos sistemas: es más engorroso que el sistema escrito, porque demanda mucha presencia del juez, las partes y los abogados, y consume por ende mucho de su tiempo, pero no tiene las ventajas del juicio oral.

La falsa oralidad es peor que la escrituración y como sistema –o quizás sea mejor decir, como método– es en realidad un engorro y no una solución.

La oralidad, en efecto, no es un simple atributo o peculiaridad, sino un carácter que cimienta y califica todo un sistema procesal. Los sistemas suelen ser clasificados en dos grandes tipos: oral o escrito. Cuando la oralidad es acogida, pasa a ser el rasgo dominante, el elemento nuclear, la clave definitoria del proceso.

La oralidad exige y al mismo tiempo posibilita, es decir, condensa y es, a su vez, requisito para la consecución y la propia eficacia de otras características de gran importancia, pacíficamente atribuidas al proceso laboral: inmediación, concentración, sencillez e incluso celeridad, y uno más, al que no siempre se le reconoce la debida importancia: publicidad.

Lo que marca la diferencia entre ellos no es el que **todos** los actos dentro de cada cual deban desarrollarse forzosamente de manera oral o escrita, sino la forma cómo se relacionan las partes entre sí y, sobre todo con el juez, así como el modo cómo este toma contacto y puede apreciar la prueba.

En los procesos escriturarios, los actos fundamentales se verifican a través de la presentación de escritos, que se van sucediendo e intercambiando conforme el proceso avanza. Algunos de tales actos van a desahogarse de manera oral como las declaraciones de parte o las testimoniales, pero aún en ellos debe presentarse de antemano el pliego interrogatorio, y la deposición del declarante habrá de registrarse bajo forma de acta, todo lo cual convierte al proceso en una serie de folios que, en su momento, son sometidos al escrutinio del juez, quien profiere su sentencia también bajo la misma forma.

Al proceso oral conocido también como proceso por audiencias se le atribuyen innúmeras ventajas, entre ellas, su sencillez, ya que, en términos generales, todos sabemos hablar pero no todos sabemos leer ni podemos escribir. Habida cuenta de que en el litigio laboral participa siempre, por necesidad, un trabajador o un conjunto de ellos, y que estos no son necesariamente letrados, uno de los rasgos que la doctrina reclama para el proceso laboral es la simplicidad, tanto en la estructura del procedimiento cuanto, incluso, en la formulación del texto legal, los cuales deben ser de fácil inteligencia para el lego. Tal propósito es más factible con un trámite oral que a través del intercambio de escritos, hábitat natural del abogado, no del trabajador.

Acaso la principal virtud del proceso oral es que permite la inmediación, como acertadamente acota Paúl Paredes[3], quien agrega: "En sentido amplio, oralidad significa inmediación, concentración, publicidad, unidad de instancias, libre valoración de la prueba, celeridad y simplificación de formas". Oralidad e inmediación conforman el binomio clave que permite al juez conocer las interioridades del proceso en forma directa, sin dilaciones y sin intermediarios, lo cual resulta vital para la apreciación, valoración e interpretación de la prueba, que es qué duda cabe lo más importante del mismo.

En un proceso escrito, el "juez carece (...) de contacto con las partes y con los hechos"; a él le llega "solamente el eco atenuado o impersonal de los escritos redactados en el momento del examen de los testigos, así como el de la inspección de lugares, etc. En los sistemas orales, en cambio, normalmente existe una relación directa entre el Juez y el material probatorio, ya que las pruebas se presentan, fundamentalmente, en la audiencia y el Juez presencia la declaración de los testigos y la exposición que las propias partes hacen respecto de los hechos en litigio. En esta forma el Juez se encuentra en mejores condiciones para valorar la cuestión controvertida"[4].

A lo que agregamos las palabras de Ossorio y Gallardo [5]: "La palabra hablada consiente el diálogo, la réplica instantánea, la pregunta y la respuesta. En el curso del informe de un letrado, al juez se le pueden ocurrir numerosas dudas o aclaraciones que debe plantear y esclarecer en el acto dirigiéndose al informante. En el procedimiento escrito el juez no puede entretenerse en enviar comunicaciones para dichos fines".

La oralidad no es, pues, la mera prevalencia de la expresión hablada sobre la escrita en el desarrollo de las actuaciones procesales, sino que constituye un sistema alterno y distinto al del proceso escriturario.

Otro rasgo vital es la publicidad: cualquier persona puede presenciar la audiencia, que es abierta.

Es conveniente detenerse en este rasgo, a nuestro ver esencial. La audiencia debe ser pública por una doble razón: en primer lugar, para que la sociedad, simbólicamente representada en el conjunto de los asistentes, puede ejercer un contralor sobre la imparcialidad y acierto del juez. Como el fallo debe ser proferido al término mismo de la audiencia, quienes la han presenciado se han formado su propio criterio, que no tiene por qué desentonar grandemente del que a su vez se forme el juez, si aplican ambos el sentido común. Siendo así, con los matices que la

(3) PAREDES PALACIOS, Paúl: *Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral*, ARA Editores, Lima, 1997 p.108
(4) Ibíd. p. 443.
(5) Cit. por RUPRECHT, Alfredo J.: *Autonomía del derecho procesal del trabajo*. En *rev. Derecho Laboral N° 117*, enero-marzo 1980, p. 118 (El alma de la toga, Bs.As. 1940, p.187).

realidad impone, será difícil para un juez emitir una sentencia que contraríe lo que ha quedado evidenciado de las actuaciones que todos han visto. Es, si se quiere, un freno subjetivo a la corrupción.

Pero además el juez –como también los abogados, por cierto– estará rindiendo en cada audiencia una especie de examen de idoneidad. Aquel que no estudie de antemano el caso, que no lo conozca y domine en profundidad, que no planifique su actuación, organice sus interrogatorios, estudie lo necesario; aquel, en suma, que no prepare su performance quedará evidenciado; saltarán a la vista su improvisación, su desconocimiento, su ignorancia, su ineptitud. Y no solo frente al público presente, sino para la posteridad, ya que su actuación quedará registrada de modo indeleble en voz e imagen, a través de la grabación de la audiencia.

Por eso la publicidad es no solo importante, sino necesaria. Sin ella el proceso oral perdería una de sus principales virtudes, y con ello su eficacia.

Lo que caracteriza al proceso oral, entonces, no es solo que las cosas, en vez de escriturarse, se verbalicen, sino que todo el trámite se realice en audiencia, con la presencia indispensable e insustituible del juez, quien no es un espectador sino que pasa a ser el verdadero protagonista al dirigir, enrumbar y conducir todas las actuaciones, que deben llevarse a cabo y agotarse en un concentrado y mínimo número de diligencias.

En el proceso oral "el mero conocimiento del derecho por sí solo no es suficiente"(6). "(...) requiere la correcta integración del derecho sustantivo, procesal y la prueba, mediante la adquisición de destrezas y habilidades en litigación oral, como la construcción de la teoría del caso, la ejecución de interrogatorios o contrainterrogatorios, la objeción de preguntas, la formulación de alegatos de apertura y de clausura, así como la introducción de evidencias en el juicio oral".

Esta es una cuestión capital. Nada hay que sustituya, en la formación de criterio, a la percepción directa, en especial de los testigos. La reacción a las preguntas, la claridad de las respuestas, las dudas, las vacilaciones, los silencios son muchas veces más convincentes que el contenido formal recogido en el acta, que muchas veces se limita a un lacónico Sí o No, desprovisto de toda carga comunicativa.

Las sensaciones, las emociones, los sentimientos no se expresan solo con palabras; es más, muchas veces se esconden o encubren detrás de las palabras. Hay, sin embargo, un metalenguaje que se trasunta en los gestos, los ademanes, los tics, y otras manifestaciones corporales, que tan magistralmente describió Sigmund Freud en su *Psicopatología de la vida cotidiana*, que son incontrolables a nivel consciente

(6) ÁVALOS CISNEROS, María. "La práctica de la litigación oral". En: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal de *El Peruano*, Lima, 20 de octubre de 2009.

y, en razón de ello, más fidedignos que las palabras. Por lo demás, es regla conocida que la primera impresión es duradera y, casi siempre, la más acertada.

> "Cuando el juez está en relación directa, personal, inmediata, con los justiciables, escucha sus alegaciones, recibe y pide sus explicaciones, aclara sus dudas, oye a los testigos y ve y ausculta sus reacciones y semblantes, sus oscilaciones y reticencias, pide aclaraciones a los peritos, ve los lugares y las cosas sobre las que versa el litigio, recibe entonces una fuente de convencimiento y evidencia muy superior a al que le brinda cualquier otro medio de conocimiento"(7).

Es que, como resalta Carnelutti,

> "en la práctica de las pruebas se distinguen dos etapas: la percepción y el juicio. Este es consecuencia de aquella. Un juicio o valoración de la prueba acertado solo se logra en la medida en que el juez haya participado directamente en su práctica, pues ese es el medio idóneo y único en que lograr entrar en contacto con las personas ya sean partes o terceros, con los lugares, documentos y en fin con cualquier objeto procesalmente pertinente"(8).

Al Juez laboral se le exige, además, una posición activa y diligente, en la que debe liderar el proceso, que es reconocido por eso como uno cuasi inquisitivo. Por lo tanto, al momento de la actuación de las declaraciones no puede esquinarse y recibir, de manera pasiva, el interrogatorio prefabricado de la parte que ofreció la prueba, ni la manifestación muchas veces también prefabricada del declarante, sino que tiene que intervenir en forma dinámica, siguiendo el vaivén de las preguntas y respuestas, y haciéndose una composición de lugar en la que los vacíos que surjan deben de ser colmados con la intervención del propio juez, cuyo deber es buscar la verdad real.

Por cierto, también la mecánica de la actuación probatoria, en un proceso oral, debe ser idónea a tal propósito, por lo que el interrogatorio debe ser libre y directo, sin las ataduras del pliego escrito ni los formulismos anacrónicos del *"Diga Ud. como es verdad que ... "*.

También los peritos deben comparecer, no para la ratificación ritual y superficial de lo que sentaron por escrito, sino para dar explicaciones, absolver dudas, responder a cuestionamientos y, en general, hacen patente no solo el resultado de sus opiniones, sino la manera cómo se formaron, el método que siguieron, el decurso de sus indagaciones y el razonamiento que guió a la formación de su

(7) EISNER, citado por Paredes Palacios, Paúl. Ob. cit., p. 109.
(8) VALLEJO CABRERA, Fabián. *Derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*, Librería Jurídica Sánchez R.Ltda., Bogotá, 2ª. edición, 2002, p. 59

criterio, nada de lo cual se traduce en el peritaje, que suele ser un instrumento conciso y poco ilustrativo de ese desarrollo subjetivo.

El proceso oral se desenvuelve sobre la base de determinadas premisas y objetivos claramente predeterminados.

El primero es que las actividades centrales del proceso deben ejecutarse en audiencia presencial continua, con asistencia forzosa de las partes y bajo la presidencia inexcusable del juez. Por consiguiente, cuando una sesión se cierra sin concluir por razones del tiempo, no debe citarse para su continuación en una fecha distante, sino inmediata, al día siguiente, y así de modo sucesivo hasta agotarla. Solo así puede darse el *continuum* requerido para que el Juez pueda apreciar la litis en su integridad, no fraccionada o mutilada.

El segundo es que en esa audiencia todas las actuaciones se ejecuten en forma oral: los interrogatorios, los testimonios, los peritajes, todo, en fin, debe ser desahogado de viva voz. Incluso, todo ello debe ser registrado, no solo en actas escritas, sino con el uso de los medios técnicos de que hoy con tanta facilidad se dispone: cinta magnetofónica, vídeos, etc., con el objeto de que, en su momento y de ser necesario, sean apreciados por el juzgador con la máxima proximidad objetiva al modo como fueron actuadas. Así lo prevé el artículo de la NLPT

La tercera exigencia es que la sentencia sea dictada en la propia audiencia, en forma casi instantánea, cuando el Juez está todavía bajo el impacto intransferible de lo que acaba de vivir. Así lo establece.

Con ello se logra la fusión de los diversos atributos ideales del proceso laboral: sencillez, celeridad, concentración e inmediatez, logrados a través de la oralidad.

No obstante, el esquema tolera que las dos piezas liminares: la demanda y su contestación, con todo lo que las acompaña o rodea, puedan mantenerse en forma escrita, con lo que el sistema puede ser calificado como mixto. A ese respecto, resulta curiosa la contraposición de las leyes española y venezolana: en la primera, la demanda debe ser escrita y la contestación, necesariamente oral; en la segunda, la demanda puede ser oral, pero la contestación es forzosamente escrita.

Proceso oral: los desafíos

El proceso oral conlleva nuevos y enormes retos para todos los participantes: el juez, los auxiliares de justicia, los litigantes, los abogados, los testigos, los peritos, etc.

El juez pasa a ser el conductor real de la audiencia, y con ello del proceso, lo que lo fuerza a abandonar la posición distante y pasiva en que se ha desenvuelto a lo largo de décadas, para convertirse en el protagonista central, aquel que conduce, dirige y ordena todas las actuaciones, a partir de sus propias intervenciones, pues

es el juez quien primero interroga a las partes, a los testigos, a los peritos, lo que lo obliga no solo a conocer a fondo el caso, que debe estudiar concienzudamente antes de la audiencia, sino a conducir los interrogatorios.

Los auxiliares de la justicia tendrán que habituarse a manejar la moderna tecnología, que hará que las audiencias, en vez de anotarse en actas interminables, queden registradas en imagen y sonido, de modo tal que el expediente principal sea electrónico, no escrito. Por cierto, tendrá que haber siempre un expediente escrito, ya que de algún modo tienen que protocolizarse la demanda y la contestación, que siempre serán escritas, y anexarles la prueba instrumental, las pericias, etc.; pero este legajo será el soporte, no el expediente principal, el cual quedará grabado en los medios magnéticos o informáticos que el sistema judicial provea.

Los litigantes enfrentarán, ya no un pliego frío y distanciado con preguntas estereotipadas, sino un interrogatorio directo –*cross examination* lo denominan en inglés, teniendo al frente a un juez preparado y conocedor del caso, y a abogados dispuestos a agotar los medios para hacerlos caer en dudas y contradicciones.

Y los abogados ya no redactarán esos pliegos intonsos en la comodidad de sus despachos, sino que tendrán que prepararse a fondo para actuar en vivo y en directo.

De otro lado, y esto tiene que ser internalizado subjetivamente por todos, es que toda prueba tiene que ser actuada en la audiencia. Por ejemplo, si una de las partes ofrece y presenta una pericia, durante la audiencia no puede referirse a ella como una pieza que obra en autos, sino que el perito tiene que comparecer y solventar sus opiniones delante de la juez y de las partes, y someterse al escrutinio que todos ellos puedan hacerle, lo que significa que estos tienen que prepararse previamente de modo exhaustivo para estar en condiciones de interpelar al perito. La pericia escrita que obrará en el expediente será solo el soporte material, pero lo que cuenta es lo que se desahogará en la audiencia, en presencia y con participación de los concurrentes a la actuación.

III. USO INTENSIVO DE LA TECNOLOGÍA

A la Comisión que redactó el Anteproyecto de NLPT la resolución ministerial que la nombró solo le fijó dos parámetros: oralidad y uso intensivo de la tecnología

Es que los últimos años han traído un desarrollo asombroso y hoy son de uso cotidiano instrumentos como la computadora, Internet, el teléfono celular, etc., que hace poco menos de dos décadas tenían un uso incipiente, solo para iniciados y sofisticados.

Hoy, en cambio, se han constituido en herramientas indispensables, a las que una ley moderna no podía ignorar.

Notificaciones

El sistema tradicional de notificación de las actuaciones procesales es engorroso, lento y costoso. Aunque parezca increíble cualquier notificación, la más simple de ellas, genera la participación de no menos de 18 ó 20 personas, cada una de las cuales cumple un papel necesario, pero que va generando recargas de tiempo y, por ende, ralentamiento del trámite. Si cada una de ellas, por decir, necesitara medio día para cumplir su faena, solo con eso tendríamos una dilación de 9 ó 10 días útiles.

Estos tiempos muertos son parte de las causas que generan morosidad en la administración de justicia.

La NLPT exige una sola notificación física: la del traslado de la demanda(9); todas las demás se practican de modo presencial. Así, en la audiencia de conciliación se señala día y hora para la de prueba; en esta se señala día y hora para la entrega de la sentencia, y así sucesivamente.

Además, es requisito de admisibilidad de la demanda y de su contestación que se indique la dirección de correo electrónico en que se practicarán cualesquiera otras notificaciones, si las hubiere.

Filmación de las actuaciones

En vez del vetusto método de levantamiento de actas de cada diligencia, que recarga la duración de las mismas y el trabajo físico de los auxiliares y del propio juez; con la NLPT aquellas serán filmadas, y lo que quedará será un registro magnetofónico. Las partes podrán obtener copia de tal registro, para su propio uso.

De ese modo, a más de disminuir la carga de trabajo, se obtendrán grandes ahorros de tiempo, y dinero ya que las audiencias podrán discurrir de manera continua, sin el engorro del labrado de actas.

Planilla electrónica

Como en el Perú se ha ya sustituido la tradicional planilla de pago de remuneraciones, que antaño se llevaba en forma manual y fue luego informatizada, que es remitida periódicamente al Ministerio de Trabajo, el Juez podrá obtener en forma inmediata el acceso a la planilla electrónica, simplemente ordenando que dicho Ministerio la ponga a su disposición por vía telemática.

De otro lado, cuando existía una sola planilla física y el empleador tenía varios juicios simultáneos, era materialmente imposible revisar las planillas mientras no fuera procesada en el primero de ellos, y así sucesivamente.

(9) Se deben notificar también, en físico, algunas incidencias poco frecuentes como la admisión de un tercero con interés, las medidas cautelares y casi nada más.

Hoy, con la planilla electrónica, esta puede ser enviada en forma simultánea a todos los juzgados en que se ventilen procesos contra un mismo empleador.

Cálculo de beneficios

Una de las tareas más pesadas para el juez es calcular el monto de las prestaciones que se discuten, y que habrá de ser uno de los componentes necesarios de su posterior fallo. Ello genera una indeseable dependencia del juez en relación con sus asistentes, ya que requiere del auxilio profesional de un experto en contabilidad.

La NLPT dispone que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y el Poder Judicial, prepararán un sistema informatizado para dichos cálculos, el cual, como es obvio, estará a disposición de cada juez, quien, con ese apoyo material, podrá realizar los cálculos, o en todo caso verificar con certeza los que se le presenten.

Jurisprudencia clasificada

La NLPT dispone que el Ministerio de Trabajo, con la colaboración del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional implementará un portal informático con sentencias y precedentes vinculantes,

Ya el Tribunal Constitucional lo viene haciendo, desde mucho tiempo atrás, con todas sus resoluciones. Es más, dicho órgano ya prescindió de las notificaciones, y toda la información relativa a los procesos en curso –como el señalamiento de fecha para la vista de las causas– debe ser obtenido por los interesados a través de su portal.

Expediente electrónico

No está enunciado en la NLPT pero es una consecuencia necesaria de la misma que, sino en tiempo inmediato, pero en plazos razonables, se sustituya de modo integral el expediente de papeles por el expediente electrónico, al cual puedan acceder en forma directa los interesados, sin necesidad de personarse físicamente al local del juzgado.

Los ahorros se darán en tiempo, en papel y en dinero. Pero, sobre todo, en eficiencia.

No tenemos duda de que con el solo uso intensivo de la tecnología hoy disponible –y sin pensar todavía en la que sobrevenga, que no dudamos será todavía más sorprendente–, las ventajas en términos de celeridad y eficiencia nos hacen avizorar un proceso comparativamente pletórico de beneficios para los litigantes, para los jueces y, por ende, de la administración de justicia.

IV. EL ROL PROTAGÓNICO DEL JUEZ

El Juez, como la NLPT proclama con vigor inusitado, tiene un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Rol protagónico: el Juez es el protagonista

del proceso, el personaje principal, la persona que desempeña la parte principal en cualquier suceso, si nos atenemos a la definición que trae el Diccionario de la Real Academia.

Desde siempre se propugnó como uno de los principios del Derecho Procesal del Trabajo el de la búsqueda de la verdad real, lo que imponía como condición la ampliación de las facultades del Juez dentro de un sistema cuasi inquisitivo.

Dentro del esquema dispositivo, los protagonistas son los abogados, que cruzan e intercambian escritos y recursos. El Juez permanece oculto, en la soledad de su despacho, como una especie de *convidado de piedra*, figura retórica a la que se ha acudido con frecuencia para hacer evidente su pasividad.

Con el nuevo esquema procesal eso debe cambiar sustantivamente. El Juez, como la NLPT se encarga de destacar, debe evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procura alcanzar la igualdad real de las partes, haciendo patente otro de los principios del Derecho Procesal del Trabajo, el principio protector.

Debe, así mismo, privilegiar el fondo sobre la forma e interpretar los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso. Ello debe llevar a la erradicación de esa malsana costumbre de declarar nulidades, muchas veces por razones nimias o superables, y además imponen al Juez el deber de impulsar el proceso en todas sus etapas.

El control formal y sustancial del proceso.

Para ello, la NLPT ha dotado al Juez de poderes muy especiales, tanto para el debido control de los actos formales del proceso, en especial de la audiencia, cuanto, sobre todo, de los aspectos sustanciales del mismo.

Así, debe cuidar que se observen y respeten las reglas básicas de la convivencia civilizada, impidiendo los agravios de palabra u obra, las interrupciones, el uso de teléfonos celulares, el abandono injustificado de la sala de audiencia, así como cualquier expresión de aprobación o censura.

Debe advertirse al respecto que, como se ha señalado uno de los requisitos del proceso oral es la publicidad: los actos se llevan a cabo en presencia del público, que no solo simboliza el control social, sino que ejerce en forma directa el control ético, pues al ser partícipe presencial del proceso, puede apreciar y juzgar el comportamiento del juez y de las partes, y extraer de ello sus propias conclusiones.

Ahora bien, con tino y precaución la NLPT hace alusión a las expresiones de aprobación o censura, anticipándose a una maniobra que podría intentarse por litigantes que, con ánimo de presionar al Juez, puedan asistir masivamente y expresarse a través de murmullos o aún gritos, u otras manifestaciones de disconformidad con

lo que está aconteciendo en el proceso. El Juez, en uso de sus atribuciones, deberá en esos casos ordenar el desalojo de la sala, y continuar la diligencia en privado.

En consonancia con esta facultad, el Juez puede aplicar multas y otras medidas (denuncia ante la Corte Superior, el Ministerio Público o el Colegio de Abogados) a quienes incurran en infracciones de tipo formal.

Pero, en lo que constituye un avance en profundidad, puede sancionar a quien alega hechos falsos, ofrece medios probatorios inexistentes, obstruye la actuación de las pruebas, genera dilaciones que provoquen injustificadamente la suspensión de la audiencia o desobedezcan las órdenes que haya impartido.

Mientras que la multa mayor por infracción formal es de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal (URP), en las de carácter material pueden llegar a cincuenta (50) URP.

Hay más, como ya hemos adelantado: el Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta observada por estas en el proceso, lo cual es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada.

Extraer conclusiones implica formar criterio, llegar a conclusiones de fondo, deducirlas del comportamiento negativo de alguna de las partes. Si la parte obstaculiza la actividad probatoria, no cumple con las exhibiciones ordenadas, niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, impide o niega el acceso al juez, a los peritos o a los comisiones judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, se niega a declarar o responde evasivamente, el Juez puede concluir, en su fuero interno, que esa parte no tiene la razón. Pero, lo que es importante, puede basar en ello su fallo; si no totalmente, al menos como un complemento de su razonamiento jurídico y del examen de la actividad probatoria.

Actividad probatoria

Las pruebas son naturalmente ofrecidas por las partes –con la demanda y con la contestación, respectivamente– y actuadas en la audiencia respectiva.

El Juez, sin embargo, tiene capacidad para ordenar excepcionalmente la práctica de alguna prueba adicional, y su decisión al respecto es inimpugnable.

El juez civil también tiene esta facultad, reglada por el artículo 194 del Código Procesal Civil, pero es sabido que no la ejerce. Los jueces laborales, que también la han tenido con la Ley N° 26636, siempre han sido más vivaces al respecto.

La novedad absoluta, sin embargo, es que ahora se extiende a los jueces (vocales) superiores, como se desprende de modo oblicuo de la prohibición de hacerlo cuando el proceso se encuentra en casación.

En casación no es concebible el requerimiento de prueba, por cuanto el examen versa solo sobre el derecho, no sobre los hechos. Al señalar la NLPT que no puede ser invocada esta facultad en esa instancia, de manera implícita está determinando que sí pueda serlo en la segunda instancia, de modo que el revisor podría basar un fallo revocatorio en prueba que no fue conocida por el juez inicial.

Esto está en línea con la moderna doctrina de lo que se ha dado en llamar la justicia horizontal.

En cuanto al juez de la primera instancia, consideramos que la potestad de disponer prueba de oficio puede ser ejercitada en cualquier momento, en especial antes de que se haya llevado a cabo la audiencia de juzgamiento.

En efecto, si el juez, examinando demanda y contestación, con sus respectivas pruebas, y en la etapa de elaboración del Plan del Caso, entiende que tendrá que haber pruebas necesarias que no han sido contempladas por las partes, puede disponer su actuación inmediata, en el intervalo que media entre ambas audiencias.

Por ejemplo, puede disponer precozmente la presentación por el Ministerio de Trabajo de las planillas electrónicas, adelantar alguna pericia, en especial la pericia contable, o disponer la realización de una inspección judicial. Todo ello con el ánimo de aprovechar ese periodo muerto, y no dilatar innecesariamente el trámite, como sucedería si ordenara la prueba durante la audiencia, caso en el cual tendría que haber la forzosa dilación para que la misma se actúe.

Pero la actividad del juez no se restringe a disponer prueba de oficio, sino que es quien lleva adelante, en la audiencia, la actuación de las pruebas de partes.

El juez puede –en cualquier momento– interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes (testigos, peritos). Para ello, en la audiencia toma juramento conjunto a todos ellos, con lo cual todos quedan expeditos para intervenir, a requerimiento del juez, cuando este lo estime necesario y pertinente.

Puede suceder, por ejemplo, que esté deponiendo un testigo y en ese momento el juez derive su interrogatorio hacia la parte que ya prestó declaración, para compulsar ambas declaraciones, la del testigo y la de la parte, sin seguir el orden rígido que ha sido característico de todos nuestros procesos, sean civiles o laborales.

Por eso la NLPT dispone que no se requiera de pliego interrogatorio, ni para la declaración de parte ni para la de testigos, porque las preguntas deben ser formuladas por el juez, las partes y sus abogados, en forma libre, directa, espontánea.

En eso tendrá el juez una especial responsabilidad, no solo porque deberá preparar de antemano el Plan del Caso, al cual se sujetará su actuación y la de las partes y sus abogados, sino porque su accionar se llevará a cabo frente al público y quedará además registrado en imagen y palabra, de modo que quien no vaya

reparado o improvise quedará expuesto a la crítica y a la evaluación de desempeño que podrán hacer los jueces de las instancias superiores.

Conciliación

La NLPT coloca en el juez no solo una facultad, sino un deber, en torno a la conciliación. Para ello, para darle realce y viabilidad a la misma, le dedica virtualmente una audiencia entera.

Con la ley N° 26636, aunque se menciona también la conciliación como un acto necesario, en la práctica se ha convertido en una mera formalidad, desprovista de todo contenido. Todo se limita a dejar constancia en acta de que el juez invitó a las partes a conciliar, pero estas no llegaron a ningún acuerdo, pero sin hacer ningún intento serio por propiciarlo.

Con la NLPT, en cambio, el juez debe participar activamente, formular propuestas, incorporarse subjetivamente en la búsqueda de ese acuerdo, con la confianza de que las propuestas que formule no comprometen su posición, ni implican adelanto de opinión.

Un juez diligente y activo, que promueva y participe en la conciliación, estará actuando en su propio beneficio, ya que si se consigue el acuerdo, su tarea habrá terminado, y ello incrementará positivamente la estadística de los casos resueltos.

Hay en la NLPT un cúmulo de atributos para el juez, que tendrá, en palabras de la misma, un rol protagónico. Será, pues, el elemento central, alrededor de cuyo comportamiento y experticia girará la audiencia y, con ella, el proceso todo.

Para culminar esta actuación estelar, el juez tendrá que emitir su fallo al término mismo de la audiencia, lo que habrá de imponerle la necesidad, que es la piedra de toque del nuevo proceso, de prepararse en el conocimiento profundo y sistemático de la materia involucrada en el litigio, de sus complejidades y vacíos, de los aspectos esenciales en fondo y forma, única manera de que el nuevo sistema procesal nos lleve, como es su propósito, a una justicia laboral no solo expeditiva, sino fundamentalmente eficaz.

EL NUEVO PROCESO LABORAL URUGUAYO

Óscar Ermida Uriarte[*]

INTRODUCCIÓN

La circunstancia de que Perú y Uruguay estrenen nueva legislación sobre el proceso laboral casi en el mismo momento no es tan casual como podría parecer. Por una parte, desde hace bastante tiempo la cuestión de la adecuación del proceso del trabajo a la efectiva protección de los derechos sustantivos cuya vigencia debe garantizar, es preocupación permanente de parte muy representativa de la doctrina de ambos países. Pero al mismo tiempo, otro tanto sucede en la mayor parte de América Latina, donde la eficacia de la legislación laboral es, en mayor o menor medida según los casos, una asignatura pendiente, fracaso al cual no es ajeno el funcionamiento de la Justicia del trabajo.

Cabe recordar aquí la afirmación de Barbagelata, según la cual la lentitud del proceso del trabajo es la crítica mayor y más recurrente en la materia[1], a tal punto que las reformas del régimen legal en busca de la efectividad, se han convertido en un *"leit motiv"* en la región. Véase si no: para solo mencionar lo más reciente, se verifican reformas laboral-procesales en Brasil (2002 y 2004), Venezuela (2002), Ecuador (2002-2003), Chile (2006-2007), Colombia (2007), Uruguay (2009) y Perú (2010), además de la implantación progresiva del proceso electrónico en Brasil en el transcurso de estos años.

(*) Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Uruguay)

(1) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. "Tendencias de los procesos laborales en Latinoamérica". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República N° 21*, Montevideo, 2002, pp. 29 y 43.

La "legiferación" en materia procesal del trabajo es una de las tendencias más notorias del Derecho laboral procesal latinoamericano: la reforma constante en busca de la eficacia del proceso laboral.

Es que el Derecho sustantivo del trabajo depende de un Derecho adjetivo eficaz y apropiado. La conciencia de *la esencialidad de lo adjetivo o instrumental* –si se nos permite la expresión– nace con la misma ley material: la propia Constitución de Querétaro que en 1917 alumbra el famoso artículo 123, prevé en su Sección XX la creación de los primeros tribunales especializados en materia laboral. En Uruguay, nuestra ley de ocho horas, de 1915, incluye la creación de la Inspección del trabajo.

1. LOS PRESUPUESTOS Y PRINCIPIOS DEL PROCESO LABORAL

1.1. Instrumentalidad o adjetividad y la autonomía

El proceso no es un fin en sí mismo, sino una herramienta o instrumento necesario, junto a otros –como la autotutela colectiva, la inspección del trabajo y eventualmente el Derecho penal del trabajo–, para garantizar la eficacia del Derecho laboral sustantivo. Por lo tanto, como toda herramienta, el proceso debe ser apropiado para cumplir su función. Este es el primer gran principio del proceso del trabajo, tanto que, en verdad, podría ser calificado como presupuesto.

Ese presupuesto de adjetividad o instrumentalidad impulsa la creación de un *Derecho laboral procesal*, más que de un Derecho procesal del trabajo(2), porque la cuestión procesal es esencial a lo sustantivo, del mismo modo que la protección de la actividad sindical forma parte de la esencia de la libertad sindical misma. Al decir de García-Perrote, el proceso del trabajo es "una institución nuclear del ordenamiento jurídico laboral" y de allí deriva la necesidad de una estructura judicial

(2) Sobre la sustitución de la expresión "Derecho procesal del trabajo" por la de "Derecho laboral procesal" o "Derecho laboral adjetivo" o "Derecho laboral instrumental", ERMIDA URIARTE, Óscar. *Introducción* a GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, "Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios", Montevideo 2005, p. 14, *O processo do trabalho e suas peculiartidades.* En: *Cuaderno de Estudos sobre Processo e Direito do trabalho*, Caderno da AMATRA IV N° 7, Porto Alegre 2008, p. 77, *La celeridad del proceso laboral.* En: ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Actualidad del Derecho del trabajo*, Lima 2009, pp. 239 y 242-243 y *Principios y problemas del proceso laboral.* En: *Revista Jurídica de la Regional Norte* Año 4 N° 4, Montevideo 2009, p. 35. En la misma línea. En: Uruguay: ROSSI, Rosina, *Primera lectura de la Ley N° 18.572 sobre abreviación de los procesos laborales.* En: Revista Derecho Laboral t. LII N° 235, p. 445 y FERNANDEZ BRIGNONI, Hugo, *Apuntes sobre la nueva ley de proceso laboral.* En: Revista Derecho Laboral, t. LII N° 236, p. 773. En España, el Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona: PÉREZ AMORÓS, Francisco, *Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: por un Derecho del trabajo procesal.* En: Revista Derecho Laboral, t. LIII N° 237, Montevideo 2010, p. 7 y ss., esp. p. 11.
Sobre los principios de protección y de igualdad en el nuevo proceso laboral, *v. t.*, BARRETTO GHIONE, Hugo, *Principios de igualdad y protección en el proceso laboral.* En: Revista Derecho Laboral t. LIII N° 237, Montevideo 2010, pp. 57 y ss. y *Constitución y proceso laboral (notas sobre la sinuosa argumentación de un fallo de la Suprema Corte de Justicia).* En: Revista Derecho Laboral t. LII N° 238, Montevideo 2010, pp. 221 y ss.

propia y de un proceso propio, ambos especializados y autónomos, ya que la experiencia histórica demuestra "la inconveniencia y funestas consecuencias de que los conflictos" de trabajo "sean resueltos por los órganos jurisdiccionales comunes y asimismo, por el procedimiento tipo común"(3)

De ahí, pues, la autonomía respecto del Derecho procesal civil. *Autonomía respecto del Derecho procesal civil* e *instrumentalidad o adjetividad respecto del Derecho sustantivo del trabajo*(4). La particular autonomía que caracteriza al Derecho sustantivo al que sirve, es lo que determina la necesariamente fuerte autonomía del proceso laboral respecto del proceso civil. Esta no puede ser inferior al grado de independencia que el Derecho del trabajo ha alcanzado respecto del Derecho civil. Es por eso que Couture decía que "el conflicto de trabajo exige el apartamiento de todas las características tradicionales del proceso civil. Ante él, ni uno solo de los postulados clásicos queda en pie"(5).

Por lo demás, en todo caso, una Justicia laboral especializada y un proceso laboral autónomo vienen impuestos por el art. 36 de la Carta Interamericana Garantías Sociales.

A partir de estos presupuestos –la instrumentalidad o adjetividad del proceso, que determina su pertenencia al Derecho laboral y su necesaria autonomía respecto del procesal–, pueden construirse los principios básicos de ese instrumento que es el proceso del trabajo.

La enumeración de principios del proceso laboral es muy variada, pudiendo casi llegar a afirmarse que cada autor propone su propio elenco de principios. De todos modos, junto con esa variedad, puede apreciarse una cierta convergencia: todos coinciden en algunos principios. Así como unos realizan una enumeración

(3) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio- *La prueba en el proceso de trabajo,* Madrid 1994, p. 15.

(4) *Conf.* BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALON, Jesús y FERNANDEZ, María Fernanda, *Instituciones de Derecho procesal laboral,* Madrid 1991, p. 106

(5) COUTURE, Eduardo J., *Proyecto de Código de procedimiento civil,* Montevideo 1945, p. 58. Por eso, debe haber "un nuevo Derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos" (COUTURE, Eduardo. J., *Algunas nociones de Derecho procesal del trabajo.* En: "Estudios de Derecho procesal civil", Buenos Aires 1948, t. I, p. 288). COUTURE fue coherente y excluyó expresamente al proceso laboral de su célebre Proyecto de Código de procedimiento civil. En el Uruguay no solamente el gran COUTURE había señalado la necesidad absoluta de un proceso laboral autónomo, al punto de excluirlo del referido proyecto. También otros procesalistas nacionales la han reconocido en su obra doctrinal, aunque con menor énfasis que el gran maestro. BARRIOS DE ANGELIS, por ejemplo, ha dicho que "existen causas profundas que se oponen a la total unidad de los procesos, a la existencia de una sola forma para la eliminación de toda insatisfacción jurídica por medio de la jurisdicción", lo que en definitiva, se debe a "la adecuación de la forma al contenido"; en efecto, agrega, "el objeto imprime las características propias al proceso y a los actos del proceso" (*cit.* por LANDONI SOSA, Angel. En: *Prólogo* a *Teoría del proceso* de BARRIOS DE ANGELIS. Dante, 2ª. ed., Buenos Aires 2005, p. XI). Y en su obra mayor, BARRIOS también sostiene que "en la actual organización del Derecho comparado, la regla del juicio ordinario vale dentro del ámbito objetivo de una materia determinada. Es decir, existe un proceso que es la forma ordinaria en materia civil y comercial, otro en materia laboral, otro en materia penal, etc". *(Teoría del proceso, cit.*, pág 246)

desagregada y detallada, otros sintetizan o resumen, subsumiendo los principios explicitados por los primeros en unos pocos grandes principios.

Teniendo esto en cuenta, puede sostenerse que principios tales como los de protección, igualación o desigualdad compensatoria, gratuidad, celeridad, concentración, inmediatez y primacía de la realidad, entre otros, forman parte del elenco de principios generalmente aceptados

1.2. Protección

En el Uruguay, el proceso instrumental del Derecho del trabajo, recibe de la Constitución un mandato tuitivo muy claro. Hay una principiología constitucional del Derecho procesal del trabajo, que parte de la protección.

El artículo 53 de la Constitución establece que "el trabajo está bajo la protección especial de la ley"(6). La protección es pues, ineludible. Pero además es un mandato de fuerza incomparable con la de cualquier otro similar del texto de la Constitución nacional. Recórrase artículo por artículo el texto constitucional, y no se encontrará otro mandato que ordene a la ley la protección *"especial"* de un derecho o bien jurídico. Lo más parecido, pero no igual, se encuentra en el artículo 49 sobre bien de familia, para el que ordena "una legislación protectora especial". En efecto, no parece ser lo mismo "una legislación protectora especial" que "la protección especial de la ley", ya que en la primera frase, lo especial es la ley, o sea que hace referencia a una ley especializada, mientras que en la segunda expresión, la protección debe ser especial, es decir, debe tratarse de una protección intensa, extraordinaria, "que se diferencia de lo común o general"(7)

Y la diferencia del grado o intensidad de la protección es abismal si se compara la ordenada para el trabajo con la que se reconoce a la propiedad. En efecto, mientras el mandato protector del artículo 53 es terminante e ilimitado, el reconocimiento que el artículo 32 hace del derecho de propiedad está lleno de advertencias, limitaciones y condicionamientos, que no aparecen ni en el más remoto horizonte de los artículos 53 y siguientes dedicados al trabajo.

Está claro, por lo demás, que la superlativa protección del trabajo ordenada por la Constitución no se limita al aspecto sustantivo, sino que incluye –por razones de lógica y porque no hay ninguna salvedad o exclusión– a los mecanismos de garantía de tal protección. Alcanza y condiciona necesariamente a los sistemas de los cuales depende que la protección exista y sea efectiva: no solamente la Justicia del trabajo y el proceso laboral, pero sí ellos en primer lugar.

(6) Este precepto armoniza con el art. 7, del cual se deduce la primacía del trabajo sobre la propiedad, en el elenco de los bienes jurídicos fundamentales.

(7) Como dice el Diccionario de la Real Academia, 20ª. ed., Madrid 2001, t. I, p. 975.

Así, el principio protector propio del Derecho sustantivo laboral, penetra inevitablemente al Derecho adjetivo laboral. El Derecho laboral procesal no puede ser sino tuitivo. Si no lo es –y cuando no lo es–, pierde su sentido y no cumple su función, violando el artículo 53 de la Constitución.

1.3. Desigualdad compensatoria

A partir de esto, la protección del trabajo exige un replanteamiento de la versión tradicional del principio de igualdad. En Derecho del trabajo la igualdad no se supone, como en Derecho civil, sino que se constata la desigualdad real y se intenta corregirla y aminorarla. En otras palabras –las de COUTURE–, el tradicional "principio de igualdad ante la ley es una simple suposición jurídica", por lo cual es necesario compensar la desigualdad real también en el proceso, de tal modo que el propósito del Derecho procesal del trabajo debe ser el de "evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la Justicia"[8] En el proceso laboral, el principio de igualdad, que nace del mandato constitucional de protección del trabajador, es el de la "desigualdad compensatoria". Más que de "igualdad" se trata de *"igualación"*, de conformidad con la feliz expresión de Rosenbaum[9].

En efecto, Plá Rodríguez desarrolla el concepto señalando que la desigualdad compensatoria deriva del principio protector, es decir, de la propia razón de ser del Derecho laboral, condicionando inevitablemente a su rama adjetiva, que busca compensar la desigualdad real, creando desigualdades de signo contrario[10] [11]

En consecuencia, *por mandato constitucional, el proceso laboral no puede sino ser protector y compensador de desigualdades.* Si no lo fuera, caería en la ineficacia y en la inconstitucionalidad.

De ahí la existencia de numerosas instituciones desiguales en el Derecho laboral procesal[12].

(8) COUTURE, Eduardo J. *Algunas nociones..., cit.*, pp. 275-276

(9) ROSENBAUM, Jorge. "Los problemas actuales de la Justicia del trabajo en América Latina". En: Revista *Derecho Laboral.* T. XXXVI, N° 169, p. 120.

(10) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. "Visión crítica del Derecho procesal del trabajo". En: *AAVV*, "Processo do trabalho na America Latina. Estudos em homenagem a Alcione Niederauer Correa", Sao Paulo 1992, p. 244. "Desigualdad compensada con otra desigualdad", decía COUTURE, *loc.cit.*. "Intervención reequilibradora tanto por parte de la norma procesal como del propio órgano judicial actuante", dicen APARICIO TOVAR, Joaquín y RENTERO JOVER, Jesús, *El Juez laboral, imparcial pero no neutral.* En: Revista de Derecho Social N° 4, Albacete 1998, p. 59).

(11) Pero además, el principio de igualdad tradicional o clásico – superado en materia laboral por obra del art. 53 de la Constitución -, admite el tratamiento desigual de los desiguales, en cuanto haya una causa razonable, objetiva y justa de diferenciación.

(12) En otros términos es lo que dice la nueva ley procesal del trabajo de Perú (N° 29.947 de 15 de enero de 2010), según la ponencia de Mario Pasco para este Encuentro: "En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes"... Sobre los principios de protección y de igualdad en el nuevo proceso laboral, *v. t.* la bibliografía *cit. supra,* nota 2.

1.4. Celeridad

La rapidez de la solución del conflicto de trabajo es fundamental, porque como dice Russomano, en materia laboral la sentencia tardía, aún acertada en el fondo del asunto, nunca es justa, sino que configura denegación de justicia[13]. De tal modo, en este punto como en ningún otro, se pone de manifiesto el papel instrumental del proceso: su función es garantizar la eficacia del Derecho sustantivo que tiende a aplicar. Si no lo hace o lo hace mal, "deroga" ese Derecho sustantivo que debería haber efectivizado. De la Justicia del trabajo en general y de su celeridad en especial, depende la eficacia del Derecho del trabajo. La celeridad es el principio y la *ausencia de celeridad* el más grave problema práctico del proceso del trabajo.

La duración de los juicios laborales es muy variada en los diversos países latinoamericanos, pero en un cálculo conservador, es posible estimar que el promedio supera ampliamente los dos años. En materia laboral esto no es debido proceso sino *indebido* proceso y denegación de acceso a la justicia, porque normalmente el trabajador no puede esperar. El trabajador está reclamando, si es que tiene razón, unos salarios que se le deben y/o una indemnización por despido que necesita precisamente para el momento en que está desempleado. No puede esperar dos o tres años. Más aún: la sentencia que le da la razón dentro de dos, tres, cuatro o cinco años, es siempre inútil, porque llega cuando el trabajador ya tiene el asunto solucionado (porque consiguió otro empleo y lo que va a percibir ya no tiene ese carácter alimentario propio de las prestaciones laborales) o porque definitivamente el reclamante ya "se murió de hambre" en la espera de un fallo firme, ya sufrió durante dos o tres años todo lo que implica la pérdida del empleo, del sustento, etc.

A esto hay que agregar que en muchos países, como el Uruguay, la deuda laboral es una de las más baratas del mercado, por lo cual, a veces no pagar es buen negocio.

De tal modo, la sentencia tardía y más aún, no solo la sentencia tardía, sino la simple *expectativa* de una sentencia tardía (el saber que ante una reclamación la perspectiva es que la sentencia va a demorar dos o más años), implica para el trabajador un estímulo a renunciar a los créditos irrenunciables, aceptando una transacción por una ínfima parte de lo reclamado. Así, lo adjetivo abroga lo sustantivo. El derecho calificado como irrenunciable por la ley material, se vuelve renunciable por la ineficacia de la ley adjetiva.

Pero además, la morosidad judicial es, para el empleador, un estímulo a no pagar, ya que es "buen negocio" no pagar. Es buen negocio "asustar" al trabajador con una sentencia de aquí dos, tres, cuatro o cinco años y así obligarle a transar por una suma francamente inferior a la reclamada.

(13) RUSSOMANO, Mozart Victor, *O decálogo do processo trabalhista,* 3ª. ed., Curitiba 2002, p. 60

Todavía, el proceso laboral extenso y lento, tal como generalmente funciona, es un dispendio económico, un despilfarro de recursos carente de todo sentido. En efecto, la inmensa mayoría de las reclamaciones laborales son de bajo monto, por lo cual es económicamente ineficiente utilizar, para resolverlas, un proceso largo, que consecuentemente es caro, mucho más caro que el monto del litigio a resolver. En otras palabras, el *"quantum"* del conflicto es menor –mucho menor– que el costo del instrumento usado para resolverlo.

Por lo tanto, hay que encontrar la fórmula para que la Justicia laboral sea efectivamente rápida, para lo cual es indispensable observar el ya mencionado principio o presupuesto de la autonomía del proceso del trabajo.

1.5. Gratuidad

La importancia de la gratuidad del proceso para el trabajador y su estrecha vinculación con el mandato tuitivo e igualador del artículo 53 de la Constitución ha sido tempranamente destacada por la doctrina uruguaya. Ya en 1950, Barbagelata destacaba la constitucionalidad del principio y recogía la afirmación anterior de Couture en el sentido de que la gratuidad persigue materializar la igualdad[14]

La concepción de la gratuidad como principio derivado necesaria e inevitablemente de los de protección y desigualdad compensatoria, ha sido ratificada y desarrollada más recientemente por la doctrina, entre otros, por Trezza de Piñeyro[15], Becerra[16] y Racciatti. Este último coloca a "la gratuidad del proceso para el trabajador" en el primer lugar de su enumeración de principios del proceso laboral[17]

Es muy similar el panorama ofrecido por la doctrina extranjera[18].

Siendo importantísima y suficiente, la gratuidad no es solo una necesaria e inevitable consecuencia de la desigualdad compensatoria y de la protección del trabajador, constitucionalmente exigida. Además, en materia laboral, la gratuidad es requisito del *acceso a la Justicia.*

En efecto, tal como señalaran Teitelbaum y Nelson Nicoliello[19], la administración de justicia es un servicio primario del Estado que debe ser accesible a todos, por lo cual, su gratuidad para todo aquel que no esté en condiciones de solventar los

(14) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. "La gratuidad del procedimiento laboral". En: Revista *Derecho Laboral* T. V, N° 29, p. 286; COUTURE, Eduardo J., *Ap. al Curso de Derecho procesal,* 2ª. ed., Montevideo s/f, *cit.* por el primero, p. 291.

(15) Idem, p. 213

(16) BECERRA BARREIRO, Rodolfo. "El principio de gratuidad del proceso laboral". En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, "Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios", Montevideo 2005, pp. 76, 78, 81, 82 y 83.

(17) RACCIATTI, Octavio C., *Los principios del Derecho laboral en el Derecho procesal del trabajo.* En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES. Ob. cit., p. 23

(18) Entre lo más reciente: PÉREZ AMORÓS, Francisco. Ob. cit., párrafo 10 *in fine.*

(19) *Cits.* por BECERRA BARREIRO, Rodolfo. Ob. cit., p. 83

gastos del caso, es un derecho fundamental del ciudadano. Y muy especialmente para el trabajador, habida cuenta de su situación de sujeción económica y jurídica. Del mismo modo, Plá Rodríguez ha dicho que "el servicio de justicia no puede quedar reservado a quien esté en condiciones de pagarlo, sino que tiene que estar a disposición de todos los habitantes. No puede ocurrir que un litigante tenga superioridad o esté en mejores condiciones para actuar, por poseer mejor posición económica"(20).

Por eso, la interposición de costos económicos al ejercicio de los derechos jurisdiccionales de quien está por definición en una situación de dependencia económica constituye en sí misma una denegación de justicia(21).

Así, en el proceso laboral, la gratuidad es parte del principio de protección y de igualación, pero al mismo tiempo es requisito de acceso a la tutela jurisdiccional(22).

Establecido el principio de gratuidad como uno de los esenciales del proceso del trabajo, queda poco espacio para reducir el alcance o la extensión del mismo. Si se trata de un principio fundamental, no parece posible limitar su aplicación a algunas determinadas situaciones. Por lo tanto, no tiene sentido buscar la existencia de normas específicas que reconozcan la gratuidad para tal o cual acción (laboral) o para tal o cual costa procesal. Es al revés. Solo una norma expresa podría exigir el pago de cierto coste por el trabajador y siempre que ello tuviera una fundamentación muy profunda y que además no afectare el contenido esencial del derecho al acceso a una justicia gratuita.

En rigor, la gratuidad laboral se da en el proceso del trabajo y en el acceso a la Justicia laboral, que es un concepto más amplio que el de proceso.

La gratuidad en el proceso supone, por una parte, que el trabajador no debe abonar tributos ni tasas; y por otra, que tampoco debe sufragar los gastos de otros actos, como intimaciones, pericias, certificaciones, publicaciones, etc.

Pero esto es una parte del asunto. La gratuidad en el acceso a la justicia va más allá y es previa al proceso en sí mismo. Supone la existencia de tribunales geográficamente accesibles, la posibilidad de recurrir a una defensa letrada gratuita(23) y supone también, en tercer lugar, la garantía de indemnidad, esto es, la de no

(20) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Visión crítica del Derecho procesal del trabajo". En: Revista *Derecho Laboral*, T. XXXIV, N° 163, pp. 568-569.

(21) BECERRA BARREIRO, Rodolfo. Ob. cit., pp. 78-79 y ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín. "La autonomía del proceso laboral como requisito de celeridad". En: *XV Jornadas Nacionales de Derecho del trabajo y de la Seguridad social* (4 y 5 de diciembre de 2004, Salto, Regional Norte-Universidad de la República)", Montevideo 2004, p. 236.

(22) No otro es el espíritu de las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana y recogidas en la Acordada 7647 de nuestra Suprema Corte de Justicia

(23) Conforme el num. 31 de las ya citadas Reglas de Brasilia

sufrir perjuicios por el ejercicio de una acción o por la comparecencia ante la justicia (en el caso, por ejemplo, de los testigos).

En rigor, tal como hemos sostenido con anterioridad, la gratuidad del proceso laboral "debería ser absoluta, sin resquicios de ningún tipo"[24].

1.6. Otros principios

Otros principios pueden ser vistos como derivaciones de los que venimos de exponer o como reflejos o efectos de principios del Derecho sustantivo del trabajo sobre el procesal o adjetivo. La primacía de la realidad, la simplicidad o sencillez, la inmediación, la concentración, el carácter inquisitivo, etc., pueden ser percibidos como aspectos de la protección o como mecanismos de celeridad. El grado de protagonismo que se le de a cada uno de ellos, depende, nos parece, más de acentos o entonaciones que de esencias.

2. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO PROCESO LABORAL

La ley uruguaya 18.572 del 13 de setiembre de 2009 responde a los fundamentosya analizados: celeridad, autonomía, protección o desigualdad compensatoria.

Para exponer brevemente sus caracteres, nos referiremos primeramente al contexto en el que se da la nueva ley, a sus principios, a la concentración y el acortamiento de los plazos, a los estímulos al cumplimiento, a las estructuras procesales, a las limitaciones o carencias del nuevo régimen y a los requisitos extralegales necesarios para su correcto funcionamiento.

2.1. El contexto

La aprobación de la Ley N° 18.572 de 2009 viene a coronar un importante proceso legislativo verificado en los últimos años en materia laboral. Entre 2006 y 2009 se dictó una gran cantidad de leyes laborales de entonación protectora, en materias tales como fuero sindical, negociación colectiva, consejos de salarios, tercerizaciones, prescripción, licencias, acoso sexual, jornada del trabajador rural, trabajo domestico, seguridad social, etc. Independientemente del juicio que pueda hacerse de cada uno de esos instrumentos, es claro que el conjunto tiende a volver un poco más protectora la legislación laboral vigente en el Uruguay. Siendo así, carecía de sentido que no se abordara también el aspecto adjetivo. Todo ese esfuerzo de aumentar la tutela brindada por la legislación sustantiva se iría por la borda si su exibilidad continuaba confiada a un proceso común o general, no especializado.

(24) *Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI*, reportaje publicado por el Instituto de Defensa Legal y la Sociedad Peruana de Derecho del trabajo y de la Seguridad social, Lima 2003, pp. 9-10.

En efecto, Uruguay era, hasta la aprobación de la Ley N° 18.572 el único país de América Latina carente de un proceso laboral especial o autónomo.

Por cierto que el *juslaboralismo* había denunciado este contrasentido, ya antes de las reformas legales de 2006 a 2009, porque la inconsecuencia técnica de un proceso inadecuado a la norma tuitiva existía independientemente del reforzamiento del nivel de protección.

Por lo tanto, la nueva ley viene corregir *la anomalía uruguaya* restableciendo un proceso del trabajo autónomo[25], de conformidad con el reclamo doctrinal y en armonía con el proceso legislativo sustantivo de estos últimos años.

2.2. Los principios recogidos en la nueva ley

La ley responde –o intenta responder– a la principiología teórica descrita *infra,* 1, sin perjuicio de lo cual recoge algunos de esos principios a texto expreso y plasma otros tácitamente en el conjunto de su sistema. Esto último es lo que acontece con el principio de igualdad material o desigualdad compensatoria o igualación, que, como va dicho, viene impuesto constitucionalmente.

La ley comienza y termina con los principios (arts. 1, 30 y 31), lo cual refleja la importancia que les reconoce.

Entre tales principios edictados expresamente en la ley, destaca en primer lugar, el de la eficacia de los derechos sustantivos (arts.1). Esa es la función del proceso, que por lo tanto debe ser aplicado e interpretado de conformidad con ese objetivo.

En segundo lugar, operan determinados principios del Derecho laboral adjetivo recogidos expresamente en la ley: celeridad, oralidad, inmediación, concentración, publicidad, buena fe – que como se puede percibir, derivan todos del principio constitucional de protección e igualación -, además del de búsqueda de la eficacia de los derechos sustantivos.

Asimismo se plasman como principios interpretativos e integrativos de la norma laboral procesal, el bloque de constitucionalidad (art. 30) y los principios del Derecho (sustantivo) del trabajo

El art. 31 termina indicando que solo podrá recurrirse a la aplicación subsidiaria de normas de Derecho procesal civil en tanto no contradigan los principios propios del Derecho laboral sustantivo y procesal.

El objetivo es el de evitar interpretaciones civilistas y formales que terminen alargando el proceso y desnaturalizando su función y objetivo. Trátase de asegurar

(25) ROSENBAUM, Jorge. "La recreación de un proceso laboral autónomo". En: Revista *Derecho Laboral* t. LII N° 236, Montevideo 2009, p. 765 y ss.

el carácter funcional del proceso, como instrumento eficaz de garantía de ejercicio de los derechos laborales sustantivos.

Ello inhabilita toda interpretación que tenga por efecto la extensión de su duración, la prórroga de plazos o la introducción de otros adicionales, la duplicación de actos o la acumulación de recursos[26].

Pero lo más importante a señalar es que estos arts. 1, 30 y 31, convierten a la ley en un sistema completo que se autoabastece[27] autónomamente.

2.3. Concentración y abreviación de plazos

Como instrumento de celeridad se intenta concentrar buena parte de la actividad en la audiencia única, del mismo modo que se eliminan la reconvención y la convocatoria de terceros; asimismo, se abrevian los plazos lo máximo posible, siendo todos perentorios e improrrogables.

La sentencia de condena al pago de dinero debe dictarse en suma líquida, de modo que no sea necesario, en lo posible, un posterior trámite de liquidación.

Se intentó racionalizar la apelación, estableciendo el requisito del depósito para apelar, que existe en numerosos países, como por ejemplo, Argentina, Brasil, España, México y República Dominicana, entre otros[28]

2.4. Estímulos y desestímulos

Como quiera que uno de los objetivos centrales del nuevo régimen es la celeridad procesal y la eficacia de los derechos laborales, la Ley N° 18.572 incluye incentivos al cumplimiento y desestímulos a las *alongaderas*.

En ese marco se estatuye una multa en los términos del art. 29, según el cual "la omisión de pago de los créditos laborales generará automáticamente, desde su exigibilidad, un recargo del 10% sobre el monto del crédito adeudado". También, en el art. 16 se mejoró levemente la forma de cálculo del interés legal[29]

(26) Por eso erra la sentencia 137/2010 de la Suprema Corte de Justicia, que considerando inconstitucional determinado aspecto de la regulación, entiende aplicables en su lugar la normas correspondientes del CGP de manera acrítica y automática, sin realizar el previo "test" de funcionalidad. El resultado es, sin dudas, el de todo trasplante mecánico: la disfuncionalidad y el consecuente rechazo.

(27) ROSSI, Rosina, *Vigencia del nuevo sistema procesal laboral.* En: Revista Derecho Laboral t.LII N° 236, Montevideo 2009, p. 805

(28) No obstante, la Corte declaró inconstitucional la disposición que creaba este depósito. Ocho días después de la fecha asignada a este fallo, el art. 2 de la Ley N° 12.275 de 29 de junio de 2010 creaba en Brasil un nuevo depósito para apelar acumulativo al preexistente. Pocos meses antes, la nueva ley peruana había instituido un mecanismo similar condicionante de la casación, en enero de 2010.

(29) A pesar de lo cual, la deuda laboral sigue siendo más barata que la tributaria, que sufre una multa del 20% y un interés acumulativo mensual del 5%

2.5. Las estructuras procesales

La nueva ley prevé dos estructuras procesales: un *proceso laboral ordinario* y otro de *menor cuantía*[30].

En ambos es necesario tentar previamente la conciliación en vía administrativa, aunque el trabajador puede dar por cumplido ese trámite si a los 30 días no se llegó a un acuerdo.

El proceso laboral ordinario comienza –luego de la inútil tentativa de conciliación– con una demanda escrita notificada personalmente. En el mismo acto, el Juez da traslado de la demanda y convoca a la audiencia única, la que debe realizarse dentro de los sesenta días posteriores a la presentación de la demanda. El demandado cuenta con diez días para contestar la demanda. Toda la actividad probatoria se concentra en la audiencia única, presidida por el juez.

Las partes pueden alegar de bien probado oralmente en la misma audiencia o por escrito dentro de un plazo no superior a los diez días, que será fijado por el juez. La sentencia deberá dictarse dentro de los veinte días posteriores a la audiencia.

En el juicio laboral ordinario, cabe el recurso de apelación que deberá ser interpuesto dentro de los cinco días[31] y ser resuelto por el tribunal de alzada en no más de treinta.

Este procedimiento está diseñado para que su duración no supere los seis meses, aún en dos instancias. Sin embargo, que ello sea posible depende de factores extralegales a los que se hace referencia más adelante[32]

El proceso laboral de menor cuantía[33] se desarrolla en instancia única a partir de una demanda escrita notificada personalmente. Se pasa directamente a la audiencia que deberá tener lugar dentro de los diez días siguientes. La demanda se contesta en la misma audiencia, en la cual también se diligencia la prueba y se producen los alegatos de las partes. El juez dicta sentencia en el acto o dentro de los seis días siguientes. Este proceso no admite apelación. No debería durar más de uno o dos meses.

(30) Una síntesis clara y didáctica de los trámites puede consultarse en RIVAS, Daniel, *Esquemas de los procesos laborales auónomos de la Ley N° 18.572,* encarte pub. en la revista Derecho Laboral t.LII N° 235, Montevideo 2009.

(31) En el texto de la ley, la apelación del demandado condenado se condicionaba al depósito del 50% del monto de la condena, disposición que fue declarada inconstitucional por la Corte, conforme lo expuesto *supra* 2.3 e *infra,* 3

(32) *Infra,* 2.7

(33) Aplicable a asuntos cuyo monto total no exceda los 81.000 pesos uruguayos (poco menos de 4.000 dólares a julio de 2010). La Suprema Corte debe actualizar anualmente este monto. En la nueva ley peruana, el límite se fija en el equivalente de unos 6.500 dólares, aproximadamente, según la referida ponencia de Mario Pasco.

2.6. Limitaciones del nuevo sistema procesal

A despecho de algunas opiniones contrarias a la ley por considerarla desequilibrada en favor del trabajador[34], nos parece que el nuevo régimen pudo –y tal vez debió– ser mucho más protector del trabajador de lo que es. Pudo –y tal vez debió– contener más o más intensas medidas de desigualdad compensatoria, para ser plenamente congruente con el mandato constitucional de protección especial del trabajo.

Así, la Ley N° 18.572 pudo – y tal vez debió – incluir las siguientes medidas, que no fueron recogidas a pesar de ser bien conocidas en la teoría general del Derecho laboral procesal y en el Derecho comparado:

- el proceso monitorio, como en Chile, que consta de demanda seguida de sentencia;
- el proceso de la acción de amparo o el del "símil amparo" de la Ley N° 17.940;
- la *ultra petita* y la *extra petita*;
- la sustitución procesal del trabajador por el sindicato;
- la inversión de la carga de la prueba;
- la presunción de laboralidad de toda prestación personal de servicios;
- el depósito para apelar debió ser del 100% como en la mayor parte de las legislaciones extranjeras[35];
- la multa o el recargo del artículo 29 debió ser del 20% con más el 5% mensual acumulativo, como en los créditos fiscales, ya que no se entiende por qué razón el Fisco debe tener un tratamiento tanto más favorable que los trabajadores, a los que la Constitución ordena proteger especialmente;
- la preferencia (y no el privilegio) de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, aún sobre la prenda y la hipoteca;
- la ejecución independientemente del concurso;
- la eliminación expresa de la casación; y
- la prescindencia de toda remisión, aún acotada, condicionada y subsidiaria (como la del artículo 31) al proceso civil[36].

Todo esto pudo ser parte de la nueva ley, y de haberlo sido, hubiera estado en línea con la doctrina y la legislación comparada prevalecientes.

(34) En alguna medida, la Corte se ha plegado – aunque muy parcialmente – a ese punto de vista, en la medida en que declaró la inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones

(35) Y por cierto no debió ser declarado inconstitucional, como no lo fue en ninguno de los países en que existe

(36) "Es bastante corriente que las normas del proceso común sean complementarias o subsidiarias de las especiales, lo cual, en la práctica, puede perjudicar el sistema" (BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *Tendencias...*, *cit.*, p. 28)

Pero no lo fue, porque es una ley contenida, que si alguna objeción constitucional podía merecer, era precisamente la de no ser lo suficientemente protectora de los derechos sustantivos cuya eficacia debería asegurar. La ley es, sin duda, en comparación con lo que teníamos –*rectius:* con lo que *no teníamos*–, un gran paso en la dirección del cumplimiento del mandato constitucional de protección *especial* del trabajo. Pero no es la plena y máxima realización posible, a nivel legislativo, de dicho mandato, ni mucho menos.

2.7. Requisitos o presupuestos extralegales

Ya la exposición de motivos o "Presentación del anteproyecto de ley" que luego de diversas modificaciones diera origen a la Ley N° 18.572, se advertía que "además de los aspectos técnicos que se incluyen en el proyecto de proceso laboral adjunto, la Comisión (redactora del anteproyecto) entiende necesario mencionar que desde una visión empírica general se torna imprescindible acompañar esta iniciativa con reformas orgánicas que aumenten el número de tribunales y creen juzgados encargados del proceso de menor cuantía. En opinión de la Comisión es también imprescindible la implementación de programas institucionales que sigan incrementando el caudal de capacitación continua de los magistrados actuantes. Asimismo, considera imprescindible que el Ministerio de Trabajo y Seguridad social garantice la rapidez y eficacia del trámite de la audiencia de conciliación administrativa previa. Finalmente, la comisión considera necesaria la digitalización del proceso laboral. Sin embargo, no ha abordado la cuestión, dado que la Suprema Corte de Justicia tiene en estudio un programa general en la materia". De forma que desde un primer momento los poderes públicos estaban advertidos de que no bastaría la aprobación de una ley que modificara los trámites procesales para superar la morosidad judicial y garantizar la eficacia del Derecho sustantivo.

En efecto, el correcto funcionamiento de un proceso autónomo y sumamente célere –este uruguayo o cualquier otro–, requiere de recursos materiales y capacitación.

Recursos materiales o presupuestales para la incorporación de nuevos tribunales, funcionarios y sedes, así como para equiparlas adecuadamente.

Capacitación de los operadores del sistema: por supuesto capacitación de los Jueces, pero también de los Actuarios, funcionarios judiciales y de los propios abogados. Trátase, simplemente, de la indispensable *especialización* de todos los operadores jurídicos. Y tal capacitación no solo debe ser técnica o jurídico formal, sino que debe ingresar en la filosofía –que es decir tanto como la función y el objetivo– del Derecho sustantivo laboral y del Derecho adjetivo del trabajo.

3. LAS PERIPECIAS DE LA REFORMA

La reforma que se viene de exponer ha estado envuelta en un intenso y extenso debate, aun no concluido, que tiene componentes ideológicos y corporativos.

Está claro que desde el punto de vista ideológico, político o filosófico, se enfrenta una concepción de la igualdad formal (igualdad ante la ley) con la propia del Derecho del trabajo protector, que se centra en la igualdad material, desigualdad compensatoria o igualación, según lo ya expuesto[37]. No es ajeno a tal confrontación, el conflicto obrero-patronal subyacente siempre en las relaciones de trabajo.

Pero también hay un enfrentamiento que podría llamarse ideológico jurídico entre diversas concepciones de las relaciones entre Derecho sustantivo o material y Derecho adjetivo o instrumental. La reforma es criticada por quienes consideran que es posible y deseable imponer un único proceso civil a la solución de toda clase de conflictos y quienes piensan que el conflicto de trabajo, por sus particularidades y contexto, requiere de un proceso apropiado e inevitablemente diferente.

Finalmente, la reforma también enfrenta claros intereses corporativos, de funcionarios y abogados que se ven expuestos a una recarga de labor, además del trastorno que les significa el cambio de sistema que les obliga a desaprender y reaprender.

Tales divergencias no son solucionadas sino agravadas por las inconstitucionalidades decretadas por la Corte.

En efecto, hasta el momento, la Corte consideró inconstitucionales un par de disposiciones de la Ley N° 18.572 (la que atribuye diferentes efectos a la incomparecencia de actor y demandado a la audiencia única y la que establece el depósito para apelar), fundándose en que el trato desigual en el proceso sería incompatible con el principio de igualdad ante la ley. Pero al mismo tiempo, deja intacta la estructura general de la ley (debilitada en algo, sin duda, pero intacta en su estructura), por lo cual, en grandes líneas y desde el punto de vista jurídico formal, deja las cosas como estaban.

Pero el conflicto o la divergencia que permanece, se agrava en los hechos. Porque quienes recurrían a la apelación para alargar la duración de los juicios ahora oponen masivamente recursos de inconstitucionalidad (todos interpuestos por la parte demandada, no conociéndose inconstitucionalidad promovida de oficio por el juez ni por la parte actora, lo que es toda una demostración). Resultado: ley jurídicamente en pie[38] pero procesos laborales bloqueados por efecto de inconstitucionalidades

(37) La referida sentencia de la Corte y el comentario de Hugo Barretto ilustran perfectamente ambos puntos de vista (rev. Derecho laboral t. LIII N° 238, *cit.*, pp. 221 y ss. y 359 y ss.).

(38) Reiteramos: en la medida en que no sobrevengan nuevas declaraciones de inconstitucionalidad más "estructurales".

masivamente interpuestas por los demandados y acogidas por la Corte. De facto, lo que se ha hecho es conseguir que el juicio laboral demore tanto o más que lo que duraba con el antiguo régimen.

¿Qué hacer entonces? Todos parecen estar de acuerdo en que hay que modificar la Ley N° 18.572, eliminando o sustituyendo las disposiciones declaradas inconstitucionales, para eludir esta nueva chicana. Hasta ahora no conocemos opiniones que abiertamente propongan la derogación de la ley y el retorno al Código General del Proceso, pero no quiere decir que no existan.

En cambio, a la hora de discutir cuáles serían esas modificaciones a introducir a la ley de proceso laboral, se aprecian, en grandes líneas, dos tendencias. Unos apuntarían a la hipótesis de mínima: modificar solamente lo indispensable para que el fallo de la Corte deje de bloquear el trámite de los juicios laborales. Otros proponen introducir más modificaciones, algunas atendibles, porque parece razonable aprovechar la necesidad de relegislar para corregir errores o solucionar problemas develados en la práctica y otras no, porque en algunos casos, el cúmulo y contenido de las modificaciones propuestas es tal, que en verdad apunta a mantener la carcaza de la ley 18.572 pero desprovista de sus principales particularidades.

En este marco, es necesario volver a subrayar la importancia de los presupuestos no jurídicos: recursos materiales, creación de tribunales especializados, capacitación[39].

CONCLUSIONES

1) El proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento o herramienta para lograr la eficacia del Derecho sustantivo. Por consiguiente, un Derecho tan autónomo y particular como el Derecho del trabajo, marcado por la protección y la igualación, no puede prescindir de un proceso adecuado a esas particularidades. Ese proceso debe ser instrumental al Derecho material y autónomo del Derecho procesal civil.

2) El Derecho laboral adjetivo, instrumental o procesal debe tener principios derivados de los principios sustantivos del Derecho del trabajo, tales como el de protección, desigualdad compensatoria, gratuidad, celeridad, etc.

3) La carencia de celeridad es causa de la mayor parte de las críticas que se hacen al proceso laboral. También ha sido el fundamento de la permanente reforma legislativa en la materia.

4) En ese marco, tanto Perú como Uruguay acaban de aprobar sendas leyes laboral procesales que intentan, cada una a su manera, acercarse a la realización de aquellos principios y finalidades.

(39) *Supra*, 2.7

5) Con la Ley N° 18.572 de 2009, Uruguay recuperó un proceso laboral autónomo, con lo cual se corrigió la denominada *anomalía uruguaya:* hemos dejado de ser el único país latinoamericano que desconocía la necesidad de la autonomía del proceso del trabajo.

6) La declaración de inconstitucionalidad de algunas disposiciones de dicha ley dejó intacta la estructura básica de la ley[40], pero provocó un congestionamiento de los juicios laborales, hoy paralizados por el *efecto trombosis* producido por ese fallo.

   Todas las excepciones de inconstitucionalidad fueron opuestas por los demandados, desconociéndose algún caso en el cual la iniciativa haya sido tomada por el actor o de oficio por el juez. Parece claro que la declaración de inconstitucionalidad determinó que los juicios laborales volvieran a durar tanto o más que con el antiguo régimen

7) Así las cosas, se impone la reforma de algunas disposiciones de la Ley N° 18.572 y la adopción de las medidas extralegales que hagan posible el funcionamiento del proceso: creación de juzgados, designación de funcionarios, equipamiento de las oficinas, capacitación de los actores. Si no se crean Juzgados suficientes, si no se equipan adecuadamente las oficinas, si no se capacita a los operadores, el sistema no funcionará. Pero eso no lo puede hacer la ley. Eso lo deben hacer los responsables del servicio.

(40) Distinto sería si se declararan inconstitucionales otras disposiciones de la ley.

PONENCIAS LIBRES

COMENTARIO INICIAL DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO QUE HA COMENZADO A SER APLICADA EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Fernando Elías Mantero(*)

El año 2010 ha comenzado con la promulgación de la Ley N° 29497, denominada "NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO" que sustituirá a la LEY PROCESAL DE TRABAJO que entró en vigencia a través de la Ley N° 26636.

La diferencia de denominación está fundamentalmente sustentada en que la Ley N° 29497, será siempre conocida como NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO porque así ha sido "bautizada", de tal manera que siempre la tendremos que conocer con esa denominación aunque transcurran los años y ella envejezca. Creemos que lo más conveniente hubiese sido simplemente denominarla LEY PROCESAL DEL TRABAJO.

La disposición legal tiene una característica muy importante; ha sido dictada con cierto grado de celeridad en tanto que partió como una iniciativa del Ministerio de Trabajo, y tuvo el apoyo de los diversos grupos parlamentarios, todos, obviamente interesados en establecer un mecanismo rápido para la solución de los conflictos laborales. Esta necesidad era requerida como consecuencia de la ineficacia demostrada del sistema actual por efecto de una degeneración aplicativa que se había producido por diversas razones entre las que cabe señalar la congestión judicial originada por la estructura de la norma (demasiado parecida al Código Procesal Civil en cuanto a sus ritos y formalidades, así como a un número reducido de jueces, sobre todo en los distritos judiciales de gran carga procesal).

(*) Doctor en Derecho (UNMSM,1973), Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Universidad de San Martin de Porres (1971), Fundador de la Revista Actualidad Laboral (1975), Director de la Sección de Posgrado en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

INSTRUMENTOS IMPORTANTES

Constituyen instrumentos importantes para establecer la "lógica" del nuevo sistema procesal, en primer lugar, la exposición de motivos, que obra en el Proyecto preparado por el Poder Ejecutivo así como también el dictamen de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República (ambos documentos corren publicados en otra parte de esta edición).

NECESIDAD DE MODIFICAR LA LEGISLACIÓN PROCESAL DE TRABAJO

La expedición de una nueva norma procesal de trabajo era necesaria en tanto que la Ley N° 26636 resultaba insuficiente para satisfacer las necesidades de solución rápida de los conflictos laborales. El tiempo dirá si el camino trazado es el correcto en la medida que el funcionamiento de la actividad procesal no depende única y exclusivamente de la norma procesal, sino también de la estructura del Poder Judicial que requiere de un número adecuado de jueces, así como el sustento tecnológico que es base fundamental del proceso, entre otras razones, por la notificación electrónica y el registro grabado de la audiencia.

En materia procesal siempre ha existido una confrontación de valores sumamente difíciles de conciliar. De un lado, tenemos la necesidad de que los conflictos se resuelvan dentro de términos razonables; de otro, el camino procesal debe dar seguridad en la actuación de los medios probatorios. Muchas veces, los conceptos de "celeridad jurídica"y "seguridad jurídica", no siempre se pueden compatibilizar. De tal manera, que en la práctica lo que es rápido no siempre es seguro y viceversa.

Teniendo en cuenta que los cambios propuestos son radicales, y que su aplicación depende de una serie de factores que a su vez están condicionados a otra clase de acciones, así como, la entrada en vigencia diferida y paulatina de la norma, el análisis vertido en el presente comentario es transitorio y provisional –especulativo en algunos casos–. La forma como se aplique la nueva norma procesal deberá en gran parte ser analizada con su aplicación práctica, en tanto que a los jueces de trabajo se les confiere mayores facultades de las que inclusive han tenido hasta este momento[1].

ESTRUCTURA DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Tiene un Título preliminar con cuatro artículos; 68 artículos repartidos entre diversos Capítulos, 12 Disposiciones Complementarias, 8 Disposiciones Transitorias, 2 Disposiciones Modificatorias y 3 Disposiciones Derogatorias.

(1) Ver comentario sobre el rol protagónico del Juez.

Una de las características más destacables de la norma, es que solamente contiene principios de excepción al Código Procesal Civil, declarándose que este se aplica de manera supletoria en todo lo que sea aplicable. Esta tarea puede ser difícil por la diferente concepción que sustenta una y otra norma procesal, en la primera, la tendencia es la escrituralidad (aunque el concepto de la audiencia es oral), mientras que en la segunda, es la predominancia de la oralidad aunque tiene un componente escrito ya que ninguno de los sistemas es puro.

TÍTULO PRELIMINAR

El Artículo I del Título Preliminar de la Ley, establece una fórmula similar a la consignada en el mismo numeral de la Ley N° 26636 que hacía referencia a diversos principios informadores del proceso laboral. Sin embargo en la primera solamente se remite a cuatro principios, mientras que en la segunda se ha incorporado la oralidad y economía procesal como principios adicionales.

En la nueva norma ya no se indica, como se mencionaba en la anterior, que las audiencias y la actuación de los medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. La fórmula ha sido superada con la declaración consignada en el segundo párrafo del artículo III de la NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO en los términos siguientes:

> "Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la inconducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros"(2).

Este rol "protagónico" será apreciado con el análisis de diversos artículos reguladores de la intervención del juez en el nuevo proceso laboral y resulta contrario a los sistemas en que predomina la oralidad, como es el caso de los procesos penales, en los que resulta conocido que los jueces no tienen un rol protagónico sino imparcial y decisor(3).

GRATUIDAD

La norma ha establecido, a diferencia de la anterior que no hacía mención alguna al tema de la gratuidad, que esta se aplica "para el prestador de servicios, en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal" (Hoy S/. 25,200.00). Debe

(2) Posteriormente analizaremos los eventuales efectos del rol protagónico introducido.

(3) En el proceso penal el "rol protagónico" le corresponde al Fiscal y a la defensa y no al juez que se mantiene dentro de la mayor imparcialidad. El juez protagonista puede conducir a la distorsión del proceso y privar a las partes de su iniciativa en la actividad probatoria que depende de la posición procesal asumida por cada parte.

interpretarse que la gratuidad se aplica a los prestadores de servicios, sean demandantes o demandados, ya que no hay distinción en la capacidad del prestador de servicios para actuar en una u otra calidad.

El proceso laboral es gratuito para el prestador de servicios, en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP).

SITUACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES FRENTE A LA GRATUIDAD

Un tema no resuelto expresamente es el referido a las acciones en las que interviene una organización sindical, que por no tener la calidad de "prestador de servicios", está obligada al pago de las tasas judiciales, así como eventualmente los costos que se deriven de la tramitación del proceso. Esta es una situación que se ha planteado en algún momento como consecuencia de la pretensión de ciertas organizaciones sindicales de que se les exonerara del pago de las tasas para interponer recurso de casación. Los pocos pronunciamientos que se han dictado al respecto, han establecido que la exoneración de tasas para la interposición de dicho recurso es para el trabajador y no para las organizaciones sindicales.

REGLAS REGULADORAS DE LA COMPETENCIA

Una de las características más importantes de la NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO está referida a la gran cantidad de casos que se les han asignado a los juzgados de paz letrados laborales. Obsérvese que la NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO establece prácticamente la obligación de crear de manera generalizada los llamados "JUZGADOS DE PAZ LABORALES" que actualmente existen única y exclusivamente cuando la Autoridad Judicial lo establece de manera expresa, lo que no se ha dado durante la vigencia de la Ley N° 26636.

Es así como se señala que los juzgados de paz letrados laborales conocen de los procesos mencionados en el artículo primero de la norma, referidos a prestaciones patrimoniales no superiores a 50 Unidades de Referencia Procesal. Esta regla solamente se aplica a conflictos que tengan valorización económica, descartándose por lo tanto cierta clase de acciones (como son por ejemplo las referidas a la reposición) que solamente se tramitan ante los jueces de trabajo. También se les ha asignado la competencia en los procesos con título ejecutivo dentro de los mismos límites de cuantía, así como en los procesos no contenciosos "(...) sin importar la cuantía".

La lectura del artículo nos lleva a interpretar que los juzgados de paz comunes (esto es lo que no son laborales) no conocerán reclamaciones de carácter laboral, pues si así lo hicieran, ello sería un factor de eventual fracaso del sistema procesal laboral, porque un juez de paz físicamente puede compartir la competencia en

la tramitación y solución de problemas procesales de variada naturaleza, más aún cuando no tienen el soporte tecnológico necesario, amen de la especialización que es otro elemento condicionante del éxito del nuevo sistema.

No obstante lo señalado pensamos que se le dará competencia a los juzgados de paz no laborales para conocer de asuntos laborales a falta de los primeros.

COMPETENCIA POR MATERIA DE LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS DE TRABAJO

El artículo primero de la Ley establece los temas que son de competencia por razón de la materia de los juzgados especializados de trabajo. Señala la vía de tramitación de cada uno de los procesos, de acuerdo con su materia o contenido distribuyéndolos dentro del "proceso ordinario laboral" así como el "proceso abreviado laboral". También hace alusión al proceso "contencioso administrativo" cuya competencia les corresponde a los jueces especializados de trabajo, que deben desarrollar la tramitación de acuerdo con las reglas procesales indicadas en la Ley N° 27444.

NUEVO TEMA DE COMPETENCIA

Algunos de los temas más destacables de competencia de los jueces de trabajo son los referidos a la " responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio".

Se contempla la posibilidad de interponer demandas por responsabilidad por daño patrimonial o extra patrimonial "(...) incurridas por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio".

El daño susceptible de ser reclamado puede provenir del incumplimiento de obligaciones legales o contractuales por parte de los trabajadores o empleadores, entre sí, o con terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio. Dentro del enunciado establecido en la ley se encontraría la posibilidad de que la empresa usuaria, que recibe el servicio de una empresa tercerizadora o de intermediación, le reclame a esta, o a quienes prestaron el servicio, la indemnización por el daño que hubiera podido ocasionar en la prestación de los servicios.

Es importante destacar que normalmente las leyes procesales de trabajo no han contemplado la posibilidad de que el empleador le reclame una indemnización por perjuicios al trabajador, derivado del incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales. Esto recién aparece en la Ley N° 26636 y ha sido ratificado y ampliado en la Ley N° 29497.

No se considera a las organizaciones sindicales como sujetos susceptibles de ser demandados en la vía laboral por daños y perjuicios.

Nos encontramos con un vacío respecto a los daños y perjuicios que pudiera ocasionar una organización sindical, que por no tener la calidad de "prestador de servicios" no podría ser objeto de una demanda indemnizatoria, cuando menos en la vía laboral.

La acción, en todo caso se tendría que plantear en la vía civil bajo la lógica aceptada universalmente de que toda persona que sufre un daño, tiene el derecho de solicitar la reparación respectiva(4) de quién lo ha causado.

Otro tema que ha sido objeto de regulación es el referido al cese de "actos de hostilidad" del empleador. Se incluyen los actos de "acoso moral" y "hostigamiento sexual" conforme a la ley de la materia. La competencia asignada a los actos de hostigamiento sexual es correcta, porque ellos han sido objeto de regulación en una norma legal. Sin embargo, hasta el momento no existe ninguna norma sustantiva que se refiere al "acoso moral". La interrogante es si una norma procesal puede crear un nuevo "ilícito" laboral.

Un aspecto muy positivo en lo que se refiere a la determinación de la competencia es la posibilidad de que se tramite a través del proceso abreviado laboral la "(...) reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única". En realidad, hubiese sido más conveniente establecer que todo reclamo referido a reposición en el empleo sea ventilado como pretensión única(5). Ello se debe, a que este es el único tipo de procedimiento en el cual existe de por medio la posibilidad de pago de remuneraciones devengadas durante todo el desarrollo del proceso. Este hecho, justifica que la pretensión sea tramitada como única, de tal manera que no vaya acompañada de otras pretensiones, que por requerir de actividad probatoria especial, introduzca alguna demora al procedimiento que genere indebidamente el pago de remuneraciones. Asimismo, podría haberse establecido un límite al pago de remuneraciones devengadas cuando la pretensión de reposición en el empleo fuera acompañada de otras pretensiones.

COMPETENCIA DE LOS JUECES ESPECIALIZADOS DE TRABAJO PARA TRAMITAR EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Resulta positivo que se haya ratificado la competencia de los jueces especializados de trabajo para conocer de los procesos contenciosos administrativos, que

(4) Este podría ser el caso por ejemplo de la demanda interpuesta contra un sindicato como consecuencia de una huelga ilegal en la que se ha paralizado intempestivamente la actividad del empleador o en la que se ha incurrido en actos de violencia.

(5) Una declaración de esta naturaleza hubiese sido válida a través de una norma legal. El intento de hacerlo a través de una disposición reglamentaria de menor jerarquía debe desestimarse por jerarquía normativa.

se tramitarán "(...) conforme a la ley de la materia". Esta es la Ley N° 27444 que regula el referido proceso.

La tramitación del proceso contencioso administrativo está referida a los siguientes temas:

1. Prestaciones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal.
2. Prestaciones originadas en las prestaciones de naturaleza laboral.
3. Prestaciones de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público;
4. Impugnaciones de actuaciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

COMPETENCIA DE LAS SALAS LABORALES

Contrariamente a lo señalado en la Ley N° 29364 encaminada a limitar la participación de la Corte Suprema como instancia, la Nueva Ley Procesal del Trabajo le otorga a las Salas Laborales (o eventualmente mixtas cuando estas asumen sus funciones) así como, en su caso a la Corte Suprema competencia para lo siguiente:

1. Proceso de acción popular en materia laboral (tramitándose de acuerdo con el Código Procesal Constitucional, referido en el dispositivo como "(...) la ley que regula los procesos constitucionales".
2. Anulación de laudo arbitral que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral. (En este caso la tramitación de este proceso se desarrolla de acuerdo con lo señalado en la Ley de Arbitraje).
3. Impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva, a ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la presente Ley (Ver artículos del 50 al 53). De esta manera, con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo se modifica lo señalado en la Ley N° 26636 que establecía la competencia de los jueces especializados de trabajo para conocer de estas reclamaciones en primera instancia y de las Salas Laborales en segunda instancia.

COMPARECENCIA AL PROCESO

En este tema también se han producido algunos cambios.

a) Se establece que los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal. Tienen capacidad procesal de ejercicio.

b) Se permite la comparecencia al proceso de un menor de 14 años. En este caso sin embargo el juez debe poner la demanda en conocimiento del Ministerio Público para que "(...) actúe según sus atribuciones". Se señala de otro lado

que la falta de comparecencia del Ministerio Público no interfiere en el avance del proceso.

c) Se modifican las reglas de comparecencia de las organizaciones sindicales señalándose que:

c.1: Los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados.

c.2: Que estos pueden actuar en defensa de sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial de representación; "(...) sin embargo, en la demanda o contestación debe identificarse individualmente a cada uno de sus afiliados con sus respectivas pretensiones. En este caso, el empleador debe poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta"

Se le impone así, al empleador la obligación de poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta. Esta obligación debió asignarse al sindicato y no al empleador pues se supone que la organización sindical es la que debe contar con dicha representación.

Esta forma de representación legal plantea algunas interrogantes en tanto que los sindicatos no tienen capacidad de disposición con respecto a los derechos de sus afiliados, pues para ello se requieren facultades especiales.

Una pregunta que surge de inmediato está referida a establecer o determinar la capacidad de una organización sindical para celebrar arreglos transaccionales, conciliaciones, formular desistimientos y situaciones similares. De otro lado, teniendo en cuenta que la Nueva Ley Procesal del Trabajo señala el abandono de la instancia después de cuatro meses de paralización, nos preguntamos ¿cuál será el efecto del abandono de una reclamación planteada por una organización sindical, con respecto a los derechos de sus afiliados?

REGLAS REFERIDAS A LAS ACTUACIONES PROCESALES

Teniendo en cuenta las particularidades de la nueva estructura del proceso laboral se han dictado algunas reglas de conducta para el desarrollo de las actuaciones procesales, principalmente de las audiencias.

Entre las más importantes se encuentran el respeto a todas las personas presentes en la audiencia (lo que no puede significar un recorte al derecho de defensa, con respecto a los temas en debate), la prohibición de utilizar teléfonos celulares u otros análogos que alteran el desarrollo de cualquier diligencia, así como hacer abandono injustificado de la sala de audiencia, o cualquier expresión de aprobación o censura. Esto último tiene una gran trascendencia, sobre todo en lo que se refiere a las audiencias en las que intervengan organizaciones sindicales, que

podrían llenar la sala de audiencia con sus afiliados, sobre todo, para presionar al juez al momento de expedir sentencia, que por regla general debe darse a la terminación de la audiencia.

También se establece un deber de "(...) colaboración en la labor de impartición de justicia" en este sentido se señala como conducta sancionable "alegar hechos falsos, ofrecer medios probatorios inexistentes, obstruir la actuación de las pruebas, generar dilaciones que provoquen injustificadamente la suspensión de la audiencia, o desobedecer las órdenes dispuestas por el juez".

En lo que se refiere a la alegación de hechos falsos por parte del abogado, esto no siempre es de su responsabilidad, en la medida que plantea su posición sobre la base de los hechos que le expone el cliente. No resulta lógico que pudiera ser sancionado por ser víctima de una falsedad.

Es correcto que se sancione el ofrecimiento de medios probatorios inexistentes, porque esto tiene usualmente una finalidad dilatoria. Sin embargo, en muchos casos el ofrecimiento de medios probatorios por parte del abogado, responde a la información proporcionada por el propio cliente.

Nos llama la atención la utilización del término obstrucción, de gran utilización, pero de mala aplicación en el sistema inspectivo. En este, el concepto de obstrucción depende fundamentalmente de la apreciación muchas veces caprichosa del inspector de trabajo que parte de la premisa equivocada que puede solicitar cualquier tipo de documento, aún no relevante a la inspección, considerando cualquier acto de negativa de exhibición, aunque esté fundada en una norma legal, como acto de obstrucción.

En consecuencia, no debe considerarse como acto de obstrucción cualquier mecanismo de defensa admitido por la ley, y que tenga sustento legal.

PREVALENCIA DE LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS POR AUDIENCIAS

El Numeral 12.1 de la Nueva Ley señala:

> "En los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia. Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en cualquier momento[6]. Las actuaciones realizadas en audiencia, salvo la etapa

(6) El mal uso de esta facultad puede alterar o malograr el derecho de defensa de las partes sustentado en el conocimiento de los hechos. Indudablemente que el Juez tendrá que desarrollar su actividad con prudencia pues su conducta podrá ser apreciada en la grabación de la actuación.

de conciliación, son registradas en audio y vídeo utilizando cualquier medio apto que permita garantizar fidelidad, conservación y reproducción de su contenido. Las partes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico, a su costo".

A su vez, el acápite 12.2 de la misma norma señala:

"La grabación se incorpora al expediente. Adicionalmente, el juez deja constancia en acta únicamente de lo siguiente: identificación de todas las personas que participan en la audiencia, de los medios probatorios que se hubiesen admitido y actuado, la resolución que suspende la audiencia, los incidentes extraordinarios y el fallo de la sentencia o la decisión de diferir su expedición.

Si no se dispusiese de medios de grabación electrónicos, el registro de las exposiciones orales se efectúa haciendo constar, en acta, las ideas centrales expuestas"(7).

Desarrollo de la Actividad Probatoria.-

La actividad probatoria se desarrollará en términos generales sobre la base de los principios establecidos en la Nueva Ley Procesal del Trabajo con algunas excepciones. En primer término se reitera como única oportunidad para el ofrecimiento de medios probatorios "(...) en la demanda y en la contestación" (artículo 21 de la Ley). De manera excepcional, y como lo califica la norma "extraordinariamente", se puede ofrecer nuevos medios probatorios "hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad". La norma pone especial énfasis en que el ofrecimiento de nuevos medios probatorios es "extraordinario", debiendo este requisito ser exigido estrictamente por el Juzgado. El último párrafo del artículo que se analiza contiene el siguiente precepto, encaminado a evitar las nulidades de origen procesal. Se señala:

"En ningún caso, fuera de las oportunidades señaladas, la presentación extemporánea de medios probatorios acarrea la nulidad de la sentencia apelada. Estos medios probatorios no pueden servir de fundamento de la sentencia".

En consecuencia, el ingreso de la prueba extemporánea al expediente, no podrá ser formalmente rechazada, y no se procederá a la devolución del escrito que la contiene. Sin embargo, esta prueba no podrá surtir eficacia alguna a tenor de lo señalado en la última parte del precepto que prohíbe que se utilice el medio probatorio extemporáneo para fundamentar una sentencia. En este caso, la utilización

(7) No estamos de acuerdo con lo señalado en el último párrafo del dispositivo en la medida que el tema de las ideas centrales expuestas está referido a la posición de cada una de las partes que proviene a su vez de las pretensiones. Lo que no se puede hacer es resumir la actividad probatoria que por ser el sustento de la decisión debe transcribirse tal como se presenta. Lo lógico sería suspender la audiencia si es que no hay condiciones para el registro fiel de la actuación.

indebida del medio si podría originar la nulidad de la sentencia como consecuencia de la infracción de una norma procesal de carácter imperativo.

Otro tema que también resulta importante, y está dirigido a evitar la frustración de la Audiencia es el referido a la obligación de concurrir a la audiencia en que se actúan las pruebas "(...) con todos sus testigos, peritos y documentos que, en dicho momento, corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer con relación a las cuestiones probatorias".

Esto significa que la concurrencia del perito o testigo depende exclusivamente de quien lo ofrece, y se lleva a cabo sin ningún tipo de colaboración por parte del juzgado. En otras palabras se debe lograr la concurrencia voluntaria del testigo o del perito, sin que exista orden o mandato del juez, que tampoco tiene facultades compulsivas para asegurar su concurrencia a la audiencia, situación que solamente se da en aquellos casos excepcionales de actuación de medios probatorios de oficio.

El tercer párrafo del artículo 21 que regula la situación que estamos analizando señala: "Esta actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del juzgado y sin perjuicio de que el juez los admita o rechace en el momento. La inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez pronunciar sentencia si, sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesitados de prueba quedan acreditados". (De no ser así, el Juez podrá actuar prueba de oficio previa suspensión de la audiencia)

Lo expuesto significa pues, que en aras de la celeridad y eficacia procesal se haya establecido esta modalidad de actuación de medios probatorios, lo que significa que todo pronunciamiento con respecto a las pruebas se dará únicamente en la audiencia y no antes de ella.

PRUEBA DE OFICIO

El artículo 22 la regula en los siguientes términos:

> "Excepcionalmente, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable.
>
> Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia".

El artículo nos plantea algunas reflexiones con respecto a la actividad probatoria de oficio y siempre es un tema objeto de análisis y debate. Ello se debe a que en principio los medios probatorios son de iniciativa de las partes, mientras que el juez fundamentalmente interviene en la aplicación de la ley.

El artículo 28 de la Ley N° 26636 establece al respecto:

"El Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción".

Al revisar el nuevo tratamiento llegamos a ciertas conclusiones como son:

1. El espíritu de la norma es que la prueba de oficio sea "excepcional", y no se recurra a ella como se ha venido haciendo de manera frecuente, con la consiguiente demora procesal y en algunos casos afectación de la imparcialidad del juez que invade con la actuación de estos medios probatorios la actividad de las partes, referida fundamentalmente a los hechos.
2. El objeto de este carácter restrictivo se encuentra entre otras razones para acelerar la tramitación del proceso y evitar la postergación de la audiencia que es una consecuencia derivada de la decisión del juez de actuar medios probatorios de oficio, con respecto a los cuales solamente se puede pronunciar en el desarrollo de la audiencia, y después de haber actuado los medios probatorios ofrecidos por las partes.

Una de las principales corruptelas que se podrían generar, sería recurrir innecesariamente a este mecanismo para postergar las audiencias. A través de nuestra evolución procesal hemos visto muchas situaciones de esta naturaleza. (Una de ellas, la más frecuente y generalizada, el que las instancias de revisión anulen la sentencia bajo el argumento de que el juez no ha hecho uso de la facultad que la ley le concedía). El otro problema se puede generar si es que no se dan las condiciones para eliminar la congestión judicial, que lleva a los jueces a incumplir con los plazos establecidos en la ley. Esta podría ser la situación de postergación de audiencias para fechas posteriores a los 30 días que señala la norma.

Se ha recogido una tendencia del rechazo a la posibilidad de anular el pronunciamiento judicial como consecuencia de no haberse hecho uso de la prueba de oficio en las instancias inferiores, decisión que solamente le compete al juez en que se desarrolla la actividad probatoria. Consideramos por ello positivo lo que se ha señalado de manera contundente en el segundo párrafo del artículo 22 que señala:

"Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia".

Aparentemente tal posibilidad se puede dar por parte del Juez revisor, lo que de acuerdo con la experiencia es muy frecuente siendo esta una de las mayores causas de la demora procesal.

CARGA DE LA PRUEBA

En términos generales se aceptan las reglas tradicionales referidas a la carga de la prueba con las características propias que se han ido estableciendo para los

procesos laborales. Es así como quien alega un hecho constitutivo (configurador de la pretensión), tiene que probarlo, así como quien lo contradice alegando hechos nuevos (sean extintivos o modificatorios). Como "reglas especiales" y sin perjuicio de otras que se pudieran establecer por ley se señala:

1. Que acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario. Ello significa que para el trabajador basta acreditar la prestación de un servicio personal para que el empleador tenga que desvirtuar la presunción que se genera como consecuencia del hecho probado.

2. Que el caso específico del demandante, que alega la calidad de trabajador o ex trabajador tiene la carga de la prueba sobre:

   a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal. Ello obliga al trabajador a demostrar la existencia del convenio colectivo, reglamentos internos, usos y costumbres, o cualquier otro que le sirva de fundamento a su pretensión.

   b) Le corresponde al demandante demostrar el motivo de la nulidad que invocó como fundamento de su demanda, así como el acto de hostilidad padecido. Esta regla repite en otras palabras lo que establece la Ley Procesal del Trabajo.

   c) Le corresponde al demandante probar "la existencia del daño alegado".

REGLAS ESPECÍFICAS DE CARGA DE LA PRUEBA PARA EL EMPLEADOR DEMANDADO

El tratamiento que se ha dado es fundamentalmente el mismo al que existe actualmente salvo el caso de lo que se ha llamado "La existencia de un motivo razonable distinto al hecho alegado".

En este sentido se le ha impuesto la carga de la prueba en lo que se refiere a la comprobación del cumplimiento de las normas legales, de sus obligaciones contractuales así como la extinción o inexigibilidad de la obligación.

REGLAS ESPECIALES PARA EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Es en este tema donde se presentan algunas novedades que puede ser únicamente objeto de un comentario de carácter teórico sobre la forma en que se desarrollarán y el efecto que pueda tener en el proceso.

Nos referimos en primer término al interrogatorio de las partes, que parece ser obligatorio en todos los casos, a diferencia de lo que sucede actualmente tanto

con la declaración de parte como la de terceros que solamente se produce cuando es solicitada de manera expresa, o cuando el juez disponga de la misma de oficio.

Nos encontramos también ante una situación especial que contradice la práctica judicial tradicional, y las propias corrientes procesales en las que después de un periodo de actividad sustentada en los principios del proceso inquisitivo, está pasando al garantista.

Tradicionalmente la actividad probatoria ha sido incumbencia de las partes; en el nuevo proceso laboral da la impresión que se está volviendo al concepto del "juez instructor" en materia penal, cuya actividad ha sido sustituida por el Ministerio Público dentro de un concepto de equiparidad procesal en el cual el juez es fundamentalmente un árbitro de la posición asumida por cada una de las partes, dentro de lo que se conoce como la "teoría del caso".

Esto significa que el juez asumirá el rol tradicional de los abogados en la actividad probatoria pues se señala en el artículo 24: "El interrogatorio a las partes, testigos, peritos y otros es realizado por el juez de manera libre, concreta y clara, sin seguir ningún ritualismo o fórmula reconstituida. Para su actuación no requiere de la presentación de pliegos de preguntas".

En consecuencia, el juez es el único que decide que interroga a las partes de manera inicial, concediendo a los abogados la facultad de "preguntar o solicitar aclaraciones, bajo las mismas reglas de apertura y libertad", el Juez no podrá negar este derecho a los abogados de las partes.

La forma lógica de desarrollar los interrogatorios debería ser inversa, esto es como se desarrolla actualmente, primero preguntan las partes que ofrecieron el medio probatorio, y después el juez debería estar facultado para formular preguntas adicionales si lo estima conveniente.

La declaración de parte tiene algunas regulaciones adicionales. Así por ejemplo:

1. Se establece la obligación de las partes de declarar personalmente. (Entendemos que ello solamente se podrá dar en la medida que concurran a la audiencia y no haya otorgado poder a terceros) ¿Qué sucedería si alguna de las partes no concurre a la audiencia, frustrando así la posibilidad de que se le someta a un interrogatorio importante para el desarrollo del litigio?

2. Se reitera lo existente a la fecha relacionado con la declaración de los representantes de las personas jurídicas. El problema, se puede complicar cuando la ley señala que tales representantes "tienen el deber de acudir informados sobre los hechos que motivan el proceso". Este requisito no siempre podrá ser cumplido. En caso de tener información el representante con respecto a los

hechos materia de la controversia, esta podrá ser relativa en la medida que el referido representante siempre haya conocido directamente los hechos. Muchos representantes no conocen los hechos ocurridos en función del tiempo de su permanencia en la empresa, pueden haber sido hechos ocurridos con anterioridad a su ingreso a la empresa, o al tamaño de la misma o lugar donde se realizaron los hechos, que no siempre son de conocimiento del representante del empleador.

EXHIBICIÓN DE PLANILLAS

En lo que se refiere a la exhibición de planillas manuales el primer párrafo del artículo 27 señala: "la exhibición de las planillas manuales se tiene por cumplida con la presentación de las copias legalizadas correspondientes a los periodos necesitados de prueba".

La exhibición de las planillas electrónicas será ordenada por el juez al funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo responsable de brindar tal información. Es improcedente la tacha de la información de las planillas electrónicas remitida por dicho funcionario, sin perjuicio de la responsabilidad penal o funcional que las partes puedan hacer valer en la vía correspondiente.

¿Quién debe legalizar las copias de planillas?

Entendemos que se trata de copias fotostáticas legalizadas de la boletas de pago del trabajador o trabajadores en conflicto que puede estar en poder del empleador.

En principio, el cumplimiento de esta obligación puede en la práctica convertirse en irrealizable por razones materiales. Nos referimos aquellos procesos judiciales en los que intervengan un número importante de personas. En este caso el mandato de exhibición se tendría que cumplir sacando copia de toda las boletas de pago, y posteriormente legalizarlas, entendemos que notarialmente, porque la ley no dice absolutamente nada al respecto.

NOTIFICACIÓN POR CORREO ELECTRÓNICO

Siguiendo la tendencia que comienza a manifestarse en las nuevas normas procesales, la Ley N° 29497 opta por la utilización generalizada del correo electrónico para cumplir con uno de los actos más importantes y trascendentales del proceso, que es la notificación, por la cual, las partes toman conocimiento de los actos procesales y las decisiones del Juez.

La notificación judicial siempre ha sido uno de los principales problemas, y posiblemente el factor más importante de la demora procesal, y ello se ha debido a la forma en que siempre se ha tenido que encarar el tema, debiéndose tener presente

que no ha existido una solución práctica a la vista, fácil de aplicar, por la falta de mecanismos adecuados para llevar a cabo el acto de la notificación, cuya validez ha estado siempre condicionada a la intervención o participación de un tercero (el que realizaba el acto de la notificación).

Con la finalidad de agilizar este tradicional foco de demora procesal, se han desarrollado diversos intentos, uno de los cuales ha sido la "notificación por nota", que significaba tomar conocimiento en el propio local del juzgado, de determinadas decisiones judiciales. La notificación directa quedaba entonces reservada para el número menor de resoluciones y originaba como es lógico una mayor concurrencia de los litigantes a fin de tomar conocimiento de la nota.

Si bien el concepto es válido desde una perspectiva teórica, en la práctica lo que sucedía es que la notificación por nota conducía muchas veces a la revisión física del expediente (aunque la notificación hubiese sido efectuada en una "tabla" ubicada en el local del juzgado), y esto generaba una mayor demora y congestión en las instalaciones judiciales.

La utilización de la notificación electrónica es plenamente válida y cada día más segura. En la vida práctica observamos que la utilización del correo electrónico es generalizada, siendo su importancia tan grande, que se está reduciendo notablemente el requerimiento de personas que transportan correspondencia, un fenómeno parecido al que se está produciendo con los tradicionales "carteros", cuyos servicios son cada día menos requeridos.

La objeción más importante que se planteó inicialmente contra la notificación electrónica estaba referida a su falta de seguridad. Hoy en día, la evolución de los sistemas informatizados ha llevado a la creación de mecanismos de seguridad, lo que hace viable la utilización de tal mecanismo de notificación, que además, por su propia naturaleza no conlleva costos propios de la notificación física, aunque, posiblemente se tendrá que costear el pase de un documento físico al electrónico, lo que en todo caso tendrá que ser tomado en cuenta para efecto de la tasa judicial. Lo más importante de la generalización de esta forma de notificación es que en términos generales se reduce el uso de papel, y los costos de envío son menores de aquellos que corresponden a los documentos físicos.

Incuestionablemente, la notificación electrónica, de darse de inmediato, y de no producirse una demora en la preparación y envío de los documentos, significará una importante contribución a la celeridad procesal, teniendo en cuenta, que el actual sistema de notificaciones conspira con el normal desarrollo del proceso.

Al respecto, el artículo 13 de la nueva ley establece:

> "Las notificaciones de las resoluciones que se dicten en el proceso se efectúan mediante sistemas de comunicación electrónicos u otro medio que permita confirmar fehacientemente su recepción".

Obsérvese, que de acuerdo con la ley, el correo electrónico no es el único instrumento para notificar a las partes, dejando el legislador una facultad genérica de utilizar "(...) otro medio que permita confirmar fehacientemente su recepción".

Existen algunas resoluciones que deben ser notificadas obligatoriamente de manera personal, esto es a través de una notificación por cédula, que se entrega personalmente al destinatario, salvo que la ley señale una situación diferente. La ley ha establecido algunas reglas de carácter general como son:

1. Para efectos de la notificación electrónica, las partes deben consignar en la demanda, o en su contestación una dirección electrónica, bajo apercibimiento de declararse la inadmisibilidad de tales actos postulatorios.
2. La notificación electrónica surte efectos desde el día siguiente que llega a la dirección electrónica.

Existen algunas situaciones de excepción a las reglas sobre notificación indicadas anteriormente: se establece que en las zonas de pobreza decretadas por los órganos de gobierno del Poder Judicial, así como en los procesos cuya cuantía no supere las 70 Unidades de Referencia Procesal, las resoluciones son notificadas por cédula, salvo que se solicite la notificación electrónica Judicial.

En lo que se refiere a las resoluciones dictadas en el curso de una audiencia, ellas "(...) se entienden notificadas a las partes, en el acto".

COSTAS Y COSTOS

En este tema la Nueva Ley Procesal del Trabajo trae algunas novedades. Se indica que el sistema se regula "conforme a la norma procesal civil", siendo por lo tanto de aplicación los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

La novedad radica en que "(...) El juez exonera al prestador de servicios de costas y costos si las pretensiones reclamadas no superan las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP), salvo que la parte hubiese obrado con temeridad o mala fe". También se podrá dar la exoneración si "el juez determina que hubo motivos razonables para demandar".

El efecto de lo señalado determinará un mayor cuidado en el planteamiento de las pretensiones, y posiblemente tenga como finalidad cortar una tendencia muy marcada por parte de los trabajadores de plantear demandas exageradas. Otro factor relacionado con el mismo propósito puede ser la elevación de la cuantía que haga más racional el planteamiento de ciertas demandas que en algunos casos son objeto de reclamos sin mayor fundamento con la finalidad de no caer dentro de la competencia de los jueces de paz, o eventualmente, para contar con la posibilidad de interponer una casación superando el límite de la cuantía establecido en la ley.

MULTAS

Con la evidente finalidad de ordenar la labor de los abogados y las partes, y reforzar la autoridad del juez se ha establecido un nuevo régimen de multas con las siguientes características:

1. Las multas se aplican en los casos de "temeridad o mala fe procesal".
2. De darse el presupuesto mencionado "(...) el juez tiene el deber de imponer(...) una multa no menor de media (1/2) ni mayor de cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP)".
3. Las multas pueden ser aplicadas a las partes, sus representantes y los abogados.
4. Se establece que la multa por temeridad o mala fe "es independiente de aquella otra que se pueda imponer por infracción a las reglas de conducta a ser observadas en las audiencias", las que no podrán ser menores de media (1/2) URP, ni mayores de cinco (5) URP.
5. La multa impuesta por el juez no libera al abogado de la responsabilidad que le pudiera corresponder por infracciones a la ética o comportamiento profesional en tanto que se obliga al juez a "(...) remitir copias de las actuaciones respectivas a la presidencia de la corte superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar".

Un tema que merece comentario adicional y que obliga a reflexionar sobre sus alcances y efectos es la responsabilidad solidaria que la ley ha establecido "(...) entre las partes, sus representantes y sus abogados por las multas impuestas a cualquiera de ellos". Esta solidaridad solamente afecta a quienes no son los prestadores de servicios (en la mayor parte de casos los trabajadores) señalándose que la responsabilidad solidaria por el pago de multa no se hace extensiva.

Esto en la práctica significa lo siguiente:

1. Que el abogado de un empleador responderá solidariamente por las multas impuestas al representante del empleador o a su patrocinado.
2. Si el juez sanciona al prestador de servicios (generalmente el trabajador), su abogado será responsable solidario por la infracción cometida por este, pero si el juez sanciona al abogado del trabajador, este no será responsable solidario por la referida sanción.

No estamos de acuerdo con la responsabilidad solidaria del profesional con respecto a las originadas por el comportamiento de su patrocinado, ya que no lo puede controlar en muchos casos, y no puede ser de su responsabilidad. Está bien que la responsabilidad se origine por actos propios de temeridad o mala fe del abogado, pero no por aquellos en los que no tiene ninguna injerencia.

Así tenemos por ejemplo que el artículo 11 de la Ley establece la obligación de toda persona presente en la audiencia cumplir con determinadas reglas, pues de no hacerlo será sancionada. Así por ejemplo, la invocación de hechos falsos por parte del interesado, sin que los mismos sean necesariamente de conocimiento del abogado, podrá originar que este sea sancionado.

En los casos de mínima cuantía podría darse el caso que el abogado tuviera que responder solidariamente por multas impuestas a su patrocinado que fueran mayores que el honorario pactado o recibido.

El artículo 15 (penúltimo párrafo), establece la posibilidad de que el juez exonere "de la multa por temeridad o mala fe si el proceso concluye por conciliación judicial antes de la sentencia de segunda instancia, en resolución motivada".

Es difícil estar de acuerdo con dicha posición en tanto que si bien el objeto de tal precepto podría ser estimular una conciliación judicial, el hecho cierto es que se habría producido el acto de temeridad, o mala fe que es el que se quiere erradicar del proceso judicial. No existe ninguna lógica para perdonar una infracción grave, que merece una multa de cierta consideración por el solo hecho de su comisión.

Finalmente en lo que se refiere a la sanción de testigos o peritos, ella solamente se puede dar "(...) cuando estos, habiendo sido notificados excepcionalmente por el juzgado, inasisten sin justificación a la audiencia ordenada de oficio por el juez".

De la lectura del artículo se desprende que el testigo ofrecido por las propias partes, que asumen la responsabilidad de llevarlo a la audiencia, caso contrario, la declaración o peritaje no sería actuado, no sería sancionado por su inasistencia. La multa es solamente para los testigos señalados por el juez al disponer la actuación de oficio de este medio probatorio.

PROCESOS LABORALES

Siguiendo la tendencia adoptada por nuestra legislación procesal en el nuevo esquema del proceso laboral se contemplan diversas formas de tramitación.

Es así como podemos distinguir los siguientes tipos de proceso:

1. Proceso Ordinario Laboral.
2. Proceso Impugnativo de Laudos Arbitrales Económicos.
3. Proceso Abreviado Laboral.
4. Proceso Cautelar.
5. Proceso Contencioso Administrativo.

Analicemos las características principales de cada una de estas formas de tramitación:

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Este proceso es de conocimiento de los juzgados especializados de trabajo (ver acápite uno del artículo 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo). El artículo mencionado precisa además los casos que son de conocimiento de los juzgados.

En este tipo de proceso una vez admitida la demanda se debe citar a las partes a audiencia de conciliación entre los 20 y 30 días hábiles siguientes a la fecha de su calificación. Cualquier citación que señale fecha antes de los 20 días determinará su nulidad y la obligación de volver a citar dentro del término legal respectivo. La citación para fecha posterior no determinará dicha nulidad porque no causará ningún tipo de indefensión al emplazado como consecuencia de haber dado un plazo menor del señalado en la ley. Sin embargo, para evitar corruptelas procesales y situaciones que con toda seguridad se producirán en la medida que no se pueda controlar la carga procesal, sería conveniente establecer una responsabilidad para el órgano tramitador por el incumplimiento de esta obligación. Esta situación de posible indefensión por citación prematura se daría por el hecho que el emplazado está obligado a concurrir a la audiencia de conciliación con el escrito de contestación y sus anexos.

Lo positivo del nuevo esquema, sobre todo para el demandado, es que se le otorga un plazo mayor del que tiene actualmente para contestar la demanda (10 días de acuerdo con la Ley Procesal del Trabajo), porque la entrega de dicho documento es en la audiencia de conciliación.

Desarrollo de la Audiencia de Conciliación:

1. Se inicia con la acreditación de las partes o apoderados y sus abogados.
2. La inasistencia del demandante no afecta el desarrollo de la diligencia en tanto que la ley señala expresamente que ella continúa.
3. La inconcurrencia del demandado determina que este incurra en rebeldía, situación que también se dará si asistiendo a la audiencia, no contesta la demanda o el representante o apoderados no tienen poderes suficientes para conciliar. Repitiendo la fórmula consignada en el Código Procesal Civil se señala que el rebelde se puede incorporar "(...) al proceso en el estado en que se encuentre, sin posibilidad de renovar los actos previos".

La exigencia de presentar la contestación de la demanda únicamente en el curso de la audiencia crea un riesgo serio para todo demandado que a veces, sin intención alguna no puede llegar a la audiencia por consideraciones de caso fortuito o fuerza mayor. Consideramos que se debería permitir, al igual que en el proceso

abreviado, que el escrito de contestación de la demanda se presente con anterioridad a la audiencia, de tal manera, que por lo menos se pueda evitar efectos tan trascendentales derivados de la no contestación de la demanda, por no haber podido llegar a la audiencia oportunamente. Debemos hacer mención a una realidad, que muchas veces tenemos que afrontar, que es la imposibilidad de llegar al juzgado a la hora señalada por consideraciones imprevistas o ajenas a la voluntad de ambas partes.

No obstante que la ley señala que el escrito de contestación de la demanda debe presentarse en la audiencia, consideramos factible que se presente con anterioridad, si así lo deseara el demandado para evitar el riesgo antes mencionado. No existe ninguna prohibición expresa en la ley en el sentido indicado. De tal forma, que quien se encontrara en esta situación, y no concurriera a la audiencia, por lo menos habría podido concretar su derecho de defensa exponiendo su posición y ofreciendo los medios probatorios que sustente su contestación.

De acuerdo con el nuevo esquema el efecto de la rebeldía es meramente procesal y no pecuniario. Al hacerse mención alguna a una multa por no asistir a la audiencia de conciliación resulta claro que esta no se puede aplicar. La consecuencia económica de la rebeldía está regulada por el artículo de la Ley Procesal del Trabajo y dejará de aplicarse cuando entre a operar el nuevo sistema procesal.

La inasistencia de ambas partes a la audiencia de conciliación puede motivar dos situaciones; la primera es que cualquiera de ellas puede solicitar el señalamiento de fecha para una nueva audiencia. De ser así el juez procederá a fijar la fecha respectiva. La segunda es que ambas partes mantengan su inactividad y no solicite el señalamiento de nueva fecha. En este caso, transcurridos 30 días naturales el juez declarará la conclusión del proceso.

Actividad Conciliatoria del Juez:

La Nueva Ley Procesal del Trabajo le otorga al juez de manera expresa una participación pro activa en el esfuerzo conciliatorio al señalar:

> "El juez invita a las partes a conciliar sus posiciones y participa activamente a fin de que solucionen sus diferencias total o parcialmente.
>
> Por decisión de las partes la conciliación puede prolongarse lo necesario hasta que se dé por agotada, pudiendo incluso continuar los días hábiles siguientes, cuantas veces sea necesario, en un lapso no mayor de un (1) mes. Si las partes acuerdan la solución parcial o total de su conflicto el juez, en el acto, aprueba lo acordado con efecto de cosa juzgada; asimismo, ordena el cumplimiento de las prestaciones acordadas en el plazo establecido por las partes o, en su defecto, en el plazo de cinco (5) días hábiles siguientes. Del mismo modo, si algún extremo no es controvertido, el juez emite resolución con calidad de cosa juzgada ordenando su pago en igual plazo".

El artículo transcrito nos conduce a determinadas reflexiones:

El rol que la ley le ha asignado al juez en el esfuerzo conciliatorio es pro activo. Esperemos que esta responsabilidad sea asumida por los propios jueces, ya que las partes difícilmente lo presionarán para que cumpla con su obligación. Es posible que la conciliación pudiera ser más eficaz si ella en vez de correr de cuenta del juez fuera de obligación de conciliadores adscritos a los juzgados[8]. Por lo general el juez no desarrolla bien la función conciliadora.

Una actitud excesivamente pro activa en favor de la conciliación puede ser mal interpretada por alguna de las partes y considerar que el juez no es imparcial. Por lo demás la agenda del juez, casi siempre está recargada (no existe por ahora ningún elemento de juicio que asegure que esto no se dé dentro de un nuevo esquema, porque para descongestionar la actividad judicial sería necesario la designación de un mayor número de jueces). No vislumbramos con claridad que se vaya a intensificar el esfuerzo conciliatorio prolongando la conciliación "(...) lo necesario hasta que se dé por agotada".

En el curso de la audiencia de conciliación en el lapso no mayor de un mes, el juez está facultado para emitir resolución con calidad de cosa juzgada ordenando su pago en igual plazo. Obviamente esta decisión del juez está sujeta a la apelación respectiva de acuerdo con las reglas que gobiernan el principio constitucional de la instancia plural.

Agotado el esfuerzo conciliatorio sin solución total el juez "(...) precisa las pretensiones que son materia de juicio", lo que equivale a la etapa actual de la fijación de puntos controvertidos. Asimismo después de entregar una copia del escrito de contestación de la demanda al demandante, señala fecha para la audiencia de juzgamiento la cual debe programarse dentro de los 30 días hábiles siguientes "(...) quedando las partes notificadas en el acto".

Como se aprecia no existe término mínimo para la fecha de realización de la audiencia de juzgamiento. El juez debe señalar dicha fecha en función de la probable actividad probatoria que se desarrollara en la audiencia de juzgamiento, de tal manera que las partes puedan organizar la presencia de sus testigos y peritos cuya obligación y esfuerzo de concurrencia depende exclusivamente de quien pretende hacer uso de la actividad probatoria.

A continuación se puede presentar una situación nueva. Nos referimos a la hipótesis señalada en el segundo párrafo del inciso tercero del artículo 43 de la ley que precisa:

> "Si el juez advierte, haya habido o no contestación, que la cuestión debatida es solo de derecho, o que siendo también de hecho no hay necesidad de

(8) Este tema no es fácil de considerar porque demandaría un mayor gasto.

actuar medio probatorio alguno, solicita a los abogados presentes exponer sus alegatos, a cuyo término, o en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, dicta el fallo de su sentencia. La notificación de la sentencia se realiza de igual modo a lo regulado para el caso de la sentencia dictada en la audiencia de juzgamiento".

Audiencia de Juzgamiento:

Esta se realiza en un acto único (lo que no descarta que pueda realizar en sucesivos días pues ello dependerá de la duración de la audiencia). Ello conforme ha sido definido jurisprudencialmente no implicaría que la audiencia deje de ser un "Acto Único".

Esta audiencia Tiene tres etapas claramente definidas:

1. La primera, denominada CONFRONTACIÓN DE POSICIONES se inicia con una breve exposición oral de las pretensiones demandadas y de los fundamentos de hecho que la sustentan. Obviamente este será el esquema de tramitación cuando concurra la parte demandada. Producida la exposición del demandante, hace uso de la palabra el representante del demandado (entiéndase a través de su abogado salvo que no concurra), expresando los hechos y por razones procesales o de fondo que la sustentan[9].

   Durante esta etapa la argumentación debe estar referida única y exclusivamente a los hechos. Entendemos que los argumentos de derecho serán planteados por escrito, tanto en la demanda como en la contestación, y serán expuestos en la etapa de los alegatos. (Esto último no aparece expresamente mencionado en el artículo 47 de la Ley, debiéndose sin embargo interpretar que esta es la ocasión para hacer un resumen de la posición de cada una de las partes una vez que se han actuado los medios probatorios).

2. La segunda es la de ACTUACIÓN PROBATORIA.

   Ella se debe desarrollar de la siguiente manera:

   Escuchada la posición de hecho sostenida por cada parte el juez enuncia los hechos que no necesitan probanza por alguna de las razones señaladas en la propia ley (hechos admitidos, hechos presumidos por ley, hechos recogidos en resolución judicial con calidad de cosa juzgada, hechos notorios). También enuncia los medios probatorios dejados de lado por estar referido a hechos impertinentes o irrelevantes.

3. Se indica que después de esta declaración del juez las partes pueden promover cuestiones probatorias (ello en la medida que hubiesen concurrido a la

(9) Esta etapa está referida a lo dicho por escrito en la demanda y contestación que constituye lo que en materia penal se denomina la "Teoría del Caso".

audiencia). Destacamos que a diferencia de lo señalado en la Ley N° 26636 la presentación de cuestiones probatorias solamente se puede dar en el curso de la audiencia. En este sentido ya no se formularán dichas cuestiones en el escrito de contestación de la demanda, como se hace actualmente.

También se debe poner énfasis en el hecho de que las cuestiones probatorias se admiten únicamente "(...) si las pruebas que la sustentan pueden ser actuadas en esta etapa".

Un presupuesto previo para el éxito de esta etapa es que el Juez haya leído previamente la posición de las partes.

Actuación de los Medios Probatorios:

1. El juez inicia la actuación tomando juramento conjunto a todos los que vayan a participar en esta etapa (la ley no precisa cuál es el sentido del juramento. Al hacer referencia a todos los que participen en la etapa comprende también a los abogados, las partes, los testigos y los peritos).
2. La ley ha señalado un orden para la actuación de los medios probatorios ofrecidos, lo que es similar al orden actual.

Se inicia con la actuación de los medios probatorios por la parte demandante en el orden establecido esto es declaración de parte, testigos, pericia, reconocimiento y exhibición de documentos. La decisión de actuar una inspección judicial solo se daría si ella resultara "imprescindible", en cuyo caso el juez suspende la audiencia y señala día, hora y lugar para su realización citando a quienes deban concurrir a la misma. Con el objeto de registrar eventualmente lo actuado en una inspección judicial la ley señala que esta "(...) puede ser grabada en audio y vídeo[10] o recogida en acta con anotación de las observaciones constatadas; (...)". A continuación señala día y hora dentro de los cinco días hábiles siguientes para los alegatos en la sentencia.

Existe la posibilidad de que la actuación probatoria no se pueda concluir en el día programado; en este caso el juez debe disponer que la audiencia continúe dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Alegatos y Sentencia:

Los alegatos a diferencia del esquema actual solamente pueden presentarse en forma verbal y no por escrito. El juez puede rechazar cualquier escrito que bajo la denominación de alegato sea presentado porque se entiende que no tiene utilidad para el desarrollo del proceso, en la medida en la sentencia debe darse

(10) No es audio o vídeo. Obsérvese que no se enfatiza en la primera de las modalidades o que puede ser "recogida en acta con anotación de las observaciones constatadas", lo que le quitaría veracidad y fidelidad a lo actuado.

inmediatamente después de concluidos estos, o en un lapso no mayor a 60 minutos de concluidos estos.

La ley establece que el juez "excepcionalmente, por la complejidad del caso, puede diferir el fallo de su sentencia dentro de los cinco días hábiles posteriores, lo cual informa en el acto citando a las partes para que comparezcan al juzgado para la notificación de la sentencia, la que debe producirse "(...) en el día y hora indicados, bajo responsabilidad".

En consecuencia el nuevo esquema para sentencia implantado por la NLPT es el siguiente:

1. Como regla general el juez debe expedir sentencia al término de la audiencia haciendo conocer su fallo de inmediato o dentro de los 60 minutos posteriores. El juez debe cumplir estrictamente con esta obligación con la finalidad de evitar pérdida de tiempo de las partes. Se plantea esta reflexión porque la práctica judicial demuestra que por lo general los jueces no son respetuosos del tiempo de los litigantes, no obstante que estos están obligados a cumplir estrictamente con los tiempos con respecto al juez.

2. Excepcionalmente el juez puede diferir la expedición de la sentencia para ser notificada dentro de los cinco días hábiles siguientes. Asimismo, está obligado a entregar copia de la sentencia, cuya decisión ha adelantado verbalmente en el curso de la audiencia dentro de los cinco días de concluida esta, término dentro del cual se puede interponer el recurso de apelación.

La "sentencia al vuelo" que tendrán que emitir los jueces a partir de la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo les plantea a estos, en todas las instancias un reto serio. La eficacia de este nuevo mecanismo dependerá fundamentalmente de que se den las condiciones para que el juez pueda analizar debidamente cada caso, lo que significa tiempo para leer adecuadamente lo actuado antes de la audiencia, así como tiempo para fundamentar adecuadamente sus resoluciones.

Trámite en segunda instancia:

Una de las características del trámite en segunda instancia está referido a la posibilidad de que algunas de las apelaciones sean resueltas por jueces unipersonales, y no colegiados como la regla general hasta ahora. Ello ha sido previsto acertadamente en la Sexta Disposición Transitoria de la NLPT estableciéndose dicha modalidad de revisión a partir del momento en que las propias autoridades judiciales lo decidan[11].

(11) "SEXTA DISPOSICION TRANSITORIA.-El Poder Judicial dispone el desdoblamiento de las salas laborales en tribunales unipersonales que resuelvan en segunda y última instancia las causas cuya cuantía de la sentencia recurrida no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)".

La elevación considerable de las cuantías como referencia del marco de competencia de cada órgano judicial puede producir un doble efecto. Es posible que una mayor carga procesal sea desplazada a los Juzgados de Paz debiéndose suponer que los Juzgados de Trabajo tendrán una menor carga en primera instancia. Por lo tanto, la segunda instancia también deberá estar más descongestionada, lo que constituye un factor que determinará el éxito o fracaso de la nueva norma procesal. En todo caso este es un tema que debe ser minuciosamente analizado a fin de establecer la cantidad de jueces que serán necesarios en todas las instancias para que el nuevo esquema funcione bien. Sería bueno analizar la experiencia de aquellos países donde se ha producido similar cambio procesal.

No es la primera vez en nuestra historia procesal que se intenta descongestionar una instancia a expensas de otra. Es sabido que los juzgados de paz que son organismos judiciales que ventilan diverso tipo de reclamaciones y sujetos a una pluralidad de procedimientos diferentes usualmente han sido los primeros a los que se ha recargado con esta clase de reformas. Por ello resultaría determinante que los Jueces de Paz que resuelvan los conflictos de trabajo sean laborales, dedicándose solamente a una clase de conflictos y controversias. De no ser así, y de no ser nombrado un número de jueces suficiente y no proporcionarles la infraestructura necesaria será difícil lograr un éxito en la reforma que se pretende.

El artículo 33 (primer párrafo) de la NLPT establece que el juez ante quién se interpuso apelación deberá elevar el expediente a la segunda instancia dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso. Esto, constituye un esfuerzo importante para acelerar los procesos judiciales teniendo en cuenta que en nuestra tradición procesal los jueces raramente cumplen con los plazos que la ley les señala (aunque exigen estrictamente el cumplimiento de los términos que se concede a las partes para el cumplimiento de sus obligaciones procesales).

El ingreso del expediente a la segunda instancia deberá originar también determinadas obligaciones vinculadas al tiempo.

La primera obligación que señala la norma es la de fijar fecha para la audiencia de vista de la causa, que debe señalarse entre los 20 y 30 días hábiles siguientes de recibido el expediente.

La ley no permite el señalamiento de la vista antes de los 20 días, ni tampoco después de los treinta. El primer término está vinculado al derecho de defensa pues permitirá que las partes se preparen adecuadamente para la audiencia. Su incumplimiento por parte del órgano de segunda instancia podría originar un pedido de nulidad por sèñalamiento prematuro de la fecha de la audiencia lo que recorta el término para prepararse adecuadamente. No sucedería lo mismo en el segundo caso, siendo posiblemente la única consecuencia la posibilidad de formular una queja contra el Juez infractor, situación que generalmente no se dará si la demora

se produce por efecto de las consabida "excesiva carga procesal", a la que generalmente, por lo menos hasta la fecha, se encuentran sometidos los órganos judiciales en todos los niveles. Ello porque no se nombra el número requerido de jueces para atender a los litigantes.

En la NLPT se ha establecido un procedimiento especial para las actuaciones ante el órgano jurisdiccional de segunda instancia.

Primeramente, se concede el uso de la palabra al abogado de la parte demandante a fin que exponga "sintéticamente" los extremos apelados y los fundamentos en que se sustenta su impugnación (propiamente lo que ahora constituye la expresión de agravios). El esquema es de confrontación de posiciones como es la primera etapa de la audiencia de primera instancia.

La redacción del dispositivo, y la falta de precisión expresa en el artículo 32 sobre los requisitos del recurso de apelación nos lleva a formular una primera pregunta acerca de si es obligatorio fundamentar la apelación –como se exige actualmente–, o si ello será objeto del trámite oral en la audiencia(12). De acuerdo con las reglas procesales vigentes todo medio impugnativo debe ser fundamentado pues de no ser así podrá ser desestimado. El tema es determinar si se aplicará el artículo del Código Procesal Civil supletoriamente.

La duda surge por el hecho de que tal requisito se encuentra expresamente considerado como condición para admitir el recurso tanto en la Ley N° 26636, como en el Código Procesal Civil. La inclusión expresa de tal exigencia en este último permitiría concluir que ella se aplicará supletoriamente. Ante un requisito que podría llevar a que el recurso fuera declarado inadmisible sin subsanación posterior hubiese sido preferible una definición expresa y no dejarlo a la interpretación.

Si seguimos la lógica que se pretende imponer a través del nuevo sistema procesal, podríamos concluir de que no es necesario fundamentar la apelación al interponer el recurso, ya que ello será objeto del debate en la segunda instancia al exigirse la exposición de los fundamentos de la apelación, así como, la oportunidad que se le brinda al abogado de la parte contraria para que refute los argumentos expuestos por el apelante. Sin embargo el condicionar la fundamentación de la apelación a la presencia en la vista de la causa podría determinar un estado de indefensión de quién no ha fundamentado su recurso esperando hacerlo oralmente.

El acápite b) del artículo 33 señala que el órgano jurisdiccional (entiéndase los jueces que conocen de la apelación) pueden "(...) formular preguntas a las partes y sus abogados a lo largo de las exposiciones orales".

El dispositivo nos lleva a la formulación de algunas interrogantes y reflexiones.

(12) Ello se debe a que hasta ahora el número de jueces nombrados siempre es menor al requerido.

La Ley hace mención a que se pueden "(...) Formular preguntas a las partes y sus abogados a lo largo de las exposiciones orales". Nos referimos en primer lugar a la mención que hace la norma de las "partes". Actualmente, no existe ninguna norma procesal en que las partes tengan intervención en las actuaciones de la segunda instancia (salvo el caso del informe que a veces produce el interesado sobre temas de hecho), en los que a pesar de no estar contemplado en la ley puede originar las preguntas respectivas por parte del juez de la instancia revisora.

La novedad señalada en la ley con respecto a la posibilidad de que las partes sean interrogadas durante la vista de la causa nos plantea algunas preguntas que tendrán que irse dilucidando conforme se vaya aplicando la nueva ley. En primer término nos preguntamos si las partes están obligadas a concurrir a la audiencia. Resulta claro, que si no concurren porque no están obligadas a ello, no podrán ser interrogadas. Como la ley no señala la obligación de asistir y tampoco es práctica hacerlo de acuerdo con la legislación vigente, la inasistencia no originará ningún tipo de consecuencia procesal. Ante esta situación cabe anticipar que la mayor parte de los litigantes no concurrirán a la referida audiencia.

Por lo demás, nos encontramos ante una situación procesalmente extraña, ya que la instancia de revisión debería concretar su actividad a revisar a lo actuado y resuelto en la primera instancia. De introducirse nuevos elementos de juicio, como podría ser por ejemplo el interrogatorio de las partes, que es una prueba. La preocupación de la NLPT por la celeridad procesal podría llevar eventualmente, sobre la base de las condiciones antes referidas, a una ligereza en la emisión de los pronunciamientos, mas aun cuando la propia norma establece que el órgano de segunda instancia dictará su pronunciamiento inmediatamente, a mas tardar" luego de 60 minutos, expresando el fallo y las razones que lo sustenta de modo "lacónico", que el juez no tendrá que fundamentar mayormente su decisión, situación que puede generar en la practica una serie de afectaciones al derecho de defensa.

La aparente preocupación de la NLPT por la celeridad procesal podría también llevar eventualmente, sobre la base de las condiciones antes referidas, a una ligereza en la emisión de los pronunciamientos, más aún cuando la propia norma establece que el órgano de segunda instancia dictará su pronunciamiento inmediatamente, o a más tardar "(...) luego de 60 minutos, expresando el fallo y las razones que lo sustentan de modo "lacónico". Ello significa que el juez no está obligado a fundamentar mayormente su decisión, situación que puede generar en la práctica una serie de afectaciones al derecho de defensa.

De manera excepcional se permite que la expedición del fallo sea diferido para ser expedido dentro de los cinco días hábiles siguientes.

La aplicación de esta norma determinará una nueva metodología en el trabajo de los órganos de segunda instancia, que ya no podrán citar "masivamente" a los

abogados a informar oralmente como sucede en la actualidad, puesto que el dictar sentencia de inmediato, o dentro de los 60 minutos siguientes, no permitirá que se haga esperar a quienes están programados para informar oralmente en las causas posteriores a la que se ha visto.

Da la impresión (esto recién se conocerá cuando la norma comience su aplicación), que al concluir la audiencia oral o dentro de los 60 minutos siguientes, el juez, simplemente expresará su pronunciamiento, dejando para lo posterior la fundamentación respectiva que será entregada a las partes dentro de los cinco días siguientes.

No creemos, que el pronunciamiento pueda ser "lacónico", a tal extremo de no dar suficiente argumentación o fundamentos para eventualmente interponer el recurso de casación de acuerdo con la regulación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

La reflexión que surge de este procedimiento nos lleva a preguntarnos sobre la eficacia del alegato previo a la sentencia inmediata en la que el Juez por la rapidez en que debe expedir el fallo podrá verse obligado a tomar una decisión sin mayor reflexión.

Conociendo nuestra idiosincrasia el Juez, al dictar la sentencia en la misma vista de la causa se expondrá a la presión psicológica de cierto tipo de litigantes que pretenderán asistir masivamente a la audiencia para impresionar o presionar al juez y colitigante.

Caso de Inasistencia o Inconcurrencia a la Audiencia de Vista:

La primera posibilidad es que concurran ambas partes a la audiencia en esta situación, se actuará de acuerdo con el procedimiento que contempla el artículo que se analiza.

La segunda posibilidad es que la audiencia se realice únicamente con la presencia de alguna de las partes, sea el apelante o la parte contraria; esto se podría dar por inasistencia de la otra. La ley no precisa la forma en que se debe proceder ni las consecuencias de dicha inasistencia.

Se entiende que si a la vista solamente concurre una de las partes (sea el apelante o el contrario) la vista se llevará a cabo únicamente con quien ha concurrido.

En caso de que las partes no concurran "(...) la Sala, sin necesidad de citación, notifica la sentencia al quinto día hábil siguiente en su despacho". Se debe entender que no se requiere de una notificación previa, y que al quinto día las partes pueden solicitar la entrega de la sentencia. En caso de que ella no esté lista para ser notificada se generará la responsabilidad correspondiente por parte del órgano jurisdiccional.

Lo más conveniente y cómodo para las partes hubiese sido que la notificación se lleve a cabo por otro medio más expeditivo, como podría ser el correo electrónico.

La obligación de las partes a recoger la sentencia en el local del órgano de segunda instancia posiblemente originaría una recarga de concurrencia de personas a los locales judiciales y una demora e incomodidad innecesaria.

RECURSO DE CASACIÓN

La NLPT introduce cambios al recurso de casación actualmente vigente. Ya no se sustenta en causales "taxativas", como es el caso de la Ley N° 26636, siguiéndose más bien la tónica genérica que ha sido implantada para la casación civil por la Ley N° 29364.

Es así como el artículo 34 de la norma señala que el recurso de casación "(...) se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República".

El concepto de "infracción normativa" es genérico y susceptible de interpretación a posteriori de manera casuística puesto que, el órgano competente tendrá que resolver en cada caso si es que ha existido infracción normativa, y además determinar si esta ha incidido directamente sobre la decisión contenida en la resolución.

A diferencia de las reglas anteriores de casación, el recurso será resuelto casuísticamente, determinándose si ha existido una infracción normativa, y además, si esta ha tenido efecto sobre el sentido de la resolución. La sola infracción normativa que no tenga esa característica no dará mérito a la casación interpuesta.

Ya no se hace mención a que la casación está referida a los casos establecidos en el artículo 56 de la Ley N° 26636. Tampoco se hace alusión a la infracción del debido proceso como causal de casación.

Un tema a dilucidar es el sentido de lo que la ley califica como "infracción normativa". Decimos esto porque conforme lo señala la Ley N° 26636, lo que ha sido ratificado en la reiterada jurisprudencia de casación, este recurso está referido solamente a determinados tipos de normas, generalmente de jerarquía legal excluyendo a las de naturaleza procesal que pueden o no estar vinculadas al debido proceso. Se ha descartado siempre que la interpretación de los convenios colectivos de trabajo, u otros elementos normativos distintos, no darían margen a un recurso de casación, ya que este por su propia naturaleza debía interpretar correctamente el sentido de la ley en su aplicación al caso concreto.

El segundo tema, referido a la procedencia del recurso es el cumplimiento o apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República.

Tendrán que comenzar a expresarse los llamados "precedentes vinculantes" que hasta ahora salvo algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional no tienen tal calidad.

Casos de Procedencia del Recurso de Casación:

1. Procede contra las sentencias y autos expedidos por las Salas superiores que ponen término al proceso (se refiere a aquellos iniciados ante los jueces de trabajo).

2. Se exige una cuantía mínima de 100 Unidades de Referencia Procesal, calculados sobre "(...) el monto total reconocido en ella (...)". No procede, contra aquellos pronunciamientos de segunda instancia en que se declara la nulidad de lo actuado y se dispone la emisión de un nuevo pronunciamiento[13].

3. Se interpone dentro de los 10 días hábiles siguientes de notificada la resolución impugnada ante el órgano judicial que la dictó. Debe acompañarse recibo que acredite el pago de la tasa judicial respectiva; en caso de incumplimiento la Sala Suprema concederá un término de tres días para la subsanación respectiva, en caso de ser incumplido originará el rechazo del recurso.

Requisitos de Procedencia del Recurso de Casación:

1. "Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso".

2. Describir "(...) con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento de los precedentes vinculantes y demostrar su incidencia directa (de la infracción normativa) sobre la decisión impugnada.

3. Indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio; en caso del primero debe señalarse si la nulidad es total o parcial, y en este último caso hasta donde debe alcanzar sus efectos sobre el proceso. En el caso de que el planteamiento fuera revocatorio, se debe precisar "en que debe consistir la actuación de la Sala".

4. El expediente debe ser remitido a la Sala Suprema dentro de los tres días hábiles siguientes a la concesión del recurso.

En lo que se refiere al trámite del recurso de casación en la corte suprema este se caracteriza por su simplicidad.

(13) Ya no se aplica el criterio actual que está referido al monto ordenado pagar (cuando el recurso lo interpone el empleador o el monto demandado cuando lo plantea el trabajador).

1. Examina su procedencia (cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 35 y 36) pronunciándose sobre su inadmisibilidad, procedencia, o improcedencia.
2. Fija fecha para la vista de la causa, pudiendo las partes solicitar informe oral dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación.
3. Resuelve el recurso inmediatamente luego de 60 minutos expresando el fallo, pudiendo excepcionalmente reservarse el derecho de resolver dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Terminada la vista de la causa se señalaría día y hora para que las partes comparezcan ante el despacho para la notificación de la resolución "(...) bajo responsabilidad".

Efectos de la interposición del Recurso de Casación:

La novedad que introduce la ley es la no suspensión de la ejecución de la sentencia. La ley no ha señalado de manera expresa la forma en que se tramitará el recurso, o la ejecución del mismo, ni los efectos de una anulación del proceso o modificación de lo resuelto y ejecutado. No se ha señalado si el expediente principal será remitido a la instancia correspondiente para su ejecución, tramitándose la casación por medio de copias, situación que obligaría a una copia de todo lo actuado. La otra posibilidad es que la ejecución se lleve a cabo por el solo mérito de los pronunciamientos emitidos y sin necesidad de contar con el expediente.

La ley señala textualmente:

> "La interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias. Excepcionalmente, solo cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero, a pedido de parte y previo depósito a nombre del juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido, el juez de la demanda suspende la ejecución en resolución fundamentada e inimpugnable".

Esto, puede tener consecuencias graves, en la medida de que el demandado no tenga dinero para depositar a nombre del juzgado el importe total reconocido y los adicionales ("(...) intereses del capital a la fecha de interposición del recurso, los costos y costas, así como los intereses estimados que, por dichos conceptos, se devenguen hasta dentro de un (1) año de interpuesto el recurso"). También se presentará dicha situación cuando no pueda afianzar el eventual incumplimiento de la obligación. Lo más grave del caso es que la propia norma anticipa que el recurso antes mencionado podría tener hasta un año de demora para su solución.

Consecuencias del Recurso de Casación:

El artículo 39 indica: "Si el recurso de casación es declarado fundado, la Sala Suprema casa la resolución recurrida y resuelve el conflicto sin devolver el proceso

a la instancia inferior. El pronunciamiento se limita al ámbito del derecho conculcado y no abarca, si los hubiere, los aspectos de cuantía económica, los cuales deben ser liquidados por el juzgado de origen".

El mismo dispositivo en su segunda parte hace referencia a los efectos de un pronunciamiento de casación anulando lo actuado por infracción a la tutela jurisdiccional cual debido proceso.

Concepto de Precedente Vinculante en Materia Laboral:

1. Se indica que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca recurso de casación pueden convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente jurisdiccional. En consecuencia, el concepto de precedente vinculante es especializado, y a diferencia de lo que fue considerado como pleno casatorio, no comprende a magistrados de otras especialidades.
2. En cuanto al valor del precedente judicial definido se establece que este "(...) vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Publicidad de todos los Pronunciamientos Casatorios:

Con la finalidad de que los jueces, abogados, empleadores y trabajadores conozcan el criterio interpretativo referido a las sentencias de casación el artículo 41 de la norma ha señalado:

> "El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso de casación se publican obligatoriamente en el diario oficial El Peruano, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta (60) días de expedidas, bajo responsabilidad".

PROCESO IMPUGNATIVO DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS

En este tipo de proceso también se han introducido algunos cambios tanto en lo que se refiere a la competencia.

En lo que concierne a la competencia, se ha modificado lo establecido en la Ley N° 29364, regresando al esquema planteado por la Ley N° 26636, esto es fijando la competencia de la primera instancia en esta clase de procesos en las Salas Laborales, y dejando la segunda resolución para ser resuelta por Sala competente de la Corte Suprema de la República.

Tramitación:

La demanda está sujeta a un plazo de caducidad de diez días hábiles contados a partir de la notificación del laudo arbitral que se notifica en una diligencia

expresa en presencia de las partes. El artículo 50 de la NPTL pone especial énfasis en que el laudo cuestionado es aquel que: "haciendo las veces de convenio colectivo resuelve el conflicto económico o de creación de derechos, o su aclaración". De esta manera se aclara que este tipo de proceso es exclusivamente para arbitrajes de contenido económico y no los de derecho.

Si se verifica la interposición extemporánea de la presentación de la demanda el Juez declara su improcedencia y la conclusión del proceso, a través de una resolución que es susceptible de apelación en el plazo de cinco (5) días hábiles.

Con el objeto de establecer los medios probatorios idóneos a esta clase de procedimiento, y descartar la presentación de pruebas no adecuadas al procedimiento se señala que: "Los únicos medios probatorios admisibles en este proceso son los documentos, los cuales deben ser acompañados necesariamente con los escritos de demanda y contestación".

La calificación de la demanda por parte de la Sala laboral determina el emplazamiento del demandado para que conteste la demanda dentro del término de Diez días hábiles, notificándose a los árbitros para que "(...) expongan sobre lo que consideren conveniente".

La Sala Laboral debe expedir sentencia dentro de los diez días hábiles siguientes de contestada la demanda, debiendo citar a las partes para escuchar sus alegatos emitir sentencia de inmediato, o en casos excepcionales dentro de quinto día de notificada, aplicándose en este sentido lo regulado para el proceso ordinario laboral.

El pronunciamiento de la Sala Laboral es susceptible de ser apelado dentro del término de cinco días, (artículo 32 de la NLPT), resolviendo el recurso la Corte Suprema de la República, declarándose expresamente que no procede el recurso de casación.

PROCESO ABREVIADO LABORAL

La característica principal del proceso abreviado laboral es que se utiliza en las reclamaciones que se ventilan ante los juzgados de paz laborales. Como excepción, y las situaciones específicas señaladas en la Ley, se utiliza en ciertos trámites seguidos ante los juzgados especializados de trabajo.

En términos generales, esta clase de procesos se encuentran dirigidos a las reclamaciones de menor cuantía (menores de 70 Unidades de Referencia Procesal) lo que explica la estructura especial de este procedimiento que debería ser más rápido que el proceso ordinario laboral.

En términos generales la demanda en esta clase de procesos debe conformarse a los requisitos y exigencias que establece el artículo 16 de la NLPT. Sin embargo

esta trae una novedad con respecto a la reclamaciones que se tramitan en esta vía, permitiéndose en algunos casos la utilización de formularios.

La presentación de la demanda obliga al juez a proceder a su calificación:

Admitida la demanda se corre traslado al demandado para efectos de su contestación dentro del término de diez días hábiles. Se mantiene el criterio imperante señalado en la Ley N° 26636 pareciéndose que existe una diferencia con respecto al proceso ordinario laboral en el cual la contestación de la demanda se entrega al juzgado en el curso de la Audiencia de Conciliación por lo que el plazo de respuesta es mayor.

Asimismo el Juez queda obligado al fijar fecha para la audiencia única que debe realizarse entre los 20 y 30 días siguientes a la fecha de calificación de la demanda. Una fórmula similar se encuentra en el artículo 63 de la Ley N° 26636. En la práctica pocos son los casos en que los jueces han cumplido con los términos señalados en la ley debiéndose ello principalmente a la carga procesal excesiva, que aparece invariablemente como un factor principal para el fracaso de cualquier sistema procesal.

Desarrollo de la Audiencia Única

Nos remitimos a lo que señala textualmente el artículo 49 de la Nueva Ley que señala:

> "La audiencia única se estructura a partir de las audiencias de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario laboral. Comprende y concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden, una seguida de la otra, con las siguientes precisiones:
>
> 1. La etapa de conciliación se desarrolla de igual forma que la audiencia de conciliación del proceso ordinario laboral, con la diferencia de que la contestación de la demanda no se realiza en este acto, sino dentro del plazo concedido, correspondiendo al juez hacer entrega al demandante de la copia de la contestación y sus anexos, otorgándole un tiempo prudencial para la revisión de los medios probatorios ofrecidos.
>
> 2. Ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella se requiriese de la evacuación de un informe pericial, siendo carga del demandante la gestión correspondiente".

Por lo demás, la forma de tramitación de este proceso se adecua a las reglas generales señaladas en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

PROCESO CAUTELAR

La norma "actualiza" las reglas referidas a las medidas cautelares no contempladas en la Ley Procesal del Trabajo bajo la denominación de "proceso" que los artículos 96 a 101 de la Ley N° 26636, señalan, dentro del Título VI bajo la denominación de "Medida Cautelar". En consecuencia, lo que antes se trataba como "medida", ahora forma parte de un concepto más amplio que se denomina "Proceso Cautelar" que además en caso de insuficiencia en su aplicación permite recurrir a la regulación consignada en el Código Procesal Civil.

De acuerdo con la intención original del legislador, la medida cautelar en materia laboral debía ser limitada a lo que la Ley Procesal del Trabajo señalaba expresamente. Ella mencionaba únicamente a las medidas de ejecución forzada bajo la modalidad de inscripción o administración o medidas temporales sobre el fondo. La jurisprudencia, sin embargo, fue dejando sin efecto el referido criterio bajo diversos argumentos, llegándose inclusive a generar determinadas conclusiones a través del mecanismo de los "plenos jurisdiccionales".

El tema se encuentra tratado en el Capítulo IV de la nueva norma que regula el sistema únicamente en tres artículos, bajo el entendimiento que cualquier situación no prevista o no susceptible de ser resuelta con las normas dictadas, lo será aplicándose supletoriamente el Código Procesal Civil.

La aplicación del proceso cautelar se dará en cualquiera de las instancias originarias de tramitación de cada tipo de proceso.

Aspectos Generales del Proceso Cautelar:

El artículo 54 establece las condiciones generales para solicitar u obtener una medida cautelar. El primer requisito es el pedido expreso que debe formular quien solicita la medida, descartándose su aplicación de oficio. En cuanto a la oportunidad en que se puede formular la petición se ratifica el concepto tradicional de que la solicitud puede darse "(...) antes de iniciado un proceso o dentro de este, (...)".

La medida cautelar tiene como fin principal "(...) garantizar la eficacia de la pretensión principal" siendo esto lo que justifica su existencia porque tales medidas están encaminadas a asegurar el eventual cumplimiento o ejecución de la sentencia, cuando esta se convierta en definitiva. Esta noción sirve de base para sustentar los requisitos esenciales de un proceso cautelar como son la verosimilitud de la obligación (calculada estimativamente sobre las posibilidades de que la demanda sea eventualmente amparada), y la necesidad de garantizar la posibilidad de la ejecución del pronunciamiento bajo las mismas condiciones.

La iniciación del proceso cautelar no se pone en conocimiento de la parte contra la cual se pretende aplicar. Ello con el evidente propósito de que el posible

afectado por la medida no desarrolle el esfuerzo correspondiente para neutralizarla, con lo cual se enerva los efectos que pretende obtener.

Incuestionablemente el tema del proceso cautelar, o de las medidas cautelares, encierra un cierto grado de subjetividad ya que el juez tiene que ponderar la existencia de la verosimilitud de la obligación (lo que implica cuando menos emitir una opinión tentativa y subjetiva con respecto al fondo de la controversia), así como si esta se encuentra suficientemente garantizada. Es por ello que se trata fundamentalmente de una facultad del juez que la puede ejercer discrecionalmente, y que está sujeta eventualmente a la revisión por parte de un organismo superior.

Como quiera que existen una pluralidad de eventuales medidas cautelares, el juez finalmente podrá optar por aquella "(...) que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal".

Medidas Cautelares Susceptibles de Aplicación por Parte de los Jueces Laborales:

El párrafo tercero del artículo 54 de la nueva ley señala:

> "En consecuencia, son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e incluso una genérica no prevista en las normas procesales".

De acuerdo con la intención original del legislador, la medida cautelar en materia laboral debía estar limitada a lo que la Ley Procesal del Trabajo señalaba expresamente estaban referidos a las medidas de ejecución forzada bajo la modalidad de inscripción o administración o medidas temporales sobre el fondo.

Comparando la redacción de este artículo con la Ley Procesal del Trabajo vigente, así como con el Código Procesal Civil llegamos a la conclusión de que la nueva regulación de la medida cautelar es mucho más amplia que aquella contemplada en otros dispositivos legales.

La experiencia nacional en materia de medidas cautelares a juicio de muchos no es positiva, pues debido a la libertad que tiene el juez con respecto a las decisiones que adopta en el proceso cautelar, se aprecia que estas se conceden generalmente con mucha generosidad, y usualmente sobre la base de consideraciones que no son estrictamente jurídicas.

Resumiendo lo señalado apreciamos que las medidas cautelares que se pueden aplicar dentro del proceso respectivo en materia laboral son:

1. Las medidas cautelares reguladas en la propia ley que se comenta (reposición provisional y asignación provisional)

2. Las medidas cautelares contempladas en la norma procesal civil u otro dispositivo legal.

Medidas cautelares específicas:

Se regulan dos situaciones referidas específicamente a los conflictos de naturaleza laboral. La primera ha sido denominada: "Medida especial de reposición provisional". El primer párrafo del artículo 55 de la norma establece lo siguiente:

> "El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos:
>
> a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad;
>
> b) estar gestionando la conformación de una organización sindical; y
>
> c) el fundamento de la demanda es verosímil.
>
> Si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia".

La redacción del artículo plantea una serie de dudas e interrogantes entre las cuales cabe mencionar las siguientes:

1. Al hacerse referencia a la calidad de dirigente sindical al momento del despido, no se determina si se trata de aquellos dirigentes que gozan o no del fuero sindical. Recordamos que la facultad de designar a los dirigentes sindicales le corresponde a la organización sindical, sin que tenga un límite del número de dirigentes que puede designar, sin existir además una regulación sobre los beneficios y protecciones que pudieran recibir estos por el solo hecho de su designación. Sin embargo la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que los beneficios referidos a licencia sindical, o al llamado "fuero sindical, no se extienden a todos los miembros de una junta directiva sindical, sino solamente a algunos de ellos. El criterio para la aplicación de estos beneficios está referido al total de trabajadores afiliados a la organización sindical. En consecuencia, el solo hecho de ostentar la calidad de dirigente sindical podría inducir al juez a otorgar una reposición provisional a todos los dirigentes independientemente de su número o del cargo que ocupan.

   También debe tenerse en consideración, que si las medidas cautelares pueden dictarse antes del proceso, o recién interpuesta la demanda, el pronunciamiento del juzgado se dará única y exclusivamente sobre la base de los elementos de juicio proporcionados por el demandante que es quien la ha solicitado.

2. Esta protección casi "automática" para obtener una reposición provisional se extiende a otros sectores como son los trabajadores menores de edad despedidos, la madre gestante o la persona con discapacidad. ¿Hasta qué punto esta excesiva protección podrá limitar la contratación, en muchos casos restringida con respecto a los menores de edad y discapacitados?

Adviértase que la disposición legal no establece esta posibilidad con respecto al despido discriminatorio de algún trabajador comprendido dentro de los sectores mencionados, tratándose de un precepto genérico que no tiene limitación de ninguna clase.

También se contempla la posibilidad de reposición provisional de un trabajador si está "(...) gestionando la conformación de una organización sindical ...". Esta propuesta podría ser considerada aceptable en la medida que se demuestre el cumplimiento de los requisitos que la ley señala referidos al despido nulo que obliga a la existencia de una relación causal o elemento conector entre el despido, y la supuesta causa que lo motiva. De acuerdo con la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo debemos entender que para que procediera la causal de despido nulo por estar participando en la organización de un sindicato, el trabajador tendría que demostrar que el empleador tenía conocimiento del referido hecho, para determinar su vinculación con el despido.

La exigencia mencionada (el conocimiento de estar formando una organización sindical) tal como está planteado en el artículo 55, no exige se demuestre que el empleador tenía conocimiento del tal hecho.

El tercer requisito señala como medida especial de reposición provisional que "(...) el fundamento de la demanda es verosímil". Esto determina que la verosimilitud de la obligación, factor principal para el otorgamiento de la medida cautelar repose finalmente en la apreciación subjetiva final del juez. Esta situación podría tener efectos negativos en la medida que tal apreciación se dé sin haberse escuchado al demandado a través de la lectura de su escrito de contestación a la demanda.

Asignación Provisional:

Se encuentra regulada en el artículo 56 del nuevo dispositivo que señala:

"De modo especial, en los procesos en los que se pretende la reposición, el juez puede disponer la entrega de una asignación provisional mensual cuyo monto es fijado por el juez y el cual no puede exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador, con cargo a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). Si la sentencia firme ordena la reposición, el empleador restituye el depósito más sus intereses y, en caso de ordenarse el pago de remuneraciones devengadas, se deduce la asignación percibida".

Esta modalidad se mantiene dentro de los lineamientos tradicionales, ya que la actual legislación permite llegar a situaciones similares.

Obviamente el trabajador que recurre a la modalidad de la asignación provisional, no pone de manifiesto su voluntad de aceptar la terminación de la relación de trabajo, como si sucedería si el trabajador recibe del empleador los beneficios que se le pudiera estar adeudando, recoge la carta de cese para efectos del retiro de dicho beneficio de la entidad bancaria donde se encuentra depositado.

En consecuencia, el trabajador que pretendiendo su reposición en el empleo retira o cobra el importe de beneficios adeudados vinculados a la terminación de la relación de trabajo (específicamente la CTS) está manifestando su voluntad de dar por terminada la relación laboral, poniendo por lo tanto en peligro la demanda interpuesta pretendiendo su reposición. Para ello, tiene esta vía segura pues la asignación provisional pone en evidencia su voluntad de continuar con la demanda interpuesta. Sobre este tema se ha pronunciado repetidamente el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República.

La asignación provisional tiene lógicamente un límite que es el importe de la CTS que pudiera estar en poder del empleador o depositada en la entidad bancaria respectiva. En lo que se refiere a la aplicación de esta medida nos encontramos ante dos situaciones. La primera estaría referida a la parte de la CTS que se encuentra en poder del empleador, y la otra, con respecto a la que se encuentra en la entidad bancaria, que es a quién se tiene que notificar con la medida de asignación provisional a fin de que se hagan los pagos que le corresponden al demandante por este concepto.

PROCESOS DE EJECUCIÓN

El proceso de ejecución está dirigido a asegurar el cumplimiento de determinados Títulos Ejecutivos así como ejecución de resoluciones judiciales firmes y actas de conciliación. La norma no hace ninguna referencia (como sí lo hace la Ley 26636) a los llamados Títulos de Ejecución, aunque si los regulan dentro de las diversas modalidades que aparecen en el documento.

En lo que se refiere a los títulos ejecutivos que permiten la iniciación del proceso de ejecución, la ley señala seis modalidades diferentes que son:

1. Las resoluciones judiciales firmes, considerándose dentro de las mismas las consentidas o ejecutoriadas.
2. Las actas de conciliación judicial aprobadas por el juez no hacen necesario tener que recurrir a un trámite previo para ejecutar lo acordado.
3. Los laudos arbitrales firmes que, haciendo las veces de sentencia resuelven un conflicto jurídico de naturaleza laboral. La lectura de este artículo nos

lleva con naturalidad a una interrogante: ¿Cuál es el concepto de resolución "firme" (que es aquella que no ha sido apelada, o que habiéndose impugnado ha generado un pronunciamiento de cumplimiento). Debemos tener presente que la Ley N° 26636 determinaba que la impugnación de laudo arbitral no relevaba al empleador de cumplir con la obligación establecida en el laudo arbitral.

4. Las resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo firmes que reconocen obligaciones.

   En este caso se considera resolución firme, aquella que no ha sido objeto de contradicción en la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo, que tiene que ser interpuesto dentro del término de 3 meses de notificada la resolución. Es importante destacar que no basta que la resolución sea firme. Se hace necesario también, que ella reconozca la existencia de obligaciones susceptibles de ser ejecutadas.

   ¿Cuál es el efecto de la iniciación de un proceso contencioso administrativo con relación a la demanda que se pretende ejecutar?

   Al respecto debe tenerse en cuenta que la terminación del procedimiento administrativo con una resolución contra la que se recurre, determina que sea viable la ejecución de lo resuelto. Cabe sin embargo paralizar el procedimiento de ejecución con una medida cautelar y ello se dará previo cumplimiento de las condiciones señaladas en la ley para que se dicte una medida de tal naturaleza, la que debe tener en consideración lo señalado en el artículo 23 de la Ley N° 27584[14].

5. El acta de conciliación extrajudicial, privada o administrativa. En estos casos se privilegia la ejecución de los acuerdos a que se pudieran haber arribado. La conciliación extrajudicial podrá concretarse a través de un centro de conciliación. La conciliación extrajudicial sería aquella celebrada por las partes y la administrativa es la que se desarrolla con la intervención del Ministerio de Trabajo. La validez de estos instrumentos está condicionada a que no se incurra en acto de renuncia de beneficios laborares, caso en que prosperará la nulidad de cualquiera de estos documentos.

6. Liquidación para cobranza de aportes previsionales del Sistema Nacional de Pensiones: Se trata de un mecanismo ya existente para cobrar estos aportes retenidos por el empleador para asegurar el cumplimiento de los derechos previsionales.

(14) "Artículo 23.-Efecto de la Admisión de la demanda La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario".

¿Ante qué juez se lleva a cabo el proceso de ejecución?

Tratándose de resoluciones judiciales firmes y actas de conciliación judicial, estas se ejecutan exclusivamente ante el juez que conoció la demanda y dentro del mismo expediente. La única excepción a esta regla está referida a la ejecución proveniente de demandas iniciadas ante una sala laboral, las que se ejecutan ante el juez especializado de trabajo de turno. Ello se debe a que las Salas laborales no tienen facultades para ejecutar sus resoluciones cuando ellas intervienen en primera instancia en el conocimiento de cualquier reclamo.

Ejecución de Laudos Arbitrales Firmes que Resuelve un Conflicto Jurídico:

La ley se refiere expresamente a los laudos arbitrales que hubieran resuelto un conflicto jurídico de naturaleza laboral, remitiendo la norma la ejecución de dichos laudos a lo que señala "(...) la norma general de arbitraje". Destacamos que la ley se refiere única y exclusivamente a los laudos de contenido jurídico, esto es aquello que sustituye a una sentencia. Los laudos económicos (que se dictan dentro de un procedimiento de negociación colectiva) no tienen un trámite propio y específico de ejecución. Teniéndose en cuenta que tales autos equivalen a un convenio colectivo de trabajo, su incumplimiento podrá originar en la vía judicial la interposición de una demanda en la que la pretensión sea la declaración de aplicación del laudo a un caso concreto, y su eventual ejecución.

Multa por Contradicción Temeraria:

La Nueva Ley Procesal del Trabajo tiene como principales características, de un lado el otorgamiento de mayores poderes y facultades en favor del juez. Asimismo, pretende sancionar la conducta incorrecta de las partes a través de diversos mecanismos que serán analizados. Uno de ellos es la llamada "Multa por contradicción temeraria" regulada en el artículo 61 de la ley en los siguientes términos:

> "Si la contradicción no se sustenta en alguna de las causales señaladas en la norma procesal civil, se impone al ejecutado una multa no menor de media (1/2) ni mayor de cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP)".

Incumplimiento Injustificado al Mandato de Ejecución:

El juez tiene determinadas facultades para facilitar el cumplimiento de lo ordenado. El artículo 62 de la disposición se refiere al incumplimiento injustificado al mandato de ejecución en los siguientes términos:

> "Tratándose de las obligaciones de hacer o no hacer si, habiéndose resuelto seguir adelante con la ejecución, el obligado no cumple, sin que se haya ordenado la suspensión extraordinaria de la ejecución, el juez impone multas sucesivas, acumulativas y crecientes en treinta por ciento (30%) hasta que el obligado cumpla el mandato; y, si persistiera el incumplimiento, procede

a denunciarlo penalmente por el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad".

PROCESOS NO CONTENCIOSOS

Se trata de mantener un procedimiento simple que le permita al empleador cumplir con facilidad las obligaciones que le corresponde con respecto a los beneficios de sus trabajadores. Para este efecto, se sigue la línea de la Ley Procesal del Trabajo que mantenía un procedimiento sencillo libre de complicaciones para la consignación, diferente del de ofrecimiento de pago señalado en el Código Procesal Civil.

Si bien siempre ha existido este procedimiento en materia laboral, no siempre se ha cumplido. Los jueces no especializados en materia laboral, frente a una consignación laboral casi siempre aplican el procedimiento señalado en el Código Procesal Civil.

El procedimiento no contencioso de consignación comienza con el acto propio de depositar en el Banco de la Nación y a disposición del juzgado competente, los beneficios que le corresponde al trabajador.

La diferenciación del trámite con respecto al señalado por el Código Procesal Civil se encuentra reflejado en el artículo 64 de la ley que señala que la consignación de una obligación exigible no requiere que quien la pide efectúe previamente su ofrecimiento de pago ni que solicite autorización del juez para hacerlo. Simplemente se hace la consignación.

Notificada la consignación esta es susceptible de contradicción dentro del plazo de cinco días hábiles de notificado. Vencido el plazo en mención y previo traslado del pedido "(...) el juez resuelve lo que corresponda o manda reservar el pronunciamiento para que se decida sobre su efecto cancelatorio en el proceso respectivo".

El retiro de la consignación se hace a solo pedido del acreedor sin trámite alguno "(...) incluso si hubiese formulado contradicción". El retiro de la consignación surte los efectos del pago, salvo que el acreedor hubiese formulado contradicción.

Autorización Judicial para Ingresar al Centro Laboral:

La Ley General de Inspección contempla la posibilidad que en determinadas situaciones un Inspector de Trabajo pueda imponer su ingreso al centro laboral. De existir alguna negativa o impedimento para hacerlo, Podrá recurrir a la intervención del juez para que autorice el ingreso al centro laboral.

La norma que se analiza señala textualmente:

"En los casos en que las normas de inspección del trabajo exigen autorización judicial previa para ingresar a un centro de trabajo, esta es tramitada

por el inspector de trabajo o funcionario que haga sus veces. Para tal efecto debe presentar, ante el juzgado de paz letrado de su ámbito territorial de actuación, la respectiva solicitud. Esta debe resolverse, bajo responsabilidad, en el término de veinticuatro (24) horas, sin correr traslado".

RESUMEN Y CONCLUSIONES:

I. El nuevo esquema procesal generará cambios importantes en la forma de tramitación de los expedientes. La notificación electrónica es una necesidad y la grabación de las actuaciones es fundamental para reemplazar gradualmente al expediente escrito que ha sido la tradición en los últimos siglos.

II. Sería conveniente implantar un expediente virtual al que se puedan ir agregando electrónicamente escritos y resoluciones. Este debería estar permanentemente a disposición de los litigantes y abogados a través de los medios informáticos respectivos. Su existencia permitiría generar una presunción de conocimiento del expediente que agilizaría el proceso, pues, evitaría nulidades por supuesta falta de conocimiento de las actuaciones.

Una vez notificada la demanda y teniendo las partes acceso permanente al expediente virtual a través del Internet, se generaría una presunción de conocimiento de cada escrito y actuación procesal. Este acceso permanente al expediente virtual evitaría las visitas al Juzgado para la revisión de los expedientes o solicitar reportes, lo que descongestionaría los juzgados por menor concurrencia de los litigantes.

Se ahorrarían muchas horas hombre actualmente dedicadas a estas actividades. La concurrencia de las partes a los locales judiciales se daría únicamente en las ocasiones que dicha concurrencia fuera imprescindible como es el caso de las Audiencias.

III. Es necesario revisar algunos aspectos de la Nueva Ley que podrían dificultar o desnaturalizar su aplicación. En primer término es necesario determinar de antemano cuál será el efecto de la elevación de la cuantía para establecer la carga procesal que será trasladada a los Juzgados de Paz.

Es necesario anticiparse acerca de la eficacia de la sentencia "al vuelo", entendiéndose como tal aquella que el juez debe expedir al concluir la audiencia o dentro de los sesenta minutos posteriores, para determinar si ella funcionará eficazmente o deberá modificarse tal criterio.

IV. No nos parece que la forma de llevar a cabo la audiencia sea la más conveniente, en tanto, que esta se iniciará con el interrogatorio que el juez le hace a las partes (sobre la base de sus limitados conocimientos) sobre los hechos del proceso ya que hasta dicho momento no se habría realizado ninguna actividad probatoria. Esta intervención judicial inicial puede malograr el esquema

de defensa que las partes deben aportar para lo cual se les han concedido determinados medios probatorios. De esta manera el Juez estaría asumiendo la iniciativa en el ofrecimiento y actuación de medios probatorios para probar lo afirmado en sus respectivas postulaciones, teniendo en cuenta que las partes son las que mejor conocen los hechos y que además tiene la carga de la prueba, debiendo ser la intervención del Juez simplemente aclaratoria o complementaria. Debe respetarse el derecho de las partes de dirigir su propia actividad probatoria como consecuencia de la obligación legal de probar lo que se afirma.

VII. Es acertada la forma como se ha iniciado la aplicación de la nueva ley que comienza a aplicarse de manera progresiva en distritos judiciales con poca carga procesal. Ello permitirá realizar los ajustes correctivos del caso antes de que entre en vigencia la norma en los distritos judiciales de mayor carga procesal. Una experiencia similar se ha aplicado con la puesta en vigencia del nuevo sistema procesal penal.

VII. La incorporación paulatina permitirá la adecuación al nuevo sistema de los protagonistas del proceso así como la adquisición de la infraestructura necesaria para sustenar un cambio tan importante, en la que debe tomarse en consideración también el reentrenamiento y capacitación de jueces, abogados y auxiliares de justicia.

VIII. Se hace necesario y resulta fundamental la provisión de recursos presupuestales para afrontar los gastos que demandará la implantación del nuevo sistema.

VISIÓN CRÍTICA DE ALGUNAS SOLUCIONES CONSAGRADAS EN LA LEY 18.572 DE ABREVIACIÓN DE LOS PROCESOS LABORALES

Gustavo Gauthier(*)

I. PRECISIONES PREVIAS

El título de la presente ponencia, impone comenzar con algunas precisiones relacionadas con el enfoque elegido para analizar un tema que ha despertado un profundo debate en nuestro país.

En primer lugar, y siguiendo al Maestro Plá Rodríguez, corresponde establecer que la palabra crítica tiene, por lo menos, dos sentidos distintos, vinculados entre sí pero diferentes(1).

Puede significar una censura destructiva como cuando se expresa un juicio desfavorable de un hecho o una obra; pero puede implicar también algo más amplio, esto es, un juicio valorativo sobre un hecho o una obra con la finalidad de mejora o perfeccionamiento. Entendida en este segundo sentido, la crítica no se agota en la mera censura, sino que puede contribuir a mejorar aquellos aspectos susceptibles de corrección; este es el sentido con el que nos hemos propuesto encarar el presente estudio.

(*) Asistente Grado 2 en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y Magíster en Derecho, especialidad Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Centro de Posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay).

(1) PLÁ RODRÍGUEZ, A. "Visión crítica del derecho procesal del trabajo". En: *Derecho Laboral*, Tomo XXXIV, N° 163, julio-setiembre de 1991, Montevideo, p. 562.

En segundo lugar, este tema puede ser encarado en el plano del mundo de las ideas, de las concepciones, de la teoría, de los principios e incluso en el plano de las experiencias prácticas, las que por distintas circunstancias resultan de momento limitadas, aunque no por ello pueden dejar de anticiparse.

Las limitaciones inherentes a toda ponencia y las propias del autor, obligan a un abordaje acotado al análisis de si algunas soluciones previstas en los procesos regulados en la Ley N° 18.572, están en línea con los principios que presiden o deben presidir el proceso laboral, concebido este como un proceso especial y autónomo.

Una tercera precisión, que aunque obvia, también conviene anticipar en momentos donde arrecian las críticas desde los más diversos ámbitos, académicos y no académicos, es que el análisis se efectuará desde una perspectiva laboralista, a partir de los principios que la doctrina ha señalado como propios del proceso laboral y no desde visiones que omiten toda consideración al particularismo del derecho del trabajo tanto sustantivo como procesal.

Por último, la cuarta precisión, es que no entraremos en algunos temas polémicos y que están generando los mayores debates actualmente, como es el análisis de constitucionalidad de varias de las disposiciones de los nuevos procesos, sin perjuicio de señalar en cada caso las objeciones que en este sentido se han señalado y la opinión de la Suprema Corte de Justicia en los pocos casos en que ha tenido oportunidad de pronunciarse.

II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO LABORAL

Si bien en el actual estado de evolución del pensamiento juslaboralista, no es discutible la necesidad de una justicia del trabajo especializada y de un procedimiento también especial o autónomo que contemple en forma cabal y adecuada las peculiaridades de la relación de trabajo y la particular posición de debilidad del trabajador que se proyecta también en el proceso(2), no existe unanimidad al momento de identificar los principios que deben informar el proceso laboral.

(2) Por todos ver: GALLART FOLCH, A. *Derecho español del trabajo*, Colección Labor, Barcelona, 1936; GIGLIO, W. *Direito Processual do Trabalho*, 4 Ed., San Pablo, 1977 y "Los procesos laborales: su autonomía, dogmática y normativa". En: *Derecho Laboral*, Tomo XXVII, N° 134, p. 317; PLÁ RODRÍGUEZ, A. "Visión crítica del Derecho Procesal del Trabajo". Ob. cit., DE BUEN, N. *Derecho Procesal del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 1988; BARBAGELATA, H-H. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*, FCU, Montevideo, 2009; BABACE, H. "Los princpios del derecho del trabajo y del código general del trabajo". En: *Derecho Laboral*, XLII, N° 196, p. 868; MANGARELLI, C. "La autonomía del derecho procesal del trabajo y el Código General del Proceso". En: AAVV, *Derecho Procesal del Trabajo*, Treinta Estudios, Grupo de los Miércoles, FCU, Montevideo, 2005; ROSENBAUM, J. "La recreación de un proceso laboral autónomo". En: *Derecho Laboral*, Tomo LII, N° 236, Montevideo 2009; FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. "Apuntes sobre la nueva ley de proceso laboral". En: *Derecho Laboral*, tomo LII, N° 236, Montevideo, 2009; PÉREZ AMORÓS, F. "Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: por un derecho del trabajo procesal". En: *Derecho Laboral*, Tomo LIII, N° 237, Montevideo, 2010.

La tarea no resulta sencilla pues como agudamente señala Barreto, "todo autor que se precie (...) enumera su propio listado de principios procesales"[3], no obstante, como sostiene Pasco, "la tarea primordial es separar el trigo de la paja: distinguir entre lo esencial y lo secundario, entre lo que es consustancial al derecho laboral y aquello que es transitorio o coyuntural"[4].

Una de las primeras dificultades en este campo, siguiendo a Ackerman, se presenta cuando se intenta calificar como *principios* a reglas o instrumentos de diferente importancia y función y en las que es difícil encontrar un denominador común que permita subsumirlos en un concepto con suficiente aptitud abarcativa[5].

En doctrina se ha señalado la existencia de una diferencia entre peculiaridades y principios. En primer lugar, los principios son necesariamente generales, mientras que las peculiaridades son restringidas, pertenecientes a uno o a pocos preceptos o momentos procesales; en segundo término, los principios informan, orientan o inspiran preceptos legales, por inducción, y pueden extraerse de ellos, por medio de razonamiento deductivo, de las peculiaridades no se extraen principios, ni derivan de ellas normas legales; en tercer lugar, los principios dan organicidad a institutos y sistemas procesales, las peculiaridades no, pues agotan su actuación en ámbito estrecho generalmente perteneciente al procedimiento y no al proceso[6].

Por otro lado, Nascimento, sugiere la distinción entre los principios generales del proceso y aquellos que constituyen principios propios del proceso laboral; pero aún identificando principios generales, el proceso laboral reclama una aplicación especial y esencialmente efectiva de reglas comunes como la oralidad, la inmediación, la concentración y la celeridad.[7]

La búsqueda en este caso se orienta a la identificación de aquellos principios procesales generales en la terminología de Giglio, o propios del proceso laboral en la denominación de Nascimento, o aquellos no escritos, pero "actuantes" o "*meta-principios*", como los denomina Barreto[8], a efectos de evaluar las soluciones contenidas en la Ley N° 18.572.

(3) BARRETO GHIONE, H. "Princpios de igualdad y protección en el proceso laboral". En: *Derecho Laboral*, Tomo LIII, N° 237, Montevideo, 2010, p. 66.

(4) PASCO COSMÓPOLIS, M. "Reafirmación de los principios del derecho del trabajo". En: AAVV. *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano*. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Ed. por SPDTSS, Lima, 2004, p. 35.

(5) ACKERMAN, M. "El principio protectorio o de protección". En torno a los principios del derecho del trabajo, Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez, Coord. Mario Pasco Cosmópolis, Porrúa, México, 2005, pp. 27-28.

(6) GIGLIO, W. *Direito Processual do Trabalho*, 6ª Ed., Ltr, San Pablo, 1986, pp. 74-75, PASCO COSMÓPOLIS, M. *Fundamentos de derecho procesal del trabajo*. Aele, Lima, 1977; DE BUEN, N. "Los principios del derecho procesal del trabajo". En torno a los principios del derecho procesal del trabajo. Ob. cit., p. 207.

(7) NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito procesual do trabalho*, 13ª Ed., Saraiva, San Pablo, 1992, p. 58, cit. por Racciatti, O. "Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo". En: AAVV, *Derecho procesal del trabajo*, Treinta estudios, ob. cit., pp. 21-22.

(8) BARRETO GHIONE, H. "Principios de igualdad y protección en el proceso laboral". En: *Derecho Laboral*, Tomo LIII, N° 237, Montevideo, 2010, pp. 74 y 76.

En la doctrina uruguaya, Plá Rodríguez[9], Barbagelata[10] y Sarthou[11], con matices, han incursionado en la identificación y desarrollo de estos principios generales o esenciales, no escritos, informadores o *metaprincipios* que deben presidir todo proceso laboral.

Por comprender los principios señalados tanto por Barbagelata como por Sarthou, seguiremos la enumeración que realiza Plá Rodríguez cuando señala los tres principios que deben estar en el proceso laboral y que no están el proceso común: la desigualdad compensatoria, la búsqueda de la verdad real y la indisponibilidad[12], cada uno de ellos tributarios a su vez de tres principios del derecho del trabajo sustantivo: el principio protector, el principio de primacía de la realidad y el principio de irrenunciabilidad.

1. El principio de desigualdad compensatoria.

Este principio que en opinión de Montoya Melgar[13], sintetiza y resume todos los principios específicos del proceso laboral y que informa a todo el derecho del trabajo, también penetra en el Derecho Procesal del Trabajo, resquebrajando la formal concepción de igualdad de los litigantes, al decir de Murgas[14], como un modo de equilibrar la disparidad de poderes de las partes, que –ya notoria en el vínculo laboral- se evidencia también en la contienda laboral, como señala Raso.[15]

La desigualdad de los litigantes en el proceso laboral se puede apreciar en lo económico, en el ámbito probatorio y también en los aspectos subjetivos, como ha señalado Sarthou[16].

Como enseña Plá Rodríguez: "El desequilibrio o desigualdad económica se refleja en el conflicto en cuanto compromete valores de distinta jerarquía patrimonial para el trabajador y el patrono. El trabajador pone en juego la satisfacción de un derecho de contenido alimentario en función de las necesidades que tiende a satisfacer. El patrono, en cambio, no asiste en el proceso al debate de problemas esenciales de subsistencia económica sino a una disminución de su margen de

(9) "Visión crítica del derecho procesal del trabajo". Ob. cit., p. 571.
(10) "Los medios de prueba en el procedimiento laboral", En: *Derecho Laboral*, Tomo XXIII, N° 119, Montevideo 1980, p. 560.
(11) SARTHOU, H. "Proposiciones sobre un derecho procesal autónomo". En: *Derecho Laboral*, Tomo XIX, N° 104, pp. 865,868 y 871.
(12) PLÁ RODRÍGUEZ, A. "Visión crítica del derecho procesal del trabajo". Ob. cit., p. 571.
(13) MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, Quinta Ed., Tecnos, Madrid, 1984, p. 691.
(14) MURGAS, R. *La jurisdicción del trabajo en Iberoamérica*, Estudios laborales, Paraná, 1983, p. 231, cit. por Plá Rodríguez, A., "Visión crítica(...)", ob. cit., p. 571.
(15) RASO DELGUE, J. "El principio protector en el proceso del trabajo". En: AAVV. *Derecho procesal del trabajo*. Treinta estudios, ob. cit., p. 50.
(16) SARTHOU, H. "Proposiciones sobre un derecho procesal laboral autónomo". En: *Derecho Laboral*, Tomo XIX, N° 104, Montevideo, p. 857

utilidad o, en el peor de los casos, de su capital. De ello se deriva el distinto grado de urgencia que reviste para el trabajador que para el patrono"[17].

Es por eso que como afirma Coqueijo Costa "El proceso laboral procura compensar ese desequilibrio de los sujetos en el proceso con otras desigualdades, instituyendo la gratuidad, el predominio de la inquisitividad, la mayor celeridad, la protección (*in dubio pro operario*), la simplicidad, la conciliación vigilada, la irrenunciabilidad[18].

En relación con las pruebas, Pasco ha señalado que "es fácil advertir cómo, en la posesión o actuación de todas ellas, el empresario tiene una posición preeminente. Veamos:

- Los documentos, ¿en poder de quién están? Los libros de planillas, los recibos y comprobantes, las instrucciones escritas, los memorandos, todos los documentos en que el trabajo queda registrado o que directamente son generados por este permanecen en poder de la empresa. El trabajador recibe solo una parte de los mismos, y conserva una porción muy inferior; y eso, si es muy acucioso. Lo normal, lo común, lo acostumbrado es que conserve solo unos pocos documentos aislados, no siempre útiles ni pertinentes dentro de un eventual proceso. Al demandar, el trabajador debe recurrir más a su memoria y a lo poco que puede extraer de esa documentación feble y dispersa que conserva. El empleador, en cambio, lo tiene todo; al salir a juicio y contestar la demanda, no solo sabe lo que tiene en su poder, sino también lo poco que tiene el trabajador, así que conoce desde el inicio las debilidades probatorias del trabajador y sus propias fortalezas.
- La declaración de parte del trabajador, ¿quién la presta? Indudablemente él mismo, quien es por lo general persona poco ducha en menesteres judiciales, intimidada por los formalismos y rituales que rodean a tales actuaciones y nervios por su propio comportamiento. La declaración de parte del empleador, en cambio, ¿quién la rinde? Por lo general un funcionario experto o incluso un abogado con poder especial, profesionales entrenados, familiarizados con el asunto. ¿Puede, entonces, calificarse de modo igual la experticia para afrontar la prueba y las conclusiones que se pueden extraer de esta?
- La declaración testimonial la rinden, en la inmensa mayoría de los casos, otros trabajadores, sujetos como el propio demandante a la sujeción a su empleador, con todo lo que ello significa de carga subjetiva, No son y difícilmente podrían llegar a ser testigos libres e imparciales, dado el temor reverencial y aún el riesgo de eventuales represalias.

(17) PLÁ RODRÍGUEZ, A. "Visión crítica (...)", ob. cit., p. 572.
(18) COQUEIJO COSTA, C. "Principios característicos del derecho procesal del trabajo". En: *Derecho Laboral*, Tomo XXIII, N° 117, Montevideo, 1980, p. 149.

- Los peritos de parte no actúan *ad honorem*, sino que lo hacen legítimamente a cambio de un honorario. La desigualdad económica hace, por sí sola, que el empleador esté en capacidad para contratar mejores peritos que el trabajador, ya que, aunque el hecho de cobrar honorarios más altos no hace a un profesional mejor que otro, la realidad muestra que los mejores son, por lo general, los que más cobran.
- Finalmente, una inspección, ¿dónde habrá de realizarse? Casi siempre en el propio centro de trabajo, el cual, huelga decirlo, está en permanente posesión del empleador y al que un trabajador accionante o su abogado difícilmente podrán tener acceso, salvo durante el limitado tiempo de la diligencia"[19].

Por su parte el desequilibrio subjetivo, se manifiesta en la distinta potencialidad que la voluntad de las partes tiene en el conflicto laboral. Mientras el patrono tiene libertad plena para adoptar cualquier tipo de decisión respecto del conflicto, la voluntad del trabajador, en cambio, está limitada por las condiciones de la relación de trabajo cuando ella está vigente y después, por las restricciones a la libertad derivada de la urgencia de las reclamaciones y su naturaleza alimentaria[20].

En el campo procesal, Pasco ha propuesto una definición del principio que Plá Rodríguez denomina "desigualdad compensatoria", como "La ruptura deliberada de la isonomía procesal, la provocación de privilegios a favor de la parte débil de la relación jurídico-procesal que eliminen o, al menos, atenúen el desequilibrio interpartes, al provocar desigualdades de signo inverso"[21].

En el artículo III del Título Preliminar de la reciente Nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú, N° 29.497, se ha establecido que: "En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuesto procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad".

Este carácter tutelar, en opinión de Plá Rodríguez, se revela principalmente en dos aspectos: en la prueba y en la suplencia del juez respecto de los errores, contradicciones u omisiones de la demanda.

En materia probatoria, la mayor dificultad del trabajador para obtener la prueba de sus afirmaciones, ha conducido a la aceptación de una serie de criterios o procedimientos que pueden resumirse en tres: a) la apreciación amplia o benevolente

(19) PASCO COSMÓPOLIS, M. "El principio protector en el proceso laboral". En: *Estudios de Procedimiento Laboral en Iberoamérica*, Homenaje a Don Rafael Alburquerque, Tomo I, Librería Jurídica Internacional, República Dominicana, 2007, p. 73-75.
(20) PLÁ RODRÍGUEZ, A. "Visión crítica (...)". Ob. cit., pp. 572-573.
(21) PASCO COSMÓPOLIS, M. "El principio protector en el proceso laboral". Ob. cit., pp. 75-76.

en cuanto a la determinación de si el trabajador ha cumplido o no, con su carga probatoria; b) la redistribución de la prueba, que como recuerda Plá Rodríguez, no llega a significar la inversión de la carga de la prueba, la que no puede aplicarse sin una norma expresa y que se manifiesta a través de lo que la jurisprudencia uruguaya llama el principio de disponibilidad de la prueba, según el cual la parte que dispone de los documentos en los que consta la prueba de los hechos controvertidos, debe suministrarla al proceso y, si no lo hace, se considera que los documentos le dan la razón a la tesis de la contraparte; y c) la atribución de facultades inquisitivas al juez laboral en materia probatoria(22).

Pasco, por su lado, enumera las que a su entender serían las manifestaciones directas o procesales del principio protector: 1) Iniciación de oficio del proceso. 2) Privilegios procesales del trabajador. 3) Redistribución de la carga de la prueba. 4) Relatividad de ciertas pruebas. 5) Ampliación de facultades del juez: proceso quasi inquisitivo, donde resalta la suplencia de la queja, el fallo inmediato, la facultad de fallo ultra y extra petita; y también da cuenta de las manifestaciones indirectas o para procesales del principio protector: 1) Las reglas pro operario (in dubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa). 2) Indisponibilidad de derecho. 3) Otras normas de protección(23).

En nuestro medio, tanto Barbagelata(24), como Plá Rodríguez(25), admiten la aplicación de la regla in dubio pro operario en materia de valoración de la prueba, en casos de auténtica duda para valorar el alcance o el significado de una prueba, aunque no para suplir omisiones.

Ackerman lo plantea en estos términos: "en la interpretación de las normas laborales, la regla in dubio pro operario no está destinada a compensar la carencia, imposibilidad o insuficiencia de una acción del trabajador, sino a operar como remedio de último recurso para que el juez pueda pronunciarse y administrar justicia. Las diferencias entre una y otro situación son evidentes:

- Mientras que la duda en la valoración de la prueba no impide juzgar, la duda en la interpretación del Derecho pone al juez en un callejón sin salida que obsta al pronunciamiento judicial;
- En el segundo caso hay ambigüedad normativa. En el primera insuficiencia probatoria;"(26)

En el mismo sentido se ha pronunciado Racciatti, para quien la aplicación de la regla in dubio pro operario cuenta con respaldo en el derecho positivo en el

(22) PLÁ RODRÍGUEZ, A. "Visión crítica (...)". Ob. cit., pp. 573-574.
(23) PASCO COSMÓPOLIS, M. "El principio protector en el proceso laboral". Ob. cit., pp. 82-95.
(24) BARBAGELATA, H-H. "Los medios de prueba en el procedimiento laboral". Ob.cit., pp. 557-558.
(25) PLÁ RODRÍGUEZ, A. *Los principios del derecho del trabajo*, pp. 52-53.
(26) ACKERMAN, M. "El principio protectorio o de protección". Ob. cit., pp. 62-63.

artículo 139.2 del Código General del Proceso, vinculado con la apreciación de las omisiones o deficiencias de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, coincidiendo con Plá Rodríguez en que "la existencia de dudas, dificultades, deficiencias u omisiones, no puede asimilarse a la ausencia de prueba"[27].

No obstante, no puede dejar de señalarse que la recepción del principio protector o de desigualdad compensatoria en lo procesal, no es absolutamente pacífica, en tanto puede implicar un debilitamiento del principio contradictorio que supone una dialéctica procesal simétrica[28]y también porque puede afectar la imparcialidad del juez que parece ser la esencia de la función judicial.

Para Pasco el conflicto entre el principio protector, que provoca una deliberada desigualdad compensatoria y el principio contradictorio, que se sustenta en la absoluta igualdad procesal, es más aparente que real. No se trata de una dicotomía excluyente "igualdad vs. protección", sino de definir un concepto o tomar una posición acerca de la igualdad[29].

Este es el nudo del problema, si las partes del proceso laboral no se encuentran en pie de igualdad, el principio de igualación debe compensar estas desigualdades, equiparando la posición de los litigantes a través de la creación y aplicación de reglas y soluciones diversas para unos y otros, tratando desigualmente a los desiguales, no otro es el alcance del principio de igualdad aristotélico que recoge nuestra Constitución[30].

La doctrina española resuelve la tensión entre igualdad procesal y desigualdad sustantiva, afirmando la idea del equilibrio procesal: Baylos Grau, Cruz Villalón y Fernández, señalan que "(...) en todo proceso de trabajo existe una tensión entre el respeto a la igualdad de las partes como garantía del derecho a su defensa en el proceso, y la alternación de reglas procesales en aras justamente de lograr la igualdad sustancial de las partes. Con fundamento en la prohibición de indefensión (...) La resolución de estas tendencias se resume en la idea de equilibrio procesal a que se refiere el art. 75.1 del LPT por el que deben velar de oficio los órganos judiciales"[31].

En relación a la imparcialidad personal y funcional del juez, Russomano ha planteado el tema en forma por demás clara: "El juez es imparcial pero la ley que él aplica es parcial como todas las leyes de protección.

(27) RACCIATTI, O. "Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo". Ob. cit., p. 31.
(28) PASCO COSMÓPOLIS, M. "El principio protector en el proceso laboral". Ob. cit., p. 77.
(29) Ídem., p. 79.
(30) El artículo 8 de la Constitución uruguaya al consagrar el principio de igualdad establece: "Todos las personas son iguales ante la Ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes".
(31) BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J.; FERNÁNDEZ, M.F. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Ed. Trotta, Madrid, 1991, cit. por Racciatti, O., "Trascendencia procesal de los principios del derecho del trabajo". En: *Derecho Laboral*, N° 196, Montevideo, 1999, p. (...)(...).

La imparcialidad personal y funcional del magistrado no está perjudicada por el hecho de que debe aplicar una ley parcial. El juez recibe la acción, instruye la demanda y la estudia con absoluto espíritu de imparcialidad. El carácter protector de la ley sustantiva de trabajo mientras tanto se proyecta sobre el procedimiento e inspira el criterio hermenéutico adoptado por el juez, no solo al formular la sentencia sino también al conducir el proceso.

La interpretación de la ley y de la prueba debe obedecer, por lo tanto, a criterios peculiares a la naturaleza y a las finalidades del Derecho del Trabajo. De esa manera el juez, durante el proceso y en ocasión de dictar la decisión final, se comporta de manera distinta a como lo hace el juez civil en situaciones similares: el juez del trabajo encara a las partes de la relación procesal frente a frente, para identificarlas y conocerlas ya que en función de ese conocimiento y de aquella identidad, él aplicará una ley que sustancialmente se justifica por la desigualdad social entre los contratantes.

Aquí –como fue escrito anteriormente– del Derecho Procesal del Trabajo se modela según el contexto del Derecho del Trabajo por cuanto al contrario de lo que ocurre según la ley física de los líquidos, en el mundo jurídico, el continente se ajusta a la forma del contenido"[32].

No obstante, compartimos con Plá Rodríguez, que la clave de solución de este problema, se puede encontrar en otro de los principios del proceso laboral como es la búsqueda de la verdad real que exige y asegura la imparcialidad del juez[33].

2. El principio de la búsqueda de la verdad real

Existe unanimidad en la doctrina laboralista en cuanto a que el principio de la búsqueda de la verdad material o real es o bien un principio procesal propio del derecho del trabajo, o una proyección de sus principios sustantivos o la faceta procesal del principio de primacía de la realidad[34].

Como quiera que sea, el principio de la búsqueda de la verdad real, frente a lo que se podría denominar la verdad formal derivada de documentos, informes y de las formalidades, vela por que en el proceso se alcance la verdad verdadera, que se llegue desentrañar lo que ocurrió efectivamente en la realidad más allá de las formas.

Es por ello que se habla de la verdad real. Como afirma Plá Rodríguez, en esta última palabra se conjugan dos ideas: la de la realidad y la de la autenticidad[35].

(32) RUSSOMANO, M.V. *Direito procesual do trabalho*, Ltr, San Pablo, 1977, p. 43, cit. por, PLÁ RODRÍGUEZ, A. "Visión crítica(...)", Ob. cit., p. 576.
(33) PLÁ RODRÍGUEZ, A. "Visión crítica(...)". Ob. cit., p. 577.
(34) BEÑARÁN BURASTERO, P. "Principio de búsqueda de la verdad material". En: AAVV. *Derecho procesal del trabajo*. Treinta estudios, Grupo de los miércoles, ob. cit., p. 124.
(35) Ídem, p. 577.

Para Pasco, este principio que denomina de veracidad, es el primero de los principios del derecho procesal laboral y consiste en la necesidad de que en el proceso laboral prevalezca el fondo sobre la forma, que se de primacía absoluta a la verdad real sobre la verdad aparente o formal[36].

Es la denominación que se utiliza también en el artículo 1 de la reciente Nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú N° 29.497, para hacer referencia a este principio.

Proto Pisani, por su parte, ha señalado que la búsqueda de la verdad material implica procurar la justa composición del litigio y no la mera paz jurídica[37].

En nuestro país, Nicoliello, difundió la expresión "la verdad de la vida" para hacer mención a la necesidad de buscar la verdad real o verdadera[38].

Sarthou por su parte, destaca que "El principio de inquisición surge como respuesta o remedio que aporta la ciencia jurídica del proceso para lograr el proceso-verdad, mediante la restitución del equilibrio violado de las partes y la búsqueda de la verdad real oculta detrás del conflicto"[39].

Pérez Amorós, ha señalado recientemente que "la justicia efectiva y real ha de ser algo más que rápida, ha de ser segura por imperio del principio de veracidad, que debe regir en materia laboral, doble exigencia de todo proceso laboral que entendemos tiene mayor proyección en la fase probatoria del procedimiento laboral[40]".

Así entendido, el principio de la búsqueda de la verdad real no solo se convierte en el objetivo final del proceso laboral, sino que permite revelar el verdadero alcance del principio de desigualdad compensatoria en materia procesal: el objetivo del tratamiento desigual de las partes en el proceso laboral, no es favorecer al trabajador para que la sentencia en definitiva lo favorezca, sino para llegar a la verdad.

Una vez alcanzada la verdad, el juez estará en condiciones de aplicar el derecho sustantivo y esa decisión así concebida no solo brindara las mayores garantías a las partes, sino que será intrínsecamente justa.

3. El principio de indisponibilidad de las normas de fondo.

Para Barbagelata, lo que verdaderamente caracteriza y define al proceso laboral, "es la irrenunciabilidad de los derechos que constituyen el orden público social.

(36) PASCO COSMÓPOLIS, M., "Los principios del derecho procesal del trabajo", exposición efectuada en la reunión plenaria de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrada en la Ciudad de México en octubre de 1990, cit. por Plá Rodríguez, A., "Visión crítica(...)", ob. cit., p. 577.

(37) PROTO PISANI, Andrea. "Problemi di rito speciale del lavoro". En: *Nuovi studi di diritto processuale del Lavoro*, Franco Agneli, Milán, 1992, p. 239, cit. por Racciatti, O., "Los principios(...)" ob. cit., p. 32.

(38) NICOLIELLO, N. *Apuntes para un posible Derecho Procesal del Trabajo uruguayo*, Montevideo, 1967, p. 11 y ss.

(39) SARTHOU, H. "Las facultades judiciales inquisitivas en el proceso laboral uruguayo - Leyes 14.188 y 14.848. En: *Derecho Laboral*, Tomo XXII, N° 113, p. 104

(40) PEREZ AMORÓS, F. "Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal(...)". Ob. cit., p. 24.

De tal irrenunciabilidad, deriva una indisponibilidad procesal, que sitúa al proceso laboral sobre bases totalmente diferentes a las del proceso civil. Dicho de otra manera, el proceso civil y el proceso laboral se pueden aproximar, cada vez más, desde el punto de vista del empeño en la busca de la verdad, o en función de la racionalidad, realismo, economía, y hasta celeridad, que tiene también a presidir el proceso civil moderno, pero, como lo han visto muy claramente algunos procesalistas que vienen del campo civil, es profundizando en torno a la indisponibilidad que surgen elementos de diferenciación irreductibles.

Toda la cuestión de la prueba, desde a quien incumbe la carga, pasando por los medios y su actualización, hasta la apreciación de la producida, debe ser pues, reexaminada en función de esa circunstancia. Y cabe acotar que las disposiciones constitucionales en casi todos los países de Iberoamércia, excluyen los escrúpulos de inconstitucionalidad de un trato diferencial en el proceso, que han motivado incluso interpretaciones restringidas de textos aparentemente muy avanzados como la ley italiana N° 533 de 1973"[41].

Para Pasco, "Los términos indisponibilidad e irrenunciabilidad son claramente afines, casi sinónimos, aunque pueda establecerse alguna sutil diferencia. En realidad, indisponibilidad es un concepto más amplio, que guarda con el de irrenunciabilidad una relación de género-especie. (...) Si la ley dispone la irrenunciabilidad de derechos, no excluye necesariamente la indisponibilidad de ellos, sino solo de aquellos actos de disposición que importen una renuncia. A la inversa, si la ley consagrara la indisponibilidad, implicaría en todos los casos la proscripción de la renuncia"[42].

En el proceso, existen institutos cuya validez, en el caso de derechos laborales, pueden entrar en colisión con la indisponibilidad de los derechos sustanciales o con el orden público laboral[43], como es el caso de la transacción, la conciliación, el desistimiento, el abandono o perención de la instancia y la preclusión, que merecen una atención y desarrollo especial que no es posible en este caso.

III. LOS PRINCIPIOS ENUNCIADOS EN EL CAPÍTULO I DE LA LEY N° 18.572

El artículo 1 de la ley establece que: "Los procesos laborales se ajustarán a los principios de oralidad, celeridad, gratuidad, inmediación, concentración, publicidad, buena fe y efectividad de la tutela de los derechos sustanciales".

(41) BARBAGELATA, H-H. "Los medios de prueba en el procedimiento laboral". Ob. cit, p. 560.
(42) PASCO COSMÓPOLIS, M. "En torno al principio de irrenunciabilidad". En: AAVV. *En torno a los principios del derecho del trabajo*, ob. cit., p. 73-74.
(43) Sobre estas cuestiones ver Garmendia, M. *Orden público y derecho del trabajo*, FCU, Montevideo, 2001.

En puridad se trata de caracteres típicos o peculiaridades, a los que la ley uruguaya y gran número de estudiosos ha tomado como principios, sin advertir como afirma Pasco "que son efecto y no causa"[44].

En la misma línea, Barreto señala que en realidad "Los principios del art. 1 de la ley serían una especie de "reglas" o desarrollos de este verdadero *metaprincipio* protector, inspirador y orientador del resto, operando como norma fundamental ubicada por encima del ordenamiento"[45].

Tales peculiaridades, a esta altura, no pueden considerarse especiales o propias del proceso laboral, si bien muchas de ellas son productos del mismo, sin perjuicio que en este ámbito estén llamadas a tener una actuación más profunda y esencialmente efectiva, como reclama Nascimento[46].

Se trata de reglas generales o comunes a otros tipos de procesos, al punto que aparecen recogidas también como principios orientadores del proceso común regulado en el Código General del Proceso[47].

La consideración de los "principios" consagrados en el artículo 1, como reglas o peculiaridades de los procesos laborales previstos en la norma no solo no excluye los principios propios del derecho procesal del trabajo como los que venimos de mencionar, por tratarse de una enunciación abierta a partir de los dispositivos de los artículos 30 y 31, sino que impone, en todo caso, que estas reglas o peculiaridades deben actuar, observarse y estar al servicio de aquellos principios esenciales y especiales del proceso laboral.

En otros términos, la oralidad, la celeridad, la gratuidad, la inmediación, la concentración, la publicidad y la buena fe, no constituyen fines u objetivos en sí mismos, sino medios o herramientas funcionales a la desigualdad compensatoria, a la búsqueda de la verdad real y a la indisponibilidad de los derechos sustanciales.

En consecuencia, cuando determinadas soluciones del procedimiento, aunque inspiradas en las reglas o peculiaridades enumeradas en el artículo 1, contradigan o cuestionen alguno de los principios esenciales del proceso, deberá otorgarse preeminencia a estos últimos.

(44) PASCO COSMÓPOLIS, M. "El principio protector en el proceso laboral". Ob .cit., p. 95.
(45) BARRETO GHIONE, H. "Principios de igualdad protección en el proceso laboral". Ob. cit., p. 76.
(46) NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito procesual do trabalho*, 13ª Ed., Saraiva, San Pablo, 1992, p. 58, cit. por Racciatti, O. "Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo". En: AAVV, *Derecho procesal del trabajo*, Treinta estudios, ob. cit., pp. 21-22.
(47) La enumeración de principios del artículo 1 no es distinta a la enumeración contenida en el Código General del Proceso, salvo por cuanto en este caso no se recogió el principio de igualdad y se elevó a la categoría de principio la efectividad de la tutela de los derechos sustanciales que en el proceso común constituía un criterio de interpretación para el Juez.

IV. LAS SOLUCIONES DE LA LEY N° 18.572 Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO LABORAL

A modo de preámbulo conviene realizar algunas consideraciones acerca de la finalidad perseguida por la Ley, en torno al tipo de procesos que consagra y particularmente el régimen de la prueba, a efectos de permitir una adecuada valoración de las distintas soluciones que ella propicia en relación con los principios del proceso laboral.

No puede existir controversia, y en los hechos no la hay, acerca de que la abreviación de los procesos y en particular de los procesos laborales, representa un imperativo para obtener la efectiva tutela de los derechos sustanciales del trabajador y desde esta perspectiva resulta plenamente compartible la finalidad perseguida por el legislador, finalidad que ha quedado plasmada en el propio título de la Ley con la que fue distinguida en el Parlamento: "Abreviación de los procesos laborales".

Por el contrario, mucho se ha discutido y se continuará discutiendo, acerca de las causas de las demoras y la forma o los remedios para lograr el objetivo de abreviar la duración de los procesos, en este punto es donde aparecen las discrepancias y donde se mezclan aspectos ideológicos, técnicos-jurídicos, prácticos y hasta de cotos académicos.

Evitando naufragar en estas cuestiones que excederían el propósito de esta ponencia, corresponde mencionar un fenómeno, característico del derecho del trabajo latinoamericano, y que Rosenbaum ha traído a colación en relación a este tema: la acentuada brecha que se verifica entre derecho y realidad en el terreno práctico: "una cosa es lo que proclaman los códigos y las leyes, detalladas y minuciosas en la conformación de una verdadera ingeniería procesal para cumplir los roles de justicia en materia laboral, consagrando en sus textos principios tan trascendentes como la impulsión de oficio de la litis, la oralidad, la abreviación de los plazos o la amplitud probatoria.

Y otra observación muy distinta es la que se constata en la vida diaria, donde por décadas se han verificado –incluso a pesar del esfuerzo de la magistratura del trabajo– numerosas rémoras que ensombrecen la práctica forense"[48].

Si se reconoce que la demora de los procesos laborales, es multicausal, todo indica que difícilmente el remedio pueda ser único o monovalente, habida cuenta la cantidad de razones y circunstancias que originan o explican estas demoras.

Para alcanzar la apuntada finalidad, el legislador parece haber recurrido casi exclusivamente al postulado de que la abreviación de los plazos, que evidentemente

(48) ROSENBAUM, J., "La recreación de un proceso laboral autónomo". En: *Derecho Laboral*, Tomo LII, N° 236, Montevideo, 2009, p. 770.

constituye un factor importante, como "la" solución para obtener la celeridad de los procesos, sin reparar demasiado en las demás causas de las demoras, ni en algunas consecuencias que tal restricción puede representar para las garantías de los justiciables.

No siempre la demora proviene de los plazos que las partes y el Tribunal tienen para desarrollar los actos y las instancias judiciales y es por ello que en algunos casos la limitación excesiva de los mismos no necesariamente redundará en la abreviación de los juicios, aunque puede llegar a comprometer, innecesariamente, el debido contradictorio o la capacidad de producir prueba.

Por otro lado, tanto la doctrina laboralista(49), como la procesalista(50), son contestes en que el principio dispositivo se encuentra implícito en ambas estructuras procesales de la Ley N° 18.572, compartiéndose asimismo que ello surge a partir de la consagración expresa en el artículo 1 de las potestades inquisitivas del Tribunal.(51)

El principio dispositivo comprende la iniciativa de parte, la disposición de los derechos del proceso con la limitación que impone la naturaleza del derecho sustantivo, la sujeción del proceso a los hechos invocados por las partes que incluye la carga de contradicción que se deduce del artículo 9 y la congruencia en el sentido de que el límite de la dirección judicial se halla en lo pretendido, salvo los casos en que la ley habilita el exceso, sin perjuicio de la iniciativa probatoria del Tribunal limitada al marco fáctico aportado por las partes y de la dirección del proceso que también le compete(52).

Por último, cabe mencionar que el legislador no ingresó en la regulación de los aspectos vinculados con el *onus probandi*, como por ejemplo a quién incumbe la carga de acreditar determinados hechos, ni estableció presunciones de ningún tipo, como quizás se podría haber establecido en función del principio de desigualdad compensatoria y ello sin mengua de la regla del debido contradictorio(53).

(49) FERNÁNDEZ BRIGNONI, H., " Apuntes sobre la nueva ley de proceso laboral". En: *Derecho Laboral*, Tomo LII, N° 236, Montevideo, 2009, p. 787 y ROSSI ALBERT, R. "Primer lectura de la Ley N° 18.572 sobre abreviación del los procesos laborales". En: *Derecho Laboral*, tomo LII, N° 235, Montevideo, 2009, p. 453.

(50) VARELA MÉNDEZ, E. J. "Principios aplicables a los procesos laborales". En: AAVV. *Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral*, FCU, Montevideo, 2010, p. 71 y SIMÓN, L. M. "Régimen de los plazos y potestades de instrucción del tribunal y procedimiento probatorio en la ley N° 18.572". En: AAVV. *Nuevas especialidades del proceso* (...) cit., p. 122, KLETT, S. "Proceso ordinario". En: AAVV. *Nuevas especialidades del proceso* (...), cit., p. 160.

(51) Conf. ROSSI ALBERT, R., y SIMÓN, L.M, en obradas citadas en notas anteriores.

(52) ROSSI ALBERT, R. Ob. cit., p. 453.

(53) No es el caso de la reciente Nueva Ley Procesal Laboral del Perú, N° 29.497, donde se establecieron varias presunciones legales: Artículo 23.2: "Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario".; artículo 23.5: "En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas

La anterior constatación autoriza a plantearse el valor de tal silencio, a efectos de determinar si las nuevas disposiciones han modificado las reglas de juego en esta materia o se mantienen las que se han venido aplicando hasta este momento, básicamente provenientes del proceso común.

En este sentido, Barreto, a partir del *metaprincipio* protector, esboza al menos tres consecuencias procesales vinculadas a la prueba:

> "a) la interpretación de las normas sobre prueba debería hacerse en el marco del concepto de cargas probatorias dinámicas, según la cual se impone la carga probatoria a aquella de las partes que se encuentra en mejores condiciones de producirla;
>
> b) pero como se ha adelantado, es posible ensayar una interpretación más a fondo de las soluciones procesales laborales de la Ley N° 18.572. En concreto, las cargas procesales pueden regirse por un criterio todavía más riguroso para el empleador, atento a que, ante la inexistencia de norma precisa sobre cargas probatorias, el art. 31 prescribe la integración con "disposiciones especiales en materia laboral". Estas disposiciones procesales del derecho laboral son las previstas en el art. 2 de la Ley N° 17.940, el art. 6 de la Ley N° 18.251, el art. 10 de la Ley N° 12.597 y el art. 2 de la Ley N° 13.556. Todos establecen una carga más gravosa para el empleador y esa debería ser la fuente normativa que integre el vacío que presente la Ley N° 18.572 en materia probatoria;
>
> c) por último, el ejercicio de las facultades inquisitivas dispuestas por el art. 1 de la ley tiene un alcance mayor al previsto en el art. 137 del CGP, ya que nada impide que el juez disponga de prueba no ofrecida e inclusive traiga al proceso 'hechos nuevos' dentro de lo controvertido. En particular, ha de observarse la fuerza semántica que tiene el término 'averiguar' estampado en el art. 1, y que de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española significa 'inquirir la verdad hasta descubrirla'"(54).

La opinión de Barreto puede compartirse en relación a que la interpretación de las normas sobre prueba, debería hacerse en el marco del concepto de cargas procesales dinámicas, camino por el que transita actualmente gran parte la jurisprudencia uruguaya, y que constituye una herramienta fundamental del principio de desigualdad compensatoria.

---

y de su proporcionalidad". y artículo 29: "El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso, Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de las partes".

(54) BARRETO GHIONE, H. "Principios de igualdad y protección en el proceso laboral". Ob. cit., pp. 76-77.

En cambio, no puede compartirse la posibilidad que el Tribunal incorpore hechos nuevos, en mérito a que las potestades de averiguar o complementar la prueba de los hechos, está referido a los hechos "objeto de controversia" y en el marco de un proceso dispositivo los que controvierten son las partes[55].

No obstante, si bien el Juez no puede introducir hechos nuevos en el sentido que tal innovación provoque la modificación del objeto de la controversia y con ello una eventual modificación de la petición original, en base al principio de búsqueda de la verdad podría indagar o averiguar sobre otros hechos, que aunque no invocados por las partes, puedan explicar o arrojar luz sobre los hechos controvertidos por las partes. En este sentido, deberá tratarse de hechos que tuvieran relación directa y resulten imprescindibles de conocer para evaluar adecuadamente los hechos controvertidos.

Tampoco puede ser de recibo la posibilidad de integrar el vacío existente en materia de cargas probatorias, creando presunciones o modificando la carga probatoria por vía de integración con otras disposiciones especiales en materia laboral y ello en base a dos fundamentos:

- De un lado, porque la doctrina siempre ha sido conteste en que para invertir la carga de la prueba o establecer presunciones, se requiere texto expreso. En este sentido Wilson de Souza Campos Batalha, señala que las inversiones del *onus probandi* deber ser consagradas a través de presunciones, *juris tantum* u *hominis*, sin que ello implique alterar el equilibrio de las partes en el contradictorio[56].

  Pasco, enseña que existen dos maneras de consagrar la reversión probatoria:

  "expresa, cuando las normas legalmente así lo determinan, como es el caso de la ley peruana, que señala que el trabajador solo está obligado a demostrar su condición de tal, producido lo cual es de cargo del empleador acreditar con prueba que la obligación no existe o que ya ha sido pagada; u oblicua, cuando el ordenamiento consagra determinadas presunciones *juris tantum* a favor del trabajador, que el empleador está en la necesidad de destruir, como lo hacen la ley colombiana y la panameña"[57].

Por su parte, Ackerman, entiende que si bien el trabajador no tiene la carga de proveer al juez una norma de interpretación unívoca, "esto no impide que, para la acreditación de algunas circunstancias fácticas, y como consecuencia de una decisión de política legislativa, en ciertos casos se atenúe la carga probatoria del tra-

(55) SIMÓN, L.M. "Régimen de los plazos y poderes de instrucción (...)". Ob. cit., p. 122.
(56) BATAHLA, W. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho,* Ltr, 2 Ed. San Pablo, 1985, p. 16, cit. por PASCO COSMÓPOLIS, M. "Principio protector en el proceso laboral". Ob. cit., p. 77.
(57) PASCO COSMÓPOLIS, M. Ob. cit., p. 84.

bajador por la vía de presunciones legales, y se traslade así al empleador el deber de probar ciertos hechos"[58].

En nuestro medio, Plá Rodríguez, al señalar que la redistribución de la prueba no llega a significar la inversión de la carga de la prueba, afirma que esta "no puede aplicarse sin una norma expresa"[59].

- Por otro lado, porque la integración que se propone puede desembocar en la existencia de presunciones de diverso peso, contorno y definición, en función de las inevitables distintas opiniones de los magistrados, con el agravante de que a efectos de la integración se proponen normas especiales del más diverso alcance, algunas de las cuales incluso resulta dudoso que consagren hipótesis de inversión de la carga de la prueba, como es el caso del artículo 10 de la Ley N° 12.597, donde se establece que corresponde al empleador que despide por notoria mala conducta acreditar la misma y ello es conforme al criterio de que a cada parte corresponde probar los hechos que invoca.

En nuestra opinión, si bien de acuerdo al principio de desigualdad compensatoria el legislador perfectamente puede establecer presunciones a favor del trabajador y ello no importa comprometer la regla del debido contradictorio, el silencio en esta materia no puede autorizar la creación de presunciones por vía integrativa, siendo dable requerir para estos casos la existencia de texto expreso.

Como corolario, se puede establecer que la opción del legislador de no ingresar a la regulación de la prueba, determina que en esta materia rijan las reglas generales, desde la carga de acompañar la prueba con la demanda y la contestación, hasta la carga del actor y del demandado de acreditar los hechos invocados por cada parte[60].

1. Proceso laboral ordinario y proceso laboral de menor cuantía.

La ley regula en forma diferente dos tipos de procedimientos, en función de la cuantía del reclamo: los asuntos que no superen la suma de $ 81.000 (aproximadamente unos USD 4.050) deberán tramitar por el procedimiento de menor cuantía, los asuntos que superen esa cifra lo harán por el proceso ordinario.

El proceso de menor cuantía, posee plazos más breves y expeditos para exponer las posiciones de las partes y producir la prueba y fundamentalmente consiste en un proceso de instancia única, donde no es admisible la revisión de la sentencia definitiva por ninguno de los litigantes[61].

(58) ACKERMAN, M. "El principio protectorio o de protección". Ob. cit., p. 63.
(59) PLÁ RODRÍGUEZ, A. "Visión crítica (...)", ob. cit., p. 573.
(60) FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. "Apuntes sobre la nueva ley (...)". Ob. cit., p. 788.
(61) Actualmente existe un debate en el Uruguay sobre la constitucionalidad de las normas que disciplinan el

Como afirma Garmendia, con la creación del proceso de menor cuantía "se ha privilegiado la más expeditiva conclusión del litigio por encima de cualquier otro valor en juego en los procesos judiciales. Las susceptibilidades que despierta una opción de esta naturaleza, no distinguen entre potenciales actores o demandados (en principio, trabajadores o empleadores, respectivamente), pues de antemano no puede preverse qué parte del proceso (actora o demandada) podrá resultar afectada por no lograr acceder a una instancia de revisión"(62).

Una de las posibilidades entonces, es que la sentencia del proceso de menor cuantía rechace la demanda y en ese caso el trabajador no tendrá la alternativa o la garantía de que el fallo sea revisado en otra instancia.

La utilización del criterio de la menor cuantía, si bien tiene como objetivo principal lograr la mayor celeridad en la resolución de las contiendas, encierra un dilema difícil de resolver, pues el concepto mismo depende de la perspectiva con la que se lo analice: ¿menor cuantía para quién?, ¿para el Estado o el sistema judicial?, ¿para el trabajador?, ¿para el empleador?. Seguramente las respuestas en todos los casos sean distintas: evidentemente para el Estado o el sistema judicial, asuntos que rondan los USD 4.000 constituyen asuntos de menor cuantía, que pueden justificar la puesta en marcha del menor andamiaje judicial posible; en cambio para el trabajador, su asunto nunca va a ser de "menor cuantía", sino de la "mayor y principal cuantía" en mérito a que en la mayoría de los casos la suma reclamada es todo cuanto cuenta para subsistir él y su familia. Para el empleador, no existe una respuesta única, podrá tratarse de asuntos de menor, mediana o máxima cuantía, dependiendo de su condición.(gran empresa, pequeña, mediana o microempresa, empleadores de servicio domestico, etc.)

En nuestro caso, el problema se ve agravado por el monto utilizado para limitar la menor cuantía, el que supera casi un 40% a la que le sigue inmediatamente en el derecho comparado, que es el caso de España; expresado en salarios mínimos, el monto recogido en la ley uruguaya, equivale a 18 salarios mínimos nacionales, aproximadamente unas 39 veces Bases de Prestaciones y Contribuciones(63) y

proceso de menor cuantía: a favor pueden verse los trabajos de ERMIDA URIARTE, O. "La Constitucionalidad de los Nuevos Procesos Laborales Autónomos (Ley N° 18.572)". En: *Revista Cade. Doctrina & Jurisprudencia*, Tomo VI, Montevideo, abril 2010, p. 5 y ss; FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. "La constitucionalidad de la ley procesal laboral N° 18.572". En: *Derecho Laboral*, Tomo LIII, N° 237, p. 31 y ss.; en contra: GUERRA, W. "Nuevo proceso laboral. Fundabilidad y su constitucionalidad y convencionalidad". En: AAVV. *Nuevas Especialidades del Proceso sobre materia laboral*. Ob. cit., p. 23 y ss; PEREIRA CAMPOS, S. "Depósito para apelar y proceso de menor cuantía: dos inconstitucionalidades del nuevo proceso laboral". En: *Revista Cade. Doctrina & Jurisprudencia*. Tomo VII, junio 2010, p. 63 y ss. De momento no existen pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia sobre los numerosos recursos de inconstitucionalidad que tiene a consideración sobre esta parte de la Ley.

(62) GARMENDIA ARIGÓN, M. "Notas sobre el proceso laboral de menor cuantía". En: *Tribuna del Abogado*, N° 167, Marzo/mayo 2010, Ed CAU, Montevideo, p. 24.

(63) GARMENDIA ARIGÓN, M. Ob. cit., p. 21.

mas de 8 veces el ingreso salarial real promedio de los uruguayos de $ 9.894 (mayo de 2010), según datos del Instituto Nacional de Estadísticas.

La natural disminución de garantías que supone un proceso de instancia única para las partes y en particular para el trabajador, debería limitarse a aquellos casos donde resulte evidente que no se justifica verdaderamente la doble instancia y para ello debería establecerse una doble límite: por un lado el monto del asunto, el que debería reducirse sustancialmente(64) y por otro, limitando los rubros objeto del reclamo, dejando para el proceso ordinario aquellas cuestiones que pueden resultar más complejas.

Si como afirma Hugo Fernández, el límite para el proceso de menor cuantía se basó en los datos estadísticos confiables de los relevamientos de la Suprema Corte de Justicia que indicaban que alrededor del 30% de los juicios laborales tramitados, se limitaban a la pretensión de cobrar los créditos de escaso valor económico devengados por el egreso de un trabajador, donde "el contenido característico de estos juicios es el reclamo de la licencia no gozada, salario vacacional, aguinaldo e indemnización por despido", el proceso de menor cuantía podría limitarse a estos rubros, que como bien señala el citado autor, se trata de créditos tarifados en la ley laboral sustantiva que se sustancian con la prueba de uno o dos aspectos fácticos, cuyo diligenciamiento no ofrece mayores dificultades, lo que justificaría tramitarlos por la estructura procesal de instancia única(65).

De este modo, una vez deducida una pretensión para el cobro de licencia no gozada, salario vacacional, aguinaldo e indemnización por despido, supuestamente no abonados por el empleador al egreso, la prueba se limitaría a demostrar si los mismos fueron o no pagos, prueba que en virtud del principio de disponibilidad del medio probatorio incumbe al empleador, quien deberá aportar la documental correspondiente, sin perjuicio de la utilización de otros medios probatorios para dilucidar otros extremos fácticos como la fecha de inicio de la relación laboral o la causal de finalización del vínculo.

2. Carácter perentorio e improrrogable de los plazos procesales

El artículo 26 de la Ley N° 18.572, establece que "Todos los plazos previstos en la presente ley son perentorios e improrrogables".

Esta disposición que tiene como finalidad obtener la celeridad y el impulso de oficio de las actuaciones judiciales, se aplica tanto para los plazos que dispo-

(64) Al tiempo que podría aprovecharse para establecer con toda claridad los criterios para su determinación, extremo que la ley no aborda. Conf. GARMENDIA, M. Ob. cit., p. 24.

(65) FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. "La constitucionalidad de la ley procesal laboral N° 18.572". En: *Derecho Laboral*, Tomo LIII, N° 237, Montevideo, 2010, pp. 48-49.

nen las partes como los plazos establecidos para el propio tribunal[66], extremo que acarrea una serie de problemas en el campo de la prueba y de las actuaciones judiciales, que pueden terminar afectando a los principios del proceso laboral.

No obstante entendemos que si bien el carácter improrrogable puede implicar que el Tribunal no esté autorizado a conceder una prórroga solicitada únicamente por una de las partes, pero nada impediría que las partes de común acuerdo y en forma expresa puedan suspender el curso de los plazos de modo previo o durante su desarrollo, por el tiempo que estimen conveniente por aplicación del artículo 92 del Código General del Proceso[67], desde que si la prórroga es solicitada o aceptada por el actor, se sobreentiende que ello ocurre en su beneficio.

2.1. La prueba

En materia probatoria, el legislador no reparó en que a pesar de las modificaciones operadas, los nuevos procesos continúan rigiéndose por el principio dispositivo y que sigue incumbiendo a cada parte la prueba de sus dichos. Desde esta perspectiva la limitación y perentoriedad de las oportunidades procesales para producir prueba, termina afectando al trabajador quien tiene las mayores dificultades en este campo y no necesariamente al empleador que es quien dispone, o debe disponer, de la mayoría de los medios de prueba válidos; bajo esta premisa debe ser analizado este punto, donde deberá procurarse un adecuado equilibrio entre la celeridad, la búsqueda de la verdad real y la tutela efectiva de los derechos sustanciales.

Por un lado, Simón ha señalado que no se ha previsto "qué sucede si pese a un desempeño correcto del Tribunal y a la efectiva colaboración de las partes, la instrucción probatoria no alcanza a completarse en la audiencia única de cualquiera de los procesos, sin responsabilidad para los litigantes o para el Tribunal, por el simple incumplimiento de un tercero al responder a un informe, medio probatorio que puede ser de vital importancia para la decisión de la litis. ¿Corresponde en estos casos prescindir del medio probatorio y conformarse con una tarea de conocimiento superficial y formalista, o intentar obtener dicha prueba en sesión de prórroga establecida en forma acorde a las pautas de continuidad y contigüidad de las audiencias? ¿Resultaría lícito prorrogar una audiencia por esa u otras razones que pueden ser muy legítimas? ¿Beneficiaría a las partes y a la Justicia no prorrogar?"[68].

Baste pensar solamente en un juicio donde el trabajador deba probar la realización de horas extras o el trabajo en periodo de descanso o cualquier otra circunstancia que requiera prueba testimonial: ¿qué sucede si los testigos, aunque citados

(66) En el régimen del Código General del Proceso, la perentoriedad solamente alcanza a los plazos establecidos para las partes (art. 92 inciso 1)

(67) Conf. ROSSI ALBERT, R. "Primera lectura de la ley N° 18.572 sobre abreviación de los procesos laborales". Ob. cit., p. 469.

(68) SIMÓN, L.M., "Régimen de los plazos y potestades de instrucción del tribunal y procedimiento probatorio en la ley N° 18.572", AAVV Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral, FCU, Montevideo, 2010, p. 110.

en debida forma por el Tribunal, no concurren a la audiencia única?, ¿podría solicitarse la conducción por la fuerza pública?, la única solución visto el marco legal sería lograr la conducción en el momento de la misma audiencia, extremo que resulta imposible.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley concede al Tribunal potestades para averiguar o complementar la prueba de los hechos objeto de controversia, quedando investido, a tales efectos, con todas las facultades inquisitivas previstas para el orden procesal penal, unas de las herramientas básicas y unánimemente reconocidas del principio de búsqueda de la verdad real.

Va de suyo que, salvo en casos donde las partes hayan omitido medios de prueba fundamentales en sus respectivas presentaciones, el Tribunal recién estará en condiciones de determinar si es necesario ejercer sus facultades inquisitivas solicitando algún otro medio probatorio tendiente a llegar a la verdad, una vez que se hayan diligenciado los medios propuestos por las partes, resultando de toda evidencia que ello ocurrirá recién al final de la audiencia.

Siendo que las audiencias de ambos procesos son "únicas" y que existen determinados plazos u oportunidades para proponer la prueba, el carácter perentorio e improrrogable de los plazos impedirá que ante la necesidad de diligenciar otros medios de prueba que se considere esenciales para llegar a la verdad y que no puedan ser recibidos en la audiencia, el Tribunal vea impedido el ejercicio de sus facultades inquisitivas.

Si anteriormente, en el marco del proceso común que brindaba otras posibilidades para ejercer la facultad inquisitiva, era raro que los Tribunales la ejercieran, ahora prácticamente se torna imposible.

De este modo, se está cercenando seriamente la facultad inquisitiva consagrada entre los principios de la nueva ley, por la previsión del artículo 26 que no distingue entre los plazos de las partes y los del Tribunal y con ello afectando uno de los principios fundamentales del proceso laboral como es la búsqueda de la verdad material.

Dada la amplitud e imperatividad de los términos de la ley, resulta difícil de avizorar una solución que no pase por una reforma normativa que prevea tanto la posibilidad de completar el diligenciamiento de pruebas que se estimen fundamentales en la búsqueda de la verdad, como el real ejercicio de las facultades inquisitivas, permitiendo el diligenciamiento de otros medios probatorios que se estimen fundamentales para la dilucidación de la litis, aunque para ello sea necesario diferir la audiencia, si se trata de un medio a diligenciar en audiencia, o diferir la etapa

probatoria hasta tanto no se diligencie la prueba fuera de la audiencia, estableciendo plazos máximos en uno y otro caso.

La consagración formal de las facultades inquisitivas del Juez, elemento funcional básico del principio de búsqueda de la verdad o de veracidad, puede naufragar en la práctica, si no se tienen en cuenta las oportunidades reales de su ejercicio en cada uno de los procedimientos creados y si no se otorgan al Tribunal los márgenes mínimos que permitan su ejercicio efectivo(69).

2.2. Los plazos para dictar sentencia.

En el campo de las decisiones judiciales, otra de las consecuencias que acarrea la perentoriedad de todos los plazos, incluidos los del Tribunal, es la nulidad de la sentencia dictada fuera de los términos establecidos, "consecuencia absurda que precisamente no puede haber sido la perseguida por el legislador, quien se preocupó de reducir sensiblemente los plazos para dictar la sentencia en búsqueda de celeridad y pronta tuición de los derechos sustantivos en juego en los procesos laborales".(70)

La misma situación se puede plantear respecto de los plazos previstos para la "convocatoria" de las audiencias, las que en caso de realizarse fuera de los plazos perentorios establecidos serían nulas.(71)

No obstante haberse propuesto superar estos inconvenientes por vía interpretativa, acudiendo al artículo 30 de la Ley y a los principios del artículo 1 y los demás que integran el bloque de constitucionalidad, para concluir, por ejemplo, que una sentencia laboral dictada fuera de plazo no es nula ni exime al Tribunal de su deber de fallar(72), estimamos que la única alternativa pasa por eliminar la perentoriedad de los plazos que posee el Tribunal para dictar sentencias, por cuanto la claridad de los textos no deja espacio para una interpretación como la que se propone y porque la solución de un tema de la importancia del presente, que puede implicar tener que transcurrir nuevamente por todo el proceso, no puede quedar librado a la interpretación judicial si lo que se pretende es la protección de la parte más débil y también por elementales razones de seguridad jurídica.

2.3. Otras cuestiones relativas a los plazos procesales.

La ausencia de tratamiento integral y uniforme de los plazos procesales en la Ley N° 18.572, donde aspectos tales como cuándo comienzan a correr, si se computan por días hábiles o corridos, cuándo finalizan, genera una serie de dudas y otros

(69) En este sentido parecen razonables las facultades excepcionales concedidas al juez en los artículos 22 y 49 numeral 2, de la Ley peruana N° 29.497, en virtud de las cuales se admite la suspensión de la audiencia por un lapso no mayor de 30 días, a efectos de ordenar la práctica de alguna prueba adicional.

(70) SIMÓN, LM. Ob. cit., p. 108.

(71) El término "convocar" utilizado en los artículos 9 y 21 incluso puede llevar a equívocos, pues una cosa es convocar dentro de un determinado plazo, aunque el señalamiento y la realización podría ser posterior.

(72) Idem, p. 108.

tantos vacíos que hacen necesario recurrir a la interpretación e integración de sus disposiciones, a partir de las reglas de los artículos 30 y 31.

La solución más directa que se le presenta al intérprete, es acudir en esta materia al auxilio del régimen general del Código General del Proceso y donde básicamente los plazos de 15 días o menores se cuentan por días hábiles y su cómputo comienza el día hábil siguiente al de la notificación.

Sin embargo podría sostenerse que tal remisión no es compatible con las reglas de celeridad que marca la Ley, la que además de contener plazos menores de 15 días que se computan por días corridos (plazo de 7 días para el estudio simultáneo de la sentencia en segunda instancia), establece al menos un plazo que comienza a computarse desde el dictado de la sentencia o desde su notificación misma, como es el plazo para apelar la sentencia del proceso ordinario, todo sin perjuicio de que algunas veces se establece que los plazos son corridos o hábiles, pero en otras ocasiones se guarda silencio.

Seguidamente algunos ejemplos de lo que se viene de señalar, a efectos de poder analizar en cada caso cómo repercute la solución legal y poder orientar la interpretación e integración en función de los principios que presiden el proceso laboral:

2.3.1. **Plazo para subsanar observaciones de la demanda:** al tiempo de establecer un nuevo contenido al libelo introductorio como es la liquidación detallada de los rubros reclamados, se prevé un plazo de 3 días para subsanar errores u omisiones, sin indicarse si se trata de días hábiles o corridos, ni establecerse a partir de qué día comienza el cómputo, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda, con las consecuencias que ello puede importar por ejemplo en materia de prescripción.

2.3.2. **Plazos de 3 días para contestar excepción previa de incompetencia por lugar o cuantía, 6 días para resolver sobre ella y 3 días para apelar la interlocutoria que la resuelve:** nuevamente, salvo el primero de los plazos donde se establece que se trata de días hábiles, en los restantes nada se especifica, como así tampoco desde cuándo comienza su cómputo.

2.3.3. **Plazo de 3 días para la interposición y evacuar el traslado del recurso de reposición contra interlocutorias dictadas fuera de audiencia:** no se prevé si se trata de días hábiles o corridos, ni tampoco desde cuándo comienza su cómputo.

2.3.4. **Plazos de 5 días para la interposición y evacuar el traslado del recurso de apelación:** además de la exigencia que para el demandado apelante representa depositar del 50% de la condena como requisito de admisibilidad del recurso[73], el plazo para interponer y contestar el mismo, se redujo a 5

(73) Esta exigencia fue declarada inconstitucional por sentencia de fecha 21 de junio de 2010 de la Suprema Corte de Justicia, por entenderse que "conspira en forma directa y relevante contra el ejercicio del derecho

días perentorios e improrrogables, sin especificar si se trata de días corridos o hábiles, aunque para interponer el recurso el plazo debe ser computado desde la fecha de dictada la sentencia; nada se dice respecto de cuándo comienza a contarse el plazo para evacuar el traslado.

2.3.5. Plazos para dictar sentencia: en el proceso ordinario la sentencia debe ser dictada dentro de los 20 días de la audiencia, mientras que en el proceso de menor cuantía dentro de los 6 días; en ambos casos no se establece si se trata de días hábiles o corridos, ni se aclara desde cuándo se computan dichos plazos.

Se ha señalado por parte de la doctrina procesalista, que las soluciones legales en materia de plazos no respetan la pauta de uniformidad del proceso común, introduciendo variantes menores en cuanto a la naturaleza, forma de cómputo y lapso de los plazos, sin verdadera justificación técnica(74), a lo que se podría agregar, sin justificación en ninguno de los principios especiales del proceso laboral.

En los casos que se viene de reseñar, salvo el último, la forma de cómputo de los plazos afecta principalmente al trabajador, amén que algunos de ellos también pueden afectar al empleador; cabe preguntarse entonces qué aporta en términos de celeridad, que un plazo comience a computarse desde el día del dictado de un acto o que no pueda prorrogarse, de acuerdo a la complejidad del asunto, el plazo para subsanar las observaciones a la demanda cuando existan fundadas razones para ello o que no se establezca con toda claridad cuándo comienzan a contarse plazos de 3 días, si no una gran dosis de incertidumbre que termina dificultando el acceso a la Justicia de las partes y en particular de la parte más débil.

Es por ello, que al momento de interpretar e integrar el derecho en esta materia, la aplicación de los criterios generales del proceso común se revelan como adecuados, por ser más garantistas que algunas de las soluciones previstas en la ley: así los plazos inferiores a 15 días deberían computarse por días hábiles a partir del día siguiente al que fueron notificados(75), de conformidad con el artículo 94 del Código General del Proceso, salvo los casos donde la ley expresamente establece lo contrario.

---

de defensa en juicio, que comprende la revisión por un órgano de alzada para una de las partes en el proceso. En efecto, tratándose de un proceso de doble instancia, su apertura por parte del demandado perdidoso, es obstaculizada sin fundamento razonable por una exigencia legal que parece enderezada a impedir o desestimular que el demandado apele, cuando el principio general en ese ámbito debe ser la facilitación del ejercicio de los medios impugnativos que permitan el reexamen de la cuestión litigiosa por un tribunal colegiado (pro accione)", fragmentos publicados en Cade, Informativo Laboral, Montevideo, junio 2010, p. 33.

(74) SIMÓN, L.M., "Régimen de los plazos y poderes de instrucción (...)". Ob. cit., p. 110.

(75) Si bien de conformidad con el artículo 25, con excepción del auto que ordena el traslado de la demanda, todas las demás providencias se notificarán en la oficina en los términos del primer párrafo del artículo 86 del Código General del Proceso, al momento de la elaboración del texto no se hallaba vigente la Ley N° 18.237 que autorizó la notificación electrónica, lo que determina que una lectura contextual de las disposiciones, desemboque en que todas las notificaciones previstas para cumplirse en la oficina, deban hacerse por medio electrónico. Conf. ROSSI ALBERT, R. "Primera lectura (...)". Ob. cit., p. 469.

Debería procurarse asimismo modificar el criterio de que el plazo para apelar la sentencia del proceso ordinario, se computa a partir del día que la misma se dicta, constituye a esa altura un hecho notorio que no siempre las sentencias que se dictan fuera de audiencia, están disponibles para las partes el día y a la hora fijadas de antemano, sino que a veces, por las más diversas razones, desde las más justificadas a las más inverosímiles, ni siquiera existe certeza de cuándo se puede acceder a la misma.

3. Inexistencia e insuficiencia de determinados plazos.

Los problemas no surgen únicamente de los plazos que fija la Ley, sino también de la inexistencia en algunos casos e insuficiencia en otros, de tiempo hábil para la realización de determinados actos o actividades.

Ello debe ser analizado nuevamente teniendo en cuenta que estamos frente a procesos de tipo dispositivos, donde en materia probatoria cada parte tiene la carga de probar sus dichos y donde salvo el criterio de la disponibilidad del medio probatorio seguido por la jurisprudencia, no se han establecido presunciones legales del tipo *iuris tantum u hominis.*

En el proceso de menor cuantía, no existe un plazo mínimo para que el demandado conteste la demanda y sea notificado de la audiencia. En definitiva, el plazo queda librado en los hechos a la diligencia del Juez, de la oficina del Juzgado y de la oficina de notificaciones, donde puede llegar a ocurrir que el demandado sea notificado el día anterior, el mismo día o incluso posteriormente a la audiencia, con la consiguiente demora por la irremediable postergación de la audiencia.

Ello implica a la par que una muy seria limitación para el demandado no solo para articular su defensa, sino para reunir y lograr presentar la prueba, máxime cuando el proceso pude llegar a comenzar sin conciliación previa[76], la eventualidad de que no ingrese al proceso la prueba documental que dispone, o debería disponer, el empleador y que a veces puede resultar fundamental para acreditar algunos extremos fácticos.

Volviendo al ejemplo del reclamo de horas extras, si por las razones apuntadas el demandado no llega a reunir los registros de control de horario de un determinado periodo del que surge la realización de horario extraordinario y el actor no logra demostrar mediante prueba testimonial el exceso del horario, se perderá la oportunidad de probar las horas extras porque el demandado no aportó los documentos de donde las mismas surgían.

(76) Se ha señalado que esta imposibilidad del demandado de articular debidamente su defensa en el proceso de menor cuantía, es inconstitucional: PEREIRA CAMPOS, S. "Depósito para apelar y proceso de menor cuantía". Ob. cit., p. 68 y ss., no obstante hasta el momento la Suprema Corte de Justicia no se ha pronunciado sobre el particular. En contra: ERMIDA URIARTE, O. "La Constitucionalidad de los Nuevos Procesos Laborales Autónomos (Ley N° 18.572)". Ob. cit., p. 5 y ss y FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. "La constitucionalidad de la ley procesal laboral N° 18.572". Ob. cit., p. 31 y ss.

En el proceso de menor cuantía, existe otra hipótesis donde no está prevista una oportunidad procesal para que, en este caso el actor, ofrezca y presente prueba de las excepciones. Si bien se permite que el demandado oponga excepciones en la audiencia al momento de contestar la demanda, se omite que el actor puede necesitar una instancia judicial para obtener la prueba y solicitar su diligenciamiento sobre el excepcionamiento del demandado, lo que supone un tratamiento menos favorable a la parte más débil, en sentido contrario al principio de desigualdad compensatoria.

En otros términos, vistas las dificultades probatorias del trabajador y la ausencia de presunciones legales en materia probatoria, deberían extremarse los esfuerzos y cuidados para que fuera posible la incorporación y diligenciamiento de la mayor cantidad de elementos probatorios que permitan al Tribunal aproximarse a la verdad material, arbitrándose las oportunidades procesales mínimas para que tanto el actor como el demandado puedan aportar al proceso la mayor cantidad de elementos posibles, como puede ser, en el proceso de menor cuantía, asegurando un término mínimo para que el demandado sea notificado de la audiencia, como se legisló para las citaciones a las audiencias de conciliación y concediendo al actor la posibilidad de producir prueba acerca de las excepciones interpuestas por el demandado.

Por otro lado, existen plazos que en determinadas circunstancias pueden resultar notoriamente insuficientes:

a. **El plazo de 3 días para contestar la excepción previa de incompetencia por razón de lugar o cuantía:** por lo general corresponderá al actor en tan breve lapso, diseñar su estrategia, que puede involucrar cuestiones jurídicas y de hecho complejas para las cuales se requiera identificar y ofrecer pruebas (por ejemplo probar el lugar de desempeño o el monto de los salarios) lo que resulta incompatible con el principio de desigualdad compensatoria.

b. **El plazo de 10 días hábiles para contestar la demanda en el proceso ordinario:** en este punto la objeción no apunta a la extensión del plazo en sí mismo, sino a la falta de previsión de que en algunas situaciones el término fijado puede resultar extremadamente exiguo, por ejemplo cuando se trata de procesos donde la parte actora está compuesta por decenas o centenas y excepcionalmente miles de trabajadores, por un extenso periodo de tiempo y donde el demandado deba aportar miles de documentos.

   Por las mismas razones señaladas al analizar la inexistencia de plazo para contestar la demanda en los procesos de menor cuantía, esto es permitir incorporar al proceso la mayor cantidad de pruebas posibles, debería preverse la posibilidad que el Tribunal, por razones debidamente fundadas y de acuerdo a la complejidad de cada caso, autorizara una extensión del plazo para contestar la demanda.

c. **El plazo de 5 días para apelar la sentencia del proceso ordinario:** considerando que de acuerdo a la ley el cómputo del plazo comienza el día en que se dicta la sentencia, en los hechos el lapso para apelar nunca será de 5 días, sino menor, término que resulta demasiado exiguo en orden a estudiar los argumentos de la sentencia, meditar y elaborar una estrategia para intentar revertirla, razón por la cual parece más garantista para el apelante, que puede ser el trabajador, un plazo más extenso que comience a computarse a partir del día siguiente al dictado de la sentencia.

V. CONCLUSIONES

Una mirada de las nuevas estructuras procesales desde los principios del proceso laboral, no debe agotarse en aquellos declarados como tales en el artículo 1 de la Ley N° 18.572, sino que debe contemplar los principios especiales o propios del proceso laboral como la desigualdad compensatoria, la búsqueda de la verdad real y la indisponibilidad del derecho sustantivo, que por integrar el bloque de constitucionalidad, deben presidir, informar y orientar la tarea del intérprete según dispone el artículo 30.

La actuación de los principios propios o esenciales del derecho procesal del trabajo, no tiene por finalidad procurar una sentencia favorable para el trabajador, sino dotar a este de un conjunto de prerrogativas y herramientas capaces de equiparar las posibilidades del empleador dentro del proceso, para llegar a la verdad.

La mirada tampoco puede omitir la consideración de aquellas reglas implícitas en las nuevas estructuras procesales donde rige el principio dispositivo y donde sin perjuicio de poder admitirse la teoría de las cargas procesales dinámicas, la carga de probar los hechos continúa siendo de quien los alega.

Algunas de las soluciones previstas en la Ley y que tienen por finalidad excluyente abreviar al máximo el procedimiento, en algunos casos no están en línea con los principios enunciados o comprometen la actuación o la posición de la parte más débil, y en otros, hacen ilusoria la actuación de los poderes inquisitivos del Tribunal en la averiguación de la verdad.

El algunos casos el intérprete, enfrentado a una solución contradictoria con los postulados de los principios, podrá proponer una solución alternativa conforme a estos últimos, en otras ocasiones y como consecuencia del carácter imperativo de las normas procesales, las soluciones deberán pasar necesariamente por una modificación legislativa.

La consolidación del avance que para el derecho del trabajo representa la Ley N° 18.572, no solo dependerá de que se alcance el objetivo de la mayor celeridad de los procesos laborales, sino de que ello se logre garantizando la plena vigencia de los principios esenciales del proceso laboral.

LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO Y LA EMPRESA

Pedro G. Morales Corrales(*)

INTRODUCCIÓN

La nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 (NLPT), ha entrado en vigencia el 15 de julio del presente año, pero lo está haciendo de manera progresiva, en la oportunidad y los distritos judiciales que disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial(1). En aquellos distritos en que no se implemente la nueva Ley, continuará rigiendo la actual Ley Procesal del Trabajo N° 26636 (LPT).

Esta nueva Ley, que no muchos pensaron pudiera ser aprobada y puesta en marcha en tan poco tiempo, es genuinamente revolucionaria porque introduce cambios rápidos, sustantivos y profundos en el modelo procesal laboral aún vigente en los distritos judiciales en los que aún no se aplica la NLPT.

En esta ponencia nos vamos a dedicar fundamentalmente a evidenciar los nuevos e importantes desafíos que tendrá que enfrentar la empresa, en su calidad de empleadora de un prestador de servicios, si es que no adopta las medidas de

(*) Profesor de la Universidad de Lima, Ex-Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Socio, Jefe del Área Laboral y de Seguridad Social del Estudio Echecopar.

(1) Mediante Res. Ad. N° 232-2010-CE-PJ del 1 de julio de 2010, publicada el 7 de julio del mismo año, se ha aprobado el Programa de Implementación de la Nueva LPT para el año 2010, de la siguiente forma: (i) Distrito Judicial de Tacna, a partir de 15 de julio; (ii) Distrito Judicial de Cañete, a partir del 16 de agosto; (iii) Distrito Judicial de la Libertad, a partir del 1 de setiembre; (iv) Distrito Judicial de Arequipa, a partir del 1 de octubre; y, (v) Distrito Judicial de Lambayeque, a partir del 2 de noviembre. Mediante Res. Ad N° 310-2010-CE-PJ el Distrito Judicial del Cusco se incorpora a la aplicación de la NLPT el 1 de diciembre.

prevención que le permita, de tener la necesidad de participar en el nuevo proceso laboral, salir airosa.

Los cambios que introduce la NLPT son tan profundos que igualmente podrían escribirse otros artículos respecto del impacto que tendrá en quienes van a participar directamente en el proceso: fundamentalmente el juez, el demandante y los abogados, quienes deberán imprescindiblemente reciclarse y capacitarse para poder participar idóneamente en este nuevo proceso laboral.

1. Cambios sustantivos en la NLPT respecto de la LPT vigente.

La enumeración que efectúa el Artículo I del Título Preliminar de la NLTP sobre los principios que inspiran el nuevo proceso laboral, resultarían meramente enunciativos y en consecuencia líricos o ilusorios y violados por la realidad de los hechos, de no ser por el contenido de la NLTP que hará, en la práctica, con la necesaria decisión política de que así sea, que dichos principios se cumplan en el nuevo proceso.

En efecto dicha norma establece que "El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad". Esta invocación conjunta y entrelazada de principios, de cumplirse, necesariamente tienen que traer como consecuencia un proceso laboral célere y justo.

a) Reducción significativa de la duración del proceso laboral

Los nuevos procesos laborales, fundamentalmente los procesos ordinario y abreviado laboral, se encuentran estructurados de tal manera que deberán concluir, si es que previamente no concilian las partes, en un plazo que no excedería de seis (6) meses en las dos instancias previstas para dichos procesos, en los que no contamos al recurso de casación, pues su interposición, no solo no constituye una nueva instancia sino que tampoco interrumpe lo resuelto en la segunda y última instancia (Art. 38). Si se da la conciliación, el proceso concluye de inmediato, con efecto de cosa juzgada, es decir de manera final e inamovible, en cuyo supuesto, el proceso no debería demorar más de mes y medio desde la notificación con la demanda.

En efecto, teniendo en cuenta que el desarrollo del proceso se limita, una vez presentada la demanda, al desarrollo de dos audiencias en el proceso ordinario (Arts. 43 y 44) y una audiencia en el proceso abreviado (Art. 49), donde se actúa todo y se dicta de inmediato la sentencia salvo excepción (Art. 47) en que se dicta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes y que en segunda instancia solo existe una audiencia en la que igualmente, de inmediato, se dicta sentencia, salvo excepción (Art. 33c), en que se dicta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes; pudiendo desdoblarse las salas colegiadas en unipersonales para resolver conflictos cuyo monto no supere 70 URP (S/. 25,200.00) (Sexta Disp. Comp.), no debería demorar, en total más de los

seis meses indicados. Además, debe tenerse en cuenta que la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de lo resuelto por la Corte Superior en segunda instancia[2]

Entonces y de inicio, tenemos un cambio sustantivo respecto de lo que ocurre con la LPT que aún rige mayoritariamente en los distritos judiciales del país, en que un proceso laboral puede demorar no menos de cuatro (4) o cinco (5) años, si se tiene en cuenta que solo el recurso de casación que lo conoce la Corte Suprema de la República y que suspende lo resuelto por la segunda instancia, demora en resolverse y notificarse aproximadamente dos (2) años.

¿Esta reducción absolutamente significativa qué impacto va tener en las empresas que actúan informalmente o semi-informalmente? pues, que ya no podrán especular respecto a la demora del proceso laboral como medio para disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos cuando estos consideren, bien o mal, que han sido conculcados; y tampoco podrán hacerlo, como ocurre actualmente en muchos casos, para diferir por años el cumplimiento de obligaciones laborales insolutas y así tener una ganancia financiera en razón del pago diferido.

Si a ello le agregamos que la NLPT prevé, a diferencia de la LPT antigua y aún vigente, que el juez laboral puede dictar medidas cautelares antes de iniciado un proceso y no solo dentro de este, como actualmente ocurre y de manera mediatizada, destinado a garantizar la eficacia de lo que finalmente se resuelva y que, como sucede en el proceso civil son dictadas sin conocimiento de la contraparte; y, que además, a diferencia del proceso laboral aún vigente, la NLPT otorga al juez laboral la facultad de dictar *cualquier tipo de medida cautelar*; sin duda que, si el empleador incurre en una infracción laboral, se verá expuesto por la NLPT a que dicha infracción sea reparada incluso antes de comparecer al proceso laboral.

Mención especial sobre estas amplísimas facultades otorgadas a los jueces laborales por la NLPT en el ámbito de las medidas cautelares está constituida por la *medida de reposición especial* que prevé que el juez laboral *fuera o dentro del proceso* puede dictar una medida de reposición provisional cumplido los requisitos ordinarios de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela, pero que también será procedente, sin que necesariamente se cumplan todos esos requisitos ordinarios, si el demandante, al momento del despido era dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad, o que se encontraba gestionando la conformación de una organización sindical; en cuyos supuestos solo se requiere acreditar la verosimilitud del derecho (impropiamente la norma consigna "El fundamento de la *demanda* es verosímil", pues estamos frente a

(2) Excepcionalmente, cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero, a pedido de parte y previo depósito a nombre de juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido, el juez de la demanda suspende la ejecución en resolución fundamentada e inimpugnable.

un pedido de medida cautelar antes del proceso en que técnicamente aún no se ha presentado la demanda, pero si se tiene que acreditar la verosimilitud del derecho).

Entonces, por ejemplo, frente a un despido que el trabajador considere nulo[3], él puede, antes de iniciar el proceso laboral sobre nulidad de despido, obtener la reposición en el trabajo, si cumple con los requisitos ordinarios que exige toda medida cautelar; o, si se encuentra en cualquiera de los casos especiales mencionados, solo será suficiente acreditar la verosimilitud del derecho.

Finalmente resulta importante tener en cuenta los comentarios formulados sobre la celeridad del nuevo proceso laboral por la Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo, Doctora Manuela García Cochagne y del Doctor Luis Vinatea Recoba, miembro de la Comisión que formuló el Proyecto de la NLPT.

La Ministra manifestó lo siguiente:

> "Consideramos que esto tendrá un efecto disuasivo para los malos empleadores y dejará atrás la sombra de la impunidad. Como el juicio laboral se resolverá de manera rápida y eficiente, tendrán que pensarlo muy bien antes de no pagar la obligaciones laborales"[4].

A su vez, Luis Vinatea manifiesta que se trata de "(...) Un tipo de proceso basado en el uso de la tecnología; efectivo y dirigido a facilitar que la norma se haga efectiva. Para ello, busca mostrarse tan eficaz que actúe como un desincentivo al incumplimiento, de tal forma que o evita el incumplimiento o lleve a una conciliación del conflicto en su etapa inicial"[5].

b) Oralidad versus sistema escrito

Una de las características más importantes de la NLPT es el predominio de la oralidad frente al sistema fundamentalmente escriturario de la LPT.

En el proceso laboral conforme a la LPT prácticamente todo lo que se actúa es por escrito, pues además de la demanda y contestación a la demanda la lentitud del proceso actual favorece a que se presenten innumerables escritos y que incluso lo actuado en las audiencias, que si bien se desarrollan de manera oral, se vuelcan en actas, incluida la actuación de los medios probatorios tales como las declaraciones de parte y testimoniales.

(3) Artículo 29 LPCL es nulo el despido que tenga por motivo: (i) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; (ii) Ser candidato o representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; (iii) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador antes las autoridades competentes; (iv) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; (v) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento de periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto.

(4) . Página Web. del MTPE, 22-01-2010.

(5) VINATEA RECOBA, Luis. "La Oralidad en el Proceso Laboral", *El Peruano*, de 21 de octubre de 2009

En cambio, con la NLPT solo se presentará por escrito la demanda (Art. 16), subsanación, de ser el caso (Art. 17) contestación a la demanda y defensas (Art. 19), solicitud de medidas cautelares (Art. 54), recursos de apelación (Art. 32) y casación (Art. 35); es decir no mas de dos o tres escritos por cada parte. Todas las demás actuaciones se llevarán oralmente en la o las audiencias, que constituyen sustancialmente un debate oral de posiciones presidida por el juez, quien puede interrogar, en cualquier momento, a las partes, sus abogados y terceros participantes (Art. 12.1), sin que lo actuado en dichas audiencias sea motivo de actas o de pliegos interrogatorios previos, quedando todo registrado en la filmación y en medios electromagnéticos, excepto la etapa de conciliación que no es filmada ni grabada por su propia naturaleza, a los cuales podrá recurrir el juez y las partes cuando lo requieran.

c) Conducción efectiva del proceso por el juez

El juez es el director del proceso y lo conduce personalmente; su rol es protagónico en su desarrollo e impulso, impidiendo y sancionando las conductas contrarias a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros (Art. III T.P.). Ello supone, de parte del juez, una real compenetración con todo lo que se actúe en el proceso, que le permita dictar responsablemente y sin dilaciones la sentencia al concluir la audiencia.

De esta manera se garantiza el cumplimiento del principio de inmediación, en virtud del cual el juez con su presencia real y participación activa en la conducción del proceso en general y de las audiencias en especial, en primer lugar propiciará de manera intensa la conciliación para favorecer la conclusión total o parcial de los aspectos controvertidos en el proceso y de esa manera resolver céleremente y en forma satisfactoria para ambas partes, porque se evitará que exista vencedor y vencido. De no producirse la conciliación o si esta solo fuera parcial, el mismo juez dirigirá con protagonismo la etapa de juzgamiento con las subetapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, todo en una sola audiencia, excepto en el proceso ordinario laboral en que se cita a una audiencia exclusivamente para lograr la conciliación y si está no se produce total o parcialmente se cita a una segunda y última audiencia de juzgamiento.

Este principio de inmediación que también lo contempla la LPT (Art. I del T.P.), sin duda por la nueva estructura del proceso y el apoyo logístico y tecnológico al que nos referiremos posteriormente, garantizan su respeto, lo que no sucede con la LPT en donde resulta clarísima la violación de dicho principio, pues no existe desde hace años ni siquiera la elemental seguridad de que el juez que conoce inicialmente del proceso concluirá con la emisión de la sentencia después de uno, dos o tres años. Por el contrario todos los que tenemos alguna experiencia con el litigio laboral constatamos que un proceso de esta naturaleza son no menos de tres o cuatro jueces los que "conocen" del proceso en primera instancia. Por supuesto que el juez encargado de dictar sentencia no tiene la más mínima idea de quienes

son las partes y cual ha sido su conducta procesal; lo único que le queda es revisar el expediente y de acuerdo a lo actuado sentenciar, sin contar con la evidencia importantísima de haber presenciado personalmente el comportamiento de las partes, de los testigos y peritos en la oportunidad de la actuación de las pruebas; es más, tal es el desorden e improvisación, que se han designado a "jueces sentenciadores" que jamás siguieron y menos dirigieron el proceso. Es decir la antípoda de la inmediación; una real burla a los justiciables.

Pues bien, ¿esta conducción real y efectiva por el juez de que manera repercute en el empleador?

Lo hará, sin lugar a dudas, en la medida que al estudiar la demanda y contestación de la misma y de participar activamente en la etapa de conciliación, el juez tendrá por lo menos una idea preliminar de quien tiene la razón; tal idea se acrecentará por lo que ocurra en dicha etapa.

Además, de tener que pasarse a la etapa de juzgamiento y actuación de pruebas, el juez apreciará cada detalle del comportamiento de las partes, los testigos, peritos e incluso de los abogados, lo que le permitirá, en virtud de lo actuado, llegar a la conclusión de quien tiene la razón, total o parcialmente y con ello, dictar la sentencia a la conclusión de la audiencia.

Si las partes en general y en especial empresa como empleadora no cuenta con una sólida posición debidamente acreditada con las pruebas que se aporten, entonces su actuación no solo resultará inconsistente sino que será revelada a los ojos del juez por la forma en que dicha inconsistencia influirá en el comportamiento que se observe en la audiencia de juzgamiento.

d) Carga de la prueba y presunciones

Este es un aspecto de la NLPT de la mayor importancia y que tiene especial repercusión para las empresas como empleadoras y que busca influir en el cabal respeto a los derechos laborales a fin de evitar procesos, en que por deficiencia probatoria, los lleve en breve plazo al cumplimiento coercitivo de los mismos.

En primer lugar la NLPT establece que los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o el resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretando los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, acentuando estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad. (Art. III TP).

Este mandato significa, el reconocimiento expreso dado por la ley en el sentido de que la desigualdad entre trabajador y empleador no solo se presenta a nivel sustantivo, es decir como parte en el contrato de trabajo, sino que también tal

desigualdad sucede en el proceso laboral en el que el trabajador, muchas veces por desconocimiento, pero fundamentalmente por tener un acceso restringido al acopio de pruebas, le resulta especialmente difícil acreditar sus derechos; ocurriendo todo lo contrario respecto al empleador que se encuentra, al igual que como parte del contrato de trabajo, en mejores condiciones para su defensa, pues no solamente podrá contar con el concurso de abogados acreditados, sino que estará en la posibilidad, al menos teóricamente si es previsor y ordenado, de poder aportar todas las pruebas conducentes a sustentar su defensa o posición en el proceso.

Una expresión de cómo la NLPT provee de más instrumentos de igualación del trabajador en el proceso frente a su empleador está dada por la forma en que se ha regulado la carga de la prueba pues, a diferencia de lo que ocurre con la LPT aún vigente, en que corresponde al trabajador acreditar la existencia del vínculo laboral, la NLPT introduce un cambio sustantivo cuando solo exige al trabajador que acredite la prestación personal de servicios, sin necesidad de que pruebe si fue o no remunerada y sobre todo subordinada, pues inmediatamente la norma consagra la presunción de la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario[6] (Art. 23.2).

Pues bien, acreditada entonces la sola prestación laboral de servicios cumpliendo la formalidad expuesta en la nota a pie de página, al presumirse la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado corresponderá al empleador acreditar que no se trata de un contrato de trabajo si en la realidad de los hechos el que suscribió fue una de naturaleza civil o tendrá que acreditar que el contrato es modal o a plazo fijo, satisfaciendo las razones objetivas para dicha contratación, que en nuestra legislación es de carácter excepcional, pues la contratación a plazo indeterminado constituye, en nuestro ordenamiento, la regla general.

Además corresponderá al empleador acreditar el pago de sus obligaciones laborales, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o *inexigibilidad*[7]; también la existencia de un

(6) Es cierto que este dispositivo debe interpretarse sistemáticamente con lo previsto en el Artículo II del Título Preliminar respecto del Ámbito de la Justicia Laboral, en que se excluye de dicho ámbito *las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo,* por lo que debe entenderse que para que la presunción a la que nos hemos referido anteriormente funcione, no solo basta que se acredite la prestación personal de servicios sino que, además, se alegue cuando corresponda, (supuestos de locación de servicios y obras fraudulentos) que el empleador ha encubierto su relación de trabajo utilizando indebidamente formas contractuales civiles.

(7) La inexigibilidad la podrá invocar, por ejemplo, si transcurrieron cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia del hecho o la emisión del documento o cierre de las planillas de pago, por cuanto se encuentra autorizado a disponer de dichos documentos para su reciclaje o destrucción, a excepción de las planillas de pago que deben ser remitidas a la Oficina de Normalización Previsional, pues en todos los casos, *inclusive en lo relativo en materia laboral,* luego de transcurrido el mencionado periodo, la prueba de los derechos que se pudieran derivar del contenido de los documentos citados, será de quien alegue el derecho (Ley N° 27029).

motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado; así como el estado del vínculo y la causa del despido (Art. 23.4).

Otra previsión normativa de la NLPT en favor de equilibrar o igualar la situación de las partes en el proceso, se encuentra prevista de la siguiente forma: "En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan *presumir* la exigencia del hecho lesivo alegado, *el juez debe darlo por cierto,* salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (...)" (Art. 23.5).

Como puede observarse solo, es decir exclusivamente, si de lo expuesto en la demanda y de la prueba actuada existen indicios que lleven al juez a presumir la existencia lesiva del hecho alegado, lo dará por cierto. Esos indicios pueden ser entre otros, las circunstancias en que sucedieron los hechos materia de controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes (Art 23.5).

Entonces, será la empresa empleadora la que tendrá que remover dicha presunción acreditando la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, porque de lo contrario, al no lograr destruir su presunción, el juez se inclinará por decidir con base simplemente a indicios que el hecho lesivo alegado se encuentra acreditado.

Otro elemento importante a tener en cuenta es que, como las pruebas se actúan en la audiencia de juzgamiento, las partes deben concurrir a dicha audiencia con todos sus testigos, peritos y documentos que en dicho momento corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer, con relación a las cuestiones probatorias, incidiéndose en que dicha actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del juzgado y sin perjuicio de que el juez los admita o rechace en el momento; prescribiéndose además que la inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez que dicte sentencia, si, sobre la base de la prueba actuada los hechos necesitados de prueba quedan acreditados (Art. 21).

Adicionalmente, las partes deben declarar en la audiencia de juzgamiento de manera personal, estableciéndose que las personas jurídicas prestan su declaración a través de cualquiera de sus representantes, quienes *tienen el deber de acudir informados sobre los hechos que motivan el proceso* (Art. 25), por lo que las respuestas evasivas darán lugar a otro tipo de presunciones, que trataremos más adelante.

El tema probatorio es pues delicado, porque a diferencia de lo que ocurre con la LPT aún vigente, por ejemplo en materia de testigos, el juez puede ordenar que asista de grado o fuerza; en cambio con la NLPT no necesariamente ocurrirá así, por lo que no sería raro que una persona cuya testimonial resulte importante para

la defensa de una de las partes simplemente no quiera concurrir, con lo que se perdió la prueba y solo quedaría persuadir al juez de la importancia de la misma para que, si lo considera conveniente, ordene de oficio su actuación, quedando esta prueba en situación de aleatoria.

Entonces, a modo de conclusión puede establecerse que si el empleador no se encuentra debida y anticipadamente preparado para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones laborales o las razones jurídicas por las cuales actúo en determinado sentido, es altamente probable que pueda sufrir un serio revés en el proceso laboral o que lo obligue a conciliar, aun cuando en el fondo pueda tener razón pero, sino está en capacidad de probarlo, de poco o nada sirve.

e) Uso intensivo de la tecnología

Uno de los pilares del éxito de esta nueva Ley está constituido por el uso intensivo de tecnología, que se manifiesta en la notificación de las resoluciones mediante comunicación electrónica, excepto contados supuestos (traslado de la demanda, admisión de un tercero con interés, medida cautelar, etc., así como en las zonas de pobreza establecidas por el Poder Judicial y en los procesos cuya cuantía no supere los 70 URP: S/. 25,200.00, salvo que se solicite la notificación electrónica); la notificación electrónica surte efecto el día siguiente que llega a la dirección electrónica. Las resoluciones dictadas en la audiencia se entienden notificadas a las partes en el acto. Para tal efecto, constituye requisito de admisión de la demanda y de la contestación de la misma consignar la dirección electrónica a la cual deberá notificarse las resoluciones (Art. 13).

Esta sola previsión de la NLPT ahorra meses en la duración del proceso. Con la LPT aún vigente, un traslado de la demanda o una simple notificación de "téngase presente" puede demorar uno o dos meses; y en la Corte Suprema, desde que lo resuelto se anota en el Libro Toma Razón hasta su notificación, tranquilamente pueden transcurrir cuatro o cinco meses, sino más.

Asimismo, las actuaciones realizadas en la o las audiencias, según corresponda, salvo la etapa de conciliación, son registradas en audio y video. Las partes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico (Art. 12.1).

Otra expresión del uso de la tecnología está constituido por la exhibición de planillas, en que si son electrónicas, como ocurre en la mayoría de los casos, es ordenada por el juez al funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para que lo haga (Art. 27). En la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ya existe el link, restringido para jueces o funcionarios autorizados que permita acceder sobre la información de planillas electrónicas.

Además la NLPT prevé que los jueces contarán con una base de datos pública, actualizada permanentemente que les permita a ellos como a los usuarios el

acceso a la jurisprudencia y los precedentes vinculantes y que ofrezca información estadística sobre los procesos laborales en curso (Segunda Disp. Transt). El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha informado que ya se encuentra con esa base de datos, no solo para los jueces sino también para cualquier usuario a cuyo efecto se puede acceder a ella a través de la siguiente dirección: <www.mintra.gob.pe/LEYPROCESALTRABAJO/>.

Finalmente la NLPT igualmente prevé que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con la colaboración del Poder Judicial implemente un sistema informático, de acceso público, que permita el cálculo de los derechos o beneficios sociales (Tercera Disp. Transt). Igualmente ya se puede acceder a dicho sistema, ingresando a la página web a que nos hemos referido en el anterior párrafo.

f) Conducta de las partes y de los abogados

Las partes, sus representantes, sus abogados y terceros deben actuar en el proceso con veracidad, probidad, lealtad y buena fe (Art. III T.P.).

Merece sanción alegar hechos falsos, ofrecer medios probatorios inexistentes, obstruir la actuación de las pruebas, generar dilaciones que provoquen injustificadamente la suspensión de la audiencia, o desobedecer las órdenes dispuestas por el juez (Art. 11b.).

El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso (presunción legal derivada de la conducta de las partes). Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de ellas. Se entiende que se obstaculiza la actuación probatoria, entre otras circunstancias, cuando no se cumple con las exhibiciones ordenadas, se niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, se impide o niega el acceso al juez, los peritos o los comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre; se niega a declarar, o responde evasivamente (Art. 29). Como puede apreciarse esta regulación está dirigida, fundamentalmente aunque no se consigne expresamente, al empleador.

Debe recordarse que la parte del proceso debe acudir debidamente informada sobre los hechos que lo motivan (Art. 25), de tal modo que, como se ha manifestado, las respuestas evasivas que se puedan dar serán tomadas en cuenta por el juez en contra del litigante que las emite.

En los casos de temeridad o mala fe procesal el juez tiene el deber, no la facultad, de imponer a las partes, sus representantes y sus abogados una multa no menor de ½ ni mayor de 50 URPS (S/. 180.00 a S/. 18,000.00). Esta multa es independiente de aquella otra que se pueda imponer por la infracción a las reglas de conducta a ser observadas en las audiencias (S/. 180.00 a S/. 1,800.00).

Existe responsabilidad solidaria (lo cual es una novedad) entre las partes, sus representantes y sus abogados (otra real novedad) por las multas impuestas a cualquiera de ellos. No se extiende la responsabilidad solidaria al prestador de servicios.

Adicionalmente a las multas, el juez puede remitir copias de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público, y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudieran haber lugar, incluidas las penales (Art. 15) .

Todas estas disposiciones, de carácter disuasivo, que contiene la NLPT se encuentran encaminadas a que las partes actúen con probidad, veracidad, lealtad y buena fe en el proceso, evitando dilaciones innecesarias del mismo, por cuanto lo que se persigue es llegar a la verdad real de lo sucedido y resolver en consecuencia.

2. Retos para los empleadores

a) Prevención de los conflictos

La celeridad de los procesos laborales en la NLPT así como la posibilidad de dictarse medidas cautelares (embargos y otros) incluso antes del inicio del proceso y dentro del mismo, obliga a los empleadores a adoptar medidas de prevención de conflictos laborales que minimicen los riesgos de un proceso en que el trabajador pueda resultar victorioso.

b) Acopio de medios probatorios

La forma como se encuentra estructurada la carga de la prueba así como la regulación de las presunciones legales a que nos hemos referido en el numeral 1.d anterior, obliga a los empleadores a que sean sumamente minuciosos en contar con las pruebas que permitan acreditar rápidamente el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones laborales. No contar con dichas pruebas hace correr el riesgo que, frente a una aseveración del trabajador y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan al juez presumir la existencia del hecho lesivo alegado, este lo de por cierto, salvo que el demandado aporte elementos (pruebas) que demuestren que existió justificación suficiente y razonable respecto a las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (Art. 23.5).

Resulta entonces especialmente importante la revisión y actualización de los archivos del personal a fin de estar debidamente preparados ante la eventualidad de una demanda.

3. Capacitación interna

La vigencia de la NLPT, por los cambios sustantivos introducidos en el proceso laboral, demanda una particular capacitación de las áreas de administración y legal de las empresas a fin de estar en aptitud de hacer frente, de manera exitosa, a los desafíos que presenta la aplicación de la nueva norma procesal.

AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL LABORAL Y PROCESO

Hugo Fernández Brignoni(*)

I. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL LABORAL Y LAS NUEVAS LEYES PROCESALES DEL TRABAJO

1. Las recientes reformas en materia procesal laboral vuelve a plantear el debate sobre si para el tratamiento jurisdiccional de los conflictos, debe existir una única estructura procesal sin importar las características de la relación sustantiva, o si por el contrario es necesario estructuras procesales ajustadas a cada derecho sustantivo.

Cabe mencionar que este debate científico no queda limitado al tema de las estructuras procesales, ni al proceso judicial como concepto científico general. Desde un punto de vista sistémico, el proceso judicial es una herramientas de solución de conflictos, entre otras con las que convive y que tienen como razón de su existencia la misma finalidad; operar como mecanismos de solución de los conflictos. Todas estas actividades, que pueden ser más o menos procedimentalizadas y que evidentemente son de distinta naturaleza y características, se han convertido en elementos de análisis insoslayables desde el punto de vista científico. En este sentido, todos estos mecanismos o herramientas de solución de conflictos podrían ser considerados dentro del concepto de derecho procesal. Esta idea es aplicable al derecho procesal civil, pero es particularmente válida para el derecho procesal laboral, donde los mecanismos de solución de los conflictos de trabajo, por sus esenciales características, no quedan, ni pueden quedar reducidos o limitados a la actividad jurisdiccional. En el caso del derecho del trabajo, no se trata de una simple opción

(*) Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Uruguay)

de los sujetos en conflicto, como puede ocurrir con la utilización del arbitraje privado en lugar del proceso civil, ni tampoco de una mera opción de política legislativa porque la diversidad de mecanismos de solución, y su naturaleza extrajudicial y colectiva, propia del derecho colectivo de trabajo, es una nota que identifica el conflicto laboral, y que es necesario considerar para el análisis científico de la autonomía de la disciplina, incluso en su fase adjetiva o procesal.

Es cierto que en el actual estado de la evolución de las instituciones jurídicas, el proceso judicial tiene una destacada connotación histórica, y esto sucede básicamente porque, es a través de él que el Estado ha desarrollado sus mayores esfuerzos en la búsqueda de la justicia, el orden y la paz social. No es el momento de valorar lo acertado de la elección, sino de señalar que el proceso judicial resulta ser, conjuntamente con otros medios, un mecanismo idóneo para la actuación de las normas sustantivas, lo que evidentemente explica su importancia y justifica el debate sobre la forma y el contenido del mismo.

2. Desde tiempo atrás, el debate sobre pluralidad o unidad del derecho procesal, se ubica básicamente en la confrontación de la posición unificadora y otra pluralista o autonomista.

La tendencia unificadora, se apoya en las elaboraciones teóricas y prácticas que sostienen que es suficiente y hasta conveniente, que exista, como regla general, una sustento teórico único, una sola teoría procesal, y consecuentemente, un solo proceso jurisdiccional, por el cual se tramiten todos los conflictos, sin que la naturaleza y características del derecho sustantivo en juego, sea razón suficiente para salir de la estructura procesal común. Para la posición unificadora, su regla general, es distinguir entre dos procesos: el proceso civil y el proceso penal y sobre la base de esta distinción, el proceso laboral se ubica dentro de la estructura del proceso civil.

Esta descripción bi-procesal que realiza esta teoría, admite algunas correcciones. Sin salir de la estructura del proceso civil, la posición unitaria admite que la materia laboral junto a la agraria y de familia, presentan particularidades que generan instancias procesales diferenciadas dentro del proceso común que postulan[1].

Por otra parte, y para completar este brevísimo panorama sobre esta tendencia, es necesario consignar, que en la práctica, aún bajo el predominio de la posición unitaria, conviven una serie de procesos diferenciados y separados del proceso común, en razón de las especiales características de la materia litigiosa; es el caso, en nuestro país, de los procesos para dilucidar los conflictos en las relaciones de consumo y del proceso concursal. Esta constatación, ha llevado a sostener que por la existencia de pluralidad de procesos y de estructuras procesales, queda

(1) VESCOVI, Enrique. "Poderes del juez en el proceso laboral. Posibilidad de fallar ultrapetita y extrapetita" En: *Revista Judicatura*, Diciembre 1985, N° 15, pp. 18 y 19 y STIPANICIC, Emma y Valentín. *Proceso Laboral.* Ed. del Foro, Montevideo, 2000, p. 9.

demostrado que el Código General del Proceso, elaborado en base a la aplicación de la teoría unitaria, no ha podido cumplir con lo que fuera la intención de unificar todos los procesos en una sola estructura ordinaria[2].

3. La posición teórica opuesta, sostiene la pluralidad del derecho procesal y en particular, la autonomía del derecho procesal del trabajo. Los defensores de esta posición postulan la separación del derecho procesal laboral del derecho procesal civil y consecuentemente la necesidad de establecer, entre otros resultados procesales, una estructura procesal judicial propia de la materia laboral.

Se ha sostenido que la defensa de la autonomía del derecho procesal laboral es casi unánime y que solo existe discrepancia sobre el alcance que debe asignársele al concepto de autonomía[3], aunque todos coinciden en la necesidad de descartar el proceso del derecho procesal civil para la solución de los conflictos laborales sometidos al dictamen jurisdiccional[4].

4. Dentro de la tendencia autonomista se pueden individualizar tres corrientes[5]: *la corriente moderada*, que sostiene que el carácter particular de los principios que informan al proceso laboral y el contenido propio de la disciplina son motivos suficientes para marca la autonomía del derecho procesal laboral, aunque postulan una autonomía relativa, porque no plantea una separación tajante con el derecho procesal civil, considerado como material normativo para la integración del derecho.

5. Por su parte, *la corriente avanzada* plantea una separación del derecho procesal civil mayor a la corriente moderada y por lo tanto, más cercana a la tercera corriente, la radical. Representantes de la corriente avanzada sostienen que el derecho procesal laboral expresa su autonomía a través de tres dimensiones: la científico-didáctica, expresada en la existencia de estudios científicos sobre el tema; la dogmática, porque se funda en principios propios y específicos que le dan un perfil inconfundible y en tercer lugar, la metodológica, porque el derecho procesal hace uso de una variada gama de métodos propios; los más claros de visualizar son la negociación colectiva, la conciliación y la mediación, la huelga, etc[6].

En sus últimas elaboraciones teóricas, la corriente avanzada admite una relación funcional por la cual las normas del derecho procesal laboral, pueden eventualmente remitirse a las normas del derecho procesal civil, utilizándolas como derecho

(2) ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín. *Estructuras Generales de los procesos en el derecho positivo uruguayo.* 4ta. Ed, FCU, diciembre de 2009, p. 9.

(3) ARLAS, José. Ob. cit., p. 23.

(4) CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. "La reforma procesal en Perú". En: AAVV, *La Justicia Laboral.* Un desafío para Guatemala, Guatemala, 2003, p. 205.

(5) Wagner Giglio explica la distinción en las tres corrientes mencionadas tomando como criterio de distinción la aceptación y aplicación al proceso laboral de la teoría general del proceso elaborada en el derecho procesal común. *Direito Processual do Trabalho*, 15ª. ed, Ed. Saravia, Sao Paulo, 2005, p. 79.

(6) PACOS COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo.* Ed. Aele, Lima, 1997, p. 33.

supletorio solo bajo determinadas condiciones y requisitos que la misma norma procesal laboral prevé como condición insoslayable, para habilitar la entrada del derecho procesal civil, por la vía de la interpretación o integración del derecho procesal laboral. En otras palabras, las normas del derecho procesal común, son aplicables al proceso laboral, en tanto y en cuenta las mismas no vayan en contradicción con los principios propios y la especial aplicación de otros principios comunes que identifican al derecho procesal laboral.

Los mentores de esta corriente postulan la autonomía científica del derecho procesal laboral lo que implica que la legislación vigente y los operadores jurídicos, en particular los que actúan en nombre del Estado (magistrados, fiscales, mediadores, conciliadores) adopten posiciones acordes con los lineamientos científicos autónomos. En esta concepción el derecho laboral es más que la legislación vigente y con ese punto de partida esta corriente autonómica, postula la necesidad de hacer aplicable el derecho desde sus principios, tanto como desde la legislación vigente.

Se llega a la conclusión que el proceso civil no es apto para garantizar la eficacia del derecho del trabajo, sobre la base de dos razones que se mencionan en forma precisa: la primera que el proceso civil tiene como principio central la igualdad de las partes y no aplica el principio de desigualdad compensatoria que busca corregir, en el mismo proceso, la desigualdad real que deriva de la relación laboral sustantiva. La segunda razón, por la cual el proceso civil no es apto para solucionar los conflictos laborales es que no tiene en cuenta los demás principios del derecho sustantivo cuya aplicación el proceso debe garantizar(7).

6. La *corriente radical* pregona la autonomía total del derecho procesal laboral, es decir, la independencia absoluta del derecho procesal laboral del esquema teórico y práctico del derecho procesal civil. No admiten ninguna relación entre el derecho procesal laboral y el derecho procesal común. Esta corriente se apoya en una concepción con una importante carga ideológica, lo que queda de manifiesto en la transcripción del siguiente párrafo: "la autonomía del derecho procesal social es tal que no puede formar parte de la clásica "teoría general del proceso" sino que origina una teoría propia que agrupa a todos los procesos sociales: el agrario, del trabajo y de la seguridad social, económicos asistenciales, constituyéndose con estos una autónoma teoría general del proceso social y como partes de este el proceso de trabajo, agrario y de seguridad social, que rompe con la teoría burguesa de la igualdad e imparcialidad del derecho procesal individualista"(8). Como se aprecia de las palabras de uno de los más importantes y apasionados defensores de esta

(7) ERMIDA URIARTE, Óscar. "La celeridad del proceso laboral". En: *Actualidad del Derecho del Trabajo*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo del Trabajo y de la Seguridad Social, ed. arteidea de Iure, Lima, 2009, pp. 239 y 240.

(8) TRUEBA URBINA, Alberto. *Nuevo Derecho Procesal del Trabajo*. 2da ed., Editorial Porrúa, México, 1973 p. 52.

corriente, la propuesta es la construcción de una teoría del proceso social, sobre la cual se construye el derecho procesal social, que se ubica en la antípodas del derecho procesal civil, el que no resulta aplicable ni siquiera subsidiariamente. En este sentido, se afirma que: "(...)considerar el derecho procesal común subsidiario, atrasa la tecnificación y avance autónomo del derecho procesal laboral, pues congela en fórmulas anacrónicas y tradicionales del proceso civil –adecuado a otro derecho sustantivo– la espontaneidad creadora del conflicto del trabajo"(9).

Según esta concepción el derecho procesal social está compuesto por tres ramas procesales: el derecho procesal agrario, el derecho procesal asistencial que refiere a los conflictos ocurridos en el derecho de la seguridad social y el derecho procesal laboral.

7. Las reformas legislativas que se han planteado recientemente en varios países(10), parece consolidar la autonomía del derecho procesal laboral dentro de la *corriente avanzada*, dando que se franquea el acceso de la norma civil en la medida que sea admisible, lo que implica anteponer los principios del derecho del trabajo, y las normas especiales de la materia laboral, a las disposiciones del régimen civil. Tal es el caso de la reciente ley peruana N° 29.497 de 15 de enero de 2010 (disposición complementaria Primera) y de la ley uruguaya N° 18.572 de 13 de septiembre de 2009 (artículo 31) que a través de técnicas diferentes consagra la subsidiaria del régimen civil.

8. Sin embargo, como en el caso uruguayo, esta concepción teórica ha sido objeto de embates y críticas, cuestionándose las soluciones procesales de la nueva ley. La historia del derecho del trabajo muestra que, muchas veces, los empleadores se han opuesto a las normas laborales que limitan su accionar o que afectan su interés. Se podría decir, que esta es una característica del sistema de relaciones de trabajo, y una manifestación más, del conflicto de intereses que es inherente a la relación de trabajo. Pero lo singular de los embates que recibe en el caso, la nueva ley laboral procesal uruguaya, es que las críticas derivan del propio poder judicial, que cuestiona su autonomía científica, ignorando la situación de desigualdad de las partes en el proceso laboral y las normas constitucionales que orientan la regulación legal

(9) SARTHOU, Helios. "Proposiciones sobre un derecho procesal laboral autónomo". En: Revista *Derecho Laboral.* T. (...) N° (...). p. 848.

(10) Puede mencionarse como ejemplos de esta tendencia, las leyes chilenas N°s 20.022 y 20.023 de 2005, por las cuales se ha reformado el Libro V del Código de Trabajo de Chile referido al proceso laboral, y la Ley N° 20.087 de enero de 2006 aplicable a partir del 1 de marzo de 2007, que introdujo al Código de Trabajo de Chile, un procedimiento de carácter general breve, concentrado y oral y tres procedimientos especiales referidos a: a) la tutela de derechos fundamentales, b) monitorio, c) reclamación judicial de multas administrativas. Conf. GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. " El nuevo procedimiento laboral chileno", LIZAMA PORTAL, Luis. " El procedimiento monitorio en la nueva ley procesal chilena" y UGARTE CATALDO, José Luis. "La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento" todos en € rev. Derecho Laboral T. XLIX N° 221, pp. 33, 63 y 81 respectivamente. El Código de Trabajo de Nicaragua, (2010) y aunque con ya algunos años de vigencia la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela N° 37.504 de 13 de agosto de 2002.

de las relaciones laborales, sobre la base de la protección del trabajador, tanto en el plano sustantivo como adjetivo o procesal (art. 53 de la Constitución uruguaya)[11]

9. Es indudable que el conflicto laboral tiene características singulares que lo diferencia de los otros conflictos que Plá en el año 1947 reseñaba de esta manera:

a) En los conflictos comunes el objeto está ubicado dentro de una órbita de carácter patrimonial, en el conflicto laboral el eje lo constituye el trabajo como actividad humana y personal que excede el marco patrimonial. Una vez que se superó el concepto de trabajo-mercancía, surgió claramente esta diferencia que el Américo Plá califica como una diferencia esencial y de la mayor jerarquía o importancia.

b) En los conflictos del derecho común, la contienda se reduce a la persona de los litigantes. En cambio, en el conflicto de trabajo, se produce una especie de contienda entre capital y trabajo que repercute en toda la sociedad y no solo en las partes litigantes. La trascendencia y repercusión que el conflicto de trabajo tiene en el medio social, difiere de la que genera el conflicto de derecho común.

c) Las partes no están situadas en un plano de igualdad, como sucede en el conflicto común, sino que existe entre ellas una desigualdad económica y social[12].

10. Para Sarthou, existe un fundamento ontológico de la autonomía del derecho procesal laboral. Es la controversia de intereses que estalla en el campo de la realidad constituida por la relación de trabajo subordinado. Según este autor, es este el presupuesto prioritario de la autonomía del derecho procesal laboral, y la causa generadora de la necesidad de un proceso específico y peculiar en el derecho del trabajo[13]. Expresa este autor, que el conflicto individual de trabajo participa de la condición de ser una expresión de la cuestión social tanto como el colectivo. Si bien estos conflictos estructuralmente aparecen como la contraposición de pretensión y la negación de la misma, lo que no es diferente a la mecánica del proceso civil, existe –dice Sarthou– una carga de caracteres específicos en los mismos, que es esencialmente diferente del conflicto de intereses intersubjetivos propio de la contienda civil[14].

(11) Tal es el caso de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 137 de 21 de junio de 2010 que declara inconstitucional el distinto trato dispensado por el artículo 14 de la nueva ley, frente a la ausencia de las partes a la audiencia única y el depósito de la condena, como requisito para habilitar el recurso de apelación de la sentencia definitiva (Art.17 párrafo 2 de la ley).

(12) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Los conflictos del trabajo. Necesidad de crear para ellos una justicia especializada". En: *LJU.* T. XV, sec. doc. p. 37.

(13) SARTHOU, Helios. "Proposiciones sobre un derecho procesal laboral autónomo". En: *Revista DL*, Tomo XIX, N° 104, Montevideo, 1976, pp. 852 y 853.

(14) SARTHOU, Helios. Ob. cit., p. 853.

11. Se ha afirmado con razón que prácticamente no existe en doctrina quienes niegan que el derecho procesal del trabajo tenga principios propios[15].

Por otra parte, existen principios que pueden ser de todos o de cualquier proceso, aunque muchos de ellos fueron primero planteados para el derecho procesal laboral y luego incorporados como criterios funcionales del proceso civil o general[16]. (publicidad, economía, oralidad, celeridad, inmediación, gratuidad, buena fe, tutela efectiva, etc.).

Aún en la situación de que se comparten principios generales en los distintos procesos diferenciados por materia, es indudable que los mismos adoptan para el derecho procesal laboral la condición de principios necesarios, (a diferencia del criterio de conveniencia que puede imperar en otros procesos para recurrir a estos mismos principios) y que por lo tanto, se aplican de una manera distinta, adaptándose a materialidad del conflicto que trata. Como dice Racciatti en nuestro país, aún identificando principios comunes a todos los procesos, en el proceso laboral se reclama una aplicación especial y más efectiva de los principios comunes como la oralidad, la inmediación, la concentración y la celeridad[17]. Señalaba Nascimento que "hay principios comunes que asumen una vestimenta especial en el proceso laboral"[18].

12. Nuestra doctrina ha indicado una serie de principios propios del derecho procesal del trabajo. Plá Rodríguez los clasifica en dos grupos: 1) los que están en el proceso común pero tienen en el proceso laboral mayor grado de agudeza e importancia: a) rapidez, b) gratuidad, c) impulso de oficio, d) esfuerzo por la conciliación, 2) los principios que no están en el proceso común: a) desigualdad compensatoria, que viabiliza el tratamiento normativo diferencial, b) búsqueda de la verdad real, c) la irrenunciabilidad de los derechos sustantivos[19].

Barbagelata ha establecido un elenco de circunstancias que diferencian el proceso laboral basado en la posición de desequilibrio de las partes: a) subordinación económica y social del trabajador, b) debilidad del trabajador ante el riesgo procesal, c) urgencia por las resoluciones de los conflictos, d) significado alimentario de los créditos laborales, e) dificultad de prueba del trabajador, pero ha marcado como elemento que verdaderamente lo caracteriza a la irrenunciabilidad de los derechos que constituyen el orden público. Agrega Barbagelata: "el proceso civil y el proceso laboral se pueden aproximar, cada vez más, desde el punto de vista

(15) MANGARELLI, Cristina. " La autonomía del derecho procesal del trabajo y el Código General del Proceso". En: AAVV, *Derecho procesal del trabajo,* p. 42

(16) Sobre como influyó el proceso laboral sobre el proceso común: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Visión crítica del derecho procesal del trabajo". En: *rev. DL,* N° 163, p. 566 y ss.

(17) RACCIATTI, Octavio. "Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo". En: AA.VV. *Derecho procesal del Trabajo*, treinta estudios, Grupo de los Miércoles, FCU, Montevideo, 2005, p. 22.

(18) Citado por Racciatti, ob. cit., p. 22 cita N° 21.

(19) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Visión crítica (...) ob. cit., p. 570 y ss.

del empeño en la búsqueda de la verdad, o en función de la racionalidad, realismo, economía y hasta celeridad, que tiende también a presidir el proceso civil moderno (...). Pero es profundizando en torno a la indisponibilidad que surgen elementos de diferenciación irreductibles"[20].

Este idea-valor del principio de irrenunciabilidad lleva a sostener que en el proceso laboral es posible fallar *extra o ultra petita*, de modificar la demanda, de establecer potestades inquisitivas del Tribunal en cuanto a la averiguación de la verdad material y a la posibilidad de establecer disposiciones normativas que establezcan efectos jurídicos distintos, según la parte del proceso que se trate.

13. Son destacables las particularidades de la relación sustantiva, que implica la desigualdad de las partes también en el proceso laboral[21] y la existencia de procedimientos especiales que son evidentemente parte del derecho procesal laboral, creados al impulso de una suerte de descentralización funcional procesal, en la búsqueda de la tutela efectiva del derecho sustancial. Es el caso de la existencia de estructuras procesales distintas que se aplican en forma simultanea según criterios de distribución objetivos y justificados, y de las leyes que aplican procedimientos especiales para la protección de determinados derechos como el derecho a la no discriminación por razones de sexo (Ley N° 16.045), la protección de la libertad sindical (Ley N° 17.940), y la protección frente situaciones de acoso sexual.

II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL Y LA AUTONOMÍA DEL PROCESO LABORAL

14. Tanto la ley peruana como la uruguaya utilizan la técnica de enunciar los principios que operan en la ley procesal aprobada. Se trata de una técnica ya utilizada en leyes procesales anteriores, que demuestra la especialidad de cada una de las leyes procesales. Es cierto que algunos principios pueden encontrarse repetidos en distintas normas, pero lo que es relevante lo que resulta de la aplicación combinada de los principios con las disposiciones normativas de cada ley, en las estructuras procesales de cada disciplina.

15. Ambas normas comienza mencionando los principio del proceso laboral. La ley peruana menciona los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, económica procesal y veracidad y más adelante, bajo el título Fundamentos del proceso laboral, artículo III establece también el principio de gratuidad. Por su parte, la ley uruguaya menciona los principios de oralidad, celeridad, gratuidad, inmediación, concentración, publicidad, buena fe y efectividad de la tutela efectiva de los derechos sustanciales. La coincidencia de los principios es

(20) BARBAGELATA, H. H. "Los medios de prueba en el procedimiento laboral". En: *rev. DL,* Tomo XXIII nop. 119, Montevideo, 1980, p. 560.
(21) GIGLIO, Warner. *Directo procesual do trabalho*, p. 610.

prácticamente total, lo que demuestra la relevancia de la autonomía científica en la elaboración del texto legal.

III. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS PRINCIPIOS EN LA LEY

Principio de oralidad

16. Para algunos autores este es el principal principio del proceso laboral moderno y causal de todos los demás.[22]

El principio de oralidad implica que el proceso en sus partes principales se sustancia de viva voz y ante el Juez que entiende en el proceso. Así es como las pruebas y los alegatos, se efectúan frente al juez. La oralidad es soporte del principio de inmediación que también está enumerado en la nueva ley.

La oralidad es el medio para **la publicidad** de las actuaciones judiciales, previsto como otro de los principios generales del artículo 1 de la ley. La publicidad opera como una garantía para que las actuaciones judiciales del proceso se ajusten a derecho y refiere al conocimiento recíproco de las partes del proceso de las actuaciones que cada uno lleva a cabo en el mismo.

Principio de inmediación

17. Muy vinculado con el principio de oralidad se encuentra el principio de inmediación. Para algunos autores inmediación es igual a oralidad[23]. Lo que plantea este principio es la obligación de que exista una relación directa de los litigantes con el juez, prescindiendo de la intervención de otras personas. De alguna manera el principio de inmediación relativiza el papel del abogado patrocinante, que no pierde protagonismo porque el proceso es un mecanismo técnico en el que el litigante precisa constante asesoramiento jurídico, pero que en alguna circunstancia, sin tamizar la actitud del litigante por el abogado, la correcta aplicación de este principio puede generar un intercambio directo del juez con el litigante que permita extraer elementos para su instrucción sobre el objeto del proceso y de la prueba. La ley establece la presencia obligatoria en la audiencia del actor y del demandado lo que facilita la posibilidad del intercambio. La importancia que la ley le atribuye a la conciliación tiene desarrollo gracias a la instauración de este principio. Son varios los momentos en los cuales se puede intentar la conciliación. La conciliación previa al inicio del juicio laboral prevista en los artículos 3 a 6 del capitulo III de la ley. La conciliación intraprocesal, prevista en el artículo 14 numeral 2, para el proceso laboral ordinario que tiene la particularidad de separar los rubros

(22) CIUDAD REYNAUD, Adolfo. "Necesidad de una profunda reforma procesal laboral en América Latina", Trabajo y seguridad social, Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Lima, 2008, p. 565.

(23) SARTHOU, Helios. Ob. cit. Los principios (...) p. 192.

y montos no controvertidos para luego intentar la conciliación sobre lo que si está controvertido, lo que constituye un aporte al equilibrio de la resolución del litigio por la vía de la transacción. Por su parte la conciliación está prevista en el artículo 22 numeral 3 para el proceso de menor cuantía creado en esta ley.

18. Este principio también opera fuertemente en la actividad probatoria, en particular en la apreciación y valoración de la prueba por el juez, y sobre todo de la prueba testimonial, en cuyo diligenciamiento la inmediación tiene una gran importancia.

El carácter mixto que tienen los procesos de la nueva ley, no le quitan importancia a los principios de oralidad, inmediación y publicidad, que son fundamentales en la etapa de audiencia.

Principio de celeridad

20. La celeridad se concreta con la rapidez del proceso y de la obtención de la sentencia judicial. La voluntad de abreviar los juicios laborales fue el factor desencadenante de esta nueva ley y por lo tanto este principio se constituyó en la referencia política de parlamentarios y en la preocupación técnica de los operadores jurídicos que de una u otra forma intervinieron en lo debates para la aprobación de la ley. Para los procesalistas se trata de un sub-principio del principio de economía procesal, que según esta doctrina está integrado además por otros dos sub-principios: el economía de esfuerzos y economía de gastos[24]. Evidentemente la duración excesiva es un problema para cualquier proceso. La doctrina laboralista ha destacado una mayor problemática para el proceso laboral, por el carácter alimentario de los créditos laborales y la debilidad del trabajador frente a la contraparte empleadora.

21. El principio de celeridad tiene en el proceso laboral una relevancia mayor que en el proceso común. Por eso la ley se ha planteado: en lo orgánico: a) una mayor cantidad de juzgados[25]. b) dos estructuras procesales que reducen la carga de trabajo y permiten un tratamiento diferenciado y más sencillo y rápido de las causas de menor cuantía. En el procedimiento la ley plantea para lograr el objetivo de acortar la duración del proceso: a) un acortamiento de los plazos procesales, b) la imposición de plazos donde antes no existían por ejemplo, el plazo de 5 días hábiles para elevar el expediente al Tribunal previsto en el artículo 4 de la ley, c) la naturaleza de todos los plazos que son perentorios e improrrogables (art. 26), c).

(24) VESCOVI, Enrique y otros. *Código General del Proceso, comentado, anotado y concordado*. Tomo 1, p. 79

(25) En el informe de la Comisión que realizó los trabajos preparatorios para la elaboración del anteproyecto de ley, se plantea la necesidad de crear Juzgados Letrados del Trabajo de instancia única para los procesos de menor cuantía,. La Suprema Corte de Justicia también planteó establecer en el artículo 4 del proyecto de ley que elaboró, la creación de cinco Juzgados Letrados del Trabajo de Instancia Única para Montevideo competentes para conocer en los asuntos cuyo monto no supere los $ 81.000.

Este componente de la celeridad busca proteger al trabajador de la desidia de los operadores del sistema.

La ley ha recurrido a formas operativas que son excepcionales pero efectivas para hacer célere el proceso laboral, que no afectan el equilibrio necesario entre garantía y rapidez, respetando sobre todo las garantías del debido proceso porque en todos las estructuras previstas en la ley, el interesado tiene la posibilidad de ejercer su defensa en juicio, pudiendo aportar todos los elementos probatorios que considere del caso para fundamentar su argumentación, frente a un juez técnicamente capacitado para dirimir el litigio de acuerdo al derecho vigente.

El principio de concentración

22. Este principio también está relacionado con el principio de economía (de esfuerzos). Significa la reunión de la mayor cantidad posible de actividad procesal en la menor cantidad posible de actos procesales, evitando, la segmentación del proceso[26].

El principio se efectiviza en la ley a través de la previsión de la audiencia única (Arts. 14 y 22 para los dos procesos previstos en la ley). Este principio se potencia con un proceso predominantemente oral y con una estructura que no previó la prórroga de audiencia. La ley utilizando la experiencia de los más de 10 años de proceso por audiencia del CGP, el cual preveía que el proceso se sustanciara en una audiencia preliminar, y excepcionalmente se pudiera señalar una segunda audiencia de carácter "complementaria" para el caso que la preliminar no fuera suficiente para realizar todas las actuaciones previstas. La práctica desvirtuó el orden de las cosas y generó una demora que puede ser evitada ordenándose el diligenciamiento de la prueba con la anticipación prevista para que en el momento de realizarse la audiencia los testigos hayan sido citados, la prueba por oficios haya sido completada, etc.(art. 13 del proceso ordinario y art. 21 in fine y 21 numeral 1).

El objetivo de la ley como este mecanismo es evitar la dispersión de las actuaciones, evitando dos efectos negativos muy habituales en la práctica forense: a) la proliferación de diligencias que hace que el juez pierda contacto con el objeto del proceso, b) la incorrecta apreciación de la prueba diligenciada. Este principio genera además de la necesaria celeridad una mejor calidad del fallo por la apreciación crítica global que tiene el juez por efecto de la concentración de los actos procesales.

El principio de buena fe procesal

23. Couture lo define como: "la calidad jurídica de la conducta legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón". Este principio refuerza la autoridad del Tribunal. La perentoriedad

(26) VESCOVI, E. p. 215.

de los plazos y la concentración de los actos procesales atenúa el riesgo de la mala fe procesal. La proyección práctica de este principio exige que las partes actúen: a) colaborando en la marcha del proceso, evitando la promoción de incidentes infundados y realizando actos inútiles o innecesarios, b) utilizando el proceso para la satisfacción de intereses lícitos, de modo de evitar el abuso de las vías procesales y el fraude a la ley, c) proporcionando información correcta y plena, evitando las ambigüedades y las conductas reticentes porque adquieren un carácter malicioso cuando están destinadas a perjudicar[27].

Los dos principios que quedan por comentar, gratuidad y tutela efectiva de los derechos sustanciales son principios procesales que no están mencionados en la ley procesal civil.

El principio de gratuidad

24. Se presenta como un mecanismo que facilita el acceso a la justicia del trabajador. Para algunos autores se constituye como un medio para corregir la desigualdad entre las partes del proceso laboral[28]. Las diferencias económicas de las partes en juicio genera una desigualdad que la ley pretende compensar con un tratamiento diferencial para el trabajador. Existen en nuestro derecho un elenco de normas que establecen la gratuidad[29], pero son dos normas del alcance procesal establecen este principio a texto expresa, la que comentamos y la Ley N° 17.940 sobre protección de la libertad sindical.

La ley en su artículo 28 en el capítulo de disposiciones generales establece que todas las actuaciones administrativas serán gratuitas para la parte actora. Se trata de una referencia a la posición de reclamante y no a la calidad de trabajador con lo que en algunos casos podrían dar lugar a situaciones que evidentemente no se corresponden con la intensión del legislador, que evidentemente está refiriendo al trabajador, como sujeto que habitualmente es la parte actora del proceso laboral.

El alcance de la gratuidad prevista en la ley es amplio, abarca a los impuestos y tasas registrales y catastrales, expedición de testimonios o certificados de partidas y sus legalizaciones. Según se desprende del propio texto de la norma, la enumeración de todos los gastos que al trabajador le demanda accionar reclamo de sus derechos laborales.

El principio de la efectividad de la tutela de los derechos sustanciales

25. Al igual que en el caso de la Ley N° 17.940 esta ley hace expresa referencia a los derechos sustanciales que están en juego en el proceso. El CGP también hace

(27) *Código General del Proceso,* ob. cit., p. 128.
(28) BECERRA, Rodolfo. "El principio de gratuidad en el proceso laboral". En: AAVV. *Derecho procesal del Trabajo,* p. 81.
(29) Para un completo análisis de estas normas ver: BECERRA, Rodolfo. Ob. cit., p. 85 y ss.

referencia a este concepto pero como regla de interpretación de las normas procesales (art. 14) y con un énfasis en el fin o finalidad del proceso más que en la tutela de los derechos sustantivos que es verbo nuclear de la redacción que comentamos.

El principio comentado, refiere a la tutela real, a la protección eficaz de los derechos laborales que están en juego en el proceso. Efectividad igual a derecho realizado, a derecho cumplido.

Se refleja en este principio la idea que el proceso no es un fin en sí mismo, ni opera independiente de las normas de derecho sustantivo al cual sirve. Esto no significa desconocer la autonomía del derecho procesal, pero si marcar su función instrumental que se cumple cabalmente cuando permite que el derecho sustantivo se realice, sea cumplido, en este caso, como consecuencia de las actuaciones judiciales.

Proto Pisani destaca que existe un vínculo indisoluble entre derecho sustancial y el proceso manifiesto en la tutela real (efectiva) de los derechos sustanciales(30).

Este principio le indica al juez que debe desplegar una tutela jurisdiccional efectiva. Para algunos autores este principio lleva a que cualquier interpretación de las normas procesales que, invocando razones formales (rituales) conduzcan al menoscabo de los derechos sustantivos tutelados por el derecho laboral debe ser descartada, llegando a la ilegalidad (art. 1 de la ley comentada) o inconstitucionalidad. (art. 7 de la Constitución)(31).

Principio inquisitivo . La potestad del juez para averiguar la verdad y actuar como factor de equilibrio procesal

26. Para referirse a este principio conviene descartar algunos significados que se derivan del verbo inquirir.

El término inquisitorio basado en sus orígenes históricos genera una visión negativa de su alcance. Se confunde la actuación inquisitiva del juez con una posición de indefensión de la persona frente a un tribunal omnipotente. Los resabios históricos de la Santa Inquisición evocan una realidad hoy superada. Corresponde en el estado de la evolución del pensamiento jurídico moderno quitarle a esta facultad jurisdiccional la connotación negativa derivada de los resabios históricos.

27. Desde otro punto de vista que también plantea una valoración negativa del estas atribuciones; las facultades inquisitivas del juez se vinculan con posturas o incluso ideologías autoritarias. Se plantea que los poderes inquisitivos son parte de una concepción política antiliberal y sustancialmente autoritaria o totalitaria.

La cuestión no es nueva y ha sido objeto de discusiones recurrentes en la doctrina del procesal civil(32), que al final ha marcado la presencia de una tendencia

(30) Citado por RACCIATTI, Octavio. *Aspectos procesales de la Ley N° 17.940.* Jornadas uruguayas minas, p. 59.
(31) RACCIATTI. Ob. cit., p. 60.
(32) Para un detallado estudio de este punto ver: TARUFFO, Michele "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa". En: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 29 (2006), p. 251.

mayoritariamente aceptada, que sostiene que atribuirle al juez poderes de instrucción no implica un " autoritarismo procesal". Como ha dicho Tarufo la dicotomía no es entre liberalismo y autoritarismo sino entre Estado democrático o Estado autoritario. La diferencia es importante porque han existido sistema políticos que se inspiran en determinados aspectos de la ideología liberal pero que no pueden definirse como estados democráticos. Se ha destacado, que han existido regímenes autoritarios en los que el proceso civil se basaba en el monopolio de la voluntad de las partes incluso en materia probatoria; poniendo como ejemplo, en el Código de Napoleón del año 1806. Por otra parte, existen estados con democracias consolidadas, en los cuales, el juez dispone de amplios poderes de instrucción, como es el caso, de Francia, Suiza o Alemania(33).

28. Las ecuaciones que plantean: *poder de instrucción del juez = régimen autoritario y Juez pasivo = régimen liberal*, carecen de valor científico(34). Son en muchos casos eslóganes que generan polémica pero que no definen correctamente la cuestión.

Las ideologías que están en juego en el debate sobre los poderes inquisitivos del juez no son las ideologías políticas generales, que pueden resultar excesivamente vagas a los efectos de este tema. El problema se ubicaría, en un contexto ideológico mucho más concreto, que tienen que ver con la función del proceso judicial y los resultados, es decir, con el contenido de las resoluciones y sentencias con las que se resuelven los litigios.

La doctrina del derecho procesal civil sobre el poder inquisitivo del juez

29. La doctrina procesalista ha generado el debate en torno de este tema, conformándose dos posiciones contrapuestas, una crítica de otra, que revela en nuestra opinión, el descaecimiento de una y la proyección moderna y actual de la otra.

La posición que sostiene que la única función del proceso (civil) es la de resolver la controversias, poniendo fin a los conflictos entre particulares de cualquier manera y con cualquier resultado. Se genera el ritual procesal con la única finalidad que cualquiera que sea la decisión, sea aceptada por sus destinatarios. No existe criterios autónomos para determinar si una decisión es o no justa en función de los criterios con los que se ha resuelto el conflicto. La calidad de la decisión es irrelevante. Esto lleva a considerar irrelevante la búsqueda de la verdad de los hechos, lo que en esta teoría de la resolución judicial del conflicto es una cuestión prescindible. El proceso está dirigido a alcanzar exclusivamente, la resolución del conflicto y por lo tanto este objetivo es para esta teoría, en cierto modo, incompatible

(33) TARUFFO, M. Ob. cit., p. 253.
(34) Ídem. Ob. cit., p. 254.

con el objeto de buscar determinar con precisión los hechos para luego tomar la decisión jurisdiccional.

El proceso de resolución de conflictos es indiferente a como ocurrieron realmente las cosas. Si no importa la determinación de la verdad de los hechos, no hace falta dotar al juez con poderes de instrucción para determinar la verdad de los hechos.

Si no es necesario probar los hechos tal como ocurrieron, tampoco importa la calidad de la decisión adoptada, es difícil comprender porque las partes y el juez deben de perder el tiempo en proponer y diligenciar las pruebas.

En esta teoría el ritual procesal serviría solo para legitimar la decisión; el proceso y la prueba tendrían como única finalidad hacer que cualquier decisión, al margen de su justicia intrínseca, y de su relación con los hechos de la causa, sean aceptables por los destinatarios.

30. La otra teoría destaca la importancia de la calidad de la decisión, en tanto que esta debe basarse en una aplicación correcta y racionalmente justificada del derecho[35]. En esta teoría el proceso no se reduce a una contienda entre particulares, sino al cumplimiento de valores, a la obtención de decisiones justas, para ello el proceso debe orientarse a determinar los hechos, para establecer la verdad.

Desde esta perspectiva el proceso no deja de ser un instrumento institucional para la resolución de los conflictos, pero adquiere importancia el contenido, la calidad de la resolución por la cual se elimina la controversia. En otras palabras, no toda decisión judicial es buena, solo es buena si está justificada en criterios jurídicos y racionales, entre los cuales asume una importancia mayor la determinación de los hechos. Esta concepción es consecuente con una interpretación de la cláusula constitucional del debido proceso que no es meramente formalista, donde el contenido de la decisión, su ponderación jurídica sustantiva, es decir la decisión justa, es un objetivo fundamental.

La orientación de atribuirle poderes inquisitivos al juez se apoya en esta teoría, porque la intensión de ajustar el fallo judicial a la verdad desemboca casi automáticamente a la propuesta de que la administración de justicia debe dictar resoluciones justas. Para que se cumpla este objetivo es necesario que el juez tenga poderes inquisitivos, pueda indicar prueba por su propia voluntad y pueda activamente participar en la búsqueda de la verdad material. Un proceso exclusivamente adversarial nunca ha estado orientado a la búsqueda de la verdad. En todo proceso hay al menos una parte, la que sabe que no tiene razón, o está equivocada, que no tiene interés en que se descubra la verdad. Los abogados tampoco son científicos que imparcialmente busquen la verdad, sino que buscan que prevalezca la versión de los hechos que convenga a su cliente.

(35) Ídem, p. 265.

31. Existe una comprobación científica que demuestra que ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la búsqueda de la verdad de los hechos, y ningún ordenamiento procesal moderno confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir ese objetivo[36].

Pero la atribución al juez de estos poderes no implica la perdida de derechos de los litigantes y menos de su capacidad y legitimidad para ofrecer prueba. (teoría de la torta). No es posible considerar las atribuciones de poderes al juez como una especie de disminución proporcional de la posición procesal de las partes y con una violación a sus derechos fundamentales. Por el contrario es posible maximizar al mismo tiempo el derecho a la prueba que le corresponde a las partes, la garantía del principio de contradicción y la atribución de amplios poderes de instrucción del juez. En este sentido, las partes gozan de todas las garantías de control, con pleno ejercicio del derecho de contradicción, no tienen limitado ninguna iniciativa probatoria, pudiendo oponerse a la iniciativa del juez y a partir de ella de proponer las prueba que a partir de la iniciativa de oficio resulten convenientes.

La doctrina laboral procesal en materia de facultades inquisitivas

32. Es evidente que la doctrina del derecho procesal laboral ha desarrollado argumentos propios para fundamentar la posición activa del juez en el proceso laboral.

Es notorio que el proceso laboral tiene como objetivo la búsqueda de la verdad material. El principio de primacía de la realidad debe ser considerado como un componente decisivo de la teoría en la materia. Como ha dicho Plá " en materia laboral ha de prevalecer siempre la verdad de los hechos(...)"[37].

33. Pero este no es el único objetivo que tiene el proceso. Complementariamente el proceso laboral tiene por finalidad resolver los conflictos atendiendo a la desigualdad de las partes que se traslada, como no podía ser de otra manera, del ámbito de las relaciones sustanciales a las relaciones procesales.

Sarthou ordena la desigualdad inherente a las relaciones de trabajo en tres tipos[38]: a) el desequilibrio o desigualdad económica, que se refleja en el conflicto cuando están involucrados valores de distinta jerarquía económica para el trabajador y para el empleador, b) la desigualdad subjetiva, que es para Sarthou la carencia de libertad del trabajador para adoptar opcionalmente cualquier tipo de decisión respecto del conflicto, no solo cuando la relación laboral está vigente, sino una vez finalizada porque las opciones de vida del trabajador quedan limitadas a la obtención de otro medio de vida y mientras ello no ocurre dependen del cumplimiento

(36) Ídem, p. 268.
(37) PLÁ RODRÍGUEZ, Americo. *Principios del derecho del trabajo*. 3era. De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 315.
(38) SARTHOU, Helios. "Las facultades judiciales inquisitivas en el proceso laboral uruguayo". En: rev. *Derecho Laboral,* N° 113, Montevideo, 1979, p. 102

o no de los derechos laborales, c) la desigualdad probatoria, porque el tracto de la relación laboral se produce en la empresa donde el trabajador no tiene a su alcance los elementos de prueba, porque no administra la organización, por falta de conocimiento, o con otras varias razones vinculadas a la forma en que habitualmente se ejerce y se distribuye el poder en la empresa.

34. Ya esta dicho pero es inevitable repertirlo; el derecho procesal civil desarrolló una teoría jurídica que parte de la idea no aplicable a la materia laboral de la igualdad de las partes. Un concepto que se construyó sobre una concepción ficticia de la realidad pero que es estructural a las relaciones procesales en materia civil. Esto produjo que el juez adoptara una posición pasiva frente a la controversia.[39].

La especial atención que el derecho del trabajo le ha dado a la estructura de poder de las relaciones laborales, y a la desigualdad que existe entre las partes, hace inaplicable la doctrina procesal civil[40].

Esto permite sostener que conjuntamente con la búsqueda de la verdad material, el proceso laboral cumple una función compensadora, buscando el equilibrio de poder probatorio en el proceso. Media desigualdad procesal cuando se enfrentan dos letrados con disímiles condiciones técnicas[41].

35. Pero existe un tercer fundamento que hace a la necesidad de la acción inquisitiva del juez, la irrenunciabilidad de los derechos sustantivos. El principio inquisitivo es una manifestación del principio de irrenunciabilidad. De nada serviría el enunciado de la indisponibilidad de sus derechos por actos de trabajador, si se admitiera que el déficit probatorio emanado de su actuación procesal no pudiera ser compensado con la acción inquisitiva del juez. Existe una cuarta razón para fundar las atribuciones inquisitivas del juez laboral en el proceso laboral, que al igual que el anterior fundamento, también es un argumento propio de la disciplina laboral. El ordenamiento jurídico mismo del derecho del trabajo es de orden público. La condición de orden público de las normas laborales, implica como es sabido, la necesaria imperatividad de las mismas[42].

(39) Como hemos dicho existen posiciones doctrinarias que establecen que el juez adopte un rol activo en el proceso pero en cualquier caso la doctrina procesal civil, sostiene que este papel activo respecto a la adquisición de las pruebas es complementaria y supletoria de la actividad probatoria de las partes. Conf. Taruffo, M. Ob. cit., p. 262. Este autor sostiene que:"cuando estas (las partes) ejercen completamente su derecho a proponer todas las pruebas disponibles, y por lo tanto, proporcionan al juez elementos suficientes para la determinación de los hechos –como ocurre frecuentemente en la práctica– no hay ninguna necesidad de que el juez ejercite sus poderes".

(40) GIGLIO, Wagner. *Direito Processsual do Trabalho.* 4ta. Ed., p. 69.

(41) MARABOTTO. "Principio de congruencia y derechos humanos". En: *Revista Judicatura,* N° 40, Montevideo, 1999, p. 47 .

(42) Se ha sostenido que el orden público no es lo mismo que normas imperativas y que por lo tanto, existe un espacio de regulación laboral que deja un espacio para la regulación convencional. Conf. GARMENDIA, Mario. *Orden público y derecho del trabajo.* ed. FCU, Montevideo, p. 84 y ss. En el caso de las normas heterónomas no cabe admitir ese espacio de regulación convencional, salvo que la propia norma heterónoma genere esa posibilidad a través de la técnica de remisión o de la aplicación subsidiaria de la norma

36. Todos estos aspectos, orden público, irrenunciabilidad, imperatividad de las normas laborales, generan la trascendencia de la tutela automática de los derechos laborales como expresión de un interés público o colectivo por la protección del trabajador subordinado. La aplicación práctica de la efectividad de la tutela de los derechos sustanciales, es otro de los conceptos que refuerzan la idea que el juez debe tener facultades para hacer prueba. Se da una relación circular de los principios de la ley, un principio finalístico como es el de la tutela efectiva, que es apoyado por un principio instrumental como es el principio inquisitivo. El postulado de hacer efectiva la tutela tampoco puede ser ajeno a la actividad probatoria del juez en la causa laboral. Como decía Couture: en el proceso con carácter inquisitivo la prueba es el medio para averiguar la verdad, en el proceso dispositivo la prueba es el medio de verificación de las pretensiones planteadas[43].

37. Se ha indicado que las acciones inquisitivas se dividen en elementos de inquisición principales y secundarios: los principales son: a) el accionamiento de oficio, b) la declaración de impulso procesal de oficio, c) la iniciativa probatoria judicial amplia en medios y oportunidades procesales, d) el fallo ultra y extra petita, e) la ejecución de oficio. Por su parte los elementos secundarios son: a) la facultad de juez de corregir la demanda, b) la anulación del proceso por simulación, c) el poder del juez para ordenar el pago de las sumas no controvertidas, d) el poder del juez para ordenar medidas cautelares en cualquier momento, e) el poder del juez para admitir documentos sin vista de las partes, f) el poder para citar a conciliación cuando le parezca conveniente, etc.[44].

Estos elementos (principales y secundarios) no aparecen en su totalidad juntos en los ordenamientos comparados y en muchos casos las principales formas inquisitivas aparecen atenuadas.

38. La iniciativa probatoria judicial es la expresión del principio inquisitivo más difundida, pero la ley uruguaya consagró el principio inquisitivo de una manera limitada en cuanto a la inclusión de los elementos descriptos (incluyó solo tres elementos nombrados: el impulso de oficio, la iniciativa probatoria y la condena anticipada de los rubros no controvertidos. Quedaron excluidos: la acción de oficio, el fallo extra y ultrapetita, la ejecución de oficio.

---

heterónoma, a falta de norma convencional. En cualquier caso, la norma heterónoma sigue constituyendo un soporte fundamental de la protección sustantiva del trabajo dependiente.

(43) COUTURE, E. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil.* 3er. Ed., p. 217 citado por RIVAS, Ana. "Poderes inquisitivos del juez en el nuevo proceso laboral". En: *Ponencias Jornadas uruguayas de derecho del trabajo*, FCU, Montevideo, 2009, p. 228.

(44) SARTHOU, Helios. Ob. cit. "Las facultades (...)", p. 105.

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA INSTANCIA ÚNICA EN EL PROCESO LABORAL DE MENOR CUANTÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO (ART. 19 DE LA LEY N° 18.572 DEL 13/09/09)

Eduardo Goldstein[*]

1. La Ley N° 18.572 del 13.09.09 denominada de "abreviación de los procesos laborales" instaura como novedad en Uruguay, la instancia única en la estructura del proceso de menor cuantía[1],[2].

2. Sobre este punto algunas opiniones doctrinarias disonantes, han puesto en tela de juicio la falta de consagración de una vía de alzada y revisiva ante un tribunal de mayor jerarquía, al no haberse instituido el recurso de apelación. Este aspecto para esas corrientes, implicaría que nos encontramos ante una inconstitucionalidad manifiesta de la norma, en función de que esa omisión colisiona con los enunciados de los tratados internacionales de derechos humanos que ingresan en nuestro ordenamiento jurídico por lo preceptuado por los Arts. 72[3] y 332[4] de la Carta Magna y que forman parte del denominado

(*) Docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Uruguay)

(1) Art. 19 y sgtes. donde se establece para causas que no superen los $ 81.000.00 (a Julio de 2010 aproximadamente U$S 4.000.00). Esa cifra será actualizada anualmente por la Suprema Corte de Justicia.

(2) Art. 19. A su vez el Art. 23 dispone que en el decurso de proceso, solo se admite el recurso de reposición.

(3) Reza la disposición: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

(4) Establece la norma: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitida".

bloque de constitucionalidad, al que incluso la misma Ley N° 18.572 hace expresa referencia en su Art. 30 en sede de interpretación de las normas procesales [5].

En esa orientación se sitúan Díaz, quien sustenta que del análisis armónico de los instrumentos internacionales aplicables[6], surge patentemente el derecho a impugnar mediante el recurso de apelación, toda sentencia que cause agravios independientemente de la cuantía del asunto [7].

Por su parte en una postura similar en cuanto las conclusiones pero recurriendo a otros fundamentos, expresa que la privación del recurso de apelación deviene en indefensión, cuando esta deriva de un proceso de única instancia desprovisto de las mínimas garantías[8].

En cambio, otros sectores de la doctrina patrocinan la solución legalmente plasmada, basados no solamente en sus propios postulados[9] (Couture ya sostenía hace más de 60 años que el debido proceso no se veía afectado ni se ponía en tela de juicio su constitucionalidad[10], en tanto derecho fundamental de los justiciables, por la privación del recurso de apelación[11]), sino también en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

Nuestra máxima Corporación ha sostenido: "No se viola el debido proceso ya que es suficiente con la posibilidad efectiva de hacer valer las defensas, siendo irrelevantes al respecto la supresión de etapas, recursos o instancias (...)".[12].

Del mismo modo ha afirmado: "En cuanto a la garantía del debido proceso que se invoca, esta impone como requisito esencial, la oportunidad de audiencia y defensa de aquel contra quien se formula una pretensión en el orden

(5) "Artículo 30. (Interpretación). Las normas procesales deberán ser interpretadas conforme a los principios enunciados en el artículo 1 de la presente ley y a los principios y reglas que integran el bloque de constitucionalidad (artículos 72 y 332 de la Constitución de la República)".

(6) A saber: Arts. 10 de la Declaración Universal de DDHH; el 18 inc. 2 de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre; el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles de las Naciones Unidas, y Art. 8 N° 2 lit. h de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

(7) Cfr. DÍAZ, Conrado. "El nuevo Proceso Laboral: La ruptura de los equilibrios". En: *XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Montevideo, 5 y 6 de Diciembre de 2009, FCU, p. 199.

(8) Cfr. SIMON, Luis Mª. "Régimen de los plazos y potestades de instrucción del tribunal y procedimiento probatorio en la Ley N° 18.572". En: *Nuevas especialidades del proceso sobre material laboral*, Montevideo, FCU, 2010, p. 129 y PEREIRA CAMPOS, Santiago. "*Las Inconstitucionalidades del Nuevo Proceso Laboral*", Tribunal del Abogado, N° 168 Junio-Julio 2010, p.14

(9) Pueden verse las posturas de ERMIDA URIARTE, Óscar en "*La constitucionalidad de los nuevos procesos laborales autónomos (Ley N° 18.572)*", en rev. Doctrina & Jurisprudencia, CADE, Montevideo, Abril 2010 y FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo. "*La constitucionalidad de la ley procesal laboral N° 18.572*", en rev. Der. Lab. N° 237, Enero-Marzo 2010, FCU, Montevideo, 2010, p. 31 y ss.

(10) Excluyendo expresamente al proceso criminal.

(11) Cfr.. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, 13ª reimpresión, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1978 p. 158.

(12) Cfr. Sent. N° 107 del 13.05.2005, publicada en La Justicia Uruguaya, Tomo 135, suma 135014, Montevideo 2007.

jurisdiccional. Y basta para la estricta observancia de tal garantía el otorgamiento de dicha oportunidad de audiencia, sin que la misma deba asumir una forma o ritualidad determinada, siendo suficiente la posibilidad efectiva de hacer valer sus defensas. Es irrelevante al respecto (...) la supresión de etapas, recursos o instancias y aun de oportunidades procesales"..., sintetizando: "Lo que la Carta quiere es que todo habitante de la república tenga derecho a su día ante el tribunal"[13]. En conclusión, subraya: "Por lo que tampoco se advierte, a este respecto, motivo válido para la inaplicación de la norma cuestionada, toda vez que la existencia de instancia revisiva no es esencial para la validez constitucional del proceso[14]. Esta constante jurisprudencia es diáfana y coherente con los preceptos constitucionales, en la medida en que el legislador en ejercicio de las facultades que le otorga el constituyente en el Art. 18 de la Carta Magna[15], ha previsto que determinados asuntos se tramiten por instancia única[16], lo que de ninguna manera implica que se vulnere el debido proceso legal. La garantía prevista en el Art. 12 de la "*Lex fundamentalis*" refiere al derecho de las partes a tener –reiteramos–, su día ante el tribunal, en relación al cual el principio de la doble instancia tiene carácter legal y no constitucional.

3. Ahora bien sin quitarle la correspondiente importancia en función de sus sólidos fundamentos, basados entre otros aspectos en la reciente y creciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde ha esgrimido que las garantías establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención (Pacto de San José de Costa Rica) se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo Art., es decir la determinación de derechos y obligaciones de orden "*civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*"[17], el gran dilema que se suscita de la confrontación de ambas posturas disonantes, radica en esclarecer si el texto de la ley procesal transgrede las garantías del proceso laboral de menor cuantía, o si por el contrario la solución normativa se compadece con el texto constitucional.

4. Couture sostenía en cuanto al análisis de la confrontación entre la duración de los procesos jurisdiccionales y sus garantías, que no deberá buscarse "ni

(13) Cfr. Sent. N° 15 del 25/02/08, publicada en La Justicia Uruguaya, Tomo 139, caso 15793, Montevideo 2009.

(14) Cfr. Sent. N° 105 del 16/12/01, publicada en La Justicia Uruguaya, tomo 105, caso 12121, Montevideo 1992.

(15) Reza el Art.: "*Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios*".

(16) A vía de ejemplo el desalojo del ocupante precario previsto por el Art. 36 y 41 del Decreto Ley N° 14.219 del, Art. 26 de la Ley N° 18.507 del 26/06/09 que regula el proceso de relaciones de consumo, entre otras.

(17) Caso Baena, Ricardo y otros c/ Panamá, Sent. 02/02/01 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/artículos/Seriec_72_esp.pdf.
52 Puede consultarse el texto completo en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/artículos/Seriec _74_esp.pdf.

tanta economía que la justicia sufra quebranto, ni tanta discusión que prolongue indefinidamente el día de la justicia"[18].

Sobre la base de este prolegómeno, debemos partir del análisis del contenido del Art. 18 de la Constitución de la República.

De su tenor y tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia[19], brota sin estridencias y así lo ha sostenido pacíficamente la doctrina procesalista, que las formas del procedimiento no están impuestas por la Carta. Por consiguiente, el legislador puede regular el procedimiento de acuerdo a los valores o intereses generales comprometidos en cada caso. En otras palabras: "el constituyente bajo ningún concepto impone una determinada forma de proceso, sino que lo organiza de acuerdo a las coordenadas que en cada situación contemplen los intereses superiores de la comunidad. Para que una ley que discipline la estructura formal de un juicio determinado, esté en colisión con el texto constitucional, debe demostrarse que el legislador no atendió dicho interés prevalente"[20].

5. Quienes abogan por la exigencia de una instancia revisivia preceptiva en vía de apelación por un Tribunal de superior jerarquía, recurren al mismo texto al que acude la Corte Interamericana (Art. 8 N° 2 lit. h de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)[21], el que bajo el título de "*Garantías judiciales*" en su literal "*h*" establece expresamente el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, adicionando como argumento coadyuvante en su favor, lo preceptuado por el Art. 14 Nral. 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos[22].

De esa manera reivindican que el proceso laboral de menor cuantía en particular debe contener una instancia de alzada, so pena de incurrir no solamente en violación de dichos tratados, sino que además aparejará por vía de consecuencia en su inconstitucionalidad por prescindir de una garantía procesal básica.

Nosotros no tenemos el honor de compartir esa respetable y sólida posición.

Sabido es que los tratados internacionales sobre derechos humanos, al igual que cualquier otro convenio internacional tienen jerarquía superior a las leyes.

(18) COUTURE, Eduardo J., ob. cit. 8va. reimpresión, 1974, p. 198.
(19) Vide supra Nral. 5, segundo párrafo y sgtes.
(20) Cfr. Sent. N° 107 citada en nota de pié de página N° 10.
(21) Dispone la norma: "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter".
(22) Establece su texto: " Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

Más aún, si bien textualmente no integran la Constitución pero la complementan y forman parte de ella, incluyendo nuevos derechos y garantías en tanto emanan de lo preceptuado por los Arts. 72 y 332 antes mencionados, el derecho a recurrir los fallos ante un tribunal de superior jerarquía, no implica movilizar una segunda instancia (en el sentido de un nuevo proceso), sino que se trata simplemente de una reconsideración de aquellos aspectos de la sentencia que le causan perjuicio al o los litigantes. Ergo la apelación es siempre limitada[23], y ello es así, porque la naturaleza jurídica del recurso de apelación implica simplemente eso, un nuevo examen de la decisión del tribunal "*a quo*", en los puntos que los contendores someten a reconsideración.

En otras palabras y siguiendo a Alsina, simplemente se trata nada más que de un doble examen del fallo, en tanto el tribunal "*ad quem*" solo puede decidir sobre lo que es objeto de agravio del recurso. Y el autor en cita refiriéndose al sistema español, pero que perfectamente es extrapolable al régimen jurídico uruguayo, enuncia que, "la apelación no es un novum iudicium, una segunda primera instancia (conforme se la llamó en Alemania) es decir, una revisión completa del proceso de primer grado, sino que tiene un alcance más circunscripto".[24]

6. En los pleitos civiles –enseñaba Couture–, la doble instancia no es una exigencia del debido proceso, porque mientras se conserve inalterable el derecho a contestar la demanda, producir prueba, alegar (como sostenía el Maestro resumiéndolo bajo el anglicismo "*his day in court*"[25]), y a obtener una sentencia motivada y razonable, la posibilidad de recurrir puede restringirse sin disonancias. Y ello de ninguna manera menoscaba la constitucionalidad del proceso.

En otras palabras, como ha proclamado un sector importante de la doctrina argentina, "la doble instancia no constituye una garantía constitucional como requisito de la defensa en juicio, sino una garantía legal que depende del ordenamiento adjetivo vigente, que puede instaurar sistemas de instancia única o plural sin que ello afecte ningún principio superior del ordenamiento jurídico[26]".

En buen romance en el ordenamiento jurídico nacional, no hay ningún fundamento constitucional para obligar al legislador a implantar necesariamente

(23) Cfr. GÓMEZ DE LLAÑO GONZÁLEZ, Fernando y PÉREZ CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús. *Derecho Procesal Civil*, Ed. Forum, Gijón, 2001, Tomo II, p. 623.
(24) Cfr. ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Editorial Ediar S.A, Buenos Aires, 1961, tomo IV, p. 168.
(25) "*El día en los tribunales*", cfr.. COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. 13ª reimpresión., p. 151.
(26) Cfr. DE LOS SANTOS, Mabel. *Una desviación práctica de los recursos ordinarios de apelación y nulidad: el reenvío,* publicada en el libro de ponencias del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, 1999, p. 93.

el recurso de apelación, so pena de menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes.

En la medida que el Art. 18 de la Constitución deja librado al legislador la discrecionalidad de establecer o no un sistema procesal de única o varias instancias, en lo que si deberá tener extremo cuidado, es en el respeto de otras garantías constitucionales tales como el principio de igualdad; en no establecer presupuestos de admisibilidad que supongan un obstáculo para la eficacia de ese derecho, etc.[27].

7. Atendiendo a los fundamentos reseñados, quienes tachan de inconstitucional la falta de consagración del recurso de apelación, incurren a nuestro juicio en una interpretación extensiva improcedente. ¿Por qué?. Porque los tratados internacionales en los que se fundan, son solamente aplicables en función de su contenido a la materia penal, en la que incluso, dado su carácter de proceso inquisitivo, se consagra dicho recurso en forma automática, prescindiendo de la voluntad del condenado[28].

Es incontestable que esta garantía tiene un valor supremo en el proceso penal a diferencia del proceso civil (entendido este en sentido lato y omnicomprensivo de todas las materias que no ingresan dentro del ámbito penal), ya que en aquel está en juego la libertad de las personas, lo que naturalmente colisiona con la pretensión punitiva del Estado.

Por demás, esa circunstancia no se da en el resto de los procesos jurisdiccionales de la diferentes materias entre las que se incluye la material laboral.

8. En conclusión, la instauración de un derecho a recurrir los fallos ante un tribunal de superior jerarquía, se trata de una opción que el legislador puede o no plasmar en la ley, circunstancia que de ninguna manera es exigida ni por el texto constitucional, ni por los tratados internacionales. No existe un derecho constitucional a la doble instancia, pues esta no pertenece al núcleo esencial de las garantías del debido proceso, sino que su institucionalización obedece puramente a razones de política legislativa. Quizás parecería razonable que para dar mayores garantías a los justiciables, el proceso de única instancia se siguiere ante tribunales colegiados, pero ese es tema de política legislativa.

(27) Pueden verse las opiniones concordantes de ZAPIRAÍN, Héctor *Los medios de impugnación en el nuevo proceso laboral*, p. 152 y ss. y LUQUE PARAFITA, Claudia *Constitucionalidad de la de la ley de abreviación de los procesos laborales*, p. 212. Ambos trabajos publicados en XX Jornadas Uruguayas..., ob. cit., FCU, Montevideo, 5 y 6 de Diciembre de 2009.

(28) El Código del Proceso Penal vigente en nuestro país en su Art. 255 segundo párrafo establece la apelación automática cuando la sentencia imponga una pena o medidas de seguridad, o ambas a la vez por más de tres años.

LA SENTENCIA N° 137/2010 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y SU REMISIÓN AL ART. 340 DEL CGP

Rosina Rossi Albert(*)

1. OBJETIVO

La Ley N° 18.572 que se identifica con el nombre "Abreviación de los procesos laborales" creó un nuevo sistema procesal laboral autónomo diseñando dos estructuras procesales: el proceso ordinario y el de menor cuantía. (1)

El art. 14 inc. 1ro de la ley refiere al primero y dispone que "Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo que a juicio del tribunal exista un motivo justificado que habilite la comparecencia por representante. La inasistencia no justificada del actor a la audiencia determinará el archivo de los autos".

La sentencia n. 137 del 21/06/2010 de la Suprema Corte de Justicia falló haciendo lugar a la demanda parcialmente a la excepción de inconstitucionalidad opuesta y declaró inconstitucionales y por ende inaplicables al caso concreto, los arts. 14 inciso primero y 17 inciso segundo de la Ley N° 18.572.

(*) Profesora Asistente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Uruguay).

(1) Editorial . Rev. *Derecho Laboral* N° 237, p. 4. PÉREZ AMORÓS, Francisco. "Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: Por un derecho del trabajo procesal". En: Rev. *Derecho Laboral* N° 237, p. 10. ROSSI, Rosina. "Primera lectura de la Ley N° 18.572 sobre abreviación de los procesos laborales". En: Rev. *Derecho Laboral*. N° 235, p. 443. ROSENBAUM RÍMOLO, Jorge. "La recreación de un proceso laboral autónomo". En: Rev. *Derecho Laboral* N° 236, p. 765 ; FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo. "Apuntes sobre la nueva ley de proceso laboral". En: Rev. *Derecho Laboral* N° 236, p. 773; BARRETTO GHIONE, Hugo. "Principios de igualdad y protección en el proceso laboral". En: Rev. *Derecho Laboral* N° 237, p. 57.

Las presentes reflexiones no apuntan al análisis de la decisión de la Suprema Corte de Justicia respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las dos disposiciones indicadas, tampoco a la adecuación al procedimiento integrador de la ley especial previsto por el art. 31 de la Ley N° 18.572, sino, al pronunciamiento en punto a la regla a aplicar para llenar el vacío creado por el desplazamiento del inc. 1ro. del art. 14.

Concretamente. La sentencia que se aborda además de declarar la inconstitucionalidad del inc. 1ro del art. 14 de la Ley N° 18.572 dispuso: "A su vez, cabe culminar el pronunciamiento respecto de este artículo señalando que su declaración de inconstitucionalidad no supondrá 'un salto al vacío' que conlleve la falta de solución legal al problema, y se tiene en cuenta que la Corte no puede pronunciar –en nuestro ordenamiento jurídico– sentencias 'aditivas' que completen la norma legal parcialmente vulneratoria de normas o principios contenidos en la Carta Fundamental habrá de buscarse la solución en la norma de integración, esto es, el art. 31 de la ley, por lo que regirá en el caso, la disposición del art. 340 1,2, y 3 del CGP. "

Y, esta regla dispone:

" 340.1 Las partes deberán comparecer a la audiencia en fomram personal salvo motivo fundado, a juicio del tribunal que justificare la comparecencia por representante.

Las personas jurídicas y los incapaces, comparecerán por intermedio de sus representantes(art. 32)

Todo sin perjuicio del patrocinio letrado obligatorio (art. 37)

Si por razones de fuerza mayor debidamente acreditadas, una de las partes no pudiera comparecer, la audiencia podrá diferirse por una sola vez.

340.2 La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión.

340.3 Si el inasistente fuera el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriese a alguna de las cuestiones mencionads en el inc. 2do. del art. 134 en cuyo caso se estará a lo que allí se disponga.

340.4 Lo dispuesto en los ordinales 2 y 3 será aplicable en lo pertinente cuando mediare reconvención".

Estas reflexiones que apuntan únicamente a analizar la solución de la Suprema Corte de Justicia que buscó evitar el "salto al vacío", como se verá reeditan otras realizadas por la autora, en ejercicio de la función jurisdiccional y en labor

doctrinal, antes de la vigencia de la Ley N° 18.572 y cuando el debate procesal laboral seguía las reglas del Código General del Proceso[2].

2. HIPÓTESIS DE HECHO Y LA SOLUCIÓN DEL ART. 340.2 DEL CGP

La Ley N° 18.572 no realizó derogaciones expresa del régimen procesal vigente hasta entonces sino que optó por la implícita derivada de la especialidad legal posterior al del Código General del Proceso.

Pero la decisión de la Suprema Corte de Justicia que se examina, a pesar de ello, determina que la solución del art. 340 numerales 1, 2 y 3 de este cuerpo normativo habrá de aplicarse en el caso concreto, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad.

Ante todo deben realizarse dos precisiones interpretativas derivadas de la desconexión –al menos aparente– entre el fallo y el cuerpo de considerandos.

La primera. El art. 14 inc. 1ro. reclama la comparecencia personal de las partes a la audiencia y regula las consecuencias de la incomparecencia del actor. La sentencia, en el fallo declara inconstitucional el inc. 1ro del art. 14, pero en su cuerpo de considerandos fundamenta la inconstitucionalidad únicamente de las consecuencias ante la incomparecencia del actor a la audiencia única en el proceso ordinario. Nada dice acerca de la exigencia de comparecencia personal de las dos partes. Por lo que, la interpretación razonable que se impone, a pesar de la discrepancia apuntada, reside en que la inconstitucionalidad se limita a las consecuencias, manteniendo incólume el resto de la disposición.

La segunda. Como se ha dicho, la sentencia fundamenta la declaración de inconstitucionalidad respecto de la solución legal ante la incomparecencia del actor a la audiencia pero, cuando indica cuál será la regla de derecho objetivo que habrá de evitar "el salto al vacío", señala el art. 340 1,2 y 3 del CGP que conforme su contenido, además de esta hipótesis regula otras que ninguna relación tienen ni con lo que se pretendió ni con los fundamentos esgrimidos por la sentencia. De allí que la deducción razonable que se impone, atendida la hipótesis en juego y los fundamentos desarrollados, consiste en que la sentencia si bien dijo que el vacío se integraría con el art. 340 1, 2 y 3, quiso referirse únicamente al numeral 2 que es el que regula las consecuencias de la incomparecencia personal del actor a la audiencia.

(2) La autora integra el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno y ha sustentado la interpretación que aquí se desarrolla en varios casos que, por no contar con el número de voluntades legalmente requeridas para conformar la mayoría necesaria para resolver, han sido emitidas en discordias. Entre ellas en sentencias N°s 26/2008, 36/2008, 378/2009; y ha conformado la voluntad de la Sala aunque por fundamentos diversos en sentencia N° 412/2009. Por otra parte, ha ahondado los fundamentos esgrimidos en la discordias citadas en "Interpretación sistemática del art. 340.2 del CGP" publicado en la *Revista de Técnica Forense*. N° 18. FCU. p. 103 y ss.

En consecuencia y por cuanto viene de decirse debe interpretarse que la declaración de inconstitucionalidad del inc. 1ro del art. 14 de la Ley N° 18.572 trae aparejado que en el caso, la incomparecencia no justificada del actor a la audiencia única "se tendrá como desistimiento de su pretensión", reproduciéndose así lo dispuesto por el art. 340.2 del CGP.

3. CONSECUENCIAS DEL RESULTADO DEL PROCESO INTEGRATIVO DISPUESTO POR LA SENTENCIA

La aplicación incondicionada de la solución del art. 340.2 del CGP, vale decir sin que se requiera considerar la naturaleza de los derechos que se ventilan, importaría en múltiples situaciones que la inasistencia no justificada del trabajador a la audiencia produjera el desistimiento tácito de aquellos. Atrapando cualquier tipo de derechos, incluso, los irrenunciables.

En puridad, esta era la situación en vigencia del CGP según la práctica jurisprudencial mayoritaria y que la Ley N° 18.572 pretendió modificar atendiendo especialmente y en sintonía con los principios que la informan a la tutela efectiva y a las reglas que componen el bloque de constitucionalidad. Entre ellas al principio protector (art. 53 de la Carta).

Como en buen romance el actor en el proceso laboral es el trabajador y como el "desistimiento de la pretensión" importa la renuncia del derecho sustantivo que la compone, el art. 340.2 viene a admitir por vía indirecta la pérdida definitiva derechos laborales aun cuando el ordenamiento sustantivo los hubiera gestado como indisponibles. Ello por cuanto el desistimiento de la pretensión en términos del propio Código, importa la renuncia del derecho sustantivo (art. 228)[3].

Vale decir que, derechos irrenunciables en sede de la relación sustantiva terminan siendo abdicados, tácitamente, como consecuencia de la aplicación de una regla de derecho adjetivo que regula la consecuencias de la incomparecencia a la audiencia, indiscriminadamente y desatendiendo la naturaleza de los derechos en debate.

De todos modos, no puede soslayarse que el propio Código General del Proceso también reserva un tratamiento especial para los bienes indisponibles (arts. 134 inc 2do, 137, 153.2, 199, 223, 228 y 339.2) claramente contradictorio con la consecuencia prevista por el art. 340.2. Con tal fundamento sustentó la autora antes de ahora, que la aplicación sistemática de tal cuerpo normativo determinaba que el desistimiento de la pretensión solo pudiera operar cuando esta involucrara bienes disponibles. Sin embargo, de tratarse de bienes indisponibles, la consecuencia de la incomparecencia del actor a la audiencia debía ajustarse al tratamiento especial que el propio Código General del Proceso irroga a los mismos.

(3) TEITELBAUM, Jaime. "Incidencia del CGP en el proceso de desalojo urbano". En: *RUDP* 3/1991, p. 385.

4. LA MATERIA LABORAL EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

La materia laboral quedó incorporada al sistema unitario del Código General del Proceso, produciéndose así el abandono de la autonomía procesal que representaba la estructura anterior reglamentada por el Dec. Ley N° 14.188. (4)

Si bien tanto la autonomía como la especialidad estructural de la materia laboral desaparecieron con la vigencia del CGP, este reservó algunas particularidades expresas respecto de los sujetos (variantes en sus aptitudes y requisitos de actuación) y de las situaciones jurídicas (facultades de las partes y poderes del juez) (5) (6)

Estas particularidades podían verse como un esbozo de concreción del mandato constitucional de protección del trabajo que se unen a las reglas del Derecho del Trabajo que reconoce como concepto eje, la tutela del "hombre-trabajador".

De todos modos, a ese puñado de particularidades expresas debía sumarse un elenco de situaciones que, aunque implícitas en la estructura procesal general, reclamaban la custodia del operador del proceso, también en respuesta al mandato del constituyente para la protección especial del "hombre-trabajador". Porque no solo las disposiciones de derecho sustantivo sino también las procesales debido a la vocación de unidad del ordenamiento jurídico, debían "leerse" a la luz del principio protector.(7) Esto significa que la especialidad constitucional de la materia laboral –en la emergencia reconocida por las particularidades expresas del CGP– convocaba el minucioso análisis del operador a la hora de aplicar las reglas procesales, justamente a efectos de lograr que las soluciones concretas de estas armonizaran con aquella. Ello abonado además por el principio de que el derecho adjetivo se encuentra al servicio del derecho sustantivo (art. 14 del CGP).

El nacional, constituye un ordenamiento jurídico sistemático, en el que todas las normas están estructuradas jerárquicamente de manera tal que las superiores, no solo determinan tanto el procedimiento como en cierta medida y con márgenes variables el contenido de las inferiores, sino también prevalece sobre las demás (arts. 4,82,331) y posee eficacia inmediata y directa.

---

(4) Así desde la vigencia del Código General del Proceso, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un "proceso laboral" ya que para ello, se requiere la reunión de tres elementos: una justicia especializada, un procedimiento especial, basados ambos en la autonomía científica del derecho laboral. RACIATTI, Octavio. "Trascendencia procesal de los principios del derecho del trabajo". En: *RDL* 196, p. 837.

(5) STEPHANICIC, Emma. VALENTÍN, Gabriel. *Proceso Laboral.* Ediciones "Del Foro". Montevideo 1999 p. 2.

(6) El sector laboral conservó como rasgos distintivos únicamente aquellas particularidades procesales que se consideró necesarias para atender las especialidades sustantivas delos juicios generaos a raíz de un conflicto individual de trabajo. SIMÓN, Luis María. "El proceso laboral luego del Código General del Proceso". En: Rev. *Judicatura* N° 40, p. 188.

(7) En similar sentido, RACIATTI, Octavio, al analizar el art.350 del CGP, en "Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo". En: *Derecho Procesal del Trabajo.* FCU 2005 p.20.

Estos aspectos –la unidad del ordenamiento, la supremacía constitucional y la eficacia inmediata y directa– permiten deducir ciertos valores o bases éticas que por un lado, hacen a esa coherencia interna y por otro, se comportan de forma permeable hacia el ordenamiento inferior[8]. A tal punto que el ordenamiento jurídico todo, se ve impregnado por la constitución . La constitución lo invade y avasalla condicionándolo. No solo avasalla la legislación, también la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales[9].

Así la doctrina refiere al "principio de interpretación conforme[10]", a la "sobreinterpretación de la constitución"[11], la interpretación "desde" la constitución[12], la interpretación "previsora" de la constitución[13], a la "interpretación constitucional de la ley"[14], aludiendo en todos los casos a que el producto de la labor de aplicación de la regla de derecho objetivo –o sea la nueva norma para el caso concreto– armonice con los principios y valores constitucionales de tal forma que no exista disonancia o contradicción alguna entre ambas. En tal sentido el juez, en tanto operador jurídico paradigmático es el garante de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia[15].

Esta idea del influjo constitucional no se limita a las reglas o principios constitucionales referidos al proceso sino a todos los que conforman el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. Entonces, la permeabilidad de este cúmulo trae aparejado un mandato especial para el juez laboral: que asumiendo un rol particularmente activo realice una constante labor de conciliación entre este y las reglas inferiores –las sustantivas y las procesales–.

De allí que si la aplicación de una regla procesal determina la conculcación de un derecho sustantivo que encuentra su fuente –mediata o inmediata– en el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales y en cuanto tal se halla protegido por el blindaje de la indisponibilidad, el juez laboral por orden del

(8) CAJARVILLE, J. P. "Supremacía constitucional e interpretación". En: Rev. *Derecho Público*. N° 1/92, p. 56; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1982, p. 95 citado por Cajarville.

(9) GUASTINI, R. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", p. 49. En: *Neoconstitucionalimo(s)*. Ed.Trotta. Madrid 2003; BARBAGELATA, Héctor Hugo. "La consagración legislatva y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos". En: Rev. *Derecho Laboral* N° 237, p. 141.

(10) CAJARVILLE, J. P. "Sobreinterpretación (...)" p. 56.

(11) GUASTINI, R. "La constitucionalización del (...)" p. 53

(12) RISSO FERRAND, M. "Interpretación desde la constitución". En: Rev. *De la Universidad Católica* N° VI p. 231.Ed. AMF.2004

(13) SAGUES N. "Los límites de los derechos y los roles del Poder Judicial ante el estado de necesidad". En: Rev. *Universidad Católica* N° III, p. 193.

(14) BLENGIO, J. Clase sobre "Pautas de interpretación " impartidas el 7/8/2006 en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay en el cursillo sobre " Responsabilidad desde la perspectiva de las relaciones de consumo y la protecciòn al medioambiente " 7/8/2006 al 30/8/2006.

(15) ZAGREBELSKY, G. citado por GARMENDIA, Mario en "Orden Público y Derecho del Trabajo" FCU 2001 p. 113.

constituyente (art. 53) esté inexorablemente llamado a hallar la solución conciliadora de ambos. Sin prescindir de la imparcialidad, no le está permitido abandonarse a la neutralidad, en la medida que es operador, bajo su responsabilidad personal (art. 23 de la Carta), de las reglas y principios constitucionales[16]. Porque, los derechos humanos, reconocidos por la conciencia crítica de la humanidad como válidos y exigentes de cambio en la realidad y no en la mera abstracción de la norma, constituyen el lugar desde donde se juzga porque no se trata de cumplir con la ley sino de concretar repartos de justicia, con ley o sin ella o en contra de ella[17].

Vale decir que al juez laboral, como operador del proceso, aun en tiempos en que el proceso laboral se reglaba por el Código General del Proceso le competía esta tarea tanto cuando aplicaba las reglas de impulso procesal (arts. 24 y 25 CGP) como cuando dictaba sentencia (arts. 197 y 198).

6. LOS DERECHOS INDISPONIBLES EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

El eventual contenido de la pretensión laboral –la que se vería comprometida ante la ausencia de la parte a la audiencia preliminar en aplicación de la regla del art. 340.2– se vincula con los derechos sustantivos laborales. A su vez, la fuente de tales derechos colabora en la tarea de delimitar cuáles son los disponibles.

El Derecho del Trabajo se construye sobre un elenco de principios; empero dos de ellos ocupan un sitial hegemónico en tanto se hallan fundados en el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales: el protector y el de irrenunciabilidad.

El principio protector expresamente recogido por el art. 53 de la Constitución y el de irrenunciabilidad se deduce y construye de la alimentación recíproca de la doctrina y la jurisprudencia[18] y se desprende de la esencia de las reglas de derecho objetivo. Además, resulta incorporado a la regla de *jus cogens* contenida en el art. 2 literal e) de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales[19].

Este último, especialmente afectado en la situación procesal que se analiza, ha sido definido como la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio[20]. Vale

(16) APARICIO TOVAR, J y RENTERO, J. "El juez laboral, imparcial pero no neutral". En: Rev. *Derecho Social*. Edición Bomarzo. N° 4, p. 53.
(17) CAPÓN FILAS, Rodolfo. "Desde dónde, en dónde y para qué juzga el juez" Versión intenet.
(18) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Depalma, 1998, pp. 36. y 118.
(19) "Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y beneficias a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros".
(20) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. cit., Los principios ... p.118.
Explica además que hay diversas formas de exponer el fundamento del principio. Algunos lo basan en otro principio más profundo como sería el principio de indisponibilidad – cuyo mejor exponente es Santoro –Pasarelli–; otros lo enlazan con el carácter imperativo de las normas laborales, otros lo vinculan a

decir que, el derecho laboral calificado por la irrenunciabilidad importa que el trabajador no puede válidamente disponerlo. De allí que se identifique la irrenunciabilidad con la indisponibilidad.

Una nueva lectura de los principios del Derecho del Trabajo desde su fuente de reconocimiento, determina que deba afirmarse que no pueden ser modificados por la ley(21).

A la luz de los principios, el Derecho del Trabajo ha construido un estatuto protector que se integra de beneficios indisponibles para el trabajador. Empero como el trabajador también puede ser titular de beneficios derivados de otras fuentes, es preciso delimitar cuáles son los disponibles y cuáles son inmunes a su disponibilidad especialmente teniendo en cuenta la incidencia de otro principio constitucional, cuál es el de autonomía de la voluntad. (art. 10)

Así la consideración de la fuente del derecho subjetivo, constituye una herramienta válida en la determinación de los derechos disponibles.

El trabajador goza de derechos de contenido patrimonial y no patrimonial, y en este la fuente de reconocimiento puede ser diversa.

Los derechos no patrimoniales inherentes a la persona del trabajador, esto es de los que es titular en función de su calidad de persona, también llamados derechos laborales inespecíficos que reconocen su fuente en el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales, constituyen derechos fundamentales de los que no puede abdicar, de forma directa o indirecta: intimidad, dignidad, libertad de pensamiento, de expresión, religión, culto, política, ideas sindicales, la protección del honor, de los datos personales, la igualdad y no discriminación, integridad física y moral, entre otros(22) (23).

El trabajador se introduce en el contrato de trabajo portando de antemano una mochila de derechos fundamentales que ni dependen de negociación alguna

---

la noción de orden público y aun otros lo presentan como una forma de limitación de la autonomía de la voluntad. p. 121.

(21) BARBAGELATA, Héctor Hugo. "El camino hacia la integración del Derecho del Trabajo en el sistema de los derechos fundamentales y su aplicación por los tribunales de justicia". En: *RDL* N°.232 p. 734.

(22) CASTELLO, Alejandro. "Vigencia y alcance del principio de irrenunciabilidad". En: *RDL* N° 229, p. 69; VALDÉS DAL RÉ. "Derechos fundamentales de la persona del trabajador". En: *XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Libro de Informes Generales; DE LA RIVA, Amalia. "Protección de los derechos fundamentales inespecíficos". En: Rev. *Judicatura* N° 45. p. 49 y de la misma autora. "Protección de los derechos humanos fundamentales inespecíficos". En: *XV Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Salto, 2004, p. 9; SOTELO, Ana. "Protección de los derechos fundamentales inespecíficos" en la misma obra p. 47.

(23) Una enumeración mínima de derechos humanos laborales contenidos en Pactos y Declaraciones puede verse en ERMIDA URIARTE, Óscar. "Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el Trabajo en el Uruguay". OIT Oficina Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. p. 16.

ni son susceptibles de su disponibilidad ni al inicio, ni el curso de la ejecución del vínculo. Justamente, en atención a la fuente de reconocimiento de tales derechos.

En cuanto a los derechos de corte patrimonial a su vez pueden estar reconocidos en normas jurídicas heterónomas o autónomas.

Tanto aquellos reconocidos en normas heterónomas nacionales (Constitución, leyes, decretos) como en instrumentos internacionales ratificados o sin que ello sea necesario si se tratan de normas de *jus cogens*[24], en tanto habitualmente marcan pisos de protección y salvo que la propia regla lo admita expresamente, tampoco pueden ser objeto de renuncia. El legislador cuando reglamenta derechos irrenunciables, se vale de una declaración expresa o implícita de imperatividad para asegurar su indemnidad a la acción de la autonomía de la voluntad en todas las etapas de la relación de trabajo[25].

Resta por analizar los derivados de fuentes autónomas; esto es, el convenio colectivo y el contrato individual de trabajo. En el primer caso, existe consenso doctrinario y jurisprudencial respecto de la irrenunciabilidad de los beneficios que reconocen tal fuente; en cambio la situación es diversa cuando el origen se halla en el contrato de trabajo[26]. En esta, es posible distinguir al menos tres posiciones doctrinarias. Una que postula que los beneficios laborales que superan los mínimos de protección heterónoma reconocidos en el contrato individual de trabajo, son renunciables y en definitiva la validez de la disponibilidad dependerá únicamente de la autenticidad del acto de renuncia[27]. Otra, que se ubica en las antípodas y que consigna que siendo el contrato de trabajo un contrato de adhesión debe descartarse la existencia de voluntad real del trabajador cuando expresa la renuncia, que se limita a la adhesión a la del otro sujeto que goza de mayor poder tanto económico como de negociación. De allí que postula la imposibilidad de la renuncia salvo en casos de que pueda detectarse una contraprestación proveniente del empleador que además guarde una razonable correspectividad en comparación con el objeto abdicado[28]. Y finalmente una tercera que no propone una solución única sino que

(24) BARBAGELATA, Héctor Hugo. Ob. cit., "El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales" en El particularismo del Derecho del Trabajo"... p. 225 ; CASTELLO, Alejandro. Ob. cit., "Vigencia y alcance"... p. 69

(25) "El orden público es un procedimiento de técnica jurídica al que recurre el legislador, expresamente en muchos casos, para imponer el respeto inexorable de una norma jurídica; que invoca el juez, a falta de referencia explícita en la ley, para asegurar el logro de la finalidad de una institución jurídica y que examina cuidadosamente el jurista para discriminar cuáles son los límites que se imponen a la libertad de la conducta humana que se mantiene siempre como un presupuesto de nuestro orden jurídico. SUPERVIELLE, Bernardo, citado por GARMENDIA ARIGÓN, Mario. En: "Orden público y derecho del trabajo". p. 50.

(26) CASTELLO, Alejandro. Ob. cit. "Vigencia y alcance"... p. 70 y ss. y doctrina citada por el autor.

(27) AMEGLIO, Eduardo y SLINGER, Leonardo. "Las variaciones del contrato de trabajo" en XI Jornadas uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salto. 1999. p. 10

(28) MANTERO ALVAREZ, Ricardo y GAUTHIER, Gustavo. "Autonomía de la voluntad y contrato de trabajo". En: *XII Jornadas uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Maldonado, 2000, p. 96; BABACE, Héctor. " La autonomía de la voluntad y el contrato de trabajo" en la misma publicación

se inclina por analizar, caso por caso, ciertos aspectos que podrían haber rodeado el acto de renuncia: la iniciativa, el interés del trabajador en abandonar el derecho; la situación jurídica del trabajador posterior a la misma; la detección de una causa que la explique; la jerarquía y calificación del trabajador renunciante del beneficio y la libertad y espontaneidad de la expresión de voluntad[29].

Por cuanto viene de analizarse, la mayor parte de los derechos laborales son irrenunciables, sin perjuicio de que podrían existir algunos que bajo ciertas particularidades serían susceptibles de renuncia[30].

Aun así, la indisponibilidad sustantiva como regla, convoca la necesidad de analizar su disponibilidad en el terreno procesal[31].

7. LOS DERECHOS INDISPONIBLES EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

El Código General del Proceso, contiene soluciones especiales expresas e implícitas cuando se ven involucrados derechos sustantivos indisponibles. O bien expresamente en los arts. 134, 137, 153.2, 199, 223, 339.4, o implícitamente cuando en el art. 228 le impone al tribunal el examen de la naturaleza del derecho en litigio cuando se trata de su disposición procesal.

En cada caso disciplina una solución especial que se aparta de la general respectiva.

Así: dispone la continuación de los trámites del proceso a pesar del allanamiento del demandado (art. 134 inc. 2do); excluye de eficacia probatoria a la confesión (art. 153.2) ; inhabilita el acuerdo de las partes para que el diferendo se resuelva por equidad (art. 199); impide la aprobación judicial de la conciliación y transacción si además de versar sobre bienes indisponibles no se ajusta a los requerimientos sustanciales y a la naturaleza de los derechos (art. 228); ordena la continuación del proceso respectivo a pesar de la rebeldía del demandado (art. 339.4)

A pesar de la dispersión empleada como técnica legislativa, puede realizarse un manojo de deducciones:

---

p. 24; NICOLIELLO, Ariel. "La autonomía de la voluntad y las modificaciones al contrato de trabajo" en la misma publicación p. 113; GRZETICH, Antonio. "Realidad y fantasía de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo" en la misma publicación p. 61.

(29) CASTELLO, Alejandro. Ob. cit. "Vigencia ..." pp. 72-73.; en similar sentido PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Ob. cit., "Los principios"... en tanto indica que cuando la libertad real existe, entra a jugar nuevamente el principio de la autonomía de la voluntad.

(30) Expresa Mario Garmendia que el establecimiento de límites a la autonomía de la voluntad ha asumido diversas variantes que van desde la indisponibilidad absoluta (que no deja margen alguno para la determinación de condiciones distintas de las establecidas por la norma) hasta la indisponibilidad –o disponibilidad relativa– (que permite diversos grados de maniobrabilidad a las voluntades particulares) . Ob. cit., "Orden Público "... p. 51.

(31) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. RDL 163 p. 571 indica entre los principios que deben estar en el proceso laboral, el de indisponibilidad.

La primera, que para el ordenamiento adjetivo reglado por el CGP, analizado contextualmente se deduce que no resulta indiferente la naturaleza de los derechos sustantivos involucrados en el debate procesal. Existen algunos que guardan soluciones especiales, entre ellos los indisponibles –conforme arrojan las disposiciones analizadas– y los de la materia laboral agraria y demás de carácter social –art. 350.3–.

La segunda, que en caso de incomparecencia del demandado a la audiencia, el legislador los tuvo en cuenta y plasmó para ellos una solución especial a través de la remisión al art. 134 inc. 2do.

La tercera, que incluso varias de tales soluciones desplazan principios informantes de todo el sistema, como el es caso del dispositivo expresamente plasmado en el art. 1[32].

La cuarta, que el ordenamiento inferior aplicado "desde" el bloque de constitucionalidad, reclama del tribunal una posición especialmente activa, custodiante y alerta que le impone el examen de la naturaleza de los derechos sustantivos en juego de forma de detectar los indisponibles para aplicarles la solución adecuada. Esta actitud importa la tutela automática del sistema, propia de los derechos indisponibles[33].

La quinta, que la propia unidad del sistema y la supremacía del bloque de constitucionalidad, es la que ubica al tribunal en un especial sitial de garante de esos derechos.

La sexta, que este particular tratamiento se explica en que cuando de derechos indisponibles se trata, se encuentran comprometidos valores que extravasan los intereses procesales de las partes en tanto responden a la sociedad toda. De allí la garantía de tutela especial también en el debate procesal que se suma a la ya prevista por el derecho sustantivo[34].

(32) El principio dispositivo puede definirse como el señoría ilimitado de las partes tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de este. Ob. cit., Código General del Proceso. VÉSCOVI .... T. 1, p. 56.

(33) Expresa Mario Garmendia que los modernos sistemas jurídicos positivos han generado mecanismos que habilitan el reconocimiento y protección automática de determinados bienes jurídicos especialmente sensibles. Esto permite que la tutela jurídica de dichos valores de la vida no dependa necesariamente de la existencia de su reconocimiento explícito, sino que pueda adelantarse al mismo y obtenerla aun en ausencia de norma reglamentaria expresa.. El mecanismo que articulan los arts. 72 y 332 de la Constitución constituyen un claro ejemplo. Ob. cit.,"Orden público"... FCU p. 56.

(34) Ob. cit., LEMA LEGNANI, Laura. MORÁN MACHADO, María Elena. "Inasistencia"... p. 119; GHIBAUDI SUBOTIN, Giancarlo. "Aplicación del art. 340.2 CGP a los Procesos de Familia y Desalojo". En: *Rev. Jurídica Regional Norte*. N° 4/2009 p. 124.

La jurisprudencia de familia analiza la cuestión en términos similares.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do. Turno, en sentencia N° 336 /2008 (inédita) en un proceso de investigación de la paternidad, se ha expedido en los siguientes términos:

Ahora bien.

Como viene de verse, el propio Código General del Proceso reserva una regulación especial para los derechos indisponibles.

Empero, no los identifica. Lo que es razonable en tanto la indisponibilidad deriva de su disciplina en el ámbito del derecho sustantivo. Pero, al tribunal que le compete detectarlos en el análisis de la pretensión y cuando efectivamente la conforman, le compete custodiarlos a través de la aplicación de las soluciones procesales especiales.

"Según el art. 203 del C.N.A., la vía procesal para reclamar la paternidad es el proceso ordinario. Ello tornaría aplicable –como norma general– lo dispuesto en el art. 340.2 en caso de inasistencia a la audiencia preliminar de la parte actora: esto es, se la tiene por desistida de la pretensión.

Sin embargo, corresponde examinar la naturaleza de la pretensión para determinar la aplicabilidad de dicha norma procesal al caso de autos.

Si bien durante la vigencia del Código del Niño se discutió si la acción de investigación de paternidad, era o no una verdadera acción de estado civil (por la afirmativa ACHARD en R.D.P.y P. año IX p. 239, ALONSO PENCO en L.J.U. caso 8766; por la negativa GROMPONE en Indagación sumaria de la paternidad" p. 64, CESTAU en "Derecho de Familia y Familia t. II p. 133, etc.), sin perjuicio de los efectos totales en el caso del art. 241 del C.C., no hay dudas que el régimen vigente prioriza la identidad biológica al derogar trabas y consagra una verdadera acción de estado civil a todos los efectos (art. 197 inc.2. iusdem).

En consecuencia, tal naturaleza implica irrenunciabilidad o derecho no disponible. Por ello, a pesar del allanamiento, debe ser acreditado el estado civil reclamado (art. 134 inc.2. C.G.P.) e igual solución impone el legislador, ante la inasistencia del demandado a la audiencia preliminar (art. 340.3 iusdem).

Asimismo, tal pretensión no puede ser objeto de desistimiento (art. 228 C.G.P.).

A criterio de esta redactora, ante una eventual colisión o conflicto de normas, la norma sustancial debe primar sobre la norma procesal o adjetiva. Quien tiene legitimación para accionar en nombre del presunto hijo o hija (art. 198 numeral 1. C.N.A.) no puede desistir de la pretensión expresamente, y no se puede invocar una voluntad presunta como la contenida en la sanción del art. 340.2 C.G.P.

Expresa el Sr. Ministro Dr. Ricardo Pérez Manrique en su voto, que las incomparecencias de la parte actora en caso de asuntos que involucran derechos no disponibles, conllevan al desistimiento del proceso y no de la pretensión. Pero en el caso sub examine, esta en juego el derecho a la identidad y a los alimentos de la niña de autos, por lo que estima que corresponde una interpretación amplia y adhiere a la expuesta por la "a quo". De tal forma, se evitan retrasos por exclusivas razones formales.

En conclusión: la decisión implícita contenida en la atacada (entender justificada la inasistencia de la actora a la audiencia preliminar por acoger los argumentos del libelo de fs. 16, o bien, entender no aplicable la sanción a la pretensión de autos) es correcta".

El Tribunal invoca el mismo criterio en procesos de alimentos. (sentencia N.40/2004 en RUDP 4/2005 caso 54)

Por su parte el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno también analiza la naturaleza de la pretensión para determinar la aplicabilidad de la sanción prevista en el art. 340.2 CGP (sentencias N°s 91 y 231/2005 en IUDP 2/2006 casos 45 y 46 respectivamente)

Finalmente, también una decisión aislada la justicia laboral, se expide en similar análisis. Sentencia del 5.10.91 en LJU Tomo CII p. 240. Expresa en lo medular que "el contralor (art. 340.2) así como la sanción se aplica debe ser compatible con la naturaleza del derecho que se ventila en juicio (art. 228 numeral 2 CGP) y que la misma implica la pérdida del derecho sustancial que motiva la acción...La sanción aplicada en el sub-exámine importa para el actor una renuncia no deseada– a us derecho legales –aún cuando estos sean litigiosos– que tiene naturaleza indisponible ... aunque se entienda que se trata de derechos renunciables, la renuncia solo es válida si proviene de la libre, espontánea y expresa voluntad del trabajador y no de laimposición coactiva, sancionatoria de su conducta procesal"

El Derecho del Trabajo, como viene de analizarse en el numeral anterior, garantiza al trabajador una panoplia de derechos, unos irrenunciables y otros renunciables, calificación que se traduce en los hechos en el margen de la libertad que ostenta para disponerlos.

En consecuencia, cuando de derechos sustantivos laborales se trata, el tribunal estará llamado a analizar la naturaleza de los mismos para deducir las reglas adjetivas aplicables ante la incomparecencia del actor –habitualmente el trabajador y titular de los mismos– a la audiencia : si la regla general o la especial referida a los derechos indisponibles.

8. LA INCOMPARECENCIA DE LA PARTE ACTORA A LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

El Código General del Proceso tributando al principio de inmediación regula como solución de principio la comparecencia personal de las dos partes en la audiencia preliminar y poniéndolas en situación de carga, determina las consecuencias ante la ausencia de cada una.

Respecto de la parte actora, sorteadas las situaciones de excepción(35), y no habiéndose justificado el motivo de su incomparecencia, o de haber sido estimado injustificado por el tribunal, dispone que habrá de tenérsela por desistida de su pretensión. Se advierte entonces que el legislador ordena atribuir a la inasistencia a la audiencia preliminar la consecuencia del abandono del derecho sustantivo, ya que no se refiere al proceso sino a la pretensión(36).

Debe verse que a la hora de regular estas consecuencias no realiza discriminación expresa respecto de la naturaleza de los bienes que hubieran integrado la pretensión. Pero, por las razones apuntadas precedentemente, el tribunal

(35) Esto es, la prórroga por única vez por razones de fuerza mayor y la comparecencia por representante ante motivo fundado.

(36) Al respecto señala Tarigo que "... La consecuencia de esta inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar es, sin duda, gravísima. El desistimiento de la pretensión es, en el CGP, equivalente a la renuncia del derecho subjetivo sustancial en que se fundara la pretensión. Es un modo unilateral de conclusión del proceso, no requiere la conformidad de la contraparte y determina que no pueda replantearse o reproponerse el proceso ..." "... La solución del CGP nos resulta a nosotros también, claramente excesiva, desproporcionada. De iure condendo, pensamos, que bien podría sustituírsela por el desistimiento del proceso, con la consiguiente condena al pago de las costas y costos del proceso (art. 231) y eventualmente, la condena a indemnizar daños y perjuicios (art. 232) De tal forma un acto u omisión procesales, la inasistencia a la audiencia aparejaría consecuencias exclusivamente procesales –lo que jurídica y racionalmente corresponde– sin incidir directamente en el derecho sustantivo de las partes, a cuyo servicio, no cabe olvidar nunca, está, precisamente el Derecho Procesal... " "...Se evitaría de este modo esa verdadera incongruencia por la cual no liberarse de una carga procesal pueda tener consecuencias, ya no puramente procesales, sino sustanciales"... "La carga de la asistencia personal de las partes a las audiencias del proceso". en VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. pp. 204-205.

llamado a resolver no podrá sortear la apreciación de la naturaleza de los derechos sustantivos en debate, por cuanto, interpretado contextualmente el propio cuerpo normativo adjetivo presenta soluciones diversas en función de la naturaleza de los derechos sustantivos en debate: para los disponibles, el desistimiento de la pretensión (art. 340.2); para los indisponibles seguir los trámites del proceso respectivo (art. 134 inc. 2do).

El resultado de la aplicación sistemática del cuerpo procesal que se propone, atiende adecuadamente la naturaleza de los derechos en debate y en su caso, la indisponibilidad que deriva del terreno sustantivo.

Si los derechos sustantivos que componen la pretensión han recibido la tutela de la indisponibilidad, mal podrían considerarse abandonados en el proceso, y mucho menos tácitamente. De allí que la solución general edictada por el art. 340.2 del CGP se presente tanto inadecuada como fuera de sintonía con el ordenamiento procesal apreciado integralmente, respecto de las situaciones en las que la pretensión contenga bienes indisponibles. Para tales casos, la consecuencia del desistimiento de la pretensión se torna inaplicable. Ello por dos razones: una, por contrariar la regla de derecho sustantivo que lo declara indisponible; y otra, por colidir con otras previsiones del cuerpo procesal que tutelan especialmente derechos de tal naturaleza. Como ya se ha indicado, la especial tutela procesal de los derechos indisponibles, se explica y justifica por la previa tutela en el plano sustantivo.

Porque, la disponibilidad de los derechos en el proceso se halla limitada por la naturaleza de algunos derechos que son esencialmente indisponibles. El interés social comprometido en cierta clase de relaciones jurídicas impone la necesidad de posponer las facultades dispositivas de las partes[37]. La indisponibilidad sustantiva es indisponibilidad procesal[38] [39].

Debe pensarse que la sanción procesal que se analiza encuentra su razón de ser en el principio de inmediación que ilumina el proceso. Esto es, en el respeto de un principio procesal. De allí que resulte improcedente que la consecuencia de la vulneración de un principio procesal exceda este ámbito, y peor aún, que ingrese

(37) Ob. cit., "Código General del Proceso. VESCOVI ... T. 1, p. 62. Teitelbaum en interpretación similar ejemplifica estas situaciones con las pretensiones de familia (Ob. cit., RUDP 3/1991 p. 385) y Tarigo agrega las de desalojo. Ob. cit VIII Jornadas Nacionales ... p. 209.

(38) BARBAGELATA, Héctor Hugo. "Los medios de prueba en el procedimiento laboral" en RDL 119 p. 560)

(39) Expresa Octavio Raciatti, analizando los principios especiales del proceso laboral que, en todo caso (ya sea como principios, técnicas, particularidades o pecualiaridades propias) se trata de los efectos o de las proyecciones que la disciplina sustantiva del derecho laboral y su principios, despliegan en el ámbito del proceso. (Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo" en Treinta estudios sobre Derecho Procesal del Trabajo. . p. 23 FCU 2005).

en el terreno sustantivo y determine el abandono definitivo de un derecho que ni a su propio titular le está permitido hacerlo[40].

Corolario de cuanto viene de decirse, cuando la pretensión refiere a la materia laboral que desde la Carta se halla blindada con la promesa de especial protección legal y concretada en un grueso de derechos indisponibles, no puede admitirse la aplicación indiscriminada de la regla del art. 340.2 CGP. Esta solo será aplicable, detectados derechos disponibles; cuando de derechos laborales indisponibles se trate, la regla se verá desplazada y sustituída por la del art. 134 inc. 2do. Porque es esta regla y no aquella, la que, partiendo de la instrumentalidad del proceso, atiende adecuadamente el principio hegemónico del Derecho del Trabajo: la protección del trabajo humano[41] [42] [43].

(40) Teitelbaum, analizando el punto respecto del proceso de desalojo urbano entiende que la incomparecencia del actor a la audiencia preliminar en el proceso de desalojo, no puede determinar que se le tenga por desistido de la pretensión. Señala que "...tratándose de una ley de orden público, el actor no puede renunciar a su derecho al desalojo, ni expresa ni tácitamente. Lo mismo ocurriría en el proceso de divorcio; no puede existir desistimiento de la pretensión, o sea un derecho indisponible al divorcio por determinada causal. Ningún acto judicial o extrajudicial por el que se re nuncia al divorcio o desalojo, vinculante para el futuro, sería válido ..." en "Incidencia del CGP en el proceso de desalojo urbano. "

(41) RACIATTI, Octavio. Ob. cit. "Trascendencia procesal"... p. 849

(42) El Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno integrado ha argumentado en los fallos en los que la autora ha estado discorde como ya se citó al inicio, que la indiscutida admisibilidad de la transacción se alinea con la posibilidad de aplicar la consecuencia prevista por el art. 340.2 del CGP aún en caso de pretensiones indisponibles.
El fundamento de las discordias puede sintetizarse en los siguientes puntos:
1. La irrenunciabilidad –fruto de la indisponibilidad– de los derechos laborales no es relativa porque el trabajador actor está habilitado para transar como afirma la Sala. Sino que es relativa, por cuanto no todos los derechos laborales son irrenunciables.
Por otra parte no pueden homogenizarse los institutos de la renuncia y la transacción por cuanto, aquella supone un abandono deliberado del derecho y esta importa recíprocas concesiones .
2. Por su parte la admisión de las reglas legales sobre prescripción de los créditos laborales deriva de tres fundamentos: uno, su especial previsión para la materia laboral; otro, en que el legislador realiza una opción política –no general sino especial– postergando el valor "protección del trabajo" por el valor "seguridad jurídica"; y el último en que la protección del trabajador debe lograrse a través del ejercicio de los derechos y no mediante la eternización de las situaciones conflictivas o dudosas que conspiran contra la paz social (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, citando a Centeno. *Los principios del Derecho del Trabajo*. p. 190).
Cuando la relación de trabajo ha finalizado, el trabajador abandona el estado de sujeción que explicaba el instrumento de la irrenunciabilidad y al recobrar su libertad de ejercer el derecho, resulta razonable dar paso al valor seguridad en casos de inercia en la actuación jurisdiccional del derecho. (En similar sentido, Juan Raso Delgue, Mario Garmendia Arigón y Alvaro Rodríguez Azcúe. Prescripción laboral. p. 24)
La interpretación contextual de cada regla procesal desautoriza sustentar que solo el art. 134 del CGP hubiera considerado las cuestiones vinculadas al orden público. En puridad, este y los arts. 1, 137 y 199, que permiten deducir la existencia de un principio que sustenta un tratamiento procesal diverso, cuando están en juego tales derechos sustantivos.
3. En definitiva en el caso en el que el análisis de la pretensión denunciaba el reclamo de derechos de fuente constitucional y por ende indisponibles, la consecuencia de la incomparecencia de la parte actora a la audiencia preliminar no podía ser la prevista por el art. 340.2 del CGP, sino, la nueva convocatoria . De forma, de resguardar conjuntamente, el principio de inmediación y el principio de especialidad de las reglas procesales cuando están en juego derechos sustanciales indisponibles.

(43) Analizando la hipótesis de incomparecencia del trabajador a la audiencia preliminar, sostuvo la autora que la inaplicabilidad evidente de la regla del art. 340.2 a los derechos laborales indisponibles, convocaban al juez a descubrir el debido proceso mediante la aplicación de la regla compatible con la naturaleza de los

Corolario de las razones que se han expuesto, el desistimiento automático de la pretensión laboral se concreta en claro incumplimiento del mandato constitucional de protección al trabajo humano, ignora el principio de aplicación "conforme" o "desde" la constitución que debe iluminar la creación de la norma para el caso concreto partiendo de la disposición general; resiste a la aplicación sistemática del CGP en tanto desconoce especialidad alguna para los derechos indisponibles y en definitiva, no respeta tampoco, la regla interpretativa del art. 14 CGP que mandata subordinar el proceso a la tutela de los derechos sustantivos.

De admitirse, se estaría tolerando que la regla adjetiva desmoronara la construcción protectora que parte del texto constitucional iluminada tanto por el principio del art. 53 como por el de irrenunciabilidad sobre abundantemente reconocido en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. (art. 2 lit. e) [44]

9. LA REMISIÓN AL ART. 340 1, 2 Y 3 DEL CGP PARA COLMAR EL VACÍO QUE ARROJA LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL INC. 1 DEL ART. 14 DE LA LEY N° 18.572.

La sentencia que se examina declara la inconstitucionalidad de la solución de la Ley N° 18.572 a la hipótesis de incomparecencia no justificada del actor a la audiencia– el archivo de los autos –y ordena colmar el vacío con la aplicación de la regla del CGP que dispone que "se tendrá como desistimiento de la pretensión".

Pero no subordina la aplicación de la regla de integración a la consideración de la naturaleza de los derechos en debate, arriesgando que de contener la pretensión derechos laborales indisponibles, resulten definitiva y tácitamente abandonados por su titular.

En tal caso, esto es si el objeto del proceso persiguiera derechos laborales indisponibles, el resultado integrativo que ordena la sentencia permite realizar las siguientes deducciones:

La primera, que subordina la regla sustantiva a la procesal en la medida que desatiende la indisponibilidad del derecho garantizada en el terreno del Derecho del Trabajo.

---

derechos, integrando la solución no prevista expresamente, con la del art. 134 del CGP que dispone que cuando de derecho indisponibles se trata, debe continuarse con el proceso respectivo independientemente de la actitud procesal de la parte. "Interpretación sistemática... " p. 114.

(44) Las previsiones legales de caducidad de otrora y actuales de prescripción, no desautorizan la interpretación que se propone. Ello por cuanto estas responden a una opción política del legislador en el terreno sustantivo que consiste en priorizar en el caso concreto, el valor seguridad jurídica respecto del de protección del trabajo. El profesor Plá Rodriguez cuando estudia el punto expresa que la protección del trabajador debe lograrse a través del ejercicio de derechos y no mediante la eternización de las situaciones conflictivas o dudosas que conspiran contra la paz social. Ob. cit., "Los principios... p. 190.

La segunda, que aún en el entendido de la sentencia en punto a que la integración debía realizarse a través de las reglas del CGP, no remite al especial tratamiento que el mismo cuerpo normativo reserva a los derechos indisponibles.

La tercera, que tampoco concilia con la solución elaborada por al propia Suprema Corte de Justicia en el proyecto de ley de reforma del CGP que al regular los efectos de la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar, en el art. 340.2 inc. 3ro dispone : "Si el proceso versare sobre las hipótesis previstas en el art. 134, la inasistencia no justificada del actor determinará que se esté a su impulso para la continuación del mismo"(45).

10. A MODO DE CONCLUSIONES

La Ley N° 18.572creó un nuevo sistema procesal laboral autónomo del ordenamiento procesal general, aplicable, según indica el art. 7, a todos los debates a plantearse en tal ámbito, en los que esté en juego la materia laboral con excepción de aquellos para los que existan otros procedimientos especiales. El designio del nuevo sistema reside, en la abreviación del tiempo del proceso en base a estructuras diseñadas desde la perspectiva de la relación sustantiva. El legislador, cumpliendo el mandato de protección especial del trabajo (art. 53), se posicionó en la relación de trabajo y desde ella, construyó el derecho adjetivo irrogándole a este la misma intensidad tuitiva que el sustantivo(46) (47).

La Suprema Corte de Justicia se pronunció en vía de excepción de inconstitucionalidad, en la sentencia N. 137/2010 por la que declaró la inconstitucionalidad del inc. 1ro del art. 14 y para colmar el vacío dejado por la extirpación de la disposición ordenó como resultado integrativo la aplicación del art. 340 1, 2 y 3 del CGP.

La declaración de inconstitucionalidad a pesar de que el fallo refiere al inc. 1ro del art. 14, se limita conforme a los fundamentos desarrollados por la sentencia, a las consecuencias regladas para la incomparecencia del actor a la audiencia y no atrapa la exigencia de la comparecencia personal de ambas partes.

El resultado del proceso integrativo que ordena, a pesar de que refiere al art. 340 1, 2 y 3, debe entenderse ceñido al numeral 2 en la medida que es este el único que regula la hipótesis de incomparecencia del actor a la audiencia.

(45) El proyecto de ley presentado por la Suprema Corte de Justicia al Parlamento nacional fue el resultado del trabajo de una comisión integrada por un representante del Cuerpo y de magistrados representativos de todas las materias, que investigó y evaluó el funcionamiento y tendencias jurisprudenciales y doctrinarias mayoritarias a quince años de vigencia del Código General del Proceso. Al tiempo de la redacción de estas reflexiones el trámite parlamentario se halla en la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración –carpeta N° 2617 de 2008– de la Cámara de Diputados.

(46) COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Depalma, Bs. As., 1951, p. 25.

(47) Editorial . Rev. Derecho Laboral. N° 237, p. 4. PÉREZ AMORÓS, Francisco. "Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: Por un derecho del trabajo procesal. En: Rev. *Derecho Laboral.* N° 237, p. 10.

En tal sentido, la remisión que realiza la sentencia no subordina la aplicación de las consecuencias previstas por el art. 340.2 del CGP a la consideración de la naturaleza de los derechos en debate en el proceso, cuando el propio cuerpo contiene soluciones especiales para los derechos indisponibles.

Como consecuencia, la aplicación indiscriminada de la sanción prevista en el art. 340.2 CGP arriesga que, derechos laborales indisponibles, resulten definitiva y tácitamente abandonados por su titular o bien por no haber comparecido a la audiencia o bien por no haber justificado razones de fuerza mayor que ameritaran su prórroga.

El resultado integrativo ordenado por la sentencia como viene de decirse, no consulta ni con las previsiones especiales del CGP para los derechos indisponibles ni con el proyecto de ley de reforma de aquel, elaborado por la Suprema Corte de Justicia y actualmente a estudio en el Parlamento nacional.

Finalmente, si bien las presentes reflexiones se ven estimuladas por la sentencia N° 137/2010 de la Suprema Corte de Justicia, no hacen más que reproducir las elaboradas por la autora mucho antes tanto en actividad jurisdiccional como doctrinaria.

EL NUEVO PROCESO LABORAL DE PERU(*)

Manoel Carlos Toledo Filho(**)

1. INTRODUCCIÓN

El 24 de junio de 1996 fue publicada en el Perú la Ley N° 26636, cuyo inicio de vigencia se consumó 90 días después (disposiciones transitorias, parágrafo segundo) y que instituyó en aquel país la *"Ley Procesal delTrabajo"*, compuesta por 107 artículos: un título preliminar (3 artículos) y ocho secciones (104 artículos). Este fuero fue expresamente renovado por la Ley N° 29497, publicada el 15 de enero de 2010, que creó la *"Nueva Ley Procesal del Trabajo"*, la cual, con un total de 72 artículos entró en vigor en el mes de julio (novena disposición complementaria).

El objetivo del presente trabajo es concretar un breve análisis de los puntos principales del nuevo Derecho Procesal Laboral Peruano, sea en lo tocante al texto legal que lo antecedió, sea en cuanto a los preceptos de igual género encontrados en el correlativo panorama instrumental brasileño.

2. COMPETENCIA

La Ley N° 29497 dispone que se incluyen en el ámbito de la Justicia Especializada Laboral los conflictos jurídicos laborales individuales, plurales o colectivos,

(*) Traducción de Carlos Toselli y Victorino Solá.

(**) Bachiller, Máster y Doctor en Derecho por la Universidad de San Pablo. Juez Titular del Juzgado del Trabajo del 10 de Campinas. Juez Auxiliar de la Corregedoría Regional del Trabajo de la 15 Región. Profesor contratado de Cursos de Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo de PUC-Campinas. Profesor invitado de la Escuela Paulista de Derecho Social. Miembro efectivo de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTSS). Miembro efectivote la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AUDTSS). Miembro honorario de la Asociación de Abogados Laboralistas del Paraguay.

referentes "a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios" (título preliminar, art. II; título I, art. 2 inciso I). Además de identificar un rol no *taxativo* de situaciones que, en principio, estarían desde luego comprendidas por dicha competencia, el legislador permitió, aún, la inclusión de aquellas "materias que, a criterio del juez, en función de su especial naturaleza, deban ser ventiladas en el proceso ordinario[1] laboral" (art. 2, inciso I, letra "I").

Como se ve, el ordenamiento peruano cuidó explícitamente de positivizar la competencia del órgano especializado en lo tocante a cuestiones que, para nosotros, tienen disciplina solamente doctrinaria o jurisprudencial, a saber, aquellas relacionadas con hechos anteriores o posteriores al pleno desenvolvimiento de la relación de empleo.

Así, las promesas de admisión incumplidas, los procesos de entrenamiento o de selección frustrados, los complementos de jubilación irregulares, los daños provocados por referencias negativas para potenciales empleadotes, entre otros conflictos, estarán todos naturalmente imbricados en la competencia de la Justicia del Trabajo Peruana.

Además de eso, parece el legislador haber dejado a criterio del juez la posibilidad de que este se reconozca competente para examinar asuntos que, en cuanto apartados del patrón convencional de los litigios laborales, de alguna manera puedan equipararse a aquellos, sirviendo de ejemplo el caso de aquellos trabajadores que, aunque autónomos, actúan con un alto grado de dependencia económica respecto de su tomador de servicios.[2]

En el plano de la competencia territorial, la norma deja a alección del demandante la promoción de la acción en el lugar del domicilio principal del demandado o el del último lugar donde se prestaron los servicios[3], saludablemente prescribiendo, además, que la "competencia por razón de territorio solo puede ser prorrogada cuando resulta a favor del prestador de servicios"[4], y determinando, también, que si el demandado fuera el trabajador, será competente exclusivamente el foro del domicilio de este (art. 6).

(1) La Ley prevé la existencia de un proceso ordinario y de un proceso abreviado. Este último está a cargo de los jueces de paz letrados laborales y engloba las causas cuyo valor no exceda de 50 unidades de referencia procesal (URP).

(2) Situación representada, entre nosotros, por el *empreiteiro operário ou artífice*, también llamado *"pequeño empreiteiro"* (CLT, art. 652, letra "a", inciso III) y, entre los españoles, por el *"trabajador autónomo económicamente dependiente"* (Ley N° 20/2007, art. 17, inciso 1).

(3) La LPT anterior prescribía como competentes al Tribunal del domicilio principal del empleador o del *"centro de trabajo en el que se haya desarrollado la relación laboral"* (art. 3).

(4) Disposición similar puede ser encontrada en los procesos laborales de Guatemala (Código del Trabajo, art. 314) y de Costa Rica (Código del Trabajo, art. 420).

3. ESTRUCTURA PROCESAL

Al igual que el estatuto que la precedió, la Ley N° 29947 proclama que su procedimiento será de naturaleza oral, primando la inmediación, la concentración, la veracidad, la celeridad y la economía (art. 1)[5].

En esta medida, algunos puntos específicos son dignos de destacar, a saber:

Legitimación activa especial, particularmente para los entes sindicales, en los conflictos en los que esté en discusión la discriminación por acceso al empleo, la ocurrencia de trabajo forzado o trabajo infantil, la libertad sindical, la negociación colectiva, la huelga, y, en general "cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios" (art. 9).

Utilización de registro de las audiencias en audio y video, constando en acta escrita solamente las circunstancias fundamentales como la identificación de los participantes y de los medios de prueba que fueran en aquella ocasión admitidos (art. 12).

Adopción de la notificación electrónica como medio preferencial de comunicación de los actos procesales (art. 13).

Previsión de aplicación de multas por conducta temeraria o mala fe procesal a las partes, sus representantes y abogados, respondiendo todos solidariamente por la sanción aplicada a cualquiera de ellos (art. 15)[6].

Posibilidad de *jus postulandi* directo en las causas de menor valor (art. 16 parágrafo tercero)[7].

Concentración de toda materia de defensa, tanto de forma como de fondo, en un único acto[8], prohibiéndose la reconvención (art. 19)[9].

(5) La reciente Ley N° 18572 de Uruguay, que hizo renacer el Derecho del Trabajo en aquel país, explicita en su artículo 1, como principios informadores del sistema que establece, "los principio de oralidad, celeridad, gratuidad, inmediación, concentración, publicidad, buena fe y efectividad de la tutela de los derechos sustanciales".

(6) Sin embargo, la ley esclarece que el prestador de servicios no poseerá responsabilidad solidaria en relación a los actos practicados por sus abogados o representantes.

(7) Este precepto guarda evidente sintonía con el Artículo 285-A del CPC de Brasil.

(8) Siguiendo aquello que ya disponía la LTP anterior (art. 15 a 21), el legislador peruano impone que tanto la demanda como su contestación se presentan por escrito. Esto es una contradicción recurrente en diversos procedimientos de matiz oral. Mencionese, en lo particular, a título de ejemplo, la situación vigente en los recientemente reformados ordenamientos chileno y uruguayo: la oralidad es adoptada como principio informador de todos los actos procesales, más la demanda y la defensa deberán ser externalizadas, obligatoriamente, por escrito (respectivamente: Código del Trabajo, art. 425, 446 a 452: Ley N° 18572, art. 1, 8 a 9).

(9) En el ordenamiento uruguayo, no solo se prohibe la reconvención sino también la intervención de terceros, conforme al tenor del art. 10 de la Ley N° 18572, a continuación reproducido: "En ningún caso procederá la reconvención, el emplazamiento o la noticia de terceros".

Libertad de discusión del contenido de la causa a los efectos de la conciliación, sin que pueda implicar prejuzgamiento[10] o confesión de las partes[11] respecto de los hechos objeto de controversia (art. 30, parágrafo primero y 43, inciso II).

Existencia de un *"test de disponibilidad de derechos"* (art. 30, parágrafo 4), con miras a la homologación de los acuerdos presentados en juicio, según el cual la transacción alcanzada deberá: a) versar sobre derechos disponibles, b) ser celebrada por el titular del derecho; c) ser realizado con la participación del trabajador demandante[12].

Previsión de una instancia de conciliación administrativa que es facultativa para el trabajador y obligatoria para el empleador (quinta disposición complementaria)[13].

Posibilidad de pronunciación de decisión *ultra petita* (art. 31)[14].

Previsión de una medida cautelar especial de reintegración provisoria en caso de que los demandantes detenten la condición de dirigentes sindicales efectivos o potenciales, menores de edad, madres gestantes, personas portadoras de discapacidad, o cuando el fundamento de la demanda se revele verosímil (art. 55).

4. CRÍTICA

Como puntos vulnerables del nuevo procedimiento, a nuestro juicio, pueden ser mencionados los aspectos referentes a la distribución de la carga probatoria y al sistema recursito.

En cuanto a lo primero, el legislador de la nación hermana, aparentemente, no quiso ir más allá de aquello que en el panorama doctrinario, legal y jurisprudencial,

(10) Precepto similar puede ser encontrado en el proceso laboral chileno (Código del Trabajo, art. 453, inciso 2).

(11) En este particular, vale la pena conformar el contenido del art. 410 del Código del Proceso Civil del Ecuador: "Si concurrieren ambas partes, el juez dispondrá que cada una, por su orden, deje constancia, en el acta que debe levantarse, de las exposiciones que tuviere por conveniente hacer y, principalmente, de las concesiones que ofrezca, para llegar a la conciliación. Se entenderá que tales concesiones están subordinadas siempre a la condición de ser aceptadas en la conciliación, de tal modo que **no implicarán, en caso alguno, reforma de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la demanda y en la contestación**" (el destacado me pertenece).

(12) La LPT anterior era más objetiva: decía que, al homologar el acuerdo, el juez debía "observar el principio de irrenunciabilidad respecto de los derechos que tengan ese carácter".

(13) Esta saludable y sobre todo coherente disposición ya estaba prevista en el art. 103 de LPT anterior.

(14) El legislador peruano permite el juzgamiento más allá de lo pedido en los casos de errores de cálculo de los derechos demandados o de "error en la invocación de las normas aplicables". Es una disposición que puede ser considerada tímida, al ser comparada con preceptos de idéntico género, como por ejemplo, el art. 74 del Código del Proceso del Trabajo de Portugal: "El juez debe condenar en cantidad superior a lo pedido o a un objeto diverso al mismo cuando ello resulte de aplicación a la materia probada, o a los hechos que puedan servirse, en los términos del artículo 514 del Código Procesal Civil, de preceptos inderogables de la ley o instrumentos de regulación colectiva del trabajo".

acostumbre a ser un patrón usual[15] adoptado: una disciplina genérica de *onus* de la prueba, que será atribuible al demandante cuando se trate de hechos constitutitos de su derecho, y al demandado cuando los hechos pueden de alguna manera transformarlo o extinguirlo (art. 23.1). No obstante, merece mención, por su relevancia, la circunstancia de haber positivizado algo que, entre nosotros, es, en rigor, de cuño meramente jurisprudencial: demostrada que sea la prestación personal de servicios, se presume la existencia del contrato de trabajo a plazo determinado (art. 23.2)[16].

En lo pertinente al segundo tema, la previsión de un recurso extraordinario, a saber, el de casación[17], aunque no impedirá la ejecución de la sentencia, no permite la liberación de dinero al acreedor, como se puede inferir del examen del art. 38 de NLPT. De suerte que, *mutatis mutandi*, padece aquí el proceso laboral peruano del mismo mal que acontece en la realidad brasileña, en los términos de aquello que, desgraciadamente, prescribe nuestra jurisprudencia prevaleciente, consagrada por la Sumula 417 del Tribunal Superior del Trabajo, en su inciso III.

5. CONCLUSIÓN

La Ley Procesal del Trabajo Peruana N° 29427 refleja, sin dudas, un movimiento de renovación del instrumental judicial laboral que no está afectado solamente a aquel país, sino que se expande por todo nuestro continente: Chile, Venezuela, Ecuador, Colombia, y, más recientemente, el Uruguay, vienen buscando construir y efectivizar mecanismos idóneos de percepción de los créditos laborales[18], en orden a conferir al Derecho material del Trabajo el prestigio institucional que él merece y que en las últimas décadas, por cuenta de un funesto y desdichado impulso de flexibilización, parecía haberse perdido.

Nuestros altivos vecinos, por consiguiente, están trabajando para colocar las cosas en sus debidos lugares. Es de esperar que el Brasil sepa, cuanto antes, y en máxima medida, seguir el buen ejemplo.

(15) Sin perjuicio de honrosas y relevantes excepciones, como es el caso de Venezuela (Ley Orgánica Procesal del Trabajo, art. 9 y 10) y de México (Ley Federal del Trabajo, art. 784).

(16) Es el siguiente el tenor del dispositivo mencionado: "Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario".

(17) Según lo dispone el art. 34 de la NLPT, el Recurso de Casación será admisible en caso de violación de la ley o de apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Superior y por la Corte Suprema de Justicia de la República.

(18) Y siempre con foco principal en la idea de oralidad.

TEMA N° 3

La ampliación de la cobertura en materia previsional: La regulación de los regímenes no contributivos y la inclusión obligatoria de los trabajadores independientes

PONENCIAS OFICIALES

LA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA EN MATERIA PREVISIONAL:

La afiliación obligatoria de los trabajadores independientes y la regulación de los regímenes no contributivos

César Abanto Revilla(*)

I. EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ

Para iniciar este trabajo, resulta necesario dejar constancia que en la actualidad –y desde finales de 1992– coexisten en nuestro país dos regímenes de pensiones de manera paralela: el público y el privado.

El régimen público, que funciona bajo el modelo del sistema de reparto, está–a su vez–conformado por tres regímenes(1):

- Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar Policial
- Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP)
- Decreto Ley N° 20530, Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos(2)

(*) Profesor de Derecho de la Seguridad Social. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo

(1) Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 28091 (20 de octubre de 2003) los servidores y funcionarios diplomáticos contaban con un régimen de pensiones especial, regulado por el Decreto Legislativo N° 894 (sus antecedentes: Decretos Leyes N° 26117 y N° 22150), que se mantiene solo para aquellos que antes de su derogatoria cumplieron sus requisitos.

(2) Régimen cerrado de manera definitiva a partir del 18 de noviembre de 2004, con ocasión de la entrada en vigencia de la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 28389. En la actualidad es administrado por

El régimen privado, que funciona bajo el modelo de la capitalización individual, fue creado[3] el 6 de diciembre de 1992 por el Decreto Ley N° 25897, copiando así el sistema impuesto en Chile desde inicios de los ochenta, por el cual se trasladó la administración de las aportaciones y las pensiones de los trabajadores a empresas privadas (denominadas AFP), que funcionan bajo la supervisión del Estado[4].

En tal sentido, todo trabajador publico o privado que inicie su actividad laboral de manera dependiente (pues la afiliación de los trabajadores independientes es de carácter voluntario) deberá elegir[5] entre el SNP o el SPP (AFP).

El SNP fue creado el 24 de abril de 1993 por el Decreto Ley N° 19990, con el fin de unificar en un solo régimen las disposiciones pensionarias de los trabajadores obreros y los empleados, que entonces recibían un tratamiento legal diferenciado. En la actualidad, y desde el 1 de enero de 1995, dicho régimen es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), entidad estatal descentralizada del Sector Economía que ha reemplazado en dicha labor al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), que durante muchos años fue considerado uno de los entes burocráticos más ineficientes a nivel nacional (incluso mundial)[6]. Tiene a su cargo 448,895 pensionistas (al mes de mayo de 2010)[7] y registra poco más de un millón de asegurados, de los cuales apenas la mitad cotiza de manera efectiva, lo cual nos genera un déficit que es atendido por el Tesoro Público mediante la transferencia promedio mensual de US$ 50 millones de dólares.

El SPP está conformado por cuatro AFP (Horizonte, Integra, Prima y Profuturo) que registran 4'540,512 afiliados y un fondo de pensiones de S/. 70,130 millones de nuevos soles (al mes de junio de 2010)[8], es decir, unos US$ 24 mil millones de dólares. Cabe precisar que su implementación en el Perú fue muy cuestionada, al haber sido prácticamente impuesto sin un mayor debate y omitir, desde su origen, elementos que eran básicos para su adecuado funcionamiento, como la pensión mínima, que recién fue incorporada hacía julio de 1995 (Ley N° 26504),

---

el Ministerio de Economía y Finanzas, que ha delegado en las diversas entidades (bajo su supervisión) la calificación y pago de sus prestaciones.

(3) Cabe destacar que el 11 de noviembre de 1991 fue creado (originalmente)–por Decreto Legislativo N° 724–el Sistema Privado de Pensiones (SPP), pero bajo las pautas fijadas en la Constitución de 1979, por lo cual no llegó a entrar en funcionamiento formalmente.

(4) A través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), que reemplazó a partir del 25 de julio de 2000 (Ley N° 27328) a la extinta Superintendencia de AFP (SAFP).

(5) De acuerdo al procedimiento previsto por el artículo 16 de la Ley N° 28991 – Ley de Libre Desafiliación Informada, publicada el 27 de marzo de 2007, el trabajador que ingrese por primera vez a un centro laboral recibirá un Boletín Informativo sobre las características de los sistemas pensionarios vigentes: a partir de su entrega, tendrá 10 días para elegir entre el SNP o el SPP, vencidos los cuales tendrá 10 días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. De no formalizar su decisión en dicho plazo, será afiliado al SPP.

(6) En el periodo 1981-1988, el Perú registró una de las rentabilidades más bajas del mundo (- 37.4%), como se aprecia en: BANCO MUNDIAL (1994), p.110 (Gráfico 3.7)

(7) http://www.onp.gob.pe/inicio.do (índice de cuadros estadísticos)

(8) http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=150

pero cuyo desarrollo operativo se dio en enero del 2002 (Ley N° 27617), casi una década después de su creación. Esta situación ha originado una serie de reclamos, sobre todo de aquellos que fueron afiliados sin una correcta información acerca de las ventajas del régimen, razón por la cual desde finales de los noventa un grupo de asegurados ha pugnado por su retorno al SNP, habiéndose emitido en marzo de 2007 una norma (Ley N° 28991) que regula expresamente las causales en mérito a las cuales se puede gestionar la desafiliación de una AFP.

Efectuado este breve recuento panorámico del sistema de pensiones peruano y su estado legislativo actual, nos referiremos a los factores por los cuales nuestro país registra una de las coberturas subjetivas en materia previsional más bajas de la región, razón por la cual se plantea en esta reunión la revisión de dos medidas a través de las cuales dicho índice negativo podría revertirse en el futuro[9].

II. EL PROBLEMA DE LA BAJA COBERTURA SUBJETIVA

La cobertura puede referirse tanto al conjunto de personas protegidas dentro de la seguridad social en determinado país, en cierto momento de su historia (cobertura subjetiva), como al conjunto de las diferentes prestaciones que se regulan a favor de sus ciudadanos (cobertura objetiva).

En este acápite daremos una mirada al problema de la baja cobertura subjetiva en materia previsional que afronta el Perú en la actualidad, para luego evaluar dos opciones para una futura reforma legislativa (incluir obligatoriamente a los trabajadores independientes en la cotización para pensiones y la creación de un régimen no contributivo), que podrían servir como medidas paralelas que nos permitirían tentar la materialización de uno de los principios básicos y esenciales que sostienen a la seguridad social: la universalidad.

Sobre este punto, cabe destacar el trato diferenciado que la Constitución de 1979 otorgó a dicho principio, en comparación con la vigente Constitución de 1993:

Constitución 1979

Artículo 12. El Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La ley regula el acceso progresivo a ella y su financiación.

Constitución 1993

Artículo 10. El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

(9) Desde 1995 rige en Uruguay un sistema mixto impuesto por la Ley N° 16713, en el que las AFP coexisten con el Estado, a través del Banco de Previsión Social (BPS), respetando un ingreso o pensión mínima, como precisa: RASO-DELGUE, Juan (2009).

Mientras la Carta Magna de 1979 utilizó el verbo *garantizar*, que alude –al menos en teoría– a un compromiso u obligación, la de 1993 se remite al verbo *reconocer*, que solo se refiere a la aceptación declarativa de la existencia del derecho.

Más allá del cambio de verbos y a la diferente tendencia de los gobiernos de cada época, lo cierto es que cualquier intento por ampliar la cobertura subjetiva con el objetivo de lograr la universalidad ha de estar supeditada a la situación económica y financiera del país, de ahí que en 1993 se haya agregado la referencia expresa a su carácter *progresivo* (ingreso gradual dentro del ámbito de protección).

En la actualidad, y desde su creación a mediados del siglo XIX[10], la regulación del tema pensionario en el Perú se basa en un régimen contributivo, por lo tanto, lo justo es hablar de un seguro social antes que de una seguridad social en lo previsional[11], y es justamente este modelo el que se ha mantenido en el tiempo, protegiendo de manera prioritaria a los trabajadores formales, es decir, a aquellos que tienen una relación de dependencia, pues hasta hoy la afiliación de los independientes es de carácter voluntario, tanto en el sistema público como en el privado (regímenes paralelos entre los cuales se deberá elegir al iniciarse la vida laboral de un trabajador)[12].

Este fenómeno, que no es exclusivo de nuestro país, genera lo que se conoce –en teoría– como la "paradoja de la protección", pues los grupos menos vulnerables (trabajadores formales) son los que se encuentran más protegidos[13], resultando de esta manera que las personas que laboran de manera independiente (y en la informalidad) terminan subsidiando –con sus impuestos– el pago de las pensiones de terceros, a pesar que ellos nunca podrán percibir dicho beneficio.

Los datos recabados por la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza (ENAHO), elaborada en el año 2007 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI), nos muestra que de una población total superior a los 29 millones, tenemos una población económicamente activa (PEA)[14] de más de 14 millones.

Esta información, complementada con la de la ONP, la SBS, y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), indica que al 2008 la cobertura

(10) Ley de Goces, Cesantía y Montepío de los servidores y funcionarios públicos (1850).
(11) En materia de prestaciones de salud desde inicios del 2000 se ha intentado expandir este servicio a la mayoría de la población (en especial, a los sectores más pobres) a través de programas como el Seguro Integral de Salud (creado el 2001), que alcanzó recientemente su punto más alto con la Ley N° 29344 – Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 9 de abril de 2009.
(12) El SNP o el SPP (AFP), como hemos mencionado.
(13) Citando a Fabio Bertranou: MANGARELLI, Cristina (2008), p.321
(14) Según el INEI, la población en edad de trabajar (PET) es aquella que está disponible para desarrollar actividades productivas (miembros del hogar de 14 y más años de edad) y se subdivide en: población económicamente activa (PEA) y población económicamente inactiva (PEI).

subjetiva en pensiones (regímenes público y privado) alcanzó el 15.1%. Es decir, que por cada 10 trabajadores, con suerte 2 tendrán a futuro el beneficio de una pensión.

Si a estas cifras se agrega la data del Informe Técnico "Evolución de la pobreza al 2009" del INEI[15], vemos que un 34.8% de la población peruana vive en condición de pobreza (nivel de gasto inferior al costo de la canasta básica de consumo, que comprende alimentos y otros gastos básicos), de los cuales un 11.5% registra una extrema pobreza (nivel de gasto inferior al costo de la canasta básica mínima, que solo comprende alimentos), lo cual es más dramático en la sierra y selva, donde se registra un 53.4% y 46% de pobreza, respectivamente[16].

Ante esta cruda realidad, resulta una consecuencia lógica que seamos uno de los países con el menor índice de cobertura subjetiva en pensiones en Sudamérica al 2009[17], mientras que Uruguay registra la mayor cobertura (78.5%), seguido por Chile (60.2%), Argentina (46.2%) y Venezuela (31.5%).

Si el éxito de un modelo de seguridad social se mide por la cobertura subjetiva (el conjunto de personas protegidas), podríamos afirmar que el sistema de pensiones en el Perú ha fracasado. La pregunta sería ¿podemos mejorar esta situación con modificaciones al esquema vigente y esperar una mayor cobertura?

La respuesta está más cerca del no que del sí, en tanto la mayoría de propuestas formuladas a la fecha (incluida la implementación de un sistema multipilar, a partir del modelo proyectado en 1994 por el Banco Mundial)[18] se refieren a una mejoría en la gestión y administración de las pensiones de los trabajadores formales, con excepción del Proyecto de Ley N° 1929/2007-CP, presentado el 3 de diciembre de 2007 por el Colegio de Abogados de Arequipa[19], que plantea la reestructuración de nuestro sistema previsional, incluyendo la creación de un Fondo de Solidaridad Pensional para beneficiar a las personas mayores de 65 años de edad y condición de extrema pobreza, propuesta que lleva casi tres años siendo aún evaluada por la Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República[20].

En este escenario, considerando que en el Perú la mayor parte de las personas que laboran no tienen la condición de *trabajador*, al pertenecer a una economía

(15) http://censos.inei.gob.pe/DocumentosPublicos/Pobreza/2009/Infome_Pobreza.pdf
(16) Si tomamos en cuenta el área de residencia, tenemos que en la zona urbana un 21.1% se encuentra en situación de pobreza, mientras en la zona rural se llega a un 60.3%.
(17) Solo superados al 2009 por Paraguay, que registraría una PEA coberturada en pensiones de apenas el 10%, según: MESA LAGO, Carmelo (2010), p.13
(18) BANCO MUNDIAL (1994)
(19) Elaborado sobre la base del informe preparado por los Drs. Javier Neves Mujica, Cesar Gonzales Hunt y Christian Sánchez Reyes.
(20) Como veremos más adelante, existen otros Proyectos de Ley que plantean la creación de regímenes de pensiones no contributivas (por ejemplo: N° 1405/2006-CR, N° 3090/2008-CR, N° 3437/2009-CR y N° 4063/2009-CR), pero de manera paralela al sistema existente.

informal, razón por la cual carecen de derechos laborales y de seguridad social (en salud y pensiones), debemos buscar mecanismos que nos permitan incrementar dicha cobertura, no solo para aumentar el fondo previsional, sino para asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de la mayoría de la población, con una especial incidencia en las personas en condición de pobreza y extrema pobreza, no solo en las zonas urbanas, sino particularmente en las zonas rurales, pues ello no solo disminuirá futuras exigencias sociales y una carga económica que tendrá (al final) que ser asumida por el Estado, sino que ayudará a disminuir los niveles de pobreza, como ha ocurrido en países con condiciones geográficas similares a la nuestra (como Bolivia y Brasil)[21], a través de los programas no contributivos.

Como anota Morón[22], se ha pretendido atribuir el fracaso del sistema previsional a las reformas de los noventa, sin embargo, la baja cobertura subjetiva depende de las características del mercado laboral, así como de las empresas e instituciones del país, pues más de dos tercios de la PEA trabaja informalmente o por cuenta propia, existiendo una mayoría de pequeñas y micro empresas (que tienen baja productividad) incapaces de contratar formalmente a sus trabajadores, a lo cual se suma una legislación que hace innecesariamente costosa la formalización.

El que millón y medio de adultos mayores no puedan reemplazar sus ingresos por pensiones de jubilación impacta también en su vida familiar, pues deben extender su ciclo laboral para poder subsistir. Esto conlleva a problemas complementarios, pues se convierten (sin quererlo) en una carga para su familia, fundamentalmente por los costos en salud, que tienden a incrementarse en esa etapa de la vida. Es lo que se conoce como una transferencia intergeneracional de la pobreza, pues es casi seguro que producto de la ausencia de ingresos suficientes, los hijos no han podido desarrollarse económica ni socialmente, en un nivel que les permita la autonomía: según el INEI, más del 70% de adultos mayores viven con sus hijos, y en la mayoría de casos, la vivienda es propiedad de los primeros.

En todo caso, tomando en cuenta las experiencias pasadas, consideramos que la reforma que debe efectuarse necesariamente en el sistema pensionario con miras a ampliar la cobertura subjetiva no ha de pasar por copiar normas extranjeras (casi sin modificarlas) para aplicarlas a nuestra realidad, pues ello podría distorsionar sus efecto, en tanto cada país tiene factores económicos, sociales, demográficos, y políticos propios que deben ser tomados en cuenta al aprobar una ley. No existe un modelo universal, ni perfecto, sino mecanismos que pueden ser tomados como ejemplo para adecuarlos a nuestra realidad.

(21) A través de beneficios como el Bonosol, la Renta Dignidad y la Prestación Continuada.
(22) MORÓN, Eduardo (2008), p.3

La elección del sistema de pensiones que en definitiva se adopte corresponderá a una decisión política, sin embargo, para ello será necesario que se cuente con el sustento técnico que justifique la elección de determinado modelo, lo que requiere de un debate previo en que participen todos los actores del escenario previsional: el Estado, los trabajadores, los pensionistas y los empleadores. Sin ello, no será posible lograr el objetivo final de toda reforma previsional: mejorar el nivel de las prestaciones y mantenerlas en el tiempo, para brindar una pensión digna para la mayoría de peruanos. Pueden fijarse objetivos adicionales, pero todos deberán estar al final subordinados a la obtención de dicho propósito.

III. LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS INDEPENDIENTES

En el Perú, la afiliación de los trabajadores independientes (tanto en el SNP como en el SPP) tiene actualmente carácter voluntario.

DL.N° 19990

Artículo 4. Podrán asegurarse facultativamente en el Sistema Nacional de Pensiones en las condiciones que fije el reglamento del presente Decreto Ley:

a) Las personas que realicen actividad económica independiente; y

b) Los asegurados obligatorios que cesen de prestar servicios y que opten por la continuación facultativa.

DS.N° 054-97-EF

Artículo 4. La incorporación al SPP se efectúa a través de la afiliación a una AFP. Tal afiliación es voluntaria para todos los trabajadores dependientes o independientes. (...)

Artículo 33. Los aportes del trabajador independiente que opte por incorporarse al SPP son de su exclusivo cargo (...).

Si bien existe un relativo consenso respecto a la necesidad de afiliar a este grupo de trabajadores, el principal obstáculo ha sido la dimensión operativa del proyecto, como se reconoce en el Informe Final de la Comisión Técnica creada por la Ley N° 28991 para proponer planes de mejoras en el SNP y el SPP[23], pues para hacer efectiva la propuesta se requerirían cuando menos los siguientes ajustes legales:

- Establecer el momento en el cual se ejecutará la afiliación: ¿existirá alguna responsabilidad por la omisión o la demora?
- Determinar el momento en que nacerá la obligación de aportar: ¿será mensual o anual (junto con el pago del Impuesto a la Renta)?

(23) INFORME FINAL (2007), p. 76.

- Establecer el ente recaudador y la retribución del mismo: ¿se recurrirá a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)[24] o se creará una entidad especial?
- Establecer el porcentaje y la responsabilidad por la retención de los aportes de quienes emiten recibos de honorarios: ¿administrativa, civil y/o penal?

Hasta la fecha los trabajadores independientes se mantienen como asegurados facultativos (voluntarios) por la complejidad que generaría el seguimiento de sus aportaciones, en especial respecto de aquellos que realizan labores esporádicas.

Según estadísticas de la OIT[25], el 35.6% de la PEA en el Perú serían trabajadores independientes, de los cuales 32.5% son informales y solo el 3.1% formales. Este dato nos revela que en nuestro país la informalidad es un concepto íntimamente relacionado con el trabajo autónomo (o por cuenta propia).

Si bien en los últimos años se han puesto en práctica algunos mecanismos para reducir esta informalidad laboral, sea a través de programas con beneficios para incentivar la formalización en la micro y pequeña empresa[26], con el saneamiento laboral parcial de los trabajadores del Estado[27] (para reducir el grupo de "falsos" independientes), o el incremento de las visitas de los inspectores del MTPE a los diversos empleadores a nivel nacional, el problema mismo de la informalidad tiene una raíz social mucho más profunda en la economía y nuestra realidad.

El sector informal está constituido por el conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera del marco legal que rige la actividad económica. Por lo tanto, pertenecer a dicho sector supone no solo estar al margen de las cargas tributarias y la normatividad legal, sino que implica también no poder contar con la protección y los servicios que el Estado puede ofrecer.

Pero, aún cuando la definición de informalidad pueda ser simple y precisa, estimar su tamaño no resulta sencillo, pues se trata de un fenómeno económico que por permanecer ajeno al marco legal, tiene que ser descrito como una variable latente no observada, es decir, un factor para el cual no existe una medida exacta pero al cual es posible aproximarse a través de indicadores laborales como la prevalencia del autoempleo y la falta de cobertura del sistema de pensiones.

(24) Desde el 30 de julio de 2000 (Ley N° 27334), dicha entidad es la encargada de recaudar las aportaciones del SNP.

(25) Panorama Laboral 2006, citado por: ARCE, Elmer (2007), p.101

(26) Decreto Supremo N° 007-2008-TR, que regula la Ley de la Micro y Pequeña Empresa, y contempla un Sistema de Pensiones Sociales subsidiado parcialmente por el Estado.

(27) Decreto Legislativo N° 1057, en vigencia desde el 29 de junio de 2008, que regula una figura denominada Contrato Administrativo de Servicios (CAS), que crea una relación de naturaleza administrativa (no laboral) en la cual se contemplan ciertos derechos mínimos (incluida la afiliación previsional) para el trabajador que ingrese al Estado (a partir de su vigencia) y para quienes ya venían laborando bajo contrato de servicios no personales.

En tanto el problema de la informalidad en el Perú está conformado por aristas de orden social que pueden relacionarse incluso con la migración de inicios del siglo pasado, atravesando por el centralismo de los setenta y la invasión masiva desde los andes hacia la capital en los ochenta, producto del terrorismo, que trajo como consecuencia visible el aumento exponencial del comercio ambulatorio (en la calle e incluso en verdaderos complejos dedicados a la comercialización de mercadería ilícita, bajo la anuencia estatal y colectiva)[28], tema que no corresponde al presente comentario, nos centraremos en su incidencia en el plano laboral y previsional.

En la medida que existen muchas personas que realizan labores productivas sin la dependencia a un empleador, puede afirmarse que el concepto de trabajador independiente (o autónomo) nace de un dato negativo[29]. Para efectos de nuestro comentario, consideraremos como trabajadores independientes susceptibles de ser sometidos a una afiliación obligatoria previsional:

- A los trabajadores por cuenta propia formales
- A los trabajadores por cuenta propia informales
- A los trabajadores dependientes que no están en planillas
- A los empleadores (personas naturales) que no están en planillas

Si bien en los grupos señalados se podrían considerar (teóricamente) a quienes laboran en el comercio ambulatorio, lo más adecuado sería excluir inicialmente de esta obligatoriedad a aquellas personas que perciben ingresos irregulares, que se encuentren por debajo del mínimo vital mensual (S/. 550 nuevos soles = US$ 190 dólares). Este grupo debería ser materia de una regulación especial o evaluar su inclusión en los regímenes de pensiones no contributivas.

La finalidad de esta medida es ampliar la cobertura subjetiva, pero en la medida que la fiscalización es uno de los principales problemas de su implementación, se debería iniciar este proyecto enfocándonos en los independientes que perciben un ingreso medio o superior, que pueda ser más fácil de detectar a través del circuito tributario, lo que no ocurre en el caso del trabajador ambulatorio.

Sin embargo, para poder aplicar este programa de afiliación obligatoria y esperar que pueda resultar exitoso, resulta necesario echar una mirada de las razones por las cuales la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes ha sido tan baja en los últimos años (apenas un 10%, en promedio, tanto en el SNP como en el SPP), fenómeno que se reproduce en la mayoría de países de Sudamérica.

(28) Existen fenómenos sociales y económicos vinculados a la migración, como la invasión de la periferia de Lima (el caso más emblemático fue tal vez el de Villa El Salvador) o la toma de zonas comerciales como Gamarra (en el distrito de La Victoria).

(29) ARCE, Elmer (2007), p. 98.

Para Paredes e Iglesias[30], existen diversos factores que influyen en esta decisión de no afiliarse, mismos que han agrupado en dos categorías:

a) Factores no relacionados con el modelo pensionario: Dentro de esta clasificación, se consideran circunstancias variadas como:

- El nivel de ingreso (quien percibe un menor ingreso prefiere la liquidez actual que una pensión futura (prioridad), mientras quienes perciben un mayor ingreso cuentan con ahorros, seguros privados o invierten en el mercado financiero o bursátil).
- El acceso al crédito (los ingresos excedentes se utilizan para financiar proyectos, como la adquisición de una casa)
- La informalidad laboral
- El nivel del salario mínimo (cubre solo las necesidades básicas)
- Las características del impuesto a la renta (no existen incentivos para la aportación, además, los independientes declaran ingresos por debajo de lo percibido realmente)
- La interacción con otros programas asistenciales (si pueden acceder a una prestación dineraria por otra vía, sin tener que aportar, lo harán)
- Las características demográficas (a mayor edad recién se desarrolla la preocupación por la jubilación: por lo general, a partir de los 50 años)
- El nivel de educación

b) Factores relacionados con el modelo pensionario: En esta clasificación podemos encontrar los siguientes supuestos:

- La tasa de aportación (en Perú, 13% y 10% de la remuneración, para el SNP y el SPP, respectivamente)
- La tasa de retorno (dependerá de las aportaciones, pero en modelos de reparto como el SNP –pensión sujeta a topes (actualmente S/. 857.36 nuevos soles = US$ 295 dólares)– no resulta atractiva)
- Las comisiones (en el caso de las AFP es del orden del 2%)
- Los costos de transacción (procedimientos de afiliación y recaudación complejos, en especial para las zonas rurales)

(30) PAREDES, Ricardo e IGLESIAS, Augusto (2004), p.30

Estos autores consideran[31] que la motivación para afiliarse (o la falta de esta) es la misma entre los trabajadores independientes y los dependientes, la diferencia es que estos últimos están obligados a incorporarse a un régimen previsional, de lo contrario, posiblemente tampoco estarían afiliados[32].

En la medida que el estudio de Paredes e Iglesias se desarrolla para el mercado laboral chileno, nos remitimos a las respuestas recabadas por Ñopo en el Perú[33], en una investigación efectuada para el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), con ocasión de las siguientes preguntas:

¿Por qué no está aportando para pensiones?

No me alcanza el dinero	39%
No conozco los sistemas existentes	18%
Mis ingresos son irregulares	11%
No estoy obligado a contribuir	8%
El trámite es muy complicado	5%
No confío en las AFP	4%

Cuando deje de trabajar, ¿cómo piensa financiar su vejez?

Con un negocio propio	32%
No lo he pensado	17%
Con la ayuda de sus hijos	15%
Con sus ahorros	9%
Con la ayuda de otros familiares	6%
Con la pensión del cónyuge	4%

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a la conclusión que es necesario afiliar de manera obligatoria a los trabajadores independientes (no a todos a la vez, sino de manera progresiva), pero también nos muestra que existe una ausencia total

(31) PAREDES, Ricardo e IGLESIAS, Augusto (2004), p.33

(32) Cabe destacar que existen posturas como la de BERSTEIN, REYES y PINO (2006), que plantean una tercera opción entre la afiliación obligatoria o voluntaria de los trabajadores independientes, que denominan "decisión activa para no cotizar" (la persona decidirá en el momento que presenta su declaración anual de Impuesto a la Renta si la devolución–que generalmente le corresponderá por sus créditos fiscales–la aplica o no como cotización a un régimen previsional). En puridad, esta opción está condicionada a la voluntariedad.

(33) ÑOPO, Hugo (2008)

de interés en las personas menores de 50 años por el tema pensionario, lo cual solo podrá ser revertido con la implantación de la educación previsional desde el nivel primario hasta el superior, pues en tanto el propio individuo no sea conciente de la necesidad de ahorrar para el futuro (cuando no pueda trabajar), cotizando desde hoy tanto para salud como para pensiones, todo proyecto quedará trunco.

Como precisa Gonzáles[34], el trabajador independiente debe tener la obligación de cotizar para un régimen pensionario, pues la previsión social no solo constituye un derecho, sino también un deber social, ya que con ocasión de realizar una labor el individuo establece un vínculo directo de responsabilidad económica para con su núcleo familiar, que tiene incluso un reconocimiento constitucional (artículos 4 y 6 de la Carta Magna de 1993), por ello, en tanto la pensión vendría a sustituir su retribución, esta constituiría una garantía del mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad para sus derechohabientes.

Para la implementación de la afiliación obligatoria, la Comisión Técnica creada por la Ley N° 28991, plantea las siguientes propuestas, que son coincidentes con las que en su momento formuló la Superintendencia de AFP[35]:

a) Programa de aportaciones diferenciadas: Mediante tasas de aportación escalonadas que se incrementarían o reducirían, según el caso, en función a la edad y a los ingresos.

b) Beneficios colaterales: En primer lugar, facilitando el acceso a atenciones de salud, para captar el interés de los informales. Podría establecerse uno o más planes o capas de cobertura, dependiendo del nivel de cotización, pero todos los afiliados tendrían acceso a una prestación sanitaria.

c) Facilidades operativas: Medidas orientadas a mejorar el pago del aporte, parar reducir los costos de operación y transacción (declaraciones virtuales o pagos a través de celulares, en especial en las zonas rurales), utilizando un solo formulario que unifique las aportaciones pensiones y salud.

Un primer paso se viene llevando en vía paralela, pues desde hace algunos años la SUNAT está confeccionando un listado de profesionales independientes con la finalidad de fiscalizar supuestos de omisión de declaración y pago del Impuesto a la Renta, iniciando procesos administrativos de revisión de desbalance patrimonial al constatar incongruencias entre los bienes de propiedad de los contribuyentes y los ingresos declarados en los últimos periodos fiscales[36].

(34) GONZÁLES, César (2010), p.85
(35) SAFP (1999), pp.87-95
(36) En Uruguay, a partir de una reforma tributaria del 2007, se han establecido mecanismos a efectos de facilitar la recaudación de los trabajadores independientes (o cuenta propia), tales como el **monotributo**: el pago anual de un solo concepto que unifica las obligaciones del deudor tributario, como anota: LANZILOTTA, Bibiana (2009).

Para finalizar este punto de nuestro comentario, dejamos constancia que el 13 de mayo de 2010 ha sido presentado el Proyecto de Ley N° 4032/2009-CR, mediante el cual se pretende la dación de la "Ley de fomento y protección del autoempleo", que busca regular de manera genérica el reconocimiento de derechos a favor de los trabajadores independientes, incluido el acceso a la seguridad social, pero sin precisar aspecto alguno relacionado con la modalidad de afiliación. Este proyecto viene siendo evaluado por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República.

IV. LA CREACIÓN DE UN RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO

La crisis económica del 2008 afectó tanto a los sistemas de gestión pública como a los de gestión privada, pero fue un fenómeno coyuntural. No es la primera que ha existido (ni será la última). Se trata de un problema cíclico en la historia de la humanidad, de un tema recurrente en el funcionamiento de los sistemas de pensiones. Mientras los sistemas de reparto tienen un mayor componente de riesgo demográfico, los de capitalización están expuestos a un mayor riesgo financiero.

El problema surge porque los efectos de la crisis se están discutiendo en un plano económico y financiero, a pesar que se trata de un aspecto de la seguridad social, es decir, un tema que atañe derechos humanos fundamentales. No se trata de un elemento o factor del mercado privado sino de la economía pública, pues afecta a los recursos que garantizarán el acceso (o goce) de un derecho en la vejez.

El carácter público de los sistemas previsionales es independiente de la forma en la cual se financian o de quién los gestiona. El Estado establece un sistema y a la vez determina quién lo va a administrar, pero en ningún momento se perderá la naturaleza pública del mismo, en su origen y desarrollo. El Estado será el garante financiero de última instancia, por lo tanto, no puede desentenderse de lo que pasa. Es el que funda el sistema, y tiene que garantizar que la información suministrada a los afiliados es la correcta, la pertinente para la toma de decisiones.

Pero más allá de la discusión sobre el impacto de la crisis en el SPP y el SNP, la pregunta es ¿y la gente que no tiene pensión? ¿Quién ve por ellos? El problema número uno de la seguridad social en el mundo actual, en especial en los países en desarrollo, es la cobertura subjetiva. Hay millones de personas en el Perú que no se preocupan por el tema de la crisis, pues no tienen acceso a nada, a ninguna pensión, a ningún servicio de salud, a nada de nada.

Si todo sistema de seguridad social debe tener como pilares básicos la solidaridad y la universalidad, la creación de un régimen no contributivo es esencial para que la mayoría de peruanos en situación de pobreza accedan a una pensión.

En un país como el nuestro, en el que existe un alto índice de pobreza (34.8%) y extrema pobreza (11.5%), y en el cual el mercado laboral enfrenta factores como la

informalidad, el desempleo y el subempleo, registrando índices de morosidad contributiva cercanos al 50%, es indispensable evaluar la viabilidad de un régimen de pensiones no contributivas, mecanismo que no debe ser visto solamente como una política asistencialista, sino como una herramienta de inversión social, pues la experiencia en otros países de la región demuestra que la incidencia de pobreza puede reducirse hasta un 65%, amen de constituir un factor de dinamización de la economía familiar, pues a pesar de ser por lo general un porcentaje de la pensión mínima regular, esta prestación se utiliza no solo para atender las necesidades básicas (alimentación, salud y vivienda), sino que permite apoyar también en la educación de los nietos e, inclusive, en las zonas rurales, para la adquisición de semillas y alimento para los animales de crianza (consumo y venta).

En el Perú, cerca del 10% de la población total es mayor de 60 años. De estos, un considerable número carece de protección alguna de parte de la seguridad social, especialmente aquellos que viven en zonas rurales. Esa situación ha originado un aumento en la proporción de personas mayores que siguen trabajando más allá de la edad jubilatoria, generalmente en ocupaciones precarias.

Pese a las repetidas reformas previsionales de las últimas décadas, aún no se ha logrado ampliar la cobertura ni reducir los índices de pobreza para las personas mayores. Lamentablemente, dentro de las soluciones planteadas hasta la fecha se ha optado por dejar de lado la opción de las pensiones no contributivas, pues se han centrado en mejorar la administración de los regímenes contributivos, lo que en la práctica ha creado exclusiones y desigualdad, al favorecer a aquellos que tienen un empleo formal, pese a constituir el menor porcentaje de la PEA.

Como precisa Durán[37], las pensiones no contributivas están diseñadas para fijar un piso o nivel mínimos de ingresos, reduciendo los niveles de pobreza entre los adultos mayores, e indirectamente en el resto de la población. La aplicación de un sistema como este depende de una decisión política pública que debe fijar su visión en un desarrollo al mediano y largo plazo.

Además de la determinación de los beneficiarios, el costo monetario, fiscal y los gastos operativos, deberán fijarse los requisitos (edad, acreditación del estado de pobreza, años de residencia, etc.), cuidando la posibilidad de propalación de los factores de corrupción entre los funcionarios encargados de calificar y aprobar la concesión del derecho.

Desde nuestra perspectiva, este régimen solidario debe estar solamente a cargo del Estado, y el derecho a pensión se podría otorgar inicialmente para:

- Peruanos en zona rural y urbano marginal con residencia mínima de 20 años

(37) DURÁN, Fabio (et al) (2009), p.65

- Mayores de 65 años en estado de extrema pobreza acreditada
- Que no perciban pensión ni prestación vitalicia alguna

El monto de la pensión no debería ser menor de S/. 100 nuevos soles, ni mayor a S/. 200 nuevos soles, de lo contrario podría desincentivar la cotización regular en el SNP o el SPP para trabajadores afiliados de bajos recursos, que optarían por acceder a este nuevo régimen en lugar de seguir aportando. Puede parecer una prestación baja, pero para quien no tiene pensión significaría una mejoría.

Morón y Rostagno[38], consideran que la baja cobertura subjetiva está asociada a la informalidad del mercado laboral, donde un tercio de las MYPE son –en realidad– empresas de subsistencia. Al parecer de estos autores, los únicos elegibles para recibir el beneficio de la pensión no contributiva deberían ser los adultos mayores de 65 años de edad que acrediten condición de pobreza, y el beneficio debería fijarse en el equivalente a un tercio de la RMV (S/.183 nuevos soles), pues de fijar un monto mayor originaría –como indicamos– un traslado masivo de asegurados del régimen contributivo.

Bajo dichos parámetros, el costo del régimen no contributivo sería el equivalente al 0.91% anual del Producto Bruto Interno (PBI). En el siguiente cuadro podemos ver algunos ejemplos que varían dependiendo del monto de la prestación y del grupo poblacional seleccionado como beneficiario:

Costo de las Pensiones No Contributivas
Porcentaje del PBI al año 2010

Monto en S/.	Pobreza	Pobreza extrema
300	1.49%	0.61%
183	0.91%	0.37%
100	0.50%	0.20%

Elaboración: Morón / Rostagno

El impacto de este programa es considerable, en términos de cobertura subjetiva, pues se podría llegar –en el escenario más conservador– hasta un 68%[39].

Desde la perspectiva del ponente, implantar un régimen contributivo no constituye un retroceso en el campo de la seguridad social, por el contrario, en la actualidad el Perú tiene dos regímenes que –en puridad– están más cercanos al modelo del seguro social de Bismarck, pues están condicionados a la contribución de quienes ostentan la calidad de trabajadores formales, que representan además el menor porcentaje de la PEA.

(38) MORÓN, Eduardo y ROSTAGNO, Marín (2009), p.100
(39) Ibidem, p.107

Los regímenes solidarios o no contributivos están orientados a materializar la idea de una seguridad social para todos, en especial para quienes más lo necesitan, que son justamente los excluidos del mercado laboral formal, e irónicamente, los que aportan (de manera indirecta, a través de los impuestos) a sostener tanto al régimen estatal (SNP, subsidiado mensualmente por el Tesoro Público) como al propio SPP (pues los bonos complementarios de la pensión mínima y jubilación anticipada se pagan con cargo a los recursos estatales)[40].

El financiamiento del régimen podría provenir tanto de aplicar un punto adicional al Impuesto General a las Ventas como al Impuesto a la Renta, que son los tributos de mayor recaudación, o por la creación de un Fondo Asistencial del 1% de las pensiones del SNP y el SPP superiores a S/.800 nuevos soles, para de esa forma corresponder (en sentido inverso) a la solidaridad previsional que la población sin pensión ha asumido de manera indirecta por muchos años, al subsidiar a ambos regímenes. Otra opción podría ser asignar un porcentaje fijo del canon minero o, como ocurrió en el caso del FONAHPU[41], la transferencia de las acciones de una empresa estatal privatizada.

Este régimen no contributivo podría regularse de manera paralela o como el pilar solidario del modelo contributivo complementario único (público–privado) que se implante a partir del modelo del Banco Mundial (1994), y que desde hace varios años viene siendo avalado en el Perú por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Economía y Finanzas, la SBS, e, inclusive, por las Centrales Sindicales de Trabajadores. Debe contar con Central Única de Recaudación y los mecanismos legales (coactivos, civiles y penales) para accionar en contra de los empleadores morosos, pero –principalmente– con un saneamiento previo del mercado laboral, que procure la reducción del fenómeno de la informalidad.

Dejamos constancia que en la actualidad existen hasta tres proyectos de ley en el Congreso de la República[42] a través de los cuales se propugna la creación de un régimen no contributivo de pensiones solidarias a favor de los adultos mayores de 65 años de edad en estado de extrema pobreza, que no sean titulares de pensión en los regímenes existentes y residan en el Perú un mínimo de 20 años, mismos que

(40) En Uruguay existe un programa de pensiones no contributivas creado en 1919 por la Ley N° 6874 que ofrece prestaciones de vejez e invalidez por cuenta del Estado, como anotan: SALDAÍN, Rodolfo y LORENZELLI, Marcos (2002).

(41) Fondo Nacional de Ahorro Público (FONAHPU), que en 1998 consistió en una bonificación a favor de los pensionistas con prestaciones por debajo de los S/. 1,000 nuevos soles. Por Ley N° 27319, publicada el 22 de julio de 2000 en el Diario Oficial "El Peruano", se le transfirió la titularidad de las acciones de ELECTROPERÚ S.A.

(42) Proyectos de Ley N° 3090/2008-CR del 13 de marzo de 2009, N° 3437/2009-CR del 27 de agosto de 2009, y N° 4063/2009-CR del 3 de junio de 2010. En el pasado fue presentado el Proyecto de Ley N° 1405/2006-CR, para la creación del Fondo de Pensión Subsistencial del Adulto Mayor (PAM), pero fue archivado el 31 de marzo de 2008.

se encuentra en evaluación (paralelamente) en las Comisiones de Seguridad Social, de Economía y de Presupuesto.

De igual manera, damos cuenta de la existencia de un programa similar que viene siendo ejecutado desde mediados del 2005, creado el 7 de abril de 2005 mediante Decreto Supremo N° 032-2005-PCM. El Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres (Juntos)[43], que entrega una suma de S/.100 nuevos soles (en efectivo) a las familias más pobres del país, para paliar las áreas de nutrición, salud, educación e identidad.

Los beneficiarios de este programa son los hogares que tienen entre sus miembros a madres gestantes, padres viudos, ancianos, y personas que tengan bajo su tutela a niños menores de 14 años de edad. Se inició en la zona rural, empezando por las poblaciones en extrema pobreza: en la actualidad está beneficiando a más de 460,000 hogares, que concentran a una población aproximada de 1´700,000 peruanos.

La estructura e información de dicho programa podría ser de utilidad en la creación del régimen no contributivo. Como anota Sánchez[44], para identificar al grupo de beneficiarios de este nuevo modelo, también se podría recurrir al Sistema de Focalización de Hogares (SISFHO) y otros proyectos similares, como el Registro Unificado Regional de Beneficiarios de los Programas Sociales, creado por la Ley N° 28540 del 8 de junio de 2005.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTÍZ, Elmer. "El trabajador autónomo: De la dependencia jurídica a la dependencia económica".

  En: *Revista Laborem* N° 7 (SPDTSS), Lima, 2007, pp. 93-126

- ARENAS, Alberto y HERNÁNDEZ, Héctor. Análisis, evolución y propuestas de ampliación de la cobertura del Sistema Civil de Pensiones en Chile

  En: VV.AA. "Cobertura Previsional en Argentina, Brasil y Chile". Santiago, 2001, OIT, pp.85-131

- BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento

  Washington, 1994, Oxford University Press, p. 457.

- BERSTEIN, Solange, REYES, Gonzalo y PINO, Francisco. Trabajadores independientes: ¿Incentivarlos u obligarlos a cotizar? Una tercera opción

(43) www.juntos.gob.pe
(44) SÁNCHEZ, Christian (2009), p.136

En: En foco N° 66, Santiago, 2006, 29 pp.

- BERTRANOU, Fabio (coordinador). Los trabajadores independientes y la seguridad social

  Buenos Aires, 2007, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 174 pp.

- BERTRANOU, Fabio. Economía informal, trabajadores independientes y cobertura de la seguridad social en Argentina, Chile y Uruguay (Preliminar 2007)

  En:http://www.sindlabautonomos.org/ll%20EXPERIENCIAS%20LATINOAMERICANAS/ExperReg_4_SegSoConoSur_OIT07.pdf

- BOZA PRO, Guillermo. Informalidad y relaciones laborales:

  En: "Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú" – Primer Congreso Nacional de la SPDTSS, Trujillo, 2004, pp.39-68

- CIFUENTES LILLO, Hugo. Afiliación obligatoria de los trabajadores independientes

  En: VV.AA. "Reforma Previsional", Santiago, 2008, SCHDTSS, pp. 69-81

- DIAZ, Luís Eduardo. Cobertura previsional de los trabajadores independientes

  En: Estudios Socio-Jurídicos N° 10, Bogotá, Julio-Diciembre 2008, pp. 37-75

- DURÁN VALVERDE, Fabio. Cobertura contributiva de la seguridad social en el Perú: ¿Avanza el aseguramiento contributivo? (Preliminar)

  Lima, 2009, OIT, 42 pp.

- DURÁN, Fabio, MENDOZA, Walter y PICADO, Gustavo. Proyecciones demográficas y financieras para el análisis de la viabilidad de las pensiones no contributivas en el Perú

  En: VV.AA. "Envejecimiento con dignidad: Pensiones no contributivas para reducir la pobreza en el Perú". Lima, 2009, Mesa de Concertación, pp. 37-87

- GONZÁLES HUNT, César. El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

  Tesis para optar el Grado de Magíster, Lima, 2010, Maestría de Derecho Laboral y la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú

- LANZILOTTA, Bibiana. El empleo por cuenta propia y la cobertura de seguridad social en Uruguay

  En: VV.AA. "Trabajadores independientes y protección social en América Latina", Montevideo, 2009, OIT, pp. 35-83

- LARRAÍN, Fernando. ¿Cómo aumentar la cobertura? Una perspectiva desde los trabajadores independientes (exposición)

  En: "El futuro de las pensiones" - Seminario Internacional FIAP, Lima, Mayo 2008

- MANGARELLI, Cristina. La cobertura universal del sistema de protección y seguridad social y la empleabilidad

  En: Revista Derecho Laboral N° 230, Montevideo, Abril-Junio 2008, pp. 313-327

- MARCOS RUEDA, Eduardo. La ampliación de la cobertura: Mito y realidad

  En: Actas del VII Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 2007, Editorial San Marcos, pp. 446-461

- MARTÍNEZ MEDINA, Joel. La ampliación de la cobertura de la seguridad social en pensiones: ¿Función pública o privada?

  En: Revista Laborem N° 9 (SPDTSS), Lima, 2009, pp. 415-434

- MESA LAGO, Carmelo. Presente y futuro de los sistemas de pensiones públicos y privados frente a la crisis mundial (Informe General)

  En: VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Cartagena de Indias, Mayo 2010

- MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana. Diez años del Sistema Privado de Pensiones: Avances, retos y reformas (1993-2003)

  Lima, 2003, Universidad del Pacífico (Centro de Investigación), p. 160

- MORÓN, Eduardo. Resolviendo el problema de cobertura en el Perú

  En: Centro de Investigación (Universidad del Pacífico), Lima, Julio 2008, p. 12

- MORÓN, Eduardo y ROSTAGNO, Martín. Viabilidad de un sistema de pensiones no contributivas en el Perú

  En: VV.AA. "Envejecimiento con dignidad: Pensiones no contributivas para reducir la pobreza en el Perú". Lima, 2009, Mesa de Concertación, pp. 91-108

- ÑOPO, Hugo. Calidad de la protección social en el Perú (exposición)

  En: "El futuro de las pensiones" - Seminario Internacional FIAP, Lima, Mayo 2008

- PAREDES, Ricardo e IGLESIAS, Augusto. Análisis de propuestas para aumentar la cobertura de trabajadores independientes en el Sistema de AFP (Final 2004)

En: <http://www.fiap.cl/prontus_fiap/site/artic/20061211/asocfile/20061211104055/asocfile120060328173227.pdf>

- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Informalidad, sub-empleo y MYPES

  En: "Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú" - Primer Congreso Nacional de la SPDTSS, Trujillo, 2004, pp.141-152

- PINHEIRO, Vinicius. Aspectos sociales de la previsión en Brasil: El desafío de aumentar la cobertura

  En: VV.AA. "Cobertura Previsional en Argentina, Brasil y Chile". Santiago, 2001, OIT, pp.57-83

- RASO-DELGUE, Juan. El futuro de la seguridad social y el impacto del Convenio N° 102 sobre Normas Mínimas de Seguridad Social en Latinoamérica: Uruguay

  En: Revista Latinoamericana de Derecho Social N° 8, México, Enero-Junio 2009, pp.241-274

- SALDAÍN, Rodolfo y LORENZELLI, Marcos. Estudio del programa de pensiones no contributivas en Uruguay

  En: VV.AA. "Pensiones no contributivas y asistenciales", Santiago, 2002, OIT, pp.221-264

- SÁNCHEZ REYES, Christian. El marco legal para un sistema de pensiones no contributivas en el Perú

  En: VV.AA. "Envejecimiento con dignidad: Pensiones no contributivas para reducir la pobreza en el Perú". Lima, 2009, Mesa de Concertación, pp.129-137

- SUPERINTENDENCIA DE AFP. Ampliación de la cobertura previsional en el SPP: El caso de los trabajadores independientes

  En: Estudios Previsionales N° 1, Lima, 1999, 245 pp.

- VERGARA, Carlos Andrés. Caracterización del trabajo independiente y su afiliación a la seguridad social en Colombia

  En: Boletín del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social N° 11, Bogotá, Diciembre 2008, 49 pp.

LA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA EN MATERIA PREVISIONAL:

La regulación de los regímenes no contributivos y la inclusión obligatoria de los trabajadores independientes

Álvaro Rodríguez Azcúe(*)

INTRODUCCIÓN

En la presente relatoría se aborda la ampliación de la cobertura previsional, como una obligación de los Estados, en atención al carácter de derecho humano fundamental que posee la seguridad social.

Se analizan las diferentes acepciones que en la seguridad social posee el calificativo 'no contributivo', así como las relaciones que debe guardar con otros componentes del sistema de protección social. Se considera positivamente la posibilidad de su empleo como un instrumento idóneo para ampliar la cobertura en nuestros países.

Bajo la misma óptica, se trata la inclusión obligatoria de los trabajadores independientes en el sistema de seguridad social, reseñando la experiencia nacional, con sus fortalezas y debilidades.

En otro orden, se examina la problemática que supone la utilización de trabajo dependiente bajo la forma o apariencia de independiente, destacando la importancia que posee la Recomendación núm. 198 sobre la relación de trabajo (2006).

(*) Docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Uruguay)

Por último se sostiene el acierto que representaría el establecimiento de un marco jurídico tuitivo para los trabajadores genuinamente autónomos, tanto en sus aspectos laborales 'stricto sensu', como de seguridad social.

1. LA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA EN MATERIA PREVISIONAL

1.1. El derecho humano fundamental a la seguridad social y el principio de universalidad subjetiva

En el curso del siglo XX el derecho a la seguridad social se ha expandido en la conciencia jurídica universal(1) y ha adquirido la nota de Derecho Humano Fundamental(2), integrando el llamado *bloque de constitucionalidad de los derechos humanos*(3).

Por su parte, la OIT, en la 89 reunión de la Conferencia Internacional, declaró que la extensión de la cobertura es el mayor reto que deben enfrentar los sistemas de seguridad social(4), concepto reiterado en la *Declaración sobre la Justicia social para una globalización equitativa (2008)*(5), aprobada, a su vez, por resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas(6).

Más recientemente, en la reunión de Ministros y Máximos responsables de Seguridad Social del Encuentro Unión Europea, América latina y el Caribe, sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social, celebrado el 13 y 14 de mayo de 2010, en Alcalá de Henares (Madrid), se estableció en el comunicado final que: "1. Coinciden en la necesidad de consolidar sistemas de Seguridad Social financieramente

(1) BARBAGELATA, H-H. "Los límites de la flexibilidad del mercado de trabajo". En: rev. *Derecho Laboral.* N° 155, p. 425.

(2) ERMIDA URIARTE, O. "Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo". En: BARRETTO GHIONE, H. "*Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay*", OIT, p. 17. GRZETICH LONG, A. *Derecho de la Seguridad Social, Parte general,* v. 1, FCU, pp. 57-61. NICOLIELLO, A. "La seguridad social: Derecho humano fundamental". En: *Informe de Seguridad Social N° 2,* diciembre 2002, p. 3. URIARTE, Daoiz. "La seguridad social desde la óptica de los derechos humanos". En: *Informe de Seguridad Social* N° 7, p. 3. OIT, *Seguridad social para todos: Una inversión en el desarrollo económico y social mundial,* agosto de 2006, p. 5.

(3) Una de las consecuencias que implica el reconocimiento del Derecho a la Seguridad Social como un Derecho Humano Fundamental que integra el llamado *bloque de constitucionalidad,* es, entre otras, según enseña Barbagelata, la aplicación del principio de progresividad y de irreversibilidad, así como la adecuación a los criterios sentados por los órganos internacionales competentes y la presunción de autoejecución y autoaplicabilidad (BARBAGELATA, H-H. *El particularismo del Derecho del trabajo y los Derechos Humanos Laborales,* FCU, pp. 223, 239-249).

(4) Actas Provisionales 16, Octogésima novena reunión, Ginebra, 2001, Sexto punto del orden del día: Seguridad social: temas, retos y perspectivas. Informe de la Comisión de la Seguridad Social, p. 31 (http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-16.pdf). V. GRZETICH, A, *"La urgencia de extender las medidas de seguridad social (La Resolución de la Conferencia del Trabajo de 2001".* En: Informe de Seguridad Social N° 1, julio 2002, p. 7.

(5) V. Editorial, *"90 aniversario de la OIT y 10 del objetivo de trabajo decente"*, rev. *Derecho Laboral* N° 233, p. 6.

(6) V. rev. Derecho Laboral N° 233, p. 237 y ss.

sostenibles, fortaleciendo los regímenes contributivos y proporcionando una protección social básica y progresivamente suficiente al conjunto de sus ciudadanos".

Pero el reconocimiento y efectividad del derecho a la seguridad social, como ha ocurrido en general con otros derechos económicos y sociales, no ha sido lineal, sino que por el contrario, ha conocido avances y retrocesos. Un claro ejemplo de estos últimos es el que ocurrió en nuestra América Latina durante el proceso de reformas privatizadoras de los sistemas de pensiones, inaugurado por Chile (1981) y seguido por otros países, como Perú (1993) y Uruguay (1995), bajo la influencia del pensamiento neoliberal(7).

La incidencia de estas reformas en la cobertura, así como en otros principios de la seguridad social, ha sido –a nuestro juicio– claramente deficitaria(8). Al respecto ha considerado Mesa-Lago que "la reforma estructural y el sistema privado en vez de lograr la universalidad o aumentar la cobertura ha reducido esta", entendiendo que "el sistema privado ha sido diseñado para una fuerza laboral formal, urbana, con empleo estable, salario medio y alto, masculina y con alta densidad de cotización"(9); circunstancia que, paradójicamente, contrasta con las características del mercado de trabajo latinoamericano.

La ampliación de la cobertura en materia previsional constituye, entonces, un mandato que surge de la cúspide del ordenamiento jurídico internacional, y, en los últimos años, ha adquirido una presencia relevante en la agenda de importantes organismos internacionales, circunstancias que otorgan un empuje adicional al pre – existente principio teórico de universalidad subjetiva o de universalidad de la cobertura(10).

1.2. La regulación de los regímenes no contributivos

1.2.1. Seguridad social y asistencia social

Hace más de cincuenta años, el prestigioso jurista francés Paul Durand, analizando la evolución de la seguridad social y de la asistencia social, consideraba que

(7) El Banco Mundial considera hoy que: "Dos décadas de esfuerzos de reforma han dado como resultado importantes avances. En muchos países, se modernizó la SS contributiva, por ejemplo, a través de reformas previsionales para mejorar la sustentabilidad fiscal y corregir incentivos distorsionados." (RIBE, H.- ROBALINO, D.- WALKER, I. *Hacia una protección social eficaz para todos en América Latina y el Caribe. De los Derechos a la Realidad*, junio 2010, p. vii).

(8) NICOLIELLO, A. *Evaluación del sistema previsional y propuestas de reforma*, en VV.AA., Temas jubilatorios, p. 186. Rodríguez Azcúe, A, *"Impacto de la reforma jubilatoria en los principios de universalidad en la cobertura y solidaridad"*, Informe de la Seguridad Social N° 8, p. 23. CEPAL, *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*, marzo 2006, Santiago, p. 130.

(9) MESA-LAGO, C. *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social*, CEPAL, p. 14, 100-101. En similares términos se expresa F. Bertranou (*Envejecimiento, empleo y protección social en América Latina*, OIT, 2006, Santiago, p. 16).

(10) Sostiene Ermida que dicho principio ya estaba presente en el plan Beveridge (1942) mediante la expresión "comprensividad en la cobertura de las personas" y, en nuestro medio Plá Rodríguez (1957) lo formulaba bajo la nota de "generalidad" (ERMIDA, O. "Los principios de la seguridad social". En: VV.AA., *La seguridad social en el Uruguay*, FCU, 2da. Edición, 1991, p. 38).

el contraste entre ambas herramientas tendía a atenuarse. "La Asistencia –afirmaba el autor– ha dejado de ser una liberalidad, para convertirse en un derecho. En la época moderna la afirmación de un sentimiento generalizado de solidaridad ha hecho que se reconozca como un deber social prestar asistencia a los indigentes, ancianos o enfermos. Esta evolución se traduce en la creación de Organismos encargados de otorgar las Ayudas Asistenciales y resolver las reclamaciones de los interesados, y por medio de la implantación de vías de recurso contra las decisiones de estos Organismos. Por otra parte, las prestaciones que se pagan a través del Sistema de Seguro no provienen ya siempre de las cotizaciones que las víctimas de los riesgos han pagado, sino que es frecuente que la financiación de las instituciones de la Seguridad Social sea garantizada, total o parcialmente, por cotizaciones del empleador o por medio de recursos presupuestarios. Incluso puede desaparecer cualquier distinción en el modo de financiación, si se admite que las cotizaciones de Seguridad Social son jurídicamente impuestos.

La oposición entre Seguro y Asistencia no subsiste más que en la medida en que el pago de los socorros asistenciales sigue estando subordinado a la constatación de una situación de necesidad. Si esa misma condición se exigiera para el pago de las prestaciones de Seguridad Social, como ocurre en Nueva Zelanda, desaparecería toda diferencia entre asistencia social y Seguridad Social. Ambos no son más que dos formas complementarias de un Sistema Único de garantía social"[11].

1.2.2. Concepto de "prestaciones no contributivas"

En la literatura especializada encontramos autores que asignan alcances diferentes al concepto de '*prestaciones no contributivas*'.

Algunos identifican las prestaciones no contributivas con las asistenciales. Afirman que en este tipo de prestaciones no se exige una cotización previa del beneficiario, pero sí de la prueba de la situación de necesidad de acuerdo con los parámetros previstos en la ley y una residencia relativamente prolongada en el país. A su vez, la cuantía de la prestación se estima realizando un cálculo de diferencia de renta, tomando, generalmente, las condiciones económicas del núcleo familiar[12]. A esta posición parece adherir Grzetich, cuando afirma que "estas pensiones no contributivas exigen la configuración de determinada situación, prevista normativamente, amén de comprobar condiciones económicas, políticas y morales".[13] Por su parte, sostiene Baumgartner –en relación al sistema de asignaciones familiares–, que "cuando hace referencia a asignaciones "no contributivas", está designando aquellas que atienden a la situación socioeconómica del beneficiario, indepen-

(11) DURAND, P. *La política contemporánea de seguridad social,* MTSS, España, 1991, p. 714-715.
(12) ALARCÓN CARACUEL, M. - GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Compendio de Seguridad Social,* 4ta. edición, Tecnos, 1991, p. 393.
(13) GRZETICH LONG, A. *Derecho de la Seguridad Social,* FCU, 2da. Edición, mayo 2005, p. 82.

dientemente de la existencia o no de trabajo formal del atributario o administrador, mientras que al hablar de asignaciones contributivas alude a aquellas asociadas al trabajo formal aunque no necesariamente se apoyen en una aportación concreta con tal destino a cargo de trabajadores y/o empleadores"[14].

Otros autores, como Bertranou, Solorio y van Ginneken, consideran que el concepto de "pensión no contributiva" o "no convencional" incluye al de "pensión asistencial".

En cambio, Aparicio Tovar plantea una diferencia porque considera que "la clasificación de las prestaciones entre contributivas o no contributivas no coincide exactamente con la que se hace entre asistenciales y no asistenciales porque el criterio de clasificación es distinto, aunque confusamente se está extendiendo la idea de que las contributivas son las que no exigen prueba de la necesidad y las no contributivas las que la exigen, pero eso no es muy exacto y puede llevar a algunas perturbaciones"[15].

En suma, podríamos organizar las diferentes acepciones de la siguiente forma. Por un lado tenemos a aquellos que vinculan la denominación con la forma de financiar las prestaciones. En esa acepción, las contributivas son financiadas con el aporte de los asegurados, mientras que las no contributivas son financiadas por impuestos. Por otro, encontramos a los autores que identifican a las prestaciones 'no contributivas' con las prestaciones asistenciales. Asimismo, se delinea una posición intermedia, que si bien no identifica plenamente las 'no contributivas' con las asistenciales, afirma que estas últimas están incluidas en la anterior categoría.

Cuadro I: Alcances asignados a las 'prestaciones no contributivas'

A) Prestaciones no contributivas = Prestaciones financiadas con impuestos

B) Prestaciones no contributivas = Prestaciones asistenciales / situación socioeconómica del beneficiario

C) Prestaciones → Contributivas
Prestaciones → No contributivas → no asistenciales
No contributivas → asistenciales

(14) BAUMGARTNER, J. L. "La nueva ley de asignaciones familiares". En: rev. *Derecho Laboral* N° 229, p. 107.

(15) APARICIO TOVAR, J. "La seguridad social como conquista democrática". En: *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, N°2, Ed. Bomarzo, p. 29. Indica el autor que el financiamiento mediante cotizaciones sociales calculado sobre el salario es simplemente una técnica que no debe confundirse con la Seguridad Social como idea más amplia (ob. cit., p. 31).

Más allá de considerar si existe o no una correspondencia entre, por un lado, prestación contributiva y no asistencial, y por otro, prestación no contributiva y asistencial, lo cierto es que, en la configuración de un Estado de Bienestar, como expresaba Paul Durand, ambas herramientas no deberían visualizarse como excluyentes, sino como complementarias. Tal vez, el mayor desafío sea evitar que el fortalecimiento de las prestaciones no contributivas, indispensables en sociedades con alto grado de informalismo, desaliente la participación en el mercado formal de trabajo[16].

1.2.3. Modelos de seguridad social

Ahora bien, siendo la seguridad social un Derecho Humano Fundamental, según se expresó, como lo ha reconocido la Conferencia Internacional del Trabajo, 89 (2001), "no existe un modelo idóneo único de seguridad social. Crece y evoluciona con el tiempo. Existen regímenes de asistencia social, regímenes universales, regímenes de seguro social y sistemas públicos o privados. Cada sociedad debe elegir cuál es la mejor forma de garantizar la seguridad de ingresos y el acceso a la asistencia médica. Esta elección reflejará sus valores sociales y culturales, su historia, sus instituciones y su nivel de desarrollo social".[17]

Del conjunto de circunstancias anotadas surge que el acceso a la seguridad social no ha sido concebido de igual forma en los diferentes países; por ese motivo, antes de ingresar a la consideración de los regímenes no contributivos, entendemos que resulta necesario ensayar alguna consideración teórica previa.

En el ámbito de las ciencias sociales Esping-Andersen distingue, al menos teóricamente, tres modelos de Estado de bienestar. El primero, llamado *profesional o bismarckiano*, donde las personas acceden a la protección de las contingencias sociales, mediante la técnica de los seguros sociales. El segundo, denominado *liberal*, donde el rol del Estado aparece de manera residual, una vez que fracasa la protección a cargo de la familia y/o del mercado. Y por último, y de más reciente aparición histórica, el modelo *universalista,* concebido a partir de la contribución

(16) Esa preocupación se evidencia en el documento final del Diálogo Nacional de Seguridad Social realizado en nuestro país, entre 2007 y 2008, cuando se afirma, en sede de propuestas de largo plazo: "Para ello debería tenderse, de manera gradual, hacia la conformación de un nuevo paradigma de protección social, que a partir del desarrollo institucional, jurídico y cultural conquistado, complemente eficientemente en forma integral el sistema contributivo con prestaciones no contributivas. El inicio de dicho proceso debería estar precedido del examen de viabilidad social, política y fiscal de un sistema de Renta Básica Universal. Ese nuevo diseño debería especialmente evitar la creación de incentivos al trabajo informal". En reciente informe del Banco Mundial manifiesta la misma preocupación, cuando señala: "Por ejemplo, si los programas de las redes de asistencia social son excesivamente generosos o los programas de seguridad social no contributiva están mal diseñados, pueden generar incentivos para la informalidad y socavar la SS contributiva". (RIBE, H. ROBALINO, D. WALKER, I. *Hacia una protección social (...),* p. vii). Por su parte, la CEPAL, firme impulsora de prestaciones no contributivas, toma en consideración el mismo riesgo (*La protección social (...),* p. 147).

(17) Numeral 4to. de las Conclusiones relativas a la seguridad social (Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión, 2001)

de Beveridge y enriquecido por el pensamiento de la socialdemocracia de los países nórdicos, caracterizado por el reconocimiento del derecho a la protección como derechos ciudadanos, independientemente de la ubicación social de la persona[18].

En el *modelo profesional* importa la condición de *trabajador asegurado*, y por lo tanto cotizante; mientras que en el *modelo universalista* se procura asegurar el acceso al *ciudadano*. En ambos casos aparecen diferencias notables en la forma de financiamiento del sistema, por cuanto el primero reposa, básicamente, en las cotizaciones de los asegurados, sus patronos y el Estado; y en el segundo, aunque continúan existiendo cotizaciones sobre la masa salarial, se procura una mayor incidencia del financiamiento a través de impuestos que ponderan la capacidad contributiva de las personas.

De lo expresado podría inferirse que el modelo profesional es el típicamente *contributivo* y el modelo universalista es *no contributivo*[19]. En esta formulación se puede apreciar con claridad que el carácter no contributivo no determina, necesariamente, la naturaleza asistencial de la prestación, sino que el criterio de clasificación responde más precisamente al diseño de su financiamiento. En el primer modelo, el financiamiento recae en las cotizaciones de los asegurados, y en el segundo, en la economía nacional en su conjunto, a través de la recaudación de los impuestos.

En la actualidad no existe ningún modelo puro, por cuanto las sociedades en sus diferentes trayectorias históricas (políticas, económicas, institucionales y culturales), han incorporado programas de protección inspirados en una u otra técnica, dando a luz a diferentes tipos mixtos.

1.2.4. Características del modelo uruguayo

La matriz del sistema de seguridad social en Uruguay es, desde fines del siglo XIX, *bismarckiana* o *profesional*[20], sin dejar de señalar el quiebre ocurrido con la reforma de 1995, orientado hacia una mayor incidencia del mercado como proveedor de bienestar. En consecuencia, el ingreso al sistema se produce a partir de la condición de trabajador, perteneciente al sector formal de la economía, y el acceso al goce de las prestaciones se verifica mediante el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley (configuración de la causal[21]). Ese conjunto de

(18) ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Edicions Alfons El Magnanim, Institució Valenciana D'Estudis i Investigació, 1993.

(19) Ejemplo de este último modelo sería el sistema de Nueva Zelanda diseñado en 1938 como un sistema de protección a *todos los ciudadanos*, por *todas las necesidades* provenientes de enfermedad, vejez, invalidez, muerte, desempleo y cualquier otra que pueda presentarse y financiado por el presupuesto general a través de elevados *impuestos sobre la renta*. (ALMANSA PASTOR, J. M. *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, España, 7ma. Edición, 1991, p. 77).

(20) RODRÍGUEZ AZCÚE, A. "*Evolución histórica del sistema jubilatorio*", VV.AA., Temas de Derecho Jubilatorio, p. 33.

(21) RODRÍGUEZ AZCÚE, A. "*Consecuencias jurídicas de la configuración de la causal jubilatoria*", Informe de Seguridad Social N° 6, p. 13.

elementos nos conduce a caracterizar, en principio, a nuestro modelo como de naturaleza *contributiva*[22].

Pero, al mismo tiempo que se expandían los programas contributivos en nuestro país[23], o, en expresión de Mesa - Lago, se producía la *'masificación del privilegio'*[24], se establece un programa de prestaciones no contributivo de cobertura a la vejez y a la invalidez. El proyecto de ley enviado por el Presidente José Batlle y Ordóñez, a fines de 1915, afirmaba en la exposición de motivos que *"La pensión, es, en definitiva, el recurso extremo. Por todos aquellos que no han podido prever, por todos aquellos a quienes por una circunstancia fortuita en los misteriosos azares de la vida cae en desgracia en los últimos años y descienden a una situación de miseria; por todos esos seres infortunados, el Estado habrá previsto y no morirán en un abandono desesperado"*[25]. Dicho proyecto, aunque con algunas modificaciones producto de la resistencia de los estancieros y empleadores, se sancionó en 1919[26].

Resulta interesante destacar que el financiamiento de la prestación no contributiva recaía en: un aporte patronal adicional al ya existente sobre la nómina de asalariados; un gravamen progresivo a las propiedades; y un impuesto que gravaba la venta de bebidas alcohólicas y naipes[27]. El monto de la prestación era bajo,

(22) Fernando Filgueira caracteriza a nuestro sistema de seguridad social como *universalista estratificado* (V. BUSQUETS, José M., *"El Estado de Bienestar y la Seguridad Social: trayectorias, reformas y re-reformas"*, VV.AA., La Seguridad Social en el Uruguay, Contribución a su historia, pp. 20-21).

(23) Proceso que se completa en nuestro país con las leyes N° 12.138 de 12 de octubre de 1954 y N° 12.380 de 12 de febrero de 1957. V. PAPADÓPULOS, J., *Seguridad Social y Política en el Uruguay*, CIESU, Julio 1992, p. 41-61.

(24) MESA-LAGO, C. - BERTRANOU, F. *Manual de economía de la seguridad social*, Claeh, 1998, p. 29.

(25) VANGER, M., *José Batlle y Ordóñez, 1915-1917, "Humanizando el capitalismo", Uruguay y el Colegiado*, EBO, 2009, p. 68.

(26) Ley N° 6.874 de 11 de febrero de 1919.

(27) El artículo 3 de la ley N° 6.874 disponía: "Para el servicio de las pensiones a la vejez y demás fines de esta ley quedan afectados los impuestos y aumentos de impuestos que se expresan a continuación:
1. Un impuesto de previsión social de veinte centésimos, mensuales, que abonará todo patrón o empresario por cada obrero o empleado que tenga a su servicio.
2. Una sobretasa que deberán abonar los propietarios de bienes raíces cuyo valor total sea no inferior a doscientos mil pesos, de acuerdo con la escala siguiente:

Capitales	**Sobretasa por mil**
De 200.000 a 300.000	exclusive $ 1.05
De 300.000 a 400.000	exclusive $ 1.10
De 400.000 a 500.000	exclusive $ 1.15
De 500.000 a 600.000	exclusive $ 1.20
De 600.000 a 700.000	exclusive $ 1.25
Más de 700.000	$ 1.30

3. Un impuesto a los naipes de veinte centésimos por mazo para los importados y de diez centésimos para los nacionales.
4. Auméntase en doce centésimos por botella hasta de un litro o por litro el impuesto interno que grava los licores, ajenjo, bitter, vermouths, coñac, grapa, fernet, ginebra, kirsch y wiskhy que se importan al país. Los vinos finos pagarán un impuesto interno de doce centésimos por botella hasta de un litro o por litro. Cuando las bebidas comprendidas en este inciso tengan como envase botella de mayor tamaño de un litro, pagarán el impuesto en proporción.

seis pesos por mes, pero según lo consigna Vanger, *"era suficiente para mantener a una persona anciana, que dejaba de ser una carga y se convertía en un ingreso para su familia"*[28].

Para apreciar la relación entre prestaciones contributivas y no contributivas, resultan ilustrativas las cifras correspondientes al año 1930 elaboradas por Mariana Sienra[29], a la que, simplemente, nos limitamos a agregar los porcentuales. En el cuadro que sigue, se puede apreciar que las 2/3 partes de la prestaciones era, en ese entonces, no contributiva.

Cuadro II: Cobertura por Caja en 1930

Caja	N° de prest.	%
Civil	9.503,00	19%
Escolar	1.464,00	3%
Ind. y Com.	4.631,00	9%
Militares	994,00	2%
Pensiones a la vejez	33.828,00	67%
Total	50.420,00	100%

Lógicamente, con la maduración del sistema contributivo en las décadas siguientes, la tendencia comienza a revertirse progresivamente, alcanzando en la actualidad una predominancia notoria de las prestaciones de origen contributivo, circunstancia que desplaza a un papel secundario al sistema no contributivo[30].

La situación actual, como puede observarse en las últimas estadísticas publicadas por el Banco de Previsión Social (diciembre de 2008)[31], lo confirman nítidamente. Si consideramos exclusivamente las jubilaciones y pensiones de vejez e invalidez, servidas por el citado organismo, tenemos el siguiente cuadro.

Cuadro III: Jubilaciones y Pensiones no contributivas: 12/2008

BPS	N° de prest.	%
Civil	57.777,00	13%
Escolar	21.945,00	5%
Ind. y Com.	186.615,00	43%

5. El alcohol que se importe, así como el de producción nacional, exceptuando el que se destine a ser desnaturalizado, queda gravados con un impuesto interno de sesenta centésimos por litro.
6. Auméntase en trece centésimos el impuesto interno de consumo que se aplica a las cañas extranjeras"

(28) VANGER, M. Ob. cit., p. 68.
(29) BERTINO, M.- BERTONI, R.- TAJAM, H., YAFFÉ, J. *La economía del primer batllismo y los años veinte, Historia Económica del Uruguay,* t. III, Ed. Fin de Siglo, 2005, p. 291.
(30) De los Campos califica a la pensión a la vejez como de *'naturaleza totalmente residual'* (DE LOS CAMPOS, H., *Manual de Derecho Jubilatorio y Pensionario,* FCU, 1990, p. 117).
(31) BPS, Boletín Estadístico, Año XXX-N° 64, 2009, pp. 78- 82, 113.

Rurales	63.227,00	15%
Serv. Dom.	30.022,00	7%
Pensiones a la vejez	75.667,00	17%
Total	435.253,00	100%

Las prestaciones no contributivas arrojarían un porcentaje algo más relevante si se incluye la llamada *asistencia a la vejez,* perteneciente al Plan de Equidad, creada por la ley N° 18.241 de 27 de diciembre de 2007(32), vigente desde 2008, que tuvo por objeto brindar cobertura a personas de entre 65 y 70 años en situación de pobreza extrema, originariamente beneficiarias del Ingreso Ciudadano (ley N° 17.869 de 20 de mayo de 2005).

Además de las referidas prestaciones no contributivas a la vejez, corresponde destacar la importancia del programa 'no contributivo' de asignaciones familiares, también perteneciente al Plan de Equidad, focalizada en los menores de edad que se encuentran en situación de vulnerabilidad social(33). En el caso de Uruguay los niveles de pobreza son especialmente graves en la niñez, mientras que en la tercera edad son inferiores al promedio del conjunto de la población.

En un reciente informe del Banco Mundial se ha señalado –con acierto- que los programas contributivos administrados por el BPS reciben un importante apoyo estatal, sea a través de impuestos con afectación específica, o, de ser necesario, de la asistencia del Tesoro Nacional. En el año 2003 las cotizaciones patronales y personales financiaban el 40% de las erogaciones del sistema jubilatorio y pensionario(34). Dicho porcentaje se ha incrementado de manera sostenida en los últimos seis años, inclusive en los ejercicios más recientes no ha sido necesario contar con la asistencia financiera del Estado, pero de todos modos resulta indispensable contar con la recaudación de impuestos que tienen una afectación específica a la seguridad social.

Ponderando la importancia numérica de las prestaciones no contributivas y la forma de financiamiento de las contributivas, debería suavizarse la caracterización inicial(35), e inclusive como hemos sostenido en otra oportunidad, podríamos

(32) Consejo Nacional de Políticas Sociales, *De la Emergencia a la Equidad,* octubre 2009, p. 105. NICOLIELLO, A., *El subsidio de la Ley N° 18.241,* en Informe de Seguridad Social N° 13, julio 2008, p. 51.

(33) BAUMGARTNER, J.L. *"La nueva ley de asignaciones familiares"*, rev. *Derecho Laboral* N° 229, p. 106. Oiz Márquez, R. *"Asignaciones familiares. Una nueva ley",* Informe de Seguridad Social, julio 2008, N° 13, p. 57.

(34) BANCO MUNDIAL, *Las políticas de transferencia de ingresos en Uruguay: cerrando las brechas de cobertura para aumentar el bienestar,* p. 82.

(35) Bertranou, Solorio y Van Ginneken han sostenido que "Puede decirse que también existe una zona gris o intermedia en donde existen programas de la seguridad social que podrían caracterizarse como "semicontributivos", es decir, están en parte vinculados a la historia de las cotizaciones (en general focalizados en ciertas actividades laborales, como, por ejemplo, la agricultura), pero sus prestaciones son en gran parte de naturaleza asistencial, ya que las cotizaciones financian solo una pequeña porción del costo total del

arriesgar que asistimos a la *conformación de un nuevo sistema mixto* (modelo profesional y modelo universalista)[36].

1.2.5. Las prestaciones no contributivas como instrumento de ampliación de la cobertura

De la mano de las evaluaciones de las reformas de los sistemas de pensiones de los años 90, con la regresión que ya se ha consignado, el retroceso e insuficiencia de la cobertura aparece como una de las constataciones principales. Tal circunstancia ha motivado la reflexión de la academia, los expertos, los gobernantes, los actores sociales y de algunos organismos internacionales, acerca de cuáles pueden ser las herramientas más adecuadas para alcanzar y mejorar su ampliación.

Una vez aceptada la conveniencia de su implementación, surge la interrogante acerca de si las prestaciones no contributivas deben ser focalizadas o universales. Al respecto señala Mesa-Lago, en una sensata reflexión, que "la focalización tiene un costo inferior, que permite disponer de más recursos, e impacto progresivo en la distribución del ingreso, pero resulta más compleja de administrar por la necesidad de identificar a los pobres y conlleva un estigma. Por otra parte la pensión universal es más costosa y tiene un impacto regresivo. En los países menos desarrollados es aconsejable el enfoque focalizado pues la universal sería muy costosa o reduciría notablemente el monto como en Bolivia".[37]

La CEPAL ha propuesto que "las reformas de los sistemas de pensiones deben tender a ampliar la cobertura del componente no contributivo y a mejorar la solidaridad del componente contributivo mediante un modelo que integre ambos esquemas, mantenga incentivos a la contribución y garantice la viabilidad financiera a corto y largo plazo. La combinación de un componente de reparto (con reglas claras de modificación de los parámetros), un esquema de capitalización (competitivo y de bajo costo), un pilar no contributivo para los adultos mayores en situación de pobreza y reglas solidarias para los aportantes con pensiones inadecuadas (financiadas por rentas generales o mediante solidaridad contributiva) parece ser un mecanismo satisfactorio".[38]

Desde la OIT, Bertranou, Solorio y Van Ginneken consideran que las prestaciones no contributivas son "un valioso instrumento para reducir la pobreza e

---

programa. En esos casos, la principal fuente de financiamiento proviene de impuestos de los ingresos generales, pudiendo también provenir de otros programas contributivos de la seguridad social." (BERTRANOU, F.; SOLORIO, C.; VAN GINNEKEN, W., *Pensiones no contributivas y asistenciales, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay,* OIT, 2002, pp. 14-15).

(36) RODRÍGUEZ AZCÚE, A. *"Tendencias recientes de nuestro sistema de protección social (2005-2009)"*, Informe de Seguridad Social N° 16, p. 40.

(37) MESA-LAGO, C., *Presente* ..., p. 22.

(38) CEPAL, *La protección social* , p. 147.

indigencia y una forma de integración social de sectores tradicionalmente excluidos de la protección social y sujetos a vulnerabilidad e inseguridad económica"[39].

Lo cierto es que en América Latina son nueve los países que hasta la fecha cuentan con una pensión no contributiva[40]. Paradójicamente, los países que tienen el sector informal más importante, carecen de pensiones no contributivas. Brasil ha mejorado sustantivamente la cobertura en el ámbito rural, a través de la implementación de un programa no contributivo[41]; Bolivia también lo ha intentado, mediante el llamado Bonosol, único programa universal implementado en la región, sin mayores resultados[42]. En este último caso se trata de una pensión anual de U$S 314 que implica un promedio de U$S 26 mensuales[43].

1.2.6. Renta básica universal

No estaríamos reflejando el estado del arte si no hiciéramos, al menos, algunas referencias al debate sobre la renta básica universal o ingreso ciudadano.

En una posición crítica de los programas contributivos, así como los de transferencia de ingresos condicionados, el economista Lo Vuolo[44] plantea como interrogante central: ¿qué es lo que da derecho a la protección? Y responde, "no tiene fundamento decir que una persona no tiene derecho a una jubilación o a una pensión porque "no trabajó", cuando en realidad lo que sucede es que "no aportó". El derecho no lo tiene porque, pese a haber trabajado en condiciones precarias y probablemente más horas que los trabajadores formales, no registra aportes por parte de su empleador o por su cuenta, que no es lo mismo que no haber trabajado". Y agrega "¿Cómo podemos decir que no trabajó el 50% o más de la población trabajadora de América Latina?". Como alternativa aboga por el ingreso ciudadano "como una forma eficiente de combinar política tributaria y política social para lograr un impacto progresivo sobre la distribución de los ingresos. Esta política tiene la capacidad de articular gasto con el impuesto porque puede funcionar al mismo tiempo como beneficio y como crédito fiscal en el impuesto a los ingresos.

(39) BERTRANOU, F.; SOLORIO, C.; VAN GINNEKEN, W. *Pensiones no contributivas y asistenciales, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay,* OIT, 2002, p. 29.

(40) Se trata de: Argentina; Bolivia; Brasil; Costa Rica; Chile; Ecuador; El Salvador; Panamá y Uruguay. (V. MESA-LAGO, C. "*Presente y futuro* ..., p. 20).

(41) Dicho programa bien podría calificarse de "semicontributivo", según categoría propuesta por Bertranou y otros -nota 26- ya que, si bien se financia en gran medida con impuestos a la comercialización de productos agrícolas, exige 12 años de cotización como trabajador agrícola (CEPAL, *La protección social* , p. 121).

(42) BERTRANOU, F. y otros, *Envejecimiento* ..., p. 29.

(43) MESA-LAGO, C. "*Presente y futuro de los sistemas de pensiones públicos y privados frente a la crisis mundial*". En: VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Colombia, 2010, p. 21. Dicho programa ha sido sustituido por la llamada "Renta Dignidad", que, según estimaciones realizadas por autoridades gubernamentales, amparará a 187.000 personas más. El monto de la prestación no se ha visto incrementado sustantivamente.

(44) Seminario iberoamericano, "Renta básica universal: ¿derecho de ciudadanía? Perspectivas europeas y latinoamericanas", p. 73.

Además, por ser universal e incondicional, es un modo eficiente de mejorar a la propia recaudación del impuesto a los ingresos personales que es uno de los que peor califica en América Latina"[45].

En similar línea de razonamiento Luigi Ferrajoli, uno de los juristas contemporáneos más destacados, analiza el Estado de bienestar italiano al que califica de *Tangentopoli*[46]. Sostiene el jurista que "nuestra cultura jurídica y política, como sabemos, no ha sabido elaborar, para las muchas funciones económicas y sociales que se han venido acumulando en la esfera pública, las formas jurídicas de un Estado social de derecho. El Estado social, tal como se ha formado en Italia en los pasados decenios, ha sido por el contrario el resultado de una producción caótica y aluvional de leyes especiales, de medidas sectoriales, de prácticas administrativas y político-clientelares que se han injertado, deformándolas, en las viejas estructuras del Estado liberal. De esto ha derivado una pesada y compleja intermediación burocrática del derecho que ha representado el mejor terreno de cultivo para la ilegalidad y para la arbitrariedad, además de para la ineficacia en la satisfacción de los derechos".[47] En función del diagnóstico realizado propone, como forma de salir de *Tangentopoli* sin abatir al Estado social, una renta mínima garantizada para toda persona mayor de edad y, obviamente, después de determinada edad, una pensión de vejez universal[48].

En esta línea de pensamiento también se puede inscribir la propuesta de Assane Diop, Director Ejecutivo de Protección Social de la Oficina Internacional del Trabajo de Ginebra, quien apoya la propuesta del Comité de alto nivel encargado de programas del Consejo de Máximos Responsables de Secretaría del Sistema de Naciones Unidas adoptado en abril de 2009, bajo el nombre "Iniciativa mundial de un piso universal de protección social" como una de las nueve prioridades para luchar contra las consecuencias de la crisis mundial actual[49].

(45) Ob. cit. p. 71.

(46) Expresión que pretende describir el funcionamiento de un Estado corrupto. Su origen se vincula con el conocido proceso judicial italiano liderado por el fiscal Anonio Di Pietro en 1992, denominado 'manos limpias', en el que quedó de manifiesto un extensa red de corrupción que involucraba a grupos políticos e industriales.

(47) FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p. 280.

(48) En un reciente estudio realizado por Rodrigo Arim, Maira Colacce, Marco Colafranceschi, Federico González, Martín Lavalleja, Martín Sanguinetti y Sabine Vera, se ha estimado que implantar la Renta Básica Universal para toda la población en base a un monto de $ 3.400, tendría un efecto redistributivo relevante, aunque su costo se situaría en torno a 18% del PIB. (OPP-AGEV, Unidad de Evaluación Prospectiva de Políticas Públicas, *Análisis del impacto de la universalización de Asignaciones Familiares y de la implementación de una Renta Básica).* La CEPAL ha estimado, para el caso de Uruguay, que establecer una pensión universal para la población mayor de 65 años tendría un costo del 3,1% del PIB y del 0,1% del PIB si es focalizada (CEPAL, *La protección social* , p. 141), en ambos casos con fuerte impacto en la disminución de la pobreza.

(49) DIOP, Assane. *"Piso universal de protección social", un concepto innovador que está marcando la diferencia*, presentación realizada en el Encuentro UE-LAC Seguridad Social, 13-14 de mayo de 2010.

La pensión universal aparece, entonces, como la forma más avanzada de cobertura a la vejez. Con ella, se asegura el acceso a todas las personas, independientemente de su ubicación en el mercado de trabajo. En principio, parece ser una herramienta más apropiada y sencilla de implementar en aquellos países que tienen escaso desarrollo de sistemas contributivos maduros; en cambio, países como el nuestro, donde la fortaleza del sistema contributivo y el nivel de la cobertura alcanzados son muy significativos, las dificultades que aparejaría su instrumentación son muy fuertes. Si la pensión universal no se concibiera como sustitutiva del régimen actual, sino como complementario a modo de un pilar cero, supondría seguramente un alto costo fiscal difícil de sostener en el tiempo.

1.3. La inclusión obligatoria de los trabajadores independientes

1.3.1. ¿Qué es el trabajo independiente?

Señala Supiot que, si observamos un jardinero en pleno trabajo, "nada en la naturaleza de este trabajo nos permite saber cuál es su condición jurídica: puede tratarse de un empleado municipal, de un empleado precario, de un titular de la función pública territorial, de un empresario que está realizando un pedido, de un agricultor que trabaja sus tierras, de un asalariado que trabaja por cuenta de una empresa de horticultura, de un condenado que está purgando su pena de trabajo de interés general, de un desocupado que está ocupando su inactividad forzada, de un militante voluntario de una asociación, de un trabajador en negro, de un banquero que está de vacaciones, etcétera".(50)

Quiere decir que el tipo de actividad nada nos dice respecto de la naturaleza del vínculo. Como se sabe, el objeto del Derecho del trabajo, al menos hasta el desarrollo adquirido en nuestros días, es el trabajo libre, por cuenta ajena, oneroso y subordinado(51). La subordinación jurídica, a pesar de los importantes desarrollos doctrinarios de su crítica –a las que nos referiremos más adelante–, sigue siendo el criterio distintivo del contrato de trabajo de otras formas contractuales, en las que existe prestación de servicios(52).

Por lo tanto podemos considerar, en una primera aproximación, como trabajo autónomo aquel que no se presta bajo subordinación jurídica. Posición que

(50) SUPIOT, Alain. *Derecho del Trabajo*, Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 69.
(51) PLÁ RODRÍGUEZ, A. *Curso de derecho laboral*, Ed. Acali, t. 1, v. 1, p. 92.
(52) RIVAS, D. *La subordinación, Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Ed. F de D.-FCU. SUPIOT, A., Derecho, p. 71. ERMIDA, O.; HERNÁNDEZ, O. *"Crítica de la subordinación"*. En: rev. Derecho Laboral, t. XLV, N° 206, p. 232. Almenti, Jorgelina, *La dependencia laboral*, en ACKERMAN, M.- TOSCA, D., Tratado de Derecho del Trabajo, t. I, Teoría general del derecho del trabajo, Ed. Rubinzal - Culzoni, p. 145. PERUGINI, A. *Relación de dependencia*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 51.

oportunamente sostuvo Ermida, en los siguientes términos: "los laboralistas definen al trabajador independiente, en gran medida, por oposición al trabajador dependiente o subordinado"[53].

Sostiene Rivas que el trabajo autónomo comparte con el subordinado por "lo menos dos características: es libre y oneroso. Se realiza por cuenta propia, pero, puede ser realizado por cuenta ajena. Por ello, en la última nota, la autonomía, reside el carácter tipificante"[54].

La reciente legislación española define a los trabajadores autónomos como "las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena[55]". (art. 1 de la Ley N° 20/2007, de 11 de julio).

1.3.2. Protección constitucional del trabajo independiente

En similares términos a lo que ocurre en constituciones de otros países, nuestra Carta Magna dispone, en su artículo 53, que *"el trabajo está bajo la protección especial de la ley"*.

La amplitud de tal formulación, sin calificar la naturaleza del trabajo que habrá de protegerse, conjuntamente con otras disposiciones constitucionales (art. 7, 72 y 332), nos permite afirmar que el trabajo independiente, autónomo o por cuenta propia está comprendido en el mandato constitucional de protección especial.

Tal concepción se inscribe dentro del desarrollo doctrinal de Cassinelli Muñoz, cuando sostuvo que "la lectura desprejuiciada de la Constitución vigente pone de manifiesto que en ella han penetrado las exigencias de la realidad social y que su letra no solo da pie, sino que conduce necesariamente, a la construcción de un Derecho general del trabajo aplicable indiscriminadamente a los sectores privado

(53) ERMIDA, O. *"El concepto de subordinación o dependencia en el Derecho Laboral y de la seguridad social"*, Revista Tributaria t. X, N° 52, p. 14. A dicho criterio adhiere Raso Delgue (*"Beneficios de la seguridad social para los trabajadores independientes y su financiamiento"*, rev. *Derecho Laboral* N° 131).

(54) RIVAS, D. *El trabajo autónomo,* cit. ..., p. 239.

(55) En doctrina, Ermida postuló hace unas décadas, que: "En definitiva, nos parece que las dificultades que plantea al laboralista la caracterización del trabajador independiente, radican, en cierto modo, en su ubicación marginal para el derecho del trabajo. En efecto, como ya dijimos, los polos de la relación de trabajo son el trabajador (subordinado) y el empleador. El trabajador independiente está al margen de ese eje y solo entra en él, cuando se convierte en empleador; pero en este caso ya no ingresa como "trabajador independiente", sino como "patrono"." (ERMIDA, O. *El concepto* ..., p. 15).

y público"[56]. En ese entonces, se centraba el énfasis en el trabajo subordinado de la actividad privada y en el trabajo de los funcionarios públicos.

Posteriormente, Mantero Álvarez, en oportunidad de ensayar un examen crítico de la jurisprudencia sobre las empresas unipersonales, incorpora al razonamiento a los trabajadores autónomos. El autor afirma que, "el programa previsto en la Constitución nacional, que sienta las bases de la protección del trabajo, con prescindencia de cualquier otra consideración, en los arts. 7 y 53, remitiendo la protección a la ley en sentido formal y no a la autonomía negocial como se pretende con las soluciones desreguladoras. Cierto es que determinadas formas de trabajo (el subordinado en la actividad privada o el prestado para el Estado) es objeto de regulación específica (arts. 54, 58, 59, 60, 61, 62 y 63), pero ello no inhibe la construcción y el desarrollo de un derecho del Trabajo general y diferenciado del derecho común, adaptado a las diversas de modalidad de prestación del servicio que cumpla con el requisito constitucional de la protección"[57].

En otras constituciones, como la peruana y la argentina, la claridad de sus disposiciones no necesita de mayor desarrollo argumental para llegar a la misma conclusión. El artículo 23 de la Constitución de Perú, establece: "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. (...)" Redacción similar a la prevista en la Constitución de Argentina, en su artículo Art. 14 bis dispone: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial (...)".

Entiende Barbagelata, en criterio que compartimos, que los principios constitucionales referidos, "imponen el aseguramiento al trabajador de prestaciones

(56) CASSINELLI MUÑOZ, H. "*Régimen jurídico general de los trabajadores y Estatuto de los funcionarios*", RDJA, t. 58, 1962, p. 232. El autor ha ratificado y desarrollado la teoría del Derecho general del trabajo en el Cursillo sobre 'El derecho del trabajo y los funcionarios públicos' (Biblioteca de *Derecho Laboral* N° 5, 1977, p. 104 y ss).

(57) MANTERO ÁLVAREZ, R. "*Las empresas unipersonales prestadoras de servicios en la perspectiva de la jurisprudencia laboral : un análisis crítico*", VV.AA., Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo, FCU, 2000, p. 303. En nuestra doctrina D. Rivas también sostiene que el trabajo autónomo está comprendido en la definición de trabajo que la Constitución define y protege (*El trabajo autónomo,* en VVAA, Cuarenta y dos , p. 238), así como M. Márquez Garmendia y P. Bañarán Burastero (*Trabajadores parasubordinados,* VV.AA., Cuarenta y dos , p. 265. ERMIDA, O.; HERNÁNDEZ, O. "Crítica de la subordinación". En: rev. *Derecho Laboral* N° 206, p. 247.

iguales a las de los trabajadores en planilla (Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre, art. XIV[58]; Convenio 94, art. 2; CIAGS, art. 34[59])"[60].

La consecuencia que se deriva de la interpretación de las normas constitucionales planteada, implica que los contenidos de la legislación que regule el trabajo independiente, deben ser esencialmente tuitivos, tanto en el plano de la seguridad social como en el laboral; y por ello, el espacio previsto para la autonomía negocial de las partes, que lógicamente habrá de ser mayor al que existe en el ámbito de una relación laboral, deberá tener límites infranqueables que aseguren el goce de un catálogo de derechos mínimos.

1.3.3. Marco jurídico actual del trabajo independiente en Uruguay

En el ámbito de la seguridad social, Uruguay ha sido pionero, al incluir, a comienzos de la década del cuarenta del siglo pasado, a los trabajadores autónomos en el sistema jubilatorio de manera obligatoria[61]. Los desarrollos posteriores de la seguridad social robustecieron parcialmente el portafolio de derecho social de los autónomos, tanto por la incorporación de cobertura a contingencias sociales de actividad (enfermedad, maternidad, desempleo, accidente, etc.), como por la ampliación del universo de actividades amparadas (escribanos públicos, profesionales universitarios y, finalmente, toda actividad lícita remunerada[62]).

En la actualidad, en materia de cobertura de los trabajadores independientes, se puede apreciar la existencia de una compleja construcción jurídica e institucional, cuya comprensión se procura facilitar mediante el cuadro o mapa que sigue, en el que se identifica, en la primera columna, el organismo de previsión social de amparo, la naturaleza de la inclusión y el tipo de vínculo funcional; y, en las columnas siguientes, las contingencias sociales incluidas en el CIT N° 102, ratificado recientemente por nuestro país (ley N° 18.609[63]), identificando si posee o no cobertura, con una sintética referencia normativa.

(58) "Artículo XIV. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.
Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia".

(59) El artículo 34 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales dispone: "Los trabajadores independientes tienen derecho a la cooperación del Estado con el objeto de incorporarse a las instituciones de protección social que se organicen para reconocerles prestaciones iguales a las de los trabajadores asalariados. Igual derecho compete a las personas que ejerzan profesiones liberales y que no se hallen en una relación de dependencia frente a terceros".

(60) BARBAGELATA, H-H. "Descentralización, desregulación y regulación". En: rev. *Derecho Laboral* N° 225, p. 255.

(61) Ley N° 9.999 de 3 de enero de 1941. V. FERNÁNDEZ BRIGNONI, H.; NICOLIELLO, A.; RODRÍGUEZ Azcúe, A. "Empresas unipersonales y regulación del trabajo autónomo: posibles alternativas teóricas". En: rev. *Derecho Laboral* N° 220, p. 723. V. RASO DELGUE, J. "Beneficios de la seguridad social para los trabajadores independientes y su financiamiento". En: rev. *Derecho Laboral* N° 131, p. 665.

(62) Ver nota 23.

(63) V. rev. *Derecho Laboral* N° 236, p. 872.

Cuadro IV: Trabajadores independientes y Seguridad Social en Uruguay

Organismo / Inclusión / Vínculo funcional	Asistencia médica	Prestaciones monetarias de enfermedad	Prestaciones de desempleo	Prestaciones de vejez	Prestaciones de accidente de trabajo y enfermedades profesionales	Prestaciones familiares Asignación familiar	Prestaciones de maternidad Licencia y subsidio	Prestaciones de invalidez	Prestaciones de sobrevivencia
BPS / Industria y comercio / Trabajador no dependiente / Empresas unipersonales	Con hasta un trabajador subordinado y al día con los aportes a la seguridad social (Art. 71 Ley 18.211 Aporte s/ 6,5 BPC)	70% de BPC (lit. E) Art. 33 dec-ley 14.407)	No	Condiciones generales: leyes 16.713 y 18.395 Tributación: Capítulo IV del Título IX Ley 16.713	No	No, excepto: - vendedores de diarios Dec-ley 15.084 - Hogares en situación de vulnerabilidad socioeconómica Ley 18.227	No Proyecto de ley a estudio del Poder Ejecutivo	Condiciones generales: leyes 16.713 y 18.395 Tributación: Capítulo IV del Título IX Ley 16.713	Condiciones generales: Ley 16.713
BPS / Industria y comercio / Trabajador no dependiente / Monotributo	Opcional: dec-ley 14.407 siempre que pague CCM (art. 338 ley 16.320) (art. 78 ley 18.083)	70% de BPC (lit. E) Art. 33 dec-ley 14.407)	No	Condiciones generales: Leyes 16.713 y 18.395 Tributación: Sueldo ficto 5 BFC Art. 75 ley 18.083	No	No, excepto: - Hogares en situación de vulnerabilidad socioeconómica Ley 18.227	No Proyecto de ley a estudio del Poder Ejecutivo	Condiciones generales: leyes 16.713 y 18.395 Tributación: Sueldo ficto 5 BFC Art. 75 ley 18.083	Condiciones generales: Ley 16.713
BPS / Rural (productores)/ Empresa unipersonal	Opcional: con hasta un trabajador subordinado y al día con los aportes a la seguridad social (ley 15.953) Con predios de hasta 500 hás CONEAT (ley 16.883 y 18.211), aportan 45% CM	70% de BPC (lit. E) Art. 33 dec-ley 14.407)	No	Condiciones generales: leyes 16.713 y 18.395	No	No, excepto: - Productores rurales de hasta 200 hás. CONEAT al día con los aportes Dec-ley 15.084 - Hogares en situación de vulnerabilidad socioeconómica Ley 18.227	No Proyecto de ley a estudio del Poder Ejecutivo	Condiciones generales: leyes 16.713 y 18.395	Condiciones generales: Ley 16.713

BPS / Rural (contratistas: conducción de ganado, esquila, alambramiento, monteo, silvicultura, jardinería y trabajos agrícolas en general)/ Empresa unipersonal	Con hasta un trabajador subordinado y al día con los aportes a la seguridad social, siempre que pague CCM	70% de BPC (lit. E) Art. 33 dec-ley 14.407)	No	Condiciones generales: leyes 16.713 y 18.395	No	Hogares en situación de vulnerabilidad socioeconómica Ley 18.227	No Proyecto de ley a estudio del Poder Ejecutivo	Condiciones generales: leyes 16.713 y 18.395	Condiciones generales: Ley 16.713
BPS / Rural / Monotributo	Opcional: dec-ley 14.407 siempre que pague CCM (art. 338 ley 16.320) (art. 78 ley 18.083)	70% de BPC (lit. E) Art. 33 dec-ley 14.407)	No	Condiciones generales: leyes 16.713 y 18.395 Tributación: Sueldo ficto 5 BFC Art. 75 ley 18.083	No	Hogares en situación de vulnerabilidad socioeconómica Ley 18.227	No Proyecto de ley a estudio del Poder Ejecutivo	Condiciones generales: leyes 16.713 y 18.395 Tributación: Sueldo ficto 5 BFC Art. 75 ley 18.083	Condiciones generales: Ley 16.713
CJPPU / Profesional universitario	La Caja puede establecerla. Actualmente paga una suma próxima al valor de la cuota mutual a jubilados y pensionistas (art. 4, 107 ley 17.738)	Incapacidad temporal mayor a 30 días 43,3% del promedio de los últimos 3 años Art. 93 ley 17.738	No	Art. 73 a 81 ley 17.738	No	No	90 días 2/3 de la jubilación por incapacidad 43,3% del promedio de los últimos 3 años Art. 97 a 100 Ley 17.738	Arts. 75 y 76; 92 a 96 ley 17.738	Art. 82 a 91 ley 17.738
CNSS Escribano público	Sistema Notarial de Salud (ley 12.802 y 17.437)	70% promedio mensual actualizado de las asignaciones de los últimos 3 años (art. 57 ley 17.437)	No	Art. 52 ley 17.437	No	No	No	Art. 54 ley 17.437	Art. 58 a 62; 65 a 72 ley 17.437

En un rápido examen visual pueden identificarse, al menos jurídicamente, fortalezas y debilidades en la cobertura de los diferentes colectivos de trabajadores independientes. Los riesgos mejor protegidos, sin perjuicio de las dificultades reales que se presentan para aquellos de menores ingresos[64], son los de IVS; y los no protegidos son: desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y prestaciones de maternidad[65].

En materia de derechos laborales podemos afirmar que no existe protección alguna.

En suma, el estado de situación de los derechos de los trabajadores independientes presenta un notable contraste, entre la existencia de avances en materia de seguridad social, con un nulo desarrollo en materia laboral.

1.3.4. El rebrote del trabajo autónomo y el problema del 'falso autónomo'

Se ha sostenido en el conocido informe Supiot, que el avance del trabajo asalariado ocurrido en el curso del siglo XX a luz del modelo fordista, parece haber comenzado una etapa de retroceso y, en forma correlativa, se estaría iniciando un proceso de resurgimiento del trabajo autónomo, provocado en gran medida por los procesos de descentralización empresarial y la crisis del empleo[66].

En este contexto, el arrendamiento de servicios ha pasado de ser, *"una especie contractual amenazada de extinción"*[67], a convertirse en el contrato preferido por los empresarios[68].

Ese fenómeno, que constituye uno de los instrumentos más eficaces de las tendencias flexibilizadoras, o –más precisamente– desreguladoras del Derecho laboral, ha contribuido notoriamente al *"achicamiento del derecho del trabajo"*[69].

(64) Lanzilotta indica que "En el caso de los trabajadores por cuenta propia sin local, la falta de derechos alcanza a más del 90% de los trabajadores." (*El empleo por cuenta propia y la cobertura de seguridad social en Uruguay,* en Bertranou y otros, Trabajadores independientes ..., p. 59).

(65) Un anteproyecto de ley promovido actualmente por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social extiende la cobertura de maternidad a las trabajadoras no dependientes amparadas por el Banco de Previsión Social.

(66) SUPIOT, A. y otros, *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 38 y 62. Gerard Lyon-Caen también entiende que "El trabajo subordinado se encuentra en retroceso frente al trabajo llamado *independiente"* (¿Derecho del trabajo o derecho del empleo?, VV.AA., Evolución del pensamiento juslaboralista, Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, 1997, p. 280).

(67) Expresión de Martins Catharino citada por Plá Rodríguez (*Curso de derecho laboral,* t. II, v. I, Ed. Idea, 2ª reimpresión, 1991, p. 61).

(68) Ya se ha convertido en un clásico la cita al trabajo de Martín Valverde sobre *El discreto retorno del arrendamiento de servicios* (en Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo, Madrid, 1990). Ermida y Hernández lo ubican como una de las situaciones que facilitan la fuga o exclusión del Derecho del trabajo (*Crítica de la subordinación",* rev. *Derecho Laboral* N° 206, p. 236).

(69) PLÁ RODRÍGUEZ, A. "La actual coyuntura del Derecho laboral", En: VV.AA., *Evolución del pensamiento juslaboralista.* Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, p. 381.

Emerge así un grave problema: el encubrimiento de la relación laboral.

En Informe V de la Conferencia Internacional del Trabajo 91ª reunión (2003), sobre "El ámbito de la relación de trabajo", se establece que: "Disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley. Se trata pues de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta, en la cual el trabajador gozará de menos protección".

Las respuestas dadas al problema se inspiran en el clásico *principio de primacía de la realidad*, por el que se hace predominar a la realidad frente a los documentos(70). Ermida y Hernández, analizan otros criterios alternativos o complementarios, como *la ajenidad,* la *subordinación económica,* la *parasubordinación,* y postulan un nuevo criterio para definir la subordinación, centrado en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, que incluya situaciones en las que el trabajo se presta en el exterior de la sede física del empleador. En conclusión, consideran que la subordinación como criterio distintivo del contrato de trabajo conserva validez aún, *"a condición de que aquella sea* interpretada con amplitud, agresividad y creatividad, *de modo de alcanzar las hipótesis de simulación, irrealidad y fuga"*(71).

En nuestro país, el problema del encubrimiento de la relación laboral ha contado con una disposición promotora, el artículo 178 de la Ley N° 16.713, de 3 de setiembre de 1995, sobre reforma del sistema previsional(72). Sostiene Garmendia que, "por efecto de un fenómeno de deslizamiento, sus consecuencias se trasladaron inevitablemente hacia el campo del Derecho del Trabajo, pasando a jugar un papel fundamental dentro del esquema de reforma laboral discreta que sufrió el sistema de relaciones laborales uruguayo, debido a la introducción de verdaderos mecanismos de estímulo para la conversión de los trabajadores subordinados en empresas unipersonales excluidas de la dependencia laboral"(73).

Más recientemente, la OIT, en la Recomendación núm. 198 sobre la relación de trabajo (2006), plantea directamente que la política nacional de protección de los

(70) PLÁ RODRÍGUEZ, A. *Los principios del Derecho del trabajo,* Ed. Depalma, 3ª edición, Buenos Aires, p. 313.
(71) ERMIDA, O.; HERNÁNDEZ, O. "Crítica de la subordinación". En: rev. *Derecho Laboral* N° 206, p. 251. Cfe. RIVAS, D. *"El trabajo autónomo",* VV.AA., Cuarenta y dos, p. 250. MÁRQUEZ GARMENDIA, M. Beñaran Burastero, P., *"Trabajadores parasubordinados",* VV.AA., Cuarenta y dos ..., p. 266. MANGARELLI, C., *"Arrendamiento de servicios",* VV.AA., Cuarenta y dos ..., p. 281.
(72) ERMIDA, Oscar. *La flexibilidad,* p. 62.
(73) GARMENDIA, Mario. *Eficacia práctica de las normas laborales,* FCU, p. 101.

trabajadores en la relación de trabajo, debería *"establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas"*(74).

1.3.5. Necesidad de contar con un marco jurídico tuitivo

El debate contemporáneo sobre la relación de trabajo, del que la Recomendación núm. 198 es una excelente síntesis, nos plantea el reto de dotar a la legislación del trabajo de un "objetivo gran angular", siguiendo la metáfora de Bronstein, de modo de *enfocar* no solo el clásico trabajo subordinado, sino también el de aquellos trabajadores que son objetivamente dependientes(75).

En nuestro medio, Barbagelata ha sostenido que "el cambio operado significa que no es por extensión que el derecho del trabajo, se aplica a manifestaciones de trabajo independiente sino que la expansión es un fenómeno natural y necesario, aunque no todas las normas sean susceptibles de extenderse en la misma forma o grado". Y agrega, "Pero, cualquiera sea el grado o extensión de las normas, integran un todo con ciertas características comunes, que han ido perfilándose desde el momento en que el derecho encaró el trabajo con sentido moderno. Vale decir, desde que abandonó su consideración estática, susceptible de ser resuelta con

(74) ERMIDA, O. *"La recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo (2006)"*, rev. Derecho Laboral N° 223, p. 673. BARRETTO, H. *"La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica"*, rev. Derecho Laboral N° 225, p. 81. En la actualidad la Cámara de Representantes tiene a consideración un proyecto de ley que dispone la derogación del artículo 178 de la Ley N° 16.713 de 3 de setiembre de 1995.

(75) Bronstein, A., *Retos actuales del Derecho del trabajo* (http://comisionlab.blogia.com/2008/092203-bronstein-retos-actuales-del-derecho-del-trabajo.php). Gerard Lyon-Caen sostenía en 1997: "Pero falta aún, cruelmente, en el conjunto de los países afectados, un estatuto del trabajador independiente o del auto-empleo". (¿Derecho del trabajo o derecho del empleo?, VV.AA., Evolución del pensamiento juslaboralista, Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, 1997, p. 280). Barbagelata ubica dentro del pensamiento revisionistas de la doctrina laboral, un grupo al que denomina corrientes militantes, porque plantean "redefinir el tipo del contrato de trabajo con la mirada puesta en posibles alternativas que contemplen la protección de trabajadores que hasta ahora han quedado fuera del sistema. A esta concepción pertenecen Alleva, D'Antona y Boissonat (*Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista,* FCU, 2009, p. 247-250). Ojeda Avilés afirma que quien más ha profundizado en el tema es el profesor Freedland. Dicho autor propone una regulación conjunta para empleados, profesionales liberales, funcionarios, autónomos, trabajadores marginales y contratos de inserción". (*Nuevas formas de empleo y derecho del trabajo.* En: VV.AA., Temas centrales del Derecho del trabajo del Siglo XXI, ARA Editores, Lima, p. 49). El Grupo de expertos coordinados por Supiot, en sede de recomendaciones, postula "una doble alternativa: 1/la reafirmación del principio fundamental según el cual las partes de una relación laboral no son dueñas de su calificación jurídica; 2/la voluntad (prospectiva) de ampliar el campo de aplicación del Derecho del trabajo para englobar todas las formas de contrato de trabajo para otro, y no solamente las caracterizadas por la subordinación estrecha del trabajador". (*Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 305-306). V. ALTAMIRA GIGENA, R., *"¿El trabajador dependiente es el único sujeto del Derecho del Trabajo? El nuevo Estatuto del Trabajo Autónomo de España"*, ACKERMAN, M.; SUDERA, A. (coordinadores), La relación de trabajo, Ed. Rubinzal-Culzoni, B.A., p. 253 y ss. Goldin, A., *Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo,* LexisNexis, Monografías Jurídicas N° 152. ZURETTI (h), M., *El sujeto trabajador protegido por el Derecho del Trabajo. Concepto tradicional y nuevas tendencias,* Ackerman, M., Sudera, A. (coordinadores), La relación de trabajo, Ed. Rubinzal-Culzoni, B.A., p. 271 y ss.

la ayuda de los esquemas jurídicos tradicionales".[76] En la misma dirección Ermida y Hernández consideran de interés a "las propuestas de extensión de la tutela a los trabajadores auténticamente autónomos e independientes pero necesitados de ciertas garantías"[77].

Conjuntamente con Fernández Brignoni y Nicoliello, sostuvimos la conveniencia de contar con "una nueva regulación del trabajo autónomo, tanto en el campo del Derecho del Trabajo como de la Seguridad Social, a la luz de los cambios que sustancialmente se verifican en la organización del trabajo productivo y en armonía con las normas constitucionales e internacionales que ordenan proteger el trabajo humano".[78]

Más de una década antes, Grzetich había analizado la posibilidad de asegurar a los trabajadores informarles ciertos beneficios de seguridad social, como los riesgos IVS, accidentes de trabajo, enfermedad común y desempleo, e inclusive, también a través de la seguridad social, la percepción de rubros típicamente laborales, como la licencia y el salario vacacional[79].

Lejos de alcanzar los objetivos planteados en doctrina, recientes estudios nos demuestran que en América Latina más del cincuenta por ciento de los trabajadores informales son independientes, cuentapropistas o autónomos. Tal circunstancia ha renovado el interés y preocupación por promover la integración efectiva de dichos colectivos a los sistemas de seguridad social, así como de establecer ciertos niveles de tutela en el plano laboral[80].

Una de las tendencias que se advierte en el campo de la seguridad social latinoamericana se dirige a disminuir la brecha de cobertura que existe entre asalariados e independientes, a cuyos efectos se plantea pasar de sistemas de adscripción voluntaria a obligatoria; creación de regímenes especiales o inclusión dentro del régimen general, con algunas características especiales. Solo 7 países de América Latina tienen regímenes obligatorios para independientes[81], mientras que en

(76) BARBAGELATA, H-H., Derecho del trabajo, t. I, v. 1, FCU, 3ª edición, 2002, p. 109.
(77) ERMIDA, O., Hernández, O., *"Crítica de la subordinación"*, rev. Derecho Laboral N° 206, p. 251.
(78) FERNÁNDEZ BRIGNONI, H., Nicoliello, A, RODRÍGUEZ AZCÚE, A. "Empresas unipersonales y regulación del trabajo autónomo: posibles alternativas teóricas", rev. Derecho Laboral N° 220, p. 729-730.
(79) GRZETICH LONG, A., Trabajo informal, AMF, 1992, p. 152-154.
(80) Cfr. Bertranou, F., Coordinador, Trabajadores independientes y protección social en América Latina, BPS-OIT, agosto 2009, p. 16-17. Sostiene Ojeda Avilés que "hay una extendida opinión de que el trabajo informal acompaña a las economías en vías de desarrollo y que con la progresiva modernización va desapareciendo en beneficio del trabajo regular. Sin embargo, los indicadores apuntan a que en Europa el número de trabajadores en situación irregular está en aumento, y no solamente debido a los inmigrantes, sino a una evolución significativa del propio modelo productivo en lo que Ulrich Beck ha denominado, a mi juicio de manera desafortunada, como la 'brasileñización' de las relaciones laborales europeas a consecuencia de las políticas neoliberales". (Nuevas formas de empleo y derecho del trabajo, en VV.AA., Temas centrales del Derecho del trabajo del Siglo XXI, ARA Editores, Lima, p. 38).
(81) Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador y Uruguay.

otros 7, coincidentemente de baja o muy baja cobertura, pueden registrarse y aportar al sistema de seguridad social de manera voluntaria[82].

Otra particularidad detectada en el mundo del trabajo independiente, tanto a nivel latinoamericano en general, como específico de nuestro país, refiere a su gran heterogeneidad. No obstante ello, a efectos de reflexionar sobre el diseño de políticas públicas, en el caso de Uruguay, Lanzilotta los agrupa en tres categorías: a) profesionales (abogados, arquitectos, etc.); b) cuenta propia de oficio (transportistas, electricistas, etc.); y c) cuenta propia de subsistencia[83]. Como resulta obvio, las mayores dificultades de acceso a la seguridad social se verifican predominantemente en el segundo y tercer grupo. La autora ensaya, finalmente, dos hipótesis explicativas de la baja cobertura social: las ocupaciones son estacionales e irregulares y el nivel de ingresos es muy bajo[84].

CONCLUSIONES

Como corolario de lo desarrollado en la presente relatoría, es posible efectuar las siguientes afirmaciones o conclusiones:

1. Siendo el Derecho a la Seguridad Social un Derecho Humano Fundamental, la ampliación de la cobertura en materia previsional se convierte en una obligación primordial de los Estados.

2. Las raíces históricas, económicas, políticas y culturales, modelan la conformación del Estado de bienestar de cada país, en el que predominan ciertas técnicas de protección social. No obstante ello, como sucede en los diferentes países del mundo, coexisten diferentes herramientas de protección social, y por ello, es preciso que se las diseñe y administre como integrantes de un único sistema de garantía social.

3. En ese marco, las "prestaciones no contributivas" son un instrumento imprescindible, especialmente para aquellos países con escaso nivel de cobertura; y, si se encuentran bien diseñadas, no son incompatibles con la construcción de sistemas contributivos.

4. En el análisis de las diferentes alternativas, no puede dejar de considerarse la pensión básica universal a partir de determinada edad, con las ventajas ya anotadas de transparencia ciudadana.

(82) Bolivia, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Nicaragua y Perú. Bertranou y otros, *Trabajadores independientes (...)*, p. 29.
(83) LANZILOTTA, B. *El empleo por cuenta propia y la cobertura de seguridad social en Uruguay.* En: Bertranou y otros, Trabajadores independientes (...), p. 40.
(84) LANZILOTTA, B. *El empleo (...)*, pp. 68-69.

5. En relación a los trabajadores independientes aparece como claramente necesario establecer su inclusión obligatoria dentro del sistema de seguridad social, por la razón indicada en el primer numeral.

6. La Constitución ordena que se protejan sus derechos laborales y de seguridad social en similares términos al que reciben los trabajadores subordinados.

7. Simultáneamente, en la línea anotada por la Recomendación núm. 198, es preciso que los Estados tengan políticas claras en el combate al fenómeno del 'falso autónomo'.

8. Por último, aparece como uno de los mayores retos del Derecho del trabajo y la seguridad social, la aplicación de sus reglas, o, al menos, una selección de ellas, a los trabajadores autónomos.

PONENCIAS LIBRES

AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA PREVISIONAL: Regímenes no contributivos e inclusión de trabajadores independientes

Alfonso De Los Heros P. A.(*)

COMENTARIO INICIAL

La mitad de la población del Perú es pobre y la seguridad social como elemento fundamental para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, no ha alcanzado el volumen necesario para resolver las necesidades que acarrea el desarrollo económico y social.

A pesar de las reformas de los últimos veinte años, no se ha logrado mejorar la cobertura de la protección social y más bien se ha retrocedido pues abarca a no más de la tercera parte de la población laboral.

Ello se debe a una economía informal cada vez mayor, a una menor presencia del Estado como elemento de equilibrio y formalización, a una falta total de planes y programas que tengan por finalidad resolver este problema y en especial, al cambio de patrón demográfico.

Sin embargo, periódicamente se debate sobre este asunto y el debate se centra siempre en lo menos importante de él, que es la discrepancia existente entre los enfoques estatal y privado respecto de lo que debe entenderse por seguridad social en materia de pensiones y no en la necesidad de buscar soluciones inteligentes y creativas sobre temas fundamentales como los que se enuncian en el título de este trabajo.

(*) Profesor de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Echecopar

Lo que ocurre es que a pesar de haber llegado al siglo XXI, no se ha logrado consenso sobre estos temas y subsiste aún la histórica desconfianza social que hace que nuestras sociedades no prosperen y se pierdan en discusiones estériles acerca del rol del Estado, pensando en soluciones políticas populistas, perjudiciales para la efectividad de los derechos y beneficios sociales provenientes de la seguridad social, además de la falta de estudios y proyectos confiables que propongan soluciones factibles y realistas.

Esta situación es propia de una sociedad con bajo nivel educativo y una cultura de exclusión, además de la falta de confianza social ya mencionada, que no nos permite superar el problema y optar decididamente por la educación y el desarrollo como la mejor solución para la equidad social.

El paradigma de la seguridad social pública, autónoma, solidaria y universal, colisiona con la realidad y con la incompetencia del Estado para hacerla vigente y eficiente, utilizando las herramientas existentes. Más bien, la corrupción y los intereses políticos han llevado a utilizar a la seguridad social para toda clase de objetivos, excepto los previsionales, sin respetar su autonomía y sin restituir los fondos correspondientes, además del hecho que el Estado no cumplió con su participación propia de la financiación tripartita del sistema.

A partir de 1985 con la inflación de seis dígitos que concluyó en el ajuste económico de los 90, la seguridad social pública terminó virtualmente quebrada, quedando como un precario sistema de reparto en el que el Tesoro Público, cada vez en mayor proporción, ha tenido que participar destinando para ello fondos provenientes de los impuestos que pagan todos los peruanos, debido a su falta de capacidad de generar los fondos y de financiar la carga social a la que estaba obligada, posponiendo expectativas educativas, de infraestructura, de seguridad y de eliminación de la pobreza.

Por ello, en la década de los 90 se crea la Oficina de Normalización Previsional (ONP), encargándole el manejo del sistema público, con la idea de acompañarlo hasta su extinción, pues sería reemplazado por el sistema de capitalización individual y así permitir que el Estado estuviera en la posibilidad de enfrentar responsabilidades de seguridad social más amplias, como el aseguramiento solidario y las pensiones mínimas. Sin embargo, la ONP continuó siendo un sistema de reparto vigente, compitiendo con el sistema de capitalización individual y no ingresando al aseguramiento y las pensiones mínimas.

Por otro lado, debido al colapso del régimen público, nace el Sistema Privado de Pensiones en 1993 con la Ley N° 25897, como un régimen prefinanciado de capitalización que ha logrado afiliar a más de un treinta por ciento de la población laboral, pero ha visto limitado su crecimiento y posibilidades precisamente por ser privado, en un país con mentalidad estatista, por competir con el régimen público

desfinanciado a cargo de la ONP que estaba destinado a cerrarse y por estar sujeto a la permanente presentación de iniciativas legislativas que en todo momento han pretendido restringirlo y hasta desmontarlo, sin entender que se trataba de una reforma fruto de la necesidad y de una concepción distinta de enfocar el problema, la que, no por ser privada, era mala en sí misma y que además contaba con todas las garantías de control estatal y transparencia como ha quedado demostrado en los diecisiete años de vida de este sistema.

ASPECTOS DOCTRINARIOS DE INTERÉS

La doctrina señala que la seguridad social está basada en los principios de universalidad, integralidad, solidaridad, unidad e internacionalidad.

Nos referiremos a dos de ellos que son los que más nos interesan para el tema que estamos tratando: la universalidad y la solidaridad.

La universalidad, establece que la seguridad social pretende alcanzar a la población entera, es decir, que es progresiva, pues no solamente protege o debe proteger a los asalariados, quienes son los primeros que han alcanzado este derecho por obvias razones históricas, sino que, poco a poco, debe comprender a sectores de ciudadanos diferentes, sean o no asalariados y sea cual fuere el nivel de sus ingresos.

La solidaridad, está identificada con el régimen económico, al que todos deben contribuir. Hay un sentido de responsabilidad social, por lo cual si bien en un momento la contribución es tripartita cuando se trata de trabajadores formales, pues deben contribuir también los empleadores y el Estado, en realidad debe llegar el momento en que la contribución sea social, a través de los impuestos, en especial cuando la protección alcance a ciudadanos que no son trabajadores formales.

> "La solidaridad amalgama al sistema de seguridad social, como expresión de la primacía del interés colectivo sobre el individual y, por lo tanto, impone la participación –en el sistema– de todos los miembros de la sociedad"(1)

> "La solidaridad es esencial para la Seguridad Social. No se trata de un ingrediente opcional o contingente, que puede existir o no. Es un elemento indispensable para que la seguridad social sea lo que debe ser"(2)

La solidaridad puede revestir variadas formas de participación social, desde la contribución tripartita propia del sistema estatal, hasta las subvenciones

(1) CARBALLO, César A., "Relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social". En: *Repensar las Fronteras del Derecho del Trabajo y sus Principios*, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Lima, Setiembre 2001, p.412.

(2) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudios de la Seguridad Social*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 408.

directas que debe dar el Estado en determinadas circunstancias, como sucede con las pensiones mínimas o las subvenciones a la pobreza.

MARCO JURÍDICO

Normas constitucionales

Durante el Siglo XX, se recoge constitucionalmente por primera vez, en el artículo 48 de la Constitución de 1933, el concepto moderno de la seguridad social, en los siguientes términos:

> "La Ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas".

Puede verse en este enunciado general y más programático que real, el germen o semilla de la legislación que posteriormente fue creando las distintas modalidades de la seguridad social.

Más tarde, la Constitución de 1979, incluye todo un capítulo sobre el tema, el Capítulo III, dedicado a la seguridad social, la salud y el bienestar. En su artículo 12 garantiza el derecho de todos a la seguridad social, y en el 13 se señala los riesgos cubiertos que incluyen la enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquiera otra contingencia susceptible de ser amparada por la ley.

Su artículo 14 encarga la seguridad social a una institución autónoma, descentralizada y de derecho público, de dirección tripartita, señalando que sus fondos provienen del Estado, los empleadores y los asegurados. La misma norma permite la existencia de entidades privadas en la seguridad social "siempre que ofrezcan prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados". Aquí puede encontrarse la semilla de los sistemas privados de pensiones y salud.

En el año 1993, entra en vigencia la actual Constitución, y en su artículo 1 señala que "la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Esta declaración, como derecho fundamental, implica que la persona humana debe gozar de una serie de derechos y cumplir frente a la sociedad una serie de deberes que le permitirán mantener su calidad y su dignidad de persona humana.

Dentro de los derechos sociales y económicos que permiten la realización del paradigma enunciado, se encuentra el derecho a la seguridad social.

Así, el artículo 10 de la Constitución dispone:

"El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

La norma señala un derrotero muy claro. La seguridad social constituye un derecho, este derecho es de carácter universal, es decir alcanza a todos los ciudadanos y es progresivo, pues obviamente la sociedad requiere la organización, desarrollo y medios suficientes para cumplir esta meta.

A su vez, en materia de pensiones, el artículo 11 de la Constitución "garantiza el libre acceso" a las mismas, "a través de entidades públicas, privadas o mixtas", dotando a los fondos y reservas de la seguridad social de un carácter intangible.

Disposiciones Legislativas

La seguridad social en el Perú en materia de pensiones, tiene larga data. La protección en materia de vejez (jubilación) tiene más de siglo y medio y ha sido, junto con la salud, lo que ha caracterizado en la mayor parte de ese tiempo lo que en el Perú se ha considerado como seguridad social, a pesar de su limitado alcance tanto conceptual como social, por abarcar solamente a un sector de la población perteneciente al mundo estructurado y formal. Revisaremos este panorama(3).

La Ley de Goces de Castilla de 1850 (dada en el gobierno del Presidente Ramón Castilla), tuvo un siglo de duración y otorgaba pensión de jubilación, cesantía y montepío y quedó plenamente reemplazada recién en 1973 por el Sistema Nacional de Pensiones creado por el Decreto Ley N° 19990.

La transición entre estos sistemas generó el Decreto Ley N° 20530, llamada de la cédula viva, por actualizarse la pensión con la remuneración correspondiente al cargo público activo respectivo. Este régimen ha sido modificado por la Ley N° 28389 de noviembre 2004 modificatoria de la Constitución, que declara cerrado el régimen de la Ley N° 20530, permitiendo poner topes a las pensiones que exceden de una UIT, y por Ley N° 28449 de diciembre de 2004, que modifica a su vez la Ley N° 20530, para hacer posible la ejecución de la norma modificatoria del régimen.

(3) DE LOS HEROS, Alfonso. *Notas del Curso Derecho Laboral. Parte General.* Universidad de Lima.

Antes de la vigencia del Sistema Nacional de Pensiones mencionado en el párrafo anterior, ya en el año de 1936, se había promulgado la Ley N° 8433, que tenía que ver exclusivamente con los trabajadores obreros y entró en vigencia en 1941.

En el año 1974, se promulgaron las normas sobre la Caja de Pensiones Militar Policial y finalmente en 1992, se promulgó el Decreto Ley N° 25897, que establece las normas de funcionamiento del Sistema Privado de Pensiones.

Normas internacionales

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se señalaba:

> "Toda persona, en calidad de miembro de la sociedad, tiene derecho a la "seguridad social.

Es decir, que toda persona tiene derecho a un nivel mínimo en todos los aspectos que tiene que ver con su vida, como son la salud, la edad, la invalidez, la desocupación y demás contingencias sociales.

Por último, tenemos el Convenio N° 102 de OIT de 4 de junio de 1952, que entró en vigor el 27 de abril de 1955[4], que establece las bases de lo que se considera la norma mínima de seguridad social, estableciendo las prestaciones que debe comprender cada tipo de beneficio. Al tratar sobre la vejez, señala la garantía de cubrir la contingencia más allá de una edad prescrita que no debe exceder de 65 años, salvo excepciones, con alcances cuantitativos en materia de cobertura de asalariados y de población económicamente activa.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Interesa pues entender cuál es el alcance de estos derechos y cómo se engarzan en las obligaciones del Estado social y democrático de derecho que consagra el artículo 43 de la Constitución.

A este respecto, la sentencia de 3 de junio de 2005, expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente 0050-2004[5] en el que se acumulan diversas demandas de inconstitucionalidad contra las leyes N° 28389 y N° 28449, que dejaron sin efecto el régimen de la Ley N° 20530 mencionada anteriormente, contiene diversos criterios que vale la pena señalar, pues conforman el marco jurídico de lo que debemos entender por seguridad social en el ámbito pensionario.

En su fundamento 43, la sentencia señala:

(4) OIT, Convenio 102, Convenio Relativo a la norma mínima de la seguridad social, Ginebra, 1985.
(5) Tribunal Constitucional, Sentencia del Pleno Jusrisdiccional de 3 de junio de 2005, Expedientes Acumulados sobre proceso de inconstitucionalidad contra las leyes 28389 y 28449.

"En el componente mismo del derecho individual, se reconoce un deber social traducido en el compromiso de coadyuvar a la real eficacia de aquellos factores mínimos que aseguran una vida acorde con el principio de dignidad humana, y que se encuentran proyectados en el conjunto de los valores superiores que la Constitución incorpora para el goce de todas las personas".

Con relación a la economía social de mercado consagrada en el artículo 58 de la Constitución, señala en su fundamento 44, que los elementos de aquella son:

- El bienestar social, que se traduce en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- El mercado libre, que supone respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a la libre competencia regida, *prima facie* por la oferta y la demanda y por el combate a los monopolios y oligopolios.
- El Estado subsidiario y solidario que obliga a este a intervenir cuando la realidad socioeconómica contravenga o se haya desvinculado del bienestar social.

Respecto a la pensión, el Tribunal Constitucional considera que la dignidad humana es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales y conforme lo ha expresado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC en el caso Tineo Silva, la dignidad humana es el mínimo inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover (fundamento 46).

En este sentido, defiende el principio de solidaridad respecto a la pensión, criterio que deberá servir más adelante para fijar una posición respecto a las soluciones que podrían darse a la realidad pensionaria en el Perú.

Dice en su fundamento 48, citando a su vez el fundamento 16 de la Sentencia N° 2945-2003-AA del caso Meza García, que la solidaridad es un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política, es el deber de aportar al fin común. Por ello en la sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI en el caso Herrera Otiniano, fundamento 14, se reconoce el fuerte contenido axiológico de la seguridad social. Solidaridad de carácter general que se manifiesta por ejemplo en las prestaciones de salud y solidaridad intergeneracional, que se manifiesta específicamente en el caso de las pensiones en los sistemas de reparto.

En su fundamento 54, la sentencia señala que "la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado- por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la "doctrina de la contingencia y la calidad de vida".

Por ello, según lo señala el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC, "la seguridad social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución

de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad".

SITUACIÓN ACTUAL

Actualmente en el Perú existen dos sistemas de pensiones:

1. El modelo de reparto representado en el Sistema Nacional de Pensiones por el cual las pensiones de los jubilados son financiadas por el aporte de los trabajadores activos. Estas pensiones provienen de un fondo común formado por las aportaciones de los afiliados al sistema nacional y por los aportes del estado provenientes del tesoro público.
2. El sistema de cuentas individuales de capitalización, en el cual la pensión de cada jubilado es financiada con los aportes que el mismo trabajador ha efectuado durante su vida laboral. Este sistema utiliza el modelo de cuentas individuales de capitalización.

Además, coexisten cinco grupos de trabajadores y no todos gozan de la protección de los beneficios pensionarios:

A) Los trabajadores afiliados al Sistema Nacional de Pensiones. Se trata de trabajadores formales, que aportan 13% sobre sus ingresos laborales. Su número bordea los 500,000 aportantes y además existen más de 700,000 jubilados que reciben un subsidio importante del estado como se verá más adelante.

B) Los trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones, que son también trabajadores formales, que aportan 10% de sus ingresos al fondo de pensiones. Son al presente cerca de 4'500,000 afiliados nominales, de los cuales aporta menos de un 50% y actualmente existen 80,000 pensionistas en este sistema. Sus pensiones provienen de la capitalización de sus aportes.

C) Los trabajadores independientes, que no aportan a ningún sistema y con sus impuestos subsidian a los jubilados del Sistema Nacional de Pensiones. Son más de 2'500,000 personas y no tienen pensión de jubilación.

D) Los trabajadores informales que no tienen acceso a ningún sistema, pagan impuestos indirectos y también contribuyen a subsidiar al grupo de pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones. Son más de 5'700,000 personas y no tienen pensión de jubilación.

E) Los ciudadanos en extrema pobreza, alrededor de 3'000,000 de personas, que en todo caso pagan impuestos al consumo y subsidian a los pensionistas del régimen público. Desde luego que estas personas no tienen ningún tipo de pensión.

Este es pues el universo hacia el cual debemos dirigir nuestra preocupación e interés en buscar soluciones efectivas que aseguren el futuro de estas personas.

Respecto a los trabajadores afiliados al **sistema de reparto** mencionados en el literal (A) anterior, la crisis económica del Sistema Nacional de Pensiones ha sido provocada, no solamente por el mal manejo de los fondos previsionales que sucesivos gobiernos utilizaron para fines distintos al propósito de su creación a pesar de su carácter intangible (significativa deuda estatal esfumada virtualmente por la inflación y gastos excesivos de tipo administrativo para sostener el sistema, los cuales consumían más de la mitad de lo ingresado, sin contar con la evasión y la mora de los empleadores), sino, en especial, por el fenómeno de la disminución del empleo formal, el crecimiento del sector informal y el cambio de patrón demográfico en que se basaba el sistema de reparto.

Como señalaban Morón y Carranza(6) en el 2003, en la simulación realizada para determinar hasta cuando puede ser sostenible el sistema de reparto se señala "la simulación realizada arroja resultados preocupantes... si el apoyo del Estado al SNP se limitara a proporcionar recursos para cubrir el 40% de la planilla de la Ley N° 19990, el sistema nacional no podría seguir operando más allá del año 2009. Para el año 2009 se habrían agotado por completo los recursos del fondo consolidado de reservas, el fondo donde capitalizan los aportes de los afiliados activos al SNP y que financian el pago de las pensiones de la Ley N° 19990. A partir de ese año, el Estado tendría que cubrir con sus recursos ordinarios la totalidad de las pensiones del D. Ley N° 19990".

Cuando se llegó a 2009 el sistema siguió funcionando, sin que se haya reducido el monto de cobertura de las pensiones, por lo que se supone que el Estado sigue financiando la planilla de pensionistas con cargo al Tesoro Público y en perjuicio de otros grupos sociales del país, en especial el de extrema pobreza y los que viven dentro de sectores sumergidos o no estructurados o informales.

De esta manera y mientras continúe el sistema de reparto, sin financiación y sin futuro demográfico, habrá una competencia indebida de un sistema con condiciones de ineficiencia, como el Sistema Nacional de Pensiones, en detrimento de la sociedad y sin que se cumpla el objetivo de prestar pensiones dignas a quienes se jubilan.

Por otro lado, resulta insostenible desde el punto de vista demográfico, la posibilidad de seguir manteniendo un sistema de reparto por cuanto, si analizamos la evolución del crecimiento de la población podemos apreciar que ya no es posible

(6) MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana. *Diez Años del Sistema Privado de Pensiones, Avances, Retos y Reformas*. Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, 2003. p 59.

que una base previsional amplia de gente joven sostenga las pensiones de los que se van jubilando en el sistema.

Más aun, entre 1950 y el año 2025, la población mayor de 65 años se habrá multiplicado por 10 y habrá aumentado 2.5 veces su participación en la población total. Es decir, las personas viven más y las familias son menos numerosas. Según las estimaciones del INEI, la tasa de crecimiento que en 1955 era de 2.69% se reduce al año 2006 a 1.40%. Entre los años 2027 y 2032 será de 0.84%, y entre el año 2042 y 2047 será de 0.50%.

Esta realidad lleva a que, mientras por las expectativas de vida en el año 1985 una persona de 65 años que había tenido 40 años de trabajo tenía una posibilidad o futuro de 10 años pensionables, hoy por hoy, con los mismos años de trabajo, la expectativa de vida al pensionarse habiendo cumplido los 65 años, es de 20 años pensionables Esta situación demográfica ha llevado a los gobiernos a utilizar los impuestos que pagan todos los ciudadanos y que deberían estar destinados a servicios como la educación, la seguridad, la salud y la infraestructura, entre otros, se vea destinada actualmente en importante proporción a pagar pensiones de jubilación (más de 8 mil millones).

Con relación a los trabajadores del **sistema de capitalización individual** mencionados en el literal (B) anterior, el Sistema Privado de Pensiones cuyo funcionamiento se inicia en 1993, como señalamos anteriormente, en virtud del Decreto Ley N° 25897, se establece como una forma de resolver el problema suscitado por la falencia del sistema público.

Este Sistema hasta el día de hoy, ha demostrado que tiene aspectos positivos, aunque es perfectible, y que puede cubrir mejor las expectativas de pensión de los trabajadores que se jubilan.

Una ventaja es que en el sistema de capitalización el dinero aportado pertenece siempre al trabajador y nunca se pierde ante la eventualidad de la desaparición o cambio de la administradora. El fondo tiene cuentas separadas y cambia de administradora en caso de quiebra o liquidación de una AFP. Además, no es necesario un número mínimo de aportaciones como ocurre en el sistema nacional que exige 20 años y que implica la perdida de lo aportado si no se llega a cubrir dicho periodo aportativo.

En este sistema el trabajador percibe la pensión al cumplir los 65 años de acuerdo al fondo que ha logrado acumular durante su vida laboral siendo propietario, no solamente del integro de lo aportado, sino también de la rentabilidad, sumas con las cuales financia su pensión. Existe también la garantía de pensión mínima para quienes no alcanzan la acumulación necesaria.

En la historia transcurrida en sus dieciséis años de vida, la rentabilidad nominal promedio ha sido de 13.83% y la real de 8.58% a mayo de 2006. De esa fecha al año 2009, la rentabilidad nominal anualizada ha sido 15.71% y la real 11.80% en el fondo menos conservador y de 8.99% y 5.31% respectivamente, en el fondo más conservador (fuente Asociación de AFP).

La tasa de reemplazo, es decir el porcentaje de pensión sobre el sueldo promedio que depende de la rentabilidad, puede llegar a montos muy cercanos a la ultima remuneración del trabajador e incluso superarla. Así por ejemplo, en el caso de una persona que cotice durante el 80% de los meses de su vida laboral, entre los 25 y los 65 años de edad con un crecimiento de 2% anual en sus ingresos, puede llegar a una tasa de reemplazo de 79% con 4% de rentabilidad promedio en el periodo y superior al 100% si la rentabilidad es de 7%.

El impacto que tiene el sistema privado de pensiones en la economía nacional es muy importante pues acumula cerca del 70% del ahorro interno del país y cerca del 18% del PBI.

Esto indica que el manejo y la estabilidad de estos fondos ha sido positivo a pesar del escaso volumen del propio mercado nacional, la limitada posibilidad de diversificar los fondos con inversiones en el exterior y el hecho de que el compromiso de este fondo en papeles del Estado es el menor de toda América Latina, sin mencionar los efectos de la crisis económica internacional.

Respecto al sector de **trabajadores independientes** mencionados en el literal (C) hay que tener en cuenta que representan por lo menos un tercio de la población laboral y resultan de una opción personal por este tipo de actividad, lo que en el Perú se está dando en llamar "emprendedores" y cuyos ingresos, si su actividad perdura y desarrolla, resultan ser competitivos, aunque hay un aspecto a tenerse en cuenta en este grupo de trabajadores, que es el vinculado a los casos de necesidad, es decir, al que es independiente porque no consigue su inserción en el mundo laboral dependiente. A este último aspecto habría que añadir que si el costo laboral es alto y las normas protectoras excesivas, se incentivará el trabajo independiente como una forma de eludir el costo de la dependencia.

Este sector, para efectos de la protección social en pensiones, requiere tener en cuenta los aspectos económico-tributarios de la actividad y el ciclo de vida de este tipo de trabajo, a fin de poder entender el alcance y el costo de la protección.

Según Bertranou y Saravia[7] el empleo independiente es trascendente para las economías en desarrollo, aunque muchas veces está vinculado a la falta de protección social por estar al margen de la protección laboral dependiente. La verdad es que la preeminencia de los esquemas bismarkianos ha otorgado protección a los grupos formales y ha olvidado en el tiempo llegar a los trabajadores independientes y aún a los llamados informales.

Hay que convenir que una dificultad específica es la fiscalización y precisión contributiva de una actividad que tiene ingresos irregulares y ciclos laborales no necesariamente ininterrumpidos, así como el alcance o tipos de protección. La administración costosa de este pequeño universo ha sido siempre eludida por el Estado y es ahora el momento de asumir las consecuencias y proceder a protegerlo, posiblemente pensando en una solución asociada a lo tributario, a fin de facilitarlo.

Los **trabajadores informales** a que se refiere el literal (D), son aquellos según OIT (15ª. CIET 1993) no calificados que trabajan por cuenta propia y los que están empleados por microempresas. El sector informal absorbe el excedente de mano de obra que el sector formal moderno no emplea y existe también por la flexibilidad que requiere el sector moderno de la producción ante una demanda que no es estable. De allí la subcontratación y la elución regulatoria.

Por otro lado la misma actividad informal está al margen de las regulaciones por falta de capacidad administrativa y los altos costos de la formalidad, tales como los tributos, obligaciones formales, rigidez y costo laboral, sin mencionar los bajos ingresos de los trabajadores de este sector, que hacen sumamente oneroso asumir una carga contributiva alta como es la de pensiones (13% en el régimen público y 11.5% en el privado).

Tokman[8] destaca que la ilegalidad e incumplimiento de las regulaciones, está presente tanto en el sector informal como en el sector moderno de la economía, en especial en aquellos países en donde la disciplina fiscal y la fiscalización son menores y trae aparejada la reducción del grado de protección laboral y social de los trabajadores.

Finalmente, los ciudadanos en **extrema pobreza** a que se refiere el literal (E), se trata de aquellos que no están protegidos por ningún sistema, han vivido en un régimen de subsistencia sin continuidad de actividades laborales, sean depen-

(7) BERTRANOU Fabio y SARAVIA Leonor. "Trabajadores Independientes y la protección social en América Latina: desempeño laboral y cobertura de los programas de pensiones" en "Trabajadores Independientes y protección social en América Latina", OIT, BPS, 2009, Cap. I, p. 7.

(8) Ibidem., p. 14

dientes o no, como son los pequeños agricultores, los vendedores ambulantes, los que prestan servicios marginales y similares.

Estas personas dependen de la ayuda que les pueda prestar el Estado en materia de salud y subsistencia y está sujetos a soluciones de tipo social global, basadas en niveles de ingresos, situación de marginación social, edad y factores de riesgo social.

Como se verá más adelante, este grupo requiere un enfoque algo diferente a las soluciones que pueden plantearse para los demás grupos antes mencionados.

La extrema pobreza es un problema social que abarca a todos los estamentos del Estado y la sociedad y no se puede circunscribir meramente a un tema de contribuciones sociales, requiriendo de un tratamiento más amplio y no de tipo contributivo.

Como integrantes de un sistema de protección social, las pensiones no contributivas son positivas, pues generan confianza y pueden inducir a una mejora social con crecimiento económico de los beneficiarios. Lo que es importante es el ámbito de la cobertura y el acceso al beneficio (más amplio y más fácil de obtener), la administración del beneficio, para que sea transparente y no haya lugar a la corrupción y el financiamiento a través de impuestos e inversión de fondos a largo plazo y fuentes estables y seguras.

POSIBILIDAD DE AMPLIAR LA COBERTURA

En el caso peruano, la realidad nos plantea desde el punto de vista social y financiero, un desafío: tener un sistema sostenible que garantice pensiones dignas al trabajador en su etapa jubilatoria o a sus derechohabientes en el caso de que este falte. Se trata, en el complejo mundo de hoy, de otorgar seguridad a los ciudadanos ante los eventos sociales de la jubilación o de la supervivencia.

Cabe pues plantear como opciones posibles:

1. La desaparición de uno de los dos sistemas y la prevalencia del otro;

2. La complementariedad entre ambos sistemas a través de una pensión mínima a cargo del Estado y una pensión complementaria a cargo del sistema de capitalización en el que los trabajadores aportarían a una cuenta individual y a un fondo colectivo;

3. La complementariedad por defecto, en la que el Estado contribuiría con los montos necesarios no alcanzados por el afiliado, para completar la pensión mínima, pero superado el mínimo por la pensión de capitalización, el Estado no tendría que intervenir;

4. La complementariedad compleja, en la que habría una pensión mínima para toda aquel ciudadano en edad crítica (por ejemplo 65 años), proveniente del impuesto a la renta, con límites cuantitativos calculados actuarialmente, más la complementariedad por defecto para quienes han cotizado al fondo de capitalización y la pensión complementaria a cargo del sistema de capitalización.

Dentro de las opciones que se presentan como renovadoras están citadas con más frecuencia la opción de los pilares, por la cual podríamos hablar de varios niveles de protección social:

1. Pilar Solidario: un primer nivel de protección universal o pilar universal por el cual el Estado pudiera llegar a la población no protegida con pensiones o ayudas mínimas vitales;
2. Pilar Complementario: un pilar de pensión mínima que tendría un carácter complementario y que obligaría al Estado a otorgar la diferencia entre dicha pensión mínima y el monto que pudiera haber obtenido el trabajador en su vida laboral si este fuera menor.
3. Pilar de capitalización: que sería un pilar de ahorro de cuenta individual a cargo de las AFP.

¿Cuál sería la fuente de financiación del pilar solidario? Considero que debería provenir de los impuestos y no de una contribución adicional de los trabajadores formales, pues si la conceptuáramos como solidaria, todos deberían contribuir.

En el segundo pilar, de lo que se trata es que el Estado, que actualmente cobra impuesto a la renta sobre la parte de la remuneración que constituye las contribuciones a los sistemas de pensiones, destine esos fondos para cubrir el monto complementario a fin de que alcancen la pensión mínima aquellos trabajadores que no llegan a ese nivel.

No hay que olvidar que el Estado nunca cumplió con la cuota de sostenimiento tripartito de los regímenes de seguridad social, aunque en la práctica, ha tenido que ir cubriendo con fondos del Tesoro Público sus propias ineficiencias en la administración de los fondos de la seguridad social, mientras que empleadores y trabajadores formales lo han venido cumpliendo.

Tampoco hay que olvidar la influencia que tiene en cualquier proyecto de seguridad social la presencia del sector no estructurado o informal, cuyo volumen es de tal magnitud en el Perú, que convierte al Estado en un depredador económico del mundo formal para poder subsistir. La solidaridad no debe recaer sobre el tercio formal de la población laboral. Debe ser responsabilidad de toda la ciudadanía.

No estoy de acuerdo por ello, con quienes señalan que la pensión mínima debería garantizarla el Estado creando una contribución complementaria de porcentaje menor, que pese sobre los hombros de quienes contribuyen al sistema.

Existe pues una concepción conmutativa y una distributiva, como señala Plá citando a Dupeyroux[9] . La primera como contrapartida del aporte, lo que conduce a concebir la seguridad social como un sistema de garantía de los ingresos obtenidos por la actividad profesional. La segunda como solidaria, en que cuenta la necesidad del individuo, revistiendo un sistema de garantías de un mínimo social.

En el caso del aporte solidario, mientras esté ligado al trabajo, a través de completar la pensión mínima, estará ligado a la historia laboral del individuo, pero cuando se pasa a la etapa de la pensión social, para todo aquel ciudadano en situación de pobreza que no se encuentre en la situación de cotizante a un sistema de pensiones, pueden establecerse bases sociales que obviamente estarían vinculadas a la edad y a la realidad económica del ciudadano.

Lo que conviene, al descargar al Estado de las obligaciones que significa el sistema de reparto, es que este, a través del impuesto a la renta contribuya con lo necesario para el aporte solidario y el complemento que permita alcanzar la pensión mínima. Es evidente que esta carga será cada vez menor en la medida que el desarrollo, la cultura del ahorro, la formalización del país, la masa crítica de cotizantes al sistema de capitalización y la eficiencia del aparato estatal vayan mejorando.

Hay que asegurar que los trabajadores no tengan que contribuir al fondo para garantizar la pensión mínima pues este es un deber solidario de la sociedad que se debe hacer efectivo a través del Estado. Hay que terminar con la existencia del sistema de reparto para que todos los trabajadores se incorporen al sistema de capitalización desde luego con el pilar complementario a cargo del Estado para garantizar una pensión mínima.

Un siguiente paso sería la pensión de solidaridad para aquellas personas en estado de pobreza que no han contribuido a un sistema de pensiones. Esta etapa no es posible aún, a nuestro juicio, en el caso peruano, mientras el Estado no se libre de la carga del sistema de reparto y se empiecen a dar las condiciones económicas y sociales antes comentadas. El tránsito a esta etapa será paulatino y dependerá de la eficiencia del Estado para superar sus propias limitaciones.

La pensión de solidaridad no contributiva, podrá ser **universal** es decir, para todos aquellos que cumplen ciertos requisitos de residencia o ciudadanía, que han alcanzado una pensión mínima, sin requisito de comprobar los ingresos y de monto igual para todos los beneficiarios; o podrá ser basada en criterios de **residencia** calculada por años de residencia que cuentan para recibir el beneficio, tal como ocurre en los países nórdicos, Holanda y Canadá en que se exige 40 años de residencia;

(9) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "Personas Protegidas, Asegurados y Beneficiarios". En: *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editado por Instituto de Investigaciones Juridicas de la UNAM, p. 625.

o también podrá ser una pensión **sujeta a recuperación** con mecanismos para recuperar el total o parte de la pensión con otros ingresos percibidos por el pensionista; o bien, el sistema más común, que es el de la pensión de **asistencia social** dirigida a los pobres que no son las pensiones mínimas garantizadas, sino simplemente aquellas específicamente dirigidas a los pobres, de asistencia social, previa verificación de la situación del beneficiario. En esta última, el peligro está en quiénes terminan por estar incluidos, por cuanto tiempo, con qué costo administrativo y sin errores, sin corrupción o discrecionalidad política, sobre todo la posibilidad de que se fije el monto de la pensión en valores muy altos que no la hagan sostenible, desnaturalizando el objetivo.

Hay que tener en cuenta que en el proceso demográfico de envejecimiento de la población por menor tasa de natalidad y mayor longevidad, los costos se incrementan cualquiera sea el modelo de financiamiento pues hay que asegurar a los pensionistas no solamente un nivel mínimo de ingresos, sino también acceso a los servicios de salud y atención social.

Con tasas de pobreza altas y bajas tasas de cobertura hay pues limitaciones serías para la implantación de este tipo de cobertura social. A este respecto, Federico Arnillas Lafert señala que la propuesta de "crear un sistema de pensiones no contributivas, como un componente de protección frente a la pobreza en la vejez, debe formar parte de una reforma general de la seguridad social en pensiones (...) es necesario determinar el monto o nivel de las prestaciones en función de la efectividad para la reducción de la pobreza (...) también sugerimos diseñar mecanismos de reajuste de las prestaciones basados en criterios objetivos" (10)

El sistema de pensiones no contributivas debe definir cuál es el grupo de ciudadanos que deben ser comprendidos, cuál será el costo fiscal y cómo será el financiamiento a fin de preservar sus fuentes.

UNA PROPUESTA POSIBLE

Debe pensarse seriamente en establecer una Pensión Solidaria de vejez e invalidez a partir de una edad determinada (p.e. 65 o 70 años), de carácter universal, para la población de menor ingreso que no ha contribuido a un sistema de pensiones.

Luego, es necesario incluir en el sistema contributivo a los trabajadores independientes, de manera paulatina, con incentivos positivos como financiación paulatina en un plazo razonable, acceso a otros beneficios (supervivencia, accidentes y

(10) ARNILLAS LAFERT, Federico. "Pensiones no contributivas para adultos mayores en zonas rurales". En "Envejecimiento con dignidad: Pensiones no contributivas para reducir la pobreza en el Perú", auspiciado por UNFPA, OIT, Cáritas del Perú y Help Age Interntional, Cap. IV, p. 135.

pensión solidaria cuando deje de producir), así como incentivos negativos, vinculados por ejemplo a no tener acceso a determinados beneficios o documentos oficiales para ciertos trámite si no declara sus ingresos.

Respecto a los sistemas contributivos, habrá de mantenerse el sistema de capitalización y terminar de cerrar el sistema público en un plazo determinado, en razón de su falta de viabilidad económica y para ser sustituido por el sistema solidario y de pensión mínima (diferencial no cubierto por falta de periodos de aportación).

Organizar la financiación mediante fórmulas aplicables actualmente en el Perú al Sistema Privado de Pensiones, que ha resultado altamente seguro y exigente, precisamente por tratarse de fondos de propiedad de los trabajadores o destinados ellos, como serían los de carácter solidario. Los fondos de capitalización en el Perú son regulados en cuanto a instrumentos a utilizarse, inversiones permitidas, calificación de instrumentos, topes por instrumento, y otros controles, lo cual ha logrado una rentabilidad y seguridad enormes.

En síntesis, hay que incentivar y asegurar la participación de los ciudadanos, integrar los fondos paralelos, como los de las fuerzas armadas y pescadores, informar debidamente a todos sobre sus derechos, todo ello mediante el diálogo social que en otros casos ha resultado positivo, pues ello asegura la adhesión de los ciudadanos a los cambios con conocimiento de causa y no que estos ocurran sin su participación.

ASPECTOS A TENER EN CUENTA

Un aspecto que es necesario destacar, es la necesidad de promover una cultura previsional. Sin ella no será posible que los trabajadores y afiliados a un sistema previsional sientan y entiendan que los fondos les pertenecen o la importancia de su participación tratándose del sistema solidario o de los trabajadores independientes.

La educación en el hábito del ahorro y en el sentido que tienen los regímenes previsionales es un deber del Estado. El problema es que la mayor parte de personas que destinan sus fondos, bien sea al fondo de reparto en manos del Estado o al fondo de capitalización en manos de las AFP, o aún los que van a gozar de los sistemas sociales solidarios, ven lejano el día del goce de estos beneficios y no se preocupan por este problema. Además, han bebido de la fuente del paradigma estatista, habiéndose acostumbrado a no preguntar ni exigir, y a bajar la cabeza cuando el Estado personificado en algún gobernante, ha dispuesto como ha querido de algo que nos pertenece a todos los peruanos.

El tomar conciencia de los derechos previsionales es un paso importante para que el ciudadano se preocupe por sus derechos y se dé cuenta de que es un problema no solo de la sociedad o del Estado sino del individuo y que el estar atento a la

solvencia del sistema, a la competencia de los administradores, a los rendimientos, y aún al ejercicio responsable del derecho al voto cuando se elige a un gobernante para garantizar la estabilidad económica y política del propio país a lo largo del tiempo, son elementos indispensables que garantizan la efectividad de la pensión al finalizar su vida laboral.

Como señala Andras Uthoff[11] hay varias posibles líneas de acción:

1. La transparencia de la función distributiva en el pilar básico: solidaridad financiada debidamente y si alguien debe recibir un subsidio, tiene que provenir de impuestos generales.

2. Establecer claramente el tipo de prestaciones sin crear incentivos perversos o negativos evitando la evasión del sistema contributivo hacia el primer pilar.

3. Fomentar la participación en los sistemas de capitalización para aumentar la cobertura.

4. Permitir que la persona siga cotizando aunque se quede sin trabajo formal.

5. Mejorar la cultura previsional, incorporando en la educación el hábito del ahorro.

A su vez, Luis Benedossi[12] señala que además, "habrá de reforzarse la visión estratégica de la previsión social para que la estabilidad de las políticas en esta materia se independice de la alternancia gubernamental (algo a todas luces deseable) y también el compromiso con la educación. Así como tenemos que educar al cotizante, también ha de ir creándose una conciencia de que ciertos estamentos (en la medida en que tengan estabilidad) favorecen al desarrollo de los sistemas".

REFLEXIONES FINALES

El mensaje es muy claro:

- Se requiere que el Estado deje el sistema de reparto porque es ineficiente.
- Es razonable entrar a un sistema de pilares, como se ha propuesto líneas arriba, con la progresividad propuesta para evitar daños económicos al sistema.
- Es recomendable que el Estado se concentre, por etapas y de acuerdo a las posibilidades, en el pilar solidario, con recursos fiscales, primero para satisfacer los ingresos mínimos de las personas cuyo recorrido laboral no les permite alcanzarlo y más adelante el de las personas que no tienen medios ni posibilidad de formar un ahorro personal.

(11) UTHOFF, Andras. "Cobertura", en Regulación de los Sistemas de Pensiones de Capitalización Individual, OIT, 2004, p. 75.
(12) BENEDOSSI, Luis. Ibídem. p. 98.

- Debe usarse de manera transparente el pilar solidario para evitar el abuso tanto del lado del ciudadano beneficiario, como de los gobiernos populistas que pueden depredar los dineros públicos por clientelismo político.
- Debe promoverse la contribución de los trabajadores independientes.
- El sistema de capitalización debe continuar siendo eficiente y competitivo y ser debidamente supervisado como hasta ahora para garantizar su transparencia y resultados.
- Es necesario fomentar la cultura del ahorro desde la educación en la escuela.

Finalmente, cabría añadir que nada de esto es posible si el Estado y los ciudadanos no cumplen su parte en el compromiso de garantizar que la seguridad social no sea un mito y se transforme en instrumento de desarrollo. Ello solo se logra con políticas económicas estables y eficientes y con responsabilidad ciudadana preocupada por el futuro personal y familiar.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNILLAS LAFERT, Federico. "Pensiones no contributivas para adultos mayores en zonas rurales". En: *Envejecimiento con dignidad: pensiones no contributivas para reducir la pobreza en el Perú*, estudio auspiciado por UNFPA, OIT, Cáritas del Perú y Help Age International, 2008.
- BENEDOSSI, Luis. "Cobertura". En: *Regulación de los Sistemas de Pensiones de Capitalización Individual*, OIT, 2004.
- BERTRANOU, Fabio y SARAVIA Leonor. "Trabajadores Independientes y la protección social en América Latina: desempeño laboral y cobertura de los programas de pensiones". En: *Trabajadores Independientes y protección social en América Latina*, OIT y BPS, 2009.
- CARBALLO, Cesar A. "Relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social". En: *Repensar las Fronteras del Derecho del Trabajo y sus Principios*, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Setiembre 2001.
- CUSMAN VERAMENDI, Héctor, Intendente de AFP. *Evolución del Sistema Privado de Pensiones: Situación Actual y Lineamientos de la Reforma*, Superintendencia de Banco y Seguros.
- DE LOS HEROS, Alfonso. *Notas del Curso Derecho Laboral, Parte General*, Universidad de Lima, 1985-2006.
- MORÓN, Eduardo y Carranza Eliana. *Diez años del Sistema Privado de Pensiones, Avances, Retos y Reformas*, Universidad del Pacifico, Centro de Investigación, 2003.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Estudios de la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Personas Protegidas, Asegurados y Beneficiarios". En: *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1997.
- UTHOFF, Andras. "Cobertura". En: *Regulación de los Sistemas de Pensiones de Capitalización Individual*, OIT, 2004.
- OIT, Convenio 102. *Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social*, Ginebra, 1985.
- Tribunal Constitucional, Sentencia del Pleno Jurisdiccional de 3 de junio de 2005, Expedientes Acumulados sobre Proceso de Inconstitucionalidad contra las leyes 28389 y 28449.