

MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO PARA TRABAJADORES

Tomo II

Facultad de Derecho

Hugo Barretto Ghione
(coordinador)

Héctor Babace
Rodolfo Becerra
Carlos Casalás
Fernando Delgado
Beatriz Durán
Hugo Fernández Brignoni
Daniela García
Graciela Giuzio
Nelson Loustaunau
Pablo Montes de Oca
Carolina Panizza
Virginia Perciballi
Fabián Pita
Juan Raso Delgue
Jorge Rosenbaum
Rosina Rossi
Gabriel Salsamendi
Héctor Zapirain
Laura Zuñiga

COMISIÓN SECTORIAL DE EDUCACIÓN PERMANENTE



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY

ÁREA CIENCIAS
SOCIALES Y ARTÍSTICA

SA

MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO PARA TRABAJADORES

TOMO II

Facultad de Derecho

Hugo Barretto Ghione
(coordinador)

Héctor Babace
Rodolfo Becerra
Carlos Casalás
Fernando Delgado
Beatriz Durán
Hugo Fernández Brignoni
Daniela García
Graciela Giuzio
Nelson Loustaunau
Pablo Montes de Oca
Carolina Panizza
Virginia Perciballi
Fabián Pita
Juan Raso Delgue
Jorge Rosenbaum Rimolo
Rosina Rossi
Gabriel Salsamendi
Héctor Zapirain
Laura Zuñiga

Rector de la Universidad de la República: Licenciado Rodrigo Arim

Pro. Rector de Enseñanza: Doctor Juan Cristina

Comisión Sectorial de Educación Permanente (CSEP)

Doctora Beatriz Brena (Presidente) / Magíster Ingeniero Agrónomo Mario Jaso (Director de la Unidad Central de Educación Permanente - UCEP) / Doctor Ingeniero Sergio Nesmachnow (Área Tecnologías y Ciencias de la Naturaleza y el Hábitat) / Magíster Licenciada Gabby Recto (Área Salud) / Contador Antonio Fraga (Área Social y Artística) / Magíster Mario Piaggio (Orden Egresados) / Doctora Silvia Llambí (Orden Docente) / Arquitecta Helena Heinzen (Centros Universitarios del Interior) / Victoria Méndez (Secretaría)

Decana del servicio al que pertenece la publicación: Doctora Cristina Mangarelli

Encargada de Educación Permanente del servicio: Doctora Sol Agostino

Responsable académico de la publicación: Doctor Hugo Barretto Ghione

Coordinador de la publicación: Doctor Hugo Barretto Ghione

Evaluadores externos de la publicación: Profesor Marcos Supervielle y Doctor Francisco Pucci

Diseño Gráfico Original:

Claudia Espinosa / Arquitecto Alejandro Folga / Arquitecta Rosario Rodríguez Prati

Corrección de estilo: Natalia Chiesa

Puesta en página: Licenciada Andrea Duré

Fecha de publicación: Diciembre de 2020

Cantidad de ejemplares: 300

ISBN obra completa: 978-9974-0-1720-7

ISBN Tomo II: 978-9974-0-1738-2

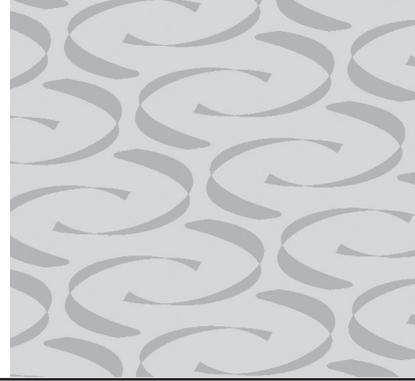
ESTA PUBLICACIÓN FUE FINANCIADA POR LA
COMISIÓN SECTORIAL DE EDUCACIÓN PERMANENTE

EDITADA POR EDICIONES UNIVERSITARIAS
(Unidad de Comunicación de la Universidad de la República – UCUR)

LA RECOMENDACIÓN N.º 198 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO, <i>Rosina Rossi</i>	7
NUEVOS CONCEPTOS EN LA REALIZACIÓN DEL TRABAJO: FORMACIÓN PROFESIONAL, COMPETENCIAS LABORALES Y CATEGORIZACIONES EN UN MARCO DE FLEXIBILIDAD LABORAL <i>Daniela García y Pablo Montes de Oca</i>	29
FONDO DE GARANTÍA DE CRÉDITOS LABORALES <i>Fabián Pita</i>	41
PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL: FUERO SINDICAL <i>Héctor Babace</i>	51
DIFERENTES MÉTODOS DE FIJACIÓN DE SALARIOS Y CONSEJOS DE SALARIOS <i>Nelson Loustaunau</i>	61
RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS <i>Carlos Casalás Viera</i>	83
RELACIONES DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO, CON ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL <i>Beatriz Durán y Carolina Panizza</i>	105
EL CONFLICTO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL MODELO URUGUAYO <i>Héctor Zapirain</i>	127

EL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA VIGENTE EN URUGUAY <i>Jorge Rosenbaum Rimolo</i>	147
INTERPRETACIÓN DE LA RECIENTE REGLAMENTACIÓN DE LA HUELGA EN URUGUAY EN CLAVE CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL <i>Hugo Barretto Ghione</i>	161
PALABRAS FINALES	167

LA RECOMENDACIÓN N.º 198 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO¹



Rosina Rossi²

Introducción

En la primera parte, se planteará el problema a resolver, el objetivo de la clase y el interés que presenta el tema. Para contribuir a visualizar estos aspectos, se expondrá un caso virtual que operará de disparador. En la segunda, se indicarán algunas causas que podrían determinar la necesidad de definir cuándo se está ante un vínculo jurídico que compromete trabajo y califica como relación de trabajo.

En la tercera, se pondrá la mirada en la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia de los tiempos de total ausencia de regulación normativa.

En la cuarta, se abordará la Recomendación N.º 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como fuente normativa.

En la quinta, se analizará el caso disparador a la luz de los parámetros de evaluación conformados por la doctrina clásica y la Recomendación N.º 198.

En la última, se realizará una síntesis del tema planteado.

1 El objetivo es reproducir una clase; de allí que el texto busque tener un perfil dinámico, práctico y de diálogo entre los problemas que se presentan en las relaciones laborales del presente, las dificultades de su diagnóstico, por un lado, y, por otro, el abanico de herramientas que el sistema jurídico provee para resolverlos.

2 Profesora adscripta de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Ministra integrante del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1.º Turno.

Presentación del tema

Cuando se observa a una persona desarrollando una determinada actividad que parece implicar un esfuerzo, es posible pensar, con un criterio de sentido común, que está trabajando. Pero se podría abrir un abanico de interrogantes, no siempre sencillas de contestar. Por ejemplo: ¿para quién trabaja?; ¿cuáles son sus condiciones de trabajo en la realidad?; ¿cuáles deberían ser?; ¿cuál es la expectativa que puede tener de mantener el trabajo?; ¿cuáles son los ingresos que le reporta ese trabajo?

El planteo se concretará con un ejemplo, con el objetivo de que sea disparador para inferir algunas preguntas. Por medio de un Whatsapp me comunico con la pizzería del barrio y encargo tres muzarelas y una cerveza para que me las manden a mi domicilio. A los 30 minutos, llega un repartidor conduciendo una moto que tiene en la parte posterior una caja climatizada recubierta del logo que identifica a la pizzería del barrio. Trae el pedido, advierto que la caja que lo contiene está abierta, le pago y me entrega una factura de la pizzería. Observo que la moto carece de luces y que a pesar de estar lloviendo el trabajador no cuenta con vestimenta y calzado que lo proteja adecuadamente. Le consulto por ambos aspectos y me contesta que cuando comenzó a trabajar, firmó un contrato que decía que se trataba de un arrendamiento de servicios y que él era autónomo, y le exigía contar con una moto y hacerse cargo de todos sus gastos, a cambio de un porcentaje fijo por pedido encomendado, aunque la venta finalmente fallara. Relata que no tiene la obligación de llevar todos los pedidos ni de asistir a la pizzería todos los días, aunque sí el compromiso de avisar con 24 horas de anticipación cuando se va a ausentar, sabiendo que si no lo hace, cuando vuelva a presentarse, no le asignarán pedidos. Y aclara que esta retribución por su trabajo no le alcanza para mantener la moto en forma ni para comprarse vestimenta y calzado apropiados. Llamo a la pizzería para quejarme porque la caja llegó abierta y me informan que, en el camino de retorno a la pizzería, el trabajador sufrió un accidente de tránsito, pero que cuando se reintegre, le impondrán una sanción por no prestar atención a las condiciones en que llevaba la mercadería.

Si se reflexiona sobre este caso, lo más sencillo es diagnosticar que el repartidor estaba trabajando. Ahora bien, podrían establecerse algunas interrogantes: ¿es trabajador independiente o es empleado de la pizzería?; ¿qué criterio se debe utilizar para contestar esta pregunta?; ¿cómo afecta en la respuesta el hecho de que se hubiera comprometido a hacerse cargo de los gastos de la moto?; ¿cómo influye que la moto llevara el logo de la pizzería?; ¿cómo incide que por mi pago me entregara una factura de la pizzería?; ¿podría atenderse en el Banco

de Seguros del Estado por el accidente?; ¿generaría alguna retribución mientras se recupera de las lesiones padecidas por el accidente?; ¿quién es el responsable de que la moto no tenga las luces en buen funcionamiento?; ¿qué puedo presumir del hecho de que la pizzería le fuera a imponer una sanción por descuidar la caja con la mercadería? El problema que se planteará en esta clase consiste en determinar cuáles son las herramientas para poder contestar estas y otras preguntas que asaltan cuando la vida presenta formas de trabajo distintas a las clásicas, esto es: una persona trabajando, pero fuera de lo que podríamos llamar la organización clásica del trabajo, aquella de la que nadie dudaba en calificarla como relación de trabajo dependiente. Vale decir, un trabajador desarrollando una tarea en el local de quien aparece como empleador, en determinado horario y a cambio de un salario. Además, que trabaja para ese empleador a quien es posible identificar, que es el propietario de los medios de producción, que asume todos sus costos y riesgos, y organiza, dirige y controla el trabajo, e incluso goza de poder sancionador respecto de los trabajadores.

Corresponde distinguir dos fases. Una, cuando dos partes se ponen en contacto y planifican un vínculo que compromete trabajo. En esta fase resulta indispensable precisar el grado de libertad de cada una en cuanto a la modalidad de prestación del trabajo y las condiciones. En esta etapa no existe más control que el que la misma relación de poder permita a ambas partes. Una segunda fase, cuando ante la duda de calificación jurídica del vínculo —que generalmente se presenta cuando este se rompe—, no son las partes sino la justicia la que tiene que resolver cuál es la naturaleza jurídica del vínculo, para, luego y en función de ello, poder determinar si existió incumplimiento. En esta etapa cada parte en pugna debe aportar al proceso judicial el relato de los hechos, que luego necesitarán ser ilustrados por la prueba, y debe también identificar el derecho —la regla de derecho objetivo— que, aplicada, le reportaría el éxito de la acción. Pero el decisor, si bien está atado a los hechos, no está atado al derecho, lo que significa que, respetando el relato de los hechos y la posibilidad de defensa de ambas partes, podría calificar el vínculo jurídico y determinar si hay o no incumplimiento aplicando reglas de derecho —aun, doctrina— diferentes a la invocada por los contendientes.

El objetivo de la clase, sin embargo, no persigue la solución del problema —o únicamente la contestación de las preguntas—, sino la identificación de las herramientas o estándares que corresponderá emplear para resolver si esa persona que trabaja debe estar amparada por el Derecho del Trabajo. Esto es: si el vínculo jurídico que trabó con respecto a su compromiso de trabajar debería regirse por el Derecho del Trabajo.

El interés de abordar el problema radica en que resulta imprescindible y antecede toda respuesta determinar cómo se pueden calificar los vínculos jurídicos que comprometen trabajo de la persona, y recién después de calificarlos, establecer el orden jurídico correspondiente y aplicarlo. Es ilustrativo imaginar, por un momento, que el orden jurídico —es decir, las reglas preordenadas y que regulan la convivencia de nuestra comunidad— está conformado por casilleros que de todos modos se comunican. En cada casillero encontramos un conjunto de reglas. La estructura interna de cada regla consiste en la descripción de una hipótesis de hecho y una solución o regulación para ella. De allí que, para que esas reglas sean aplicables en la solución de los problemas, estos deben referir a hechos de la vida que encastren en las hipótesis previstas en ellas, y entonces sí, corresponderá aplicarlas para darles solución. Así, es posible representarse también otro casillero, el del Derecho del Trabajo, pero para que sea posible dar solución a cuestionamientos como los planteados aplicándolo, es necesario antes diagnosticar que el caso a resolver puede calificarse o bien como trabajo necesario de tutela especial, como indica el artículo 53 de la Constitución, o bien como «relación de trabajo o servicios», como señala el artículo 54 del mismo cuerpo normativo. Es lo que los juristas llaman determinación de la naturaleza jurídica del vínculo. Esto significa que, en cuanto al caso del ejemplo inicial, no se puede contestar si el repartidor se va a poder atender en el Banco de Seguros del Estado y recibir las prestaciones que brinda, como lo haría cualquier empleado considerado tal por quien admite ser empleador, sin antes resolver si es posible considerarlo trabajador dependiente de la pizzería. Y ello, por cuanto el derecho a la tutela del accidente de trabajo, estipulado por la Ley N.º 16.074 (ley de accidentes de trabajo), tiene como hipótesis de hecho que el accidentado se trate de un trabajador para un empleador de la actividad privada o en algunos casos, también de la actividad pública. Significa que, resolviendo primero que es trabajador dependiente de la pizzería, entendemos que sus derechos —los derivados de ser víctima de un accidente de trabajo y tantos otros— son los que surgen del casillero del Derecho del Trabajo. Es posible realizar esta afirmación con fundamento en que históricamente en Uruguay toda la disciplina jurídica Derecho del Trabajo se construyó con el impulso del mandato constitucional de protección del trabajo (artículo 53), circunscripta al trabajo prestado en forma dependiente. O, como indica el artículo 54, bajo la forma de una *relación de trabajo o servicio*.³ Pero si la conclusión

3 Son estas las fronteras históricas del Derecho del Trabajo: reglas jurídicas de contenido protector dirigidas a cobijar el trabajo prestado para otro en una relación de trabajo o servicio, en tanto se infiere que el mandato constitucional del artículo 53

sobre la naturaleza jurídica es que se trata de un trabajador independiente, su vínculo jurídico con la pizzería no se regulará por el Derecho del Trabajo, sino, probablemente, por reglas de otro casillero, que es el Derecho Civil.

Ahora, la cuestión está en determinar cuál es el camino correcto de análisis para diagnosticar la naturaleza jurídica de un vínculo que compromete trabajo de la persona. Vale decir, establecer los criterios o estándares que fungen como herramientas para resolver cuál es la naturaleza jurídica de un vínculo que, en su esencia, involucra trabajo de una persona. Y la preocupación que se suma a esta cuestión consiste en que, en los hechos, se tratará de una relación de poder desigual entre quien ofrece o planifica ofrecer su trabajo y quien lo adquiere, ya que, de regla, quien precisa ofrecer su fuerza de trabajo para vivir no tiene posibilidades reales de negociar de qué forma se comprometerá a realizar el trabajo. Este dato de la realidad, de lo que comúnmente acontece, se presenta en la etapa de programación del vínculo jurídico que involucre trabajo humano y revela que el problema se sitúa en el cruce de caminos entre la libertad, la necesidad y el poder. O más precisamente, el grado de libertad de quien ofrece su fuerza de trabajo y de su necesidad de hacerlo son las variables que arrojarán, en definitiva, las posibilidades reales de negociar o, derechamente, de someterse.

El problema que se agrega reside en que el ordenamiento jurídico nacional —o sea, el casillero del Derecho del Trabajo nacional— no cuenta con una definición de cuál es la forma de prestar trabajo que requiere tutela o si hay más de una. Es lo que los juristas llaman el objeto del Derecho del Trabajo: cómo debe prestarse ese trabajo para que venga en su protección el Derecho del Trabajo. El ordenamiento jurídico uruguayo que cuenta con un Derecho del Trabajo tutelar de la persona que trabaja no ostenta ninguna regla de derecho positivo que defina cuándo esa persona que trabaja se encontrará a su amparo. Es lo que la OIT ha identificado como la determinación de la relación de trabajo.⁴

deriva de la consideración de que se trata de una persona que precisa la tutela especial del Estado. Empero, como se verá más adelante, las nuevas formas de organización del trabajo y el diagnóstico de que a pesar de la independencia —total o parcial— esa persona precisa protección una línea doctrinaria nacional y una extranjera han empezado a proponer que deben ampliarse las fronteras del Derecho del Trabajo. Esto es: que también se construya un Derecho del Trabajo protector de quien trabaja —aunque sea un derecho distinto—, para aplicarlo en aquellos casos en que, a pesar de la independencia o autonomía —total o parcial—, un sujeto se sitúe en una relación de poder desigual respecto de otro sujeto (ERMIDA URIARTE, Oscar, y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, «Crítica a la subordinación», en *Revista Derecho Laboral*, n.º 206, Montevideo, mayo, 2002, p. 225).

4 Como se verá, ha plasmado el análisis a través de una producción normativa propia: la Recomendación N.º 198 del año 2006.

De allí que el interés de diagnosticar si un vínculo jurídico puede calificarse como relación de trabajo o como otra forma de realizar trabajo consista en que con ello se determina el derecho aplicable. En el ejemplo del inicio de la clase, si al vínculo entre el repartidor y la pizzería se le aplica en su regulación —de derechos y obligaciones— el Derecho del Trabajo, el Derecho Civil u otro.⁵

Circunstancias en las que habitualmente se plantea el problema de la determinación de la naturaleza del vínculo

Sin duda que las nuevas formas de organización del trabajo, a veces presentadas con pomposos títulos, son las que demandan la necesidad de determinación, y quizás sean las más complicadas de resolver. Justamente por cuanto se disparan de los parámetros clásicos que otrora colaboraban como una constante en tal tarea. Por ejemplo, cuando aparecen las formas de trabajo a distancia, en las que no se visualiza sencillamente el control del empleador;⁶ cuando el enlace entre la organización y la ejecución del trabajo está representado por una aplicación informática, entre otras. Pero también es posible identificar otras circunstancias que dificultan el diagnóstico, como cuando no son claros los derechos y las obligaciones que asume cada parte del vínculo, cuando hay intención fraudulenta y se intenta encubrir una verdadera relación de trabajo, o, sin que exista intención fraudulenta, el devenir de la ejecución del vínculo modifica lo programado.

5 Este aspecto, la rama del derecho aplicable, es crucial. Ello, por cuanto el Derecho del Trabajo se construye sobre la base del principio protector del trabajo y se vale de soluciones de desigualdad compensatoria que lo tutelan y que quedan marginadas de la acción de la autonomía de la voluntad. En cambio, el Derecho Civil y el Derecho Comercial se construyen sobre la piedra fundamental de la autonomía de la voluntad, que reposa en la premisa de que las partes son iguales.

6 Como era hace ochenta o cien años casi, cuerpo a cuerpo, del empleador al trabajador.

Ausencia de regulación nacional. La labor de la doctrina y la jurisprudencia

Los ordenamientos jurídicos de otros países, a partir de la consideración binaria originaria de las modalidades de prestar trabajo —dependiente y autónomo— y ante la preocupación por todas aquellas situaciones que, a pesar de involucrar trabajo, podrían quedar marginadas de la regulación del Derecho del Trabajo, han ensayado soluciones. Estas soluciones han transitado, por lo menos, en dos sentidos: uno, de favorecer o facilitar la determinación del vínculo a través de la consagración de una presunción legal;⁷ otro, de ensanchar el ámbito de aplicación de

7 La presunción legal significa que, ante determinados hechos que efectivamente ocurren, la ley realiza un juicio o un diagnóstico. Un ejemplo en materia laboral lo puede clarificar. El artículo 23 del Decreto-Ley N.º 14.407 presume que si a un trabajador se lo despide dentro de los treinta días de obtenida el alta del BPS por haber estado amparado por enfermedad común, ese despido obedece a la enfermedad. Es decir, lo presumido está en que la acción del empleador de despedir es su respuesta —negativa— a que el trabajador se ausentara por la enfermedad. Esto es: el hecho conocido es el despido, y el hecho presumido es la relación causa-efecto entre el despido y la enfermedad. De todos modos, las presunciones legales pueden ser relativas o absolutas. En las primeras, el juicio legal —lo presumido— funciona como una verdad interina, por cuanto el empleador, según dispone la misma norma del ejemplo, puede destruirlo alegando y probando que el despido no estaba vinculado a la enfermedad. En cambio, cuando las presunciones legales son absolutas, no admiten defensa para destruirlas, y por ello son mucho menos frecuentes.

Así, pueden relevarse varios ordenamientos jurídicos que han legislado la presunción (relativa) de laboralidad del vínculo y, por ende, su regulación al amparo del Derecho del Trabajo. En tal sentido, tempranamente, el francés, como da cuenta Jean-Claude Javillier, para los trabajadores a domicilio, viajantes, representantes y corredores de plaza en determinadas condiciones, los artistas y modelos, y las asistentes maternas (JAVILLIER, Jean-Claude, *Derecho del Trabajo*, Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1982, p. 74).

También: el artículo 69 del Código de Trabajo de Panamá; el artículo 31 de la ley española de contrato de trabajo; el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo de México; el artículo 18 del Código de Trabajo de Costa Rica; el artículo 15 del Código de Trabajo de la República Dominicana; el artículo 15 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina; el artículo 65 de la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela; el artículo 21 del Código de Trabajo de Honduras; el artículo 20 del Código de Trabajo de El Salvador; el artículo 24 del Código de Trabajo de Colombia, y el artículo 19 del Código de Trabajo de Paraguay, citados por: VILLASMIL PRIETO, Humberto, y CARBALLO MENA, César Augusto, *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2016.

Más recientemente, en Perú, a través del artículo 23 de la Ley N.º 26636, vigente desde el 15 de julio de 2010, se indica que «acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario». Esta innovación revolucionó el sistema probatorio, por cuanto antes el trabajador debía demostrar que sus servicios habían sido de manera subordinada (César Puntriano Rosas. Academia de la Magistratura del Perú. Lima, p. 62 Nov. 2010; SANGUI-

la disciplina de modo de abarcar, aunque admitiendo diversos alcances, otros tipos de involucramiento de trabajo que no impliquen necesariamente dependencia.⁸

En el derecho positivo uruguayo, desde el ámbito constitucional, se garantiza la especial protección del trabajo a través de la ley (artículo 53), y como concreción del principio, mandata al legislador a reconocer un elenco de derechos fundamentales específicos a favor del trabajador cuando presta trabajo inmerso en una relación de trabajo o servicio (artículo 54 y siguientes, 72 y 332).

Resulta interesante observar que el constituyente no refiere al contrato, sino a la relación de trabajo.⁹ De esto se deduce que prioriza el trabajo como hecho respecto del contrato de trabajo en el sentido de acuerdo de voluntades. Ello podría encontrar explicación, por lo menos, en dos causas: una, la libertad formal que de regla ostenta el prestador del trabajo (trabajador), debido a su posición en cuanto al poder en la generación y regulación del vínculo que determina que, en el común de los casos, se incorpore o se enrole en una organización del tomador y beneficiario (empleador) sin que medie un verdadero acuerdo de voluntades;¹⁰ otra, la profusa regulación del acuerdo a través de normas de orden público que, como tales, marginan la eventual negociación.¹¹

NETI RAYMOND, Wilfredo, «La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú», en *Revista Laborem*, n.º 3, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003).

- 8 Como es el caso de los parasubordinados en Italia a través de la Ley N.º 544 de 1973 y del artículo 409 n.º 3 del Código de Procedimiento Civil, que apuntan a relaciones de colaboración que se concretan a través de una prestación de trabajo continuado y coordinado de naturaleza personal, aunque no esté caracterizada por la subordinación (citado en: MACHADO, Sidnei, *A noção de subordinação jurídica. Uma perspectiva reconstrutiva*, São Paulo, Ed. LTR, 2009, p. 89, versión traducida por esta autora. También en: MÁRQUEZ, Martha, y BEÑARÁN, Pilar, «Trabajadores parasubordinados», en *Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, FCU, 2000, p. 253; RASO DELGUE, Juan, *La contratación atípica del trabajo*, 2.ª ed., Montevideo, FCU, p. 58.
- 9 BARRETTO GHIONE, Hugo, «Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo», en SARLO, Oscar, y BLANCO, Andrés (comps.), *El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica*, Montevideo, FCU, 2008, p. 63.
- 10 BARBAGELATA, Héctor Hugo, *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*, Montevideo, FCU, 2009, p. 129. De FERRARI, Francisco, «El trabajo como hecho», en *Revista Derecho Laboral*, n.º 15, Montevideo, enero, 1949, p. 147.
- 11 En este sentido, Barbagelata califica el contrato de trabajo como el acto técnicamente voluntario (BARBAGELATA, Héctor Hugo, *Derecho del Trabajo*, t. I, vol. 2, Montevideo, FCU, 2002, p. 161).

Pero, el ordenamiento jurídico nacional ni optó por el camino de la presunción legal ni proporciona —hoy por hoy, ni lo hizo otrora— regla alguna que defina cuándo se está ante una relación de trabajo que determine que sea regulada por el Derecho del Trabajo. Tampoco, cuándo es posible diagnosticar que un vínculo jurídico que compromete trabajo de una persona puede calificarse como trabajo autónomo.

Y se releva otro componente de análisis que no puede soslayarse y que consiste en el principio de libertad, que también tiene fuente constitucional (artículo 10). Vale decir que, en principio, puede pensarse que quien va a realizar el trabajo tiene libertad para resolver si traba o no el vínculo y cómo o bajo qué modalidad trabaja. Claro que, inmediatamente, podría cuestionarse cuál es el grado de libertad de quien compromete su fuerza de trabajo como para poder inferir que optó por una u otra forma de prestarlo e indirectamente por una u otra regulación jurídica y tutela. De todos modos, este panorama no significa que el trabajo que caiga, digamos, fuera de los límites del concepto de relación de trabajo — como indica el artículo 54 de la Constitución— se vea marginado de tutela.¹² Ello, por cuanto el artículo 53 de la Carta garantiza la protección a través de la ley del trabajo, sin distinguir si se trata de trabajo prestado dentro o fuera de una relación de trabajo. Lo que ocurre, debe pensarse, es que las tutelas podrían ser distintas.

O sea, el panorama del ordenamiento jurídico nacional es el siguiente. El artículo 53 de la Constitución garantiza la protección del trabajo mediante la ley, sin distinguir ni el tipo de trabajo ni la modalidad en que se presta. El artículo 54 garantiza, mediante la ley, la protección de aquel trabajo que es prestado en una relación de trabajo o servicio. Y en Uruguay, hasta ahora y, al menos, mayoritariamente, la ley ha cumplido el mandato y ha construido un Derecho del Trabajo encaminado a la tutela de la persona que trabaja en una relación de trabajo o servicio. De allí que el Derecho del Trabajo uruguayo se inspire en el principio protector y que para garantizar sus soluciones haya recurrido a la herramienta de los pisos de protección, que podrían mejorarse, pero nunca disminuirse.¹³

Pero, como también se señaló, el ordenamiento nacional no reglamenta los aspectos definitorios de la relación de trabajo o servicio. Concretamente, no cuenta Uruguay con fuente normativa alguna —ley u otras

12 Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, op. cit.

13 El Derecho del Trabajo en Uruguay se caracteriza por regular un elenco de derechos del trabajador a través de la herramienta del orden público, por lo que importa que tal regulación quede marginada de toda modificación —convencional individual o aun colectiva— que la empeore. De allí, la afirmación de que el Derecho del Trabajo marca pisos de protección.

en el ámbito nacional— que determine la relación de trabajo, ni hoy por hoy, ni hubo en otros tiempos.

Este panorama de ausencia de regulación, y la necesidad de resolver el problema de la calificación de la naturaleza jurídica de los vínculos que comprometen trabajo de personas, para poder inferir después cuál es el derecho que debe regularlo, generó una reacción de la doctrina especializada primero, de la jurisprudencia después y, más adelante, una reelaboración y un aggiornamento llevados a cabo por la primera. Veamos. En una *primera etapa*, la doctrina especializada, desde la mirada profunda a las relaciones de trabajo en sus distintas modalidades, pero no cuestionadas en cuanto a la naturaleza y el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, individualizó y sistematizó lo que llamó notas típicas o constantes.¹⁴ En aquel entonces, la fotografía mostraba relaciones laborales con determinadas características, vinculadas al modelo taylorfordista que refiere a la gran empresa industrial que lleva a cabo una producción en masa, basada en una especialización rigurosa de las tareas y de las calificaciones, y en una organización piramidal del trabajo. La piedra angular de ese modelo era el empleo típico de duración indefinida, que garantizaba al trabajador una vida asegurada a cambio de su situación de dependencia.¹⁵ Lo que los juristas nacionales llamaron subordinación. Por ello, la subordinación pasó a ser una noción (doctrinaria y no legal) indispensable en las primeras etapas del Derecho del Trabajo.¹⁶

14 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, t. II, vol. I, Montevideo, Aca-li, 1978, p. 21. BARBAGELATA, op. cit., p. 182. BARBAGELATA, Héctor Hugo, «Agentes, viajantes, placistas y otros trabajadores a comisión», en *Revista Derecho Laboral*, t. XVII, n.º 96, Montevideo, octubre-diciembre, 1974, p. 8. De FERRARI, FRANCISCO, «Trabajo intelectual y contrato de trabajo», en *Revista Derecho Laboral*, t. II, Montevideo, p. 57. De Ferrari, «El trabajo como hecho», op. cit., p. 36. ERMIDA URIARTE, Oscar, «El concepto de subordinación o dependencia en el derecho laboral y de la seguridad social», en *Revista Tributaria*, t. X, n.º 52, Montevideo, enero-febrero, 1983, p. 9. RIVAS, Daniel, «Los indicios del trabajo subordinado en la jurisprudencia laboral», en *Revista Judicatura*, n.º 36, Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay, noviembre, 1993, p. 82; *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, FCU, 1999, 1996, p. 32.

15 Supiot, Alain, cit. en: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, «Repensar las fronteras del Derecho del Trabajo y reafirmar sus principios», en *Revista Derecho Laboral*, t. XLIV, n.º 204, Montevideo, octubre-diciembre, 2001, p. 658.

16 Villasmil Prieto y Carballo Mena, op. cit. MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo, «Las empresas unipersonales prestadoras de servicios y la perspectiva de la jurisprudencia laboral: un análisis crítico», en *Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, FCU, 2000, p. 284.

En esta etapa, el juslaboralismo uruguayo —clásico— buscó identificar ciertos aspectos constantes en los contratos de trabajo, infiriendo que serían los que necesariamente debería presentar un vínculo jurídico para ser calificado como contrato de trabajo. En tal sentido, expresó Plá Rodríguez que las notas distintivas del contrato de trabajo eran la actividad personal, la subordinación, la continuidad y la onerosidad.¹⁷ Si bien admitió su gravitación en conjunto, así como ciertos posibles vaivenes en cuanto a su ocurrencia y peso, señaló la subordinación jurídica como la nota más típica y la hizo funcionar como excluyente.¹⁸ Posicionó la subordinación como el elemento más típico y distintivo, útil para diferenciar el contrato de trabajo de otras figuras parecidas. Analizó el concepto planteando cuatro posibles contenidos: la subordinación técnica, la jurídica, la económica y la social. Pero se volcó por la idea de subordinación jurídica, expresando que, aunque admitiera diversas formas de intensidad, era la que caracterizaba el contrato de trabajo. Definió la subordinación jurídica como la situación en que se encuentra quien trabaja para otro que ostenta el poder de dirigir y controlar su trabajo porque asume los riesgos y que, de todos modos, está obligado a remunerarlo.¹⁹ Agregó que la situación de ajenidad del trabajador —contrapartida de la asunción de los riesgos por parte del tomador y beneficiario del trabajo— se encuentra incorporada a la noción de subordinación. El pensamiento y la sistematización de los elementos típicos, y la entidad que irrogó la subordinación, tal cual los presentó Plá Rodríguez, fueron seguidos por toda la doctrina nacional.²⁰ Si bien Plá Rodríguez, en el año 1978, expresó que la forma jurídica del trabajo subordinado era el contrato de trabajo, que marcó la órbita del Derecho del Trabajo,²¹ en una perspectiva, sin duda, visionaria y abierta al cambio de las relaciones laborales, anunció que en el futuro podría llegar a suprimirse la subordinación jurídica como elemento característico y excluyente de la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

17 Plá Rodríguez, *Curso de Derecho Laboral*, op. cit., p. 21. Barbagelata, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 182; «Agentes, viajantes, placistas...», op. cit.; De Ferrari, «Trabajo intelectual y contrato de trabajo», op. cit.; «El trabajo como hecho», op. cit., p. 36. Ermida Uriarte, op. cit. Rivas, «Los indicios...», op. cit., p. 73; *La subordinación...*, op. cit.

18 Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, op. cit., pp. 227-228.

19 Expresa Plá Rodríguez que Martín Catharino es quien recurre a esta forma de ilustrar que es el empleado quien está más capacitado para la realización de la tarea que el mismo empleador.

20 BARBAGELATA, Héctor Hugo, *Derecho del Trabajo*, t. I, vol. 1, Montevideo, FCU, p. 97. Mantero Álvarez, op. cit., 2002, p. 285.

21 Plá Rodríguez, *Curso de Derecho Laboral*, op. cit., p. 9.

Años después, en 1999, Daniel Rivas expresaba que bastaba repasar la recepción normativa, jurisprudencial y de la doctrina para comprobar que la subordinación jurídica continuaba siendo el criterio distintivo del contrato de trabajo.²²

En una *segunda etapa*, la jurisprudencia recepcionó aquellas notas típicas y les fue dando contenido casuístico. Esta segunda etapa mostró un fenómeno muy interesante. Si se revisan los anuarios de jurisprudencia, se podrá observar cómo la gran mayoría de las sentencias recogen aquellos elementos típicos señalados por la doctrina con tal rigurosidad como si su fuente fuera la ley misma.²³ Pero, con mucha más rigidez que la doctrina, la jurisprudencia ubicó a la subordinación jurídica en un sitio de incidencia decisiva, al punto de que su ausencia, y a pesar de la detección de otros indicios de relación de trabajo, operaba como fundamento suficiente para descalificar el vínculo como relación de trabajo.²⁴ En efecto, para la jurisprudencia mayoritaria —todavía en el presente—, la subordinación se presenta como el elemento más típico de la relación de trabajo, como la fuerza centrípeta o la centrífuga según los casos, que o bien acerca al centro de la disciplina determinadas relaciones jurídicas que desde antaño habían estado radiadas (como el trabajo a domicilio, los viajantes y los vendedores de plaza), o bien desplaza otras hacia la periferia del Derecho del Trabajo (como la contratación de servicios personales a través de empresas unipersonales).²⁵ Esto, a tal punto de que el análisis de las sentencias permite visualizar que lo esencial que se indaga es la existencia de hechos que, aun funcionando como indicios, ilustren el poder de un sujeto respecto del otro en el sentido de dirigir, controlar, fiscalizar y sustituirse a la voluntad de quien realiza el trabajo. Recoge la jurisprudencia como hechos elocuentes del estado de subordinación que quien trabaja deba someterse a órdenes en cuanto a la modalidad y el lugar de la prestación, al cumplimiento de un horario, a la presencia física en un local montado y dirigido por otro, a sanciones, que no utilice instrumentos propios, salvo los rudimenta-

22 Rivas, *La subordinación...*, op. cit., p. 85.

23 En la terminología de Daniel Rivas, se habla de «modelos de referencia» (en «Los indicios...», op. cit., p. 76).

24 Mantero Álvarez, op. cit., pp. 294, 301. Indica el autor que la jurisprudencia sobredimensionó el elemento *subordinación jurídica*, sin plantearse —«como lo hace la doctrina europea»— conceptos nuevos que tiendan a hacer extensiva la protección jurídico-laboral a circunstancias en las que la subordinación no se presenta como elemento determinante, pero en que sí existe prestación de servicios personales concertados en situación de debilidad contractual.

25 Mantero, op. cit., p. 283. RIVAS, Daniel, «El trabajo autónomo», en *Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, FCU, 2000, p. 236. Rivas, *La subordinación...*, op. cit., p. 149.

rios, o haber sido sancionado. También, que reciba remuneración ajena a los riesgos del emprendimiento, entre otros.

La jurisprudencia nacional ha posicionado la subordinación en el sentido de dependencia y sometimiento, haciéndola decisiva, insustituible y excluyente para calificar un vínculo como relación de trabajo dependiente y, por ende, al amparo del Derecho del Trabajo. De allí que pueda acompañarse la idea de que la jurisprudencia mayoritaria elevó la subordinación a la categoría de principio.²⁶

En una *tercera etapa*, la doctrina, nuevamente partiendo de la mirada de la realidad y, en especial, de las nuevas formas de organización del trabajo, reposicionó aquellas notas típicas que respondían a la doctrina que podría calificarse como clásica.²⁷ Observó esta relectura que la elevación del nivel de calificación profesional que modifica el margen de subordinación contractual, la presión creciente de los mercados más abiertos y la aceleración de los progresos técnicos (fundamentalmente, en materia de información y comunicación) han determinado el surgimiento de otros modelos de organización del trabajo.²⁸ Estos nuevos modelos, entre otros, crean una brecha muy amplia entre el tradicional trabajador subordinado que trabaja por cuenta ajena y el trabajador o el empresario realmente independiente que trabaja por cuenta propia, admiten la también amplia zona de situaciones grises entre una y otra hipótesis, y dan cuenta de la aparición de fenómenos de descentralización empresarial, concentración o interposición de sujetos.

Entonces, en estos nuevos modelos aquellas características o elementos típicos sistematizados por la doctrina y que podrían calificarse como clásicos, en una mirada global, o bien se mantienen presentes, pero sin la persistencia anterior, o bien aparecen reposicionados desde el punto de vista de su incidencia decisiva en la calificación. Ello, por cuanto la fotografía de la relación de trabajo de hoy muestra otra normalidad y, entonces, aquellos elementos otrora definidores operan, a lo sumo, colacionando argumentos, pero no aportan razones tajantes para la calificación. Y en su lugar, nuevos aspectos y antiguos pero bajo otras modalidades y otra gravitación, aun sumados a algunos de aquellos, han pasado a integrar la normalidad de los vínculos que comprometen trabajo humano. Por ende, aquellas que antes eran características sistemáticamente presentes, o bien perdieron o bien modificaron tal condición.

Ello ha ocurrido muy especialmente con la subordinación jurídica. La crisis del modelo tradicional de relaciones jurídicas que involucraban trabajo ha contribuido a determinar un panorama de crisis de la sub-

26 Machado, op. cit., p. 30.

27 Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, op. cit.

28 Supiot, Alain, cit. en Plá Rodríguez, «Repensar las fronteras...», op. cit., p. 658.

ordinación en su otrora rol de elemento más típico.²⁹ Esto no significa que la subordinación haya dejado de ser una nota típica del instituto constitucional *relación de trabajo*, sino que la transformación de las relaciones que involucran trabajo del hombre son las que han provocado su metamorfosis.

La fuente de Derecho Internacional: la Recomendación N.º 198 de la Organización Internacional del Trabajo

La Recomendación N.º 198 de la OIT, aprobada en el año 2006, sobre la determinación de la relación de trabajo reconoce como antecedente una serie de discusiones verificadas en el seno de la OIT sobre trabajo informal, trabajo a domicilio, subcontratación y otras formas de trabajo que podrían considerarse desprotegidas o insuficientemente protegidas.³⁰

Sugiere a los Estados la adopción de políticas nacionales de protección adecuada (atendiendo a las dificultades reales y, en especial, a las situaciones más vulnerables a la relación de trabajo encubierta), efectiva (que en los hechos haga realidad la aplicación del Derecho del Trabajo) y eficaz (que llegue a tiempo y sea instrumental a la protección), a través de medidas de *normatización, instrumentales y de control*.

29 Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, op. cit., p. 233. D'Antona, Massimo, «Los cambios en el derecho del trabajo y el problema de la subordinación en el derecho italiano», cit. en BARRETTO GHIONE, Hugo, «La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica», en *Revista Derecho Laboral*, t. L, n.º 225, Montevideo, enero-marzo, 2007, pp. 87, 89, 90.

30 ERMIDA URIARTE, Oscar, «La Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo (2006)», en *Revista Derecho Laboral*, t. XLIX, n.º 223, Montevideo, julio-setiembre, 2006, p. 674. MACHADO, Sidney *La Recomendación N.º 198 de OIT sobre la relación de trabajo (2006) desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo*, OIT. Machado, op. cit., p. 94. ROSSI ALBERT, Rosina, «La Recomendación N.º 198 de OIT sobre determinación de la relación de trabajo: impacto en la jurisprudencia uruguaya», en *Revista Derecho Laboral*, t. LVII, n.º 256, Montevideo, octubre-diciembre, 2014, pp. 609 y ss. Villasmil Prieto y Carballo Mena, op. cit., p. 144.

Políticas nacionales de normatización

En cuanto a las políticas nacionales de normatización, sustancialmente apunta en tres sentidos: uno, vinculado a la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo; otro, a la eliminación de las disposiciones que reporten incentivos para las relaciones de trabajo encubiertas, y otro, a la individualización de las variables de hecho que califican una relación de trabajo al amparo del Derecho del Trabajo.

Indica, en el capítulo II, las pautas que los Estados tendrían que tener en cuenta para que la normatización funcione en forma protectora. En tal sentido, señala dos contenidos: uno, individualizando *indicios*³¹ que permitirían la calificación del vínculo como relación de trabajo, y otro, apelando a la determinación de la *responsabilidad*.

Respecto de los *indicios*, presenta un criterio básico que luego desgrana. Este criterio básico consiste en poner toda la atención en la etapa de ejecución del vínculo y atendiendo a la realidad más que a las formas,³² y en abatir la incidencia del acuerdo contractual. La recomendación minimiza la incidencia de la voluntad expresada más o menos formalmente, en favor de los hechos de la realidad ocurridos durante la ejecución del vínculo. Expresa que:

entre esos indicios podrían figurar los siguientes:³³

- la modalidad de la retribución en cuanto a sus componentes (pago a través de prestaciones en especie), periodicidad, incidencia en la economía del trabajador;
- la modalidad de ejecución de las tareas en cuanto a la existencia y el alcance de instrucciones para realizarla y el control de ellas. Debe verse que la recomendación no utiliza el vocablo órdenes, sino «instrucciones», que claramente abre un abanico más amplio en la modalidad de encargar el trabajo, de modo que permite abarcar también la situación en que la capacitación o pericia del trabajador no reclama mayores indicaciones;

31 Los indicios son hechos de la vida conocidos que, unidos a un razonamiento lógico, permiten inferir otros hechos (desconocidos) o calificaciones jurídicas. En el ejemplo presentado al inicio de la clase, la caja de la moto con el logo de la pizzería (hecho) podría ser un indicio de que quien la conduce lleva mercadería de la pizzería (hecho desconocido), así como que es empleado de la pizzería porque reparte su mercadería (calificación jurídica).

32 Ermida Uriarte lo califica como referencia al principio de primacía de la realidad («La Recomendación de la OIT...», op. cit., p. 677).

33 Lo que se deduce de la referencia a «uno o varios indicios» en el literal B del artículo 9, y permite inferir que no necesariamente deberían constatarse todos.

- la integración del trabajador en la organización de la empresa. Este indicador alude al posicionamiento de quien presta el trabajo como parte del proceso productivo de la empresa, que conforma un eslabón más de la cadena,^{34 35}

- la ausencia de riesgos financieros para el trabajador ocasionados en la actividad que presta, en general o vinculados a la utilización de herramientas o materiales, o a viajes que deba emprender el trabajador para ejecutar el trabajo;

- el reconocimiento de derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales.

34 «Jurisprudencia y doctrina de Brasil han desarrollado las pautas de la inserción y ajenidad como decisivas para la calificación del vínculo. La doctrina ha desarrollado la idea de la *subordinación objetiva o funcional*, que reconoce ciertas premisas: el trabajo del trabajador no se separa de la persona de su prestador, existiendo, sin embargo, una relación de inmediatez con el trabajo, pero no con el prestador de servicios; la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado se justifica exclusivamente en razones de mantenimiento de la actividad del empleado a favor de la empresa; el límite del ejercicio del poder de dirección se ubica en la adecuación de la actividad del empleado a la actividad de la empresa; el trabajo del empleado es ejercido mediante actos autónomos, únicamente orientados por el empleador; lo que se integra a la empresa es la actividad del empleado y no el empleado mismo; la actividad del empleado es imprescindible para la actividad de la empresa, resultando un acoplamiento de ellas en virtud de las expectativas recíprocas y anteriores de las partes; la inserción ocurre de actividad a actividad, y no de persona a persona. Expresa el autor, además, que el elemento constante que define la posición del trabajador en la empresa no es la subordinación, sino la participación integrativa más o menos intensa de su actividad en la actividad de esta» (RIBEIRO, Paulo Emilio, *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, 2.ª ed., São Paulo, LTR, 1999, p. 473, citado con traducción de las autoras en: ROSSI ALBERT, Rosina, y CORUJO MILÁN, María del Carmen, «Subordinación. Estudio comparado de Jurisprudencia Uruguay-Brasil», en *Cuadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região*, vol. 4, n.º 7, TRT 4.º-Universidad de la República, 2013, p. 40). Este concepto de subordinación objetiva o funcional ha sido complementado por el de «subordinación estructural», expresado en el *leading case* Proceso N.º RO-00059-2007-011-03-00-0, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região, cuyos requisitos se concretan en los siguientes: el trabajador debe prestar su servicio para una organización productiva ajena; los frutos de su trabajo no le pertenecen, sino que le pertenecen a la empresa; el trabajador no posee una organización empresarial propia, no es un empresario, y el trabajador no asume los riesgos de la ganancia o pérdida por el riesgo del negocio. Como se advierte, esta nueva concepción persigue incluir la protección regulatoria del derecho del trabajo también a aquellos trabajadores que están insertos en el ámbito de repercusión de las decisiones de la empresa, o sea, pretende integrar a los trabajadores desprotegidos por un sistema de acumulación flexible.

35 Expresa Sidnei Machado (op. cit., p. 146) que este indicio de la integración a un servicio organizado tiene un gran potencial de operatividad, especialmente para ciertos sectores de actividad profesional liberal como médicos, abogados, profesores, etcétera.

Puede verse cómo la recomendación posiciona a la subordinación o dependencia como un indicio más —o «condición»— en la determinación de la relación de trabajo, pero no la califica como imprescindible, ni su ausencia, con efecto excluyente (numeral I, 12). Ello se deduce de que la convoca aleatoriamente y como ejemplo en la determinación de la relación de trabajo, lo que permite inferir que puede presentarse o no, y en cualquiera de los dos casos, y detectándose otros indicios, calificarse el vínculo como relación de trabajo con garantía de protección del Derecho del Trabajo.³⁶ Por su parte, que la recomendación no adjetive la subordinación como jurídica permite deducir que la meramente económica podría operar también como indicio de relación de trabajo bajo la égida del Derecho del Trabajo.³⁷

Respecto de la *responsabilidad*, indica que la normativa habrá de abarcar todas las formas contractuales precisando a quién incumbe la responsabilidad, en clara alusión a las situaciones de empleador complejo o de descentralización empresarial.

Políticas nacionales instrumentales

En cuanto a las políticas nacionales instrumentales, establece dos tipos: unas, referidas al mecanismo procesal para dilucidar el diferendo, y otras, a la aplicación concreta de los enunciados normativos.

Sobre los *mecanismos procesales* señala:

- la *competencia* para dirimirlos en tribunales especializados en materia laboral o en tribunales de arbitraje a los que trabajadores y empleadores tengan acceso efectivo;
- la *accesibilidad respecto del procedimiento* para dilucidarlos, que lo reclama como expedito, poco oneroso, justo, eficaz y efectivo, en el sentido de que fomente el cumplimiento voluntario.
- Respecto de la *aplicación de los modelos normativos* dispone:
- la *formación* apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo, Derecho Comparado y jurisprudencia de todos los operadores (de judicatura, árbitros, mediadores, inspectores de trabajo, otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo);

36 Concretamente, expresa en el numeral 12: «A los fines de la política nacional a la que hace referencia la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o dependencia».

37 Ermida Uriarte, «La Recomendación de la OIT...», op. cit., p. 679.

- la *interpretación* de los modelos normativos en forma reglada, en el sentido de asegurar la protección efectiva y el objetivo del trabajo decente;
- indirectamente, reglas de *valoración probatoria*, en la medida que plantea la determinación de presunciones legales relativas y absolutas. En efecto: por un lado, refiere a la presunción legal de la existencia de la relación de trabajo cuando se den uno o varios indicios, lo que supone que el sujeto pasivo de la acción tendrá la carga de destruirlos a riesgo de concretarse la presunción y que lo presumido deba ser considerado verdadero definitivamente; por otro lado, admite que, previa consulta de las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores, se podría determinar qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector específico, como asalariados o como independientes. Esto significa una presunción absoluta de laboralidad;
- la amplitud de recepción de *medios probatorios* para acreditar hechos que puedan coincidir con las pautas normativas.

Políticas nacionales de control

En cuanto a las políticas nacionales de control, apunta a la *revisión periódica* de los criterios para determinar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, así como la *colaboración* con los servicios de inspección del trabajo, la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

Aplicación de la Recomendación N.º 198 de la Organización Internacional del Trabajo al caso disparador de la clase

Resulta impactante cómo la Recomendación N.º 198 de la OIT reduce y modera el papel de la subordinación en la determinación de la relación de trabajo. La subordinación deja de ser el centro de la constelación para repositionarse como un elemento más que, incluso, puede o no presentarse.

Sin embargo, resulta también sorprendente la fuerza normativa de la construcción doctrinaria de la década de los setenta a la de los noventa, en tanto hoy por hoy, a más de diez años de su aprobación, la incor-

poración de la Recomendación N.º 198 de la OIT en el ordenamiento jurídico nacional, apenas aparece como parámetro de acción en la jurisprudencia a la hora de indagar hechos para calificar el vínculo jurídico cuando compromete trabajo. Siquiera como expresión de la conciencia jurídica universal, que podría fungir como modelo normativo, ha logrado desplazar la estelaridad de la subordinación. Ello a pesar del esfuerzo argumentativo de la doctrina actual³⁸ y de que, como se señalara al inicio de la clase, el juez no se encuentra atado por el fundamento de derecho invocado por las partes. O sea, bien podría la parte promotora del juicio utilizar como modelo de comparación —pseudomodelo normativo— los elementos típicos de las doctrinas más recibidas de la década de los setenta a la de los noventa, y el juez, resolver aplicando la Recomendación N.º 198 de la OIT. Empero, esta situación, si bien existe en la jurisprudencia nacional, es la minoritaria.³⁹ Y ello, a pesar de que la recomendación constituye una fuente de derecho integrada al derecho nacional, en tanto Uruguay se integra a la OIT y se ha comprometido con ella y con sus fuentes normativas.

Ahora, resulta interesante retomar el ejemplo de clase y analizarlo a la luz del modelo normativo que plantea la recomendación, atendiendo a todos los indicadores y al reposicionamiento de la otrora implacable subordinación y sus indicios.

Veamos. Se pueden relevar los siguientes datos que, bajo la lupa de la Recomendación N.º 198, califican el vínculo como relación de trabajo y, por ende, al amparo del Derecho del Trabajo:

- el repartidor no conseguía los clientes, sino que se los proporcionaba la pizzería luego de ocuparse de recepcionar los pedidos por Whatsapp;
- el logo que llevaba la moto identificaba a la pizzería del barrio;
- entregaba la mercadería y la factura de la pizzería;
- recibía una sanción encubierta cuando faltaba sin avisar con 24 horas de anticipación, consistente con que cuando retornaba, no le asignaban reparto y veía disminuida su remuneración;
- la pizzería anunció que lo sancionaría por llevar la caja de mercadería abierta.

38 Barretto Ghione, «La determinación de la relación...», op. cit., p. 90.

39 Una reseña de citas de jurisprudencia que resuelve conflictos aplicando la Recomendación N.º 198 de la OIT se puede encontrar en: Rossi Albert, «La Recomendación N.º 198...», op. cit., p. 609.

Estos hechos, en la dinámica de la Recomendación N.º 198 de la OIT, prevalecen y opacan otros: que podrían ser indicadores del arrendamiento de servicios pactado, que tuviera que proporcionar la moto, hacerse cargo de los gastos y del mantenimiento, que hubiera firmado un contrato en el que admitía que se trataba de un arrendamiento de servicios y que era autónomo, que pudiera resistirse a llevar algún pedido. Al respecto debe tenerse en cuenta que la misma recomendación indica que corresponde dar prevalencia a la realidad sobre las formas y a los hechos de la etapa de ejecución del vínculo sobre los de la programación, o los que la doctrina llama precontractuales. A su vez, la consideración como premisas tanto en cuanto a que el Derecho del Trabajo heterónimo y también el autónomo son los que proveen de mayor protección a quienes realizan trabajo como en cuanto a la desigualdad negocial entre quien ofrece su trabajo y quien lo toma revela que el juzgador, a la hora de la calificación del vínculo, deberá indagar también acerca del grado de libertad con que habría actuado el trabajador. Justamente, por cuanto en el plano teórico podía elegir comprometerse a través de una u otra modalidad, pero solamente la determinación de una causa razonable podría explicar los motivos por los cuales terminó inclinándose por una modalidad que le proveería menor tutela. Vale decir, una causa razonable que explicara cómo y por qué habría admitido marginarse de la tutela del Derecho del Trabajo.

Con respecto a la asunción de los gastos de la moto, si bien ello suponía asunción de riesgos —típicos del trabajo independiente—, también había otros riesgos fijos, como el flujo de pedidos o los gastos de producción de la mercadería, y otros aleatorios, como las ventas fallidas que los asumía la pizzería.

En cuanto a la firma del contrato, indica la recomendación que debe priorizarse los hechos de la etapa de ejecución, y no los de la programación, que pueden estar afectados por el disminuido grado de libertad derivado de la necesidad de trabajar.

Síntesis del tema planteado

Hoy por hoy, ante las modificaciones de la organización del trabajo y de las relaciones jurídicas que se crean en su entorno, en muchos casos, no es clara la calificación jurídica de un vínculo. La calificación jurídica de un vínculo y la determinación de las obligaciones de las partes que se relacionan resultan imprescindibles a la hora de establecer el derecho aplicable y si hubo o no incumplimiento.

Ahora bien. El ordenamiento jurídico nacional carece de definición conceptual de la relación de trabajo, lo que llevó a que la doctrina, partiendo de una fotografía de la realidad, detectara ciertas características que, por su constante presencia en las relaciones que involucraban trabajo, erigió como elementos típicos. Entre ellos, el más típico: la subordinación en el sentido de sujeción, dirección y control.

Estos elementos típicos fueron recogidos por la jurisprudencia, que luego de un proceso de repetición también les terminó arrogando una suerte de efecto normativo, al punto de que la subordinación, especialmente, se volvió la llave de paso de la calificación del vínculo como relación de trabajo. Asimismo, resulta muy interesante cómo la Recomendación N.º 198 de la OIT, que, según surge de sus considerandos, partió de una mirada profunda de la realidad imperante en los años 2004 y 2005, moderó dramáticamente el estrellato de la subordinación, en tanto admitió que tal carácter podía estar o no en una verdadera relación de trabajo. Y también es muy interesante cómo la jurisprudencia mayoritaria, a pesar de contar con un cuerpo normativo regulador de la determinación de la relación de trabajo, que constituye la fuente del Derecho del Trabajo, prefiere seguir resolviendo este tipo de conflictos aplicando los indicadores de la doctrina especializada.

Corresponde distinguir lo que las partes pactan y la calificación jurídica que ante un diferendo será resuelta por un juez en un proceso jurisdiccional. Las partes podrían pactar un contenido, pero ante el debate de la naturaleza jurídica sometida a la decisión de un juez, este deberá cotejar los hechos de la vida con los índices relacionados en la Recomendación N.º 198 de la OIT, priorizando los de la etapa de ejecución respecto de los de la etapa de programación del vínculo. Ello, por cuanto en la etapa de programación las partes —quien ofrece su fuerza de trabajo y quien la adquiere— son, al menos formalmente, libres de elegir la modalidad con que se vincularán. Pero la libertad formal no siempre se compadece con la libertad real, y, en tales casos, quien tiene menos poder negocial no resuelve, sino que se somete a lo que el otro decide. De allí que cómo las partes actuaron en esta etapa resulta menos trascendente que cómo se comportaran en la ejecución.

NUEVOS CONCEPTOS EN LA REALIZACIÓN DEL TRABAJO: FORMACIÓN PROFESIONAL, COMPETENCIAS LABORALES Y CATEGORIZACIONES EN UN MARCO DE FLEXIBILIDAD LABORAL



Daniela García
Pablo Montes de Oca¹

El mundo del trabajo en el siglo XXI

Panorama general

Vivimos en una sociedad bisagra nacida de un tiempo de Estados que hoy no están, con naciones milenarias y países que recién emergen a la arena política, en un mundo donde la manera de producir se ha transformado vertiginosamente, y, sin embargo, aún subsisten formas organizativas de producción que cargan siglos de historia.

Analizando la historia del ser humano y su relación con el trabajo confirmamos que lo único permanente es el cambio. Desde tiempos antiguos, con preferencia intelectual al ocio y la condena al trabajo manual en la mayoría de las civilizaciones, llegamos a nuestros días, de preeminencia del quehacer humano como elemento distintivo de dignificación, reconocimiento e inclusión social, aunque el Internet de las cosas y la inteligencia artificial aplicada a la mejora de la calidad de vida parecieran ir en busca de un concepto renovado del ocio, así como la automatización sugiere, en una mirada rápida, la obsolescencia del trabajo realizado por personas.

La globalidad nos contiene o nos condena según el escenario económico, político, cultural o social que nos rodea; la bitácora de derechos fundamentales ha alcanzado la quinta generación, aunque ha sido dispar su consagración y aplicabilidad.

¹ Licenciados en Relaciones Laborales de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, primera generación 2014.

En ese sentido, asistimos a una constante tracción para la superación de asimetrías de la relación capital-trabajo, con el objetivo de garantizar condiciones laborales dignas, con ingresos suficientes y protección social adecuada para las personas y su entorno. Persistentes patologías de opresión y prácticas deleznable aún no han podido ser totalmente erradicadas, tales como el trabajo forzado o la explotación de menores, a pesar de robustas normas protectoras de alcance universal y de ingentes esfuerzos institucionales en los más diversos ámbitos.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), con cien años de historia, se yergue como guardián del mundo contra el *dumping* social, consagra principios y contribuye con su prédica a que los Estados miembros se hagan eco de normas y acciones específicas de los derechos fundamentales.

Las relaciones laborales han sido dramáticamente dinámicas, con una tendencia superviviente a marcar el rumbo de las naciones, regiones, zonas de producción. En particular en las últimas décadas, la innovación en tecnología, información y comunicaciones generó actividades laborales hasta entonces desconocidas, formas de producción de bienes y servicios con nuevos conceptos en la organización del trabajo, lo que trajo aparejados renovados semblantes de la explotación, el conflicto y la negociación entre los actores del sistema laboral.

Relaciones laborales en Uruguay

Siempre, detrás de todo hecho político, económico, cultural, social, hay trabajo; por ende, hay relaciones laborales. Con ello, condiciones laborales y de protección que atender, tanto de las personas que trabajan como de su entorno próximo y sus centros de referencia.

Aunque la disciplina es reciente —podríamos tomar el nacimiento de la OIT en 1919 como su origen formal—, ha crecido con el respaldo multidisciplinar que favorece una mirada integral del fenómeno *trabajo*.

En nuestro país tenemos una rica historia de lucha por la protección del más débil en la relación de trabajo. Uruguay está entre los primeros países del mundo que reguló la limitación de la jornada, la seguridad e higiene en el trabajo y la seguridad social para un segmento importante de asalariados a principios del siglo XX. Era el tiempo de una creciente presencia de clase trabajadora organizada en el país, proveniente de diversas latitudes, una progresiva burguesía industrial que asomaba a nuevos mercados, una clase política que se distanciaba de los enfrentamientos armados con el objetivo de construir formas republicanas de gobierno.

La historia de las relaciones laborales en Uruguay se ha modelado según los grados de intervención estatal, determinando el carácter de la negociación colectiva y de la legislación protectora. Si bien hubo períodos pretendidamente abstencionistas, el rol del actor Estado y su acción en el tripartismo ha traído etapas de marcada intervención y promoción del diálogo social.

En los últimos quince años hubo cambios sustanciales en materia de empleo y seguridad social, con efectos diversos y un saldo, a nuestro entender, positivo para todos. En particular, y solo por nombrar algún aspecto con efectos directos en la población en edad de trabajar, se incrementó la protección en materia de subsidios con políticas sociales de acción afirmativa, a través de normas enfocadas a colectivos o a situaciones no contempladas por la regulación vigente: empleo juvenil, personas con discapacidad, personas trans, personas adultas con restricciones de acceso al empleo, entre otros.

Pero sin dudas la promoción y el fomento de la negociación colectiva —bipartita y sobre todo tripartita— como un mecanismo de la distribución de la riqueza, así como la generalización de este derecho fundamental a todas las actividades, ha sido la clave para robustecer las buenas prácticas laborales. Se logró incrementar sosteniblemente el salario por categoría en todas las actividades formalizadas, hubo avances de importancia en condiciones de trabajo y ambientales, y se atendió algunos de los requerimientos a partir de las nuevas formas de organizar el trabajo.

En particular, en la última ronda de Consejos de Salarios se estimuló la incorporación de cláusulas de formación profesional y de cuidados, con un claro objetivo de añadir a la norma los cambios que ya están en el mundo y en nuestra sociedad.

Los nuevos debates

Venimos de un mundo de certezas y transitamos a un mundo de incertidumbres. Lo viejo representa nuestra zona de confort, más previsible y con cierto dominio de los límites de acción, mientras que lo nuevo se condimenta con la adrenalina de enormes desafíos y la imprevisibilidad. Como humanidad, somos parte de decisiones que no está a nuestro alcance controlar.

El mundo del trabajo que marcó el siglo XX, y en el que gran parte de la población actual se inició laboralmente, se organizaba de modo fabril, con condiciones relativamente estables y una regulación laboral típica; además, suponía cierta protección de las economías nacionales, con

mercados que, de algún modo, respondían previsiblemente. Lo común o estable era la relación de trabajo indefinida, con trayectorias de vida en una misma organización. Aún hoy, existen beneficios consagrados en los convenios colectivos que nos llevan a una época en que se proyectaba la subsistencia y el retiro con la perspectiva del único trabajo para toda la vida y para un núcleo familiar, más específicamente, el trabajo del varón jefe de familia.

Como señalábamos, vivimos una época de grandes cambios económicos, globales, con producción de bienes y servicios cada vez más deslocalizada y descentralizada. Las organizaciones privadas y públicas en general tienen un extendido debate sobre la mejora de la productividad, la carga horaria y los flujos de actividad, los requisitos de acceso al empleo y la forma de retribución, por nombrar algunas líneas de discusión. La viabilidad de las empresas se evalúa en función de la adaptabilidad a las exigencias de los mercados internacionales, su capacidad para ser competitivas y flexibles a la hora de atender las demandas; la gestión pública se mide cada vez más en el impacto de la eficiencia de los diferentes servicios en la comunidad.

A su vez, las personas que ingresan al mundo del trabajo aspiran a objetivos que quizá no estén del todo contemplados en los marcos regulatorios actuales, como, por ejemplo, a una distinta distribución del tiempo de trabajo-ocio, o a prestar mayor atención al salario emocional y al clima organizacional.

A lo anterior es de vital importancia sumarle las nuevas agendas de derechos y políticas sociales que de aquellas emergen, que, al ser incorporadas al mundo del trabajo, pueden y de hecho transforman la estructura y cultura organizacional.

Podemos hablar de una nueva dimensión social que rodea al trabajo, que viene a dar cuenta de los avances sociales y los requerimientos que de estos emanan. Por citar un ejemplo, la presencia de la mujer en la actividad remunerada trajo consigo una agenda de reivindicaciones y necesidades a cubrir en ocasión del trabajo, anteriormente no contempladas en el sistema laboral: baños específicos, salas de amamantar, licencias especiales, protocolos de acoso moral, sexual, de violencia privada o en el trabajo.

A menudo, los nuevos conceptos, o las nuevas formas de organización del trabajo, se señalan como cambios impuestos por el actor empresarial, lo que imprime un aspecto negativo y perjudicial para quien desempeña la labor. En relaciones laborales aprendemos que cada fenómeno es complejo, multifactorial y nada inocente; el paradigma del trabajo es un estado permanente de cambios, y lo novedoso es la velocidad de estos.

En ese sentido, y para ser más específicos, presentaremos tres conceptos desde nuestro enfoque de relaciones laborales, que son pilares de las nuevas formas de organizar el trabajo: la formación profesional, las competencias laborales y la flexibilidad laboral. Proponemos con ello una lectura de los nuevos desafíos en el ámbito de la discusión, el conflicto y la negociación colectiva.

Formación profesional

La formación profesional constituye, a nuestro entender, el cambio de paradigma más profundo e influyente en el siglo XXI.

Si bien la adquisición de saberes se remonta a los orígenes de la humanidad, la evolución del concepto *trabajo* y la del sistema de producción capitalista son responsables de promover una creciente demanda de destrezas, habilidades y desarrollo de las personas, tanto a nivel personal como laboral.

El mundo, cada vez más tecnificado y automatizado, cuyas actividades son más sofisticadas y diversas, exige una creciente demanda de formación. Mientras que hace unas décadas las personas se formaban para toda la vida y, en general, para una sola actividad, actualmente se requiere un vínculo permanente con el aprendizaje.

La formación profesional es un derecho fundamental; desde el enfoque del Derecho del Trabajo, es una proyección del derecho a la educación, y consiste en la adquisición de saberes y habilidades que estén relacionados con el trabajo, que conlleve a la calificación y a la apertura de nuevas oportunidades.

Los efectos de la formación profesional en la comunidad activa o en edad de trabajar son prácticamente excluyentes: quien no se actualiza o no aprende queda obsoleto rápidamente, y su oportunidad de acceder, permanecer y crecer en el ámbito laboral se materializa en la descalificación; sin embargo, aquellas personas que se forman reúnen la capacidad de adaptación a los cambios, a la reconversión laboral, a puestos de mayor calificación, mejores condiciones e ingresos.

Esta instancia en la que convergemos es una ocasión de formación profesional; la adquisición de conocimientos sobre las relaciones laborales en general, así como de conceptualizaciones específicas, como el conflicto, la negociación, la organización del trabajo, es de gran importancia, a nuestro entender, para las personas que trabajan y están sindicalmente organizadas. Las leyes de negociación colectiva n.ºs 18.508 y 18.566 para el ámbito público y el privado respectivamente consagran el derecho a la formación para la mejor representación y el ejercicio de la negociación.

La formación profesional se vuelve más tangible cuando la consideramos en el proceso de negociación colectiva, y, sin dudas, forma parte de los intereses compartidos por todos los actores laborales en el ejercicio de la buena fe. La doctrina más recibida del Derecho del Trabajo y de las relaciones laborales habla de un estadio superior de relacionamiento entre las partes, en la medida que se comparte que el desarrollo de las organizaciones solo se mantiene con el desarrollo de las personas que las integran.

En Uruguay la importancia que el actor estatal le ha dado a la formación profesional ha sido progresiva. En ese sentido, el Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional tiene cada vez mayor presencia en las políticas de empleo, con vistas a calificar cada vez más a las personas que buscan trabajo y a los que están empleados, a fomentar acciones concretas de inserción y reconversión laboral, otorgando espacios de aprendizaje y actualización a trabajadores y empresarios.

La multiplicidad de cometidos y políticas desarrolladas por el instituto genera aportes considerables al sistema de relaciones laborales, ya que lo aleja de la obsolescencia y lo acerca a las condiciones de adaptabilidad del mundo del trabajo, ya que se entiende necesaria una formación continua.

De cara a los nuevos debates que dimos cuenta anteriormente, surge la inquietud —lo imprevisible tal vez— de cómo será el desarrollo de las personas en un contexto laboral crecientemente flexible. Nos preguntamos cuánta formación —en calidad y cantidad— se requerirá para que una persona adquiera y mantenga su empleabilidad. Quizás una pregunta más será qué importancia le dará la sociedad organizada a la formación profesional en el contexto de inestabilidad global.

Competencias laborales

La OIT ha definido la competencia laboral como la capacidad efectiva, real y demostrada para llevar a cabo exitosamente una actividad laboral plenamente identificada. La competencia laboral se desarrolla a partir de la presencia y retroalimentación del conocimiento (saber), las habilidades (saber hacer), la comprensión (saber entender) y la actitud (saber ser).

Decíamos que venimos de un mundo donde nos formábamos para toda la vida; llegamos a un momento histórico en el cual es necesario formarnos durante toda la vida. Pues bien, no solo se requiere tener la formación adecuada a los avances científico-tecnológicos y las exigencias globales para la producción de bienes y servicios, sino que, además, es preciso demostrar que podemos hacerlo en forma eficiente.

Una organización del trabajo con enfoque de competencias tiene más posibilidades de superar los desafíos del mundo actual, ya sean emprendimientos de pequeñas o grandes dimensiones, ya que los que trabajan en esa organización tienen herramientas suficientes para insertarse y adaptarse de manera integral.

En la actualidad es cada vez más utilizado el enfoque de competencias por la parte empleadora para la descripción de los puestos de trabajo y su valuación, para la selección de personas y su posterior inserción, para definir los planes de formación y desarrollo de la empresa o institución. Por ello, entendemos que es una discusión ineludible para los actores del mundo del trabajo, que debe estar presente en los mecanismos de fijación de salario y condiciones laborales.

Las competencias requeridas para un puesto de trabajo se definen a partir de la combinación de los elementos que las conforman, tomados de manera más o menos concreta para asumir determinadas responsabilidades, retos y contingencias. Se categorizan según la capacidad de ejecución de tareas y los atributos personales (habilidades, actitudes), considerados específica o conjuntamente. El resultado de la combinación de los elementos es la matriz de competencias, cuyo objetivo es diseñar la estructura de puestos y cargos de una organización.

De esta forma, es posible ordenar las competencias en tres grandes familias: por un lado, tenemos las competencias genéricas, que son las competencias claves para la organización (transversales, transferibles, interpersonales); por otro lado, tenemos las competencias específicas, y estas refieren a las competencias propias de la ocupación, al conocimiento que se debe tener del trabajo concreto, lo que se debe saber, pero —sobre todo— lo que se debe saber hacer; en tercer término, tenemos las competencias técnicas, que son aquellas competencias instrumentales.

Quienes seleccionan personas para ocupar determinados puestos de trabajo, según las nuevas formas de organización, buscan individuos que puedan cumplir con las capacidades técnicas que requiere el puesto y, ante todo, con una pirámide de competencias genéricas que serán descritas seguidamente.

Hay una primera competencia considerada básica: el trabajador debe buscar *solucionar un problema*, y esto es en el sentido estratégico de la organización; si se requiere cubrir un puesto de trabajo, es para atender una necesidad, por lo que el trabajador que incorpore debe saber hacer eso que el empleador requiere.

Hay un segundo escalón, en el que se busca la *capacidad de adaptación* del trabajador sea condición necesaria: ya no es suficiente con saber hacer, sino que, además, no puede ser alguien que no tenga la

mente abierta a los cambios. En este nivel también se busca a alguien que logre enfrentar la adversidad y tenga capacidad de resiliencia.

En un tercer escalón, se va por una competencia trascendente para el afianzamiento en el trabajo específico: la *confianza en sí mismo*, como parte del sentido propositivo.

En un cuarto escalón, se indaga por una competencia imprescindible para la organización moderna: el *trabajo en equipo*. La organización empresarial es un conjunto de personas que están juntas bajo determinados requerimientos y para determinados propósitos, que la hacen sostenible bajo cierta lógica de vasos comunicantes. El trabajo en equipo es la versión comprimida de la organización a la que se pertenece; no es posible pensar estrategias de ningún tipo sin la apertura de diálogo y sin tiempo de trabajo con otros, de forma presencial o con comunicación remota.

En un quinto escalón, se busca una competencia de valor añadido y relevante en momentos en los que lo constante es el cambio: la *creatividad*. En un mundo en donde la continua disrupción de innovación y el desarrollo son una realidad, esta competencia se convierte en un elemento clave, se vuelve esencial a la hora de pensar el diseño de un puesto de trabajo de una organización.

En un sexto escalón, se persigue una competencia imprescindible en cualquier organización: la *toma de decisiones*. No es un componente menor, es crucial para la organización, pues define el tempo y la capacidad de respuesta de la organización, más allá de los reglamentos, protocolos y potestades. Dicha competencia es considerada positivamente a la hora de superar los aspectos negativos burocráticos de las organizaciones, y se valora cada vez más que en los perfiles de los puestos la tengan como un requerimiento.

En un séptimo escalón, tenemos una competencia indispensable para los tiempos que corren, en los que la innovación puede ser el elemento distintivo que haga posible la superación de una empresa: la *asunción de riesgos*. Esta es una competencia que se demanda cada vez más, aunque genera debates diversos en el marco del trabajo subordinado, sobre todo si se tiene en cuenta la porción creciente de trabajadores autónomos.

Por último, tenemos una competencia sin la cual ninguna organización sobrevive: el *liderazgo*. Se trata de una competencia muy valorada que corona las anteriores. El líder debe querer asumir su rol, y los demás deben aceptar su rol; no se es líder por imposición, se debe tener esa competencia, e implica conducción con consentimiento de los liderados, un rasgo que tradicionalmente se asocia a los roles de mando de las organizaciones, cualquiera sea el tipo.

Asimismo, y en este escenario de nuevas formas de organización del trabajo, del nuevo paradigma de la formación profesional y en un mundo del trabajo que cada día más se nutre del saber hacer, es necesario superar la vieja estructura de la categoría por la nueva dimensión que adquiere el puesto de trabajo.

Los puestos de trabajo están adquiriendo una nueva dimensión con otras exigencias, con nuevos conceptos y contenidos, pero con viejas definiciones que están pautadas y pactadas en un tiempo en el que —como señalábamos al comienzo— el sistema de producción se desarrollaba en economías no tan abiertas, más estables, más predecibles en su acontecer, con escasa volatilidad.

El método de fijación de salarios por categoría que tenemos en Uruguay mantiene categorías que han sido superadas por la realidad. Entendemos que es urgente plantear en los ámbitos de discusión este tema; por ello es imprescindible formarse en la descripción de puestos de trabajo. En algunas actividades y en el marco de la negociación colectiva por rama, se ha trabajado para actualizar la descripción de puestos y categorías salariales; la industria de la construcción es un excelente ejemplo de diálogo social profundo en esa materia, luego de un largo proceso de análisis de la actividad.

Hay varios modelos teóricos para encarar este impostergable debate de las nuevas formas de organización y valuación del trabajo, aunque, a nuestro entender, lo importante es que la discusión sea con la participación de los trabajadores en sus distintos niveles, para lograr su involucramiento real en el proceso de cambios. Dicho de otra manera, para que sea fructífera, no puede ser una descripción por imposición, sino por convencimiento y con participación activa.

Uno de los métodos más usados es el de *análisis ocupacional*, que incluye tres pasos básicos: en primer lugar, se debe describir qué hace la persona en ese puesto de trabajo; en segundo lugar, cómo lo hace, y en tercer lugar, se debe responder por qué lo hace.

Otro método ampliamente aceptado es el *método DACUM*, el cual parte del saber del trabajador para describir el puesto de trabajo; su base está en el trabajador experto, y desde su descripción se define la ocupación, que toma en cuenta los conocimientos, las habilidades, los equipos y herramientas utilizados, así como el comportamiento de las personas en su lugar de trabajo. Es un método bastante más complejo que el anterior, aunque tiene resultados más concluyentes.

Cada método tiene sus propias características, sus limitaciones y sus virtudes; no hay una receta y —por supuesto— hay muchos métodos. Para definir el adecuado, hay que estudiar las características del contexto y el grado de profundidad al que se pretende arribar, así como el

nivel de consensos necesarios para su realización, los que surgirán del grado de diálogo social entre las partes, en particular, de la negociación colectiva y su capacidad de concretar acuerdos.

Flexibilidad laboral

Gran parte de la normativa laboral que conocemos ha generado un sistema de relaciones laborales bajo un enfoque del Derecho del Trabajo clásico, para contrarrestar los efectos del modelo taylorista-fordista de producción, que incluye: relaciones bilaterales de trabajo y de duración indefinida, limitación de la jornada completa en ocho horas, sistema de descansos, salarios y tareas por categorías, lugar de trabajo específico, etcétera.

La globalización y la volatilidad del comercio internacional han encauzado la producción de bienes y servicios hacia modelos que se alejan del formato clásico industrial, lo que trae aparejados cambios de las condiciones laborales, con resultados mayormente negativos para quienes trabajan.

La flexibilidad laboral está vinculada a la capacidad de supervivencia de las empresas, cuanto más al interés de aumentar la productividad —por ende, las ganancias—, lo que fuerza la desregulación, en tanto se quiebran ciertas rigideces de la relación típica de trabajo. Esto nos lleva a distinguir la flexibilidad de la flexibilización laboral. Esta última se define como la precarización de las condiciones establecidas en la relación de trabajo; en tanto la flexibilidad tiene un componente de adecuación del escenario laboral sin que implique necesariamente un perjuicio para el trabajador.

Sin embargo, el concepto de flexibilidad laboral tiene algunos beneficios como: adecuación de las jornadas laborales a la vida privada de quien trabaja, gestión de los descansos, mayor oferta de empleo para algunos segmentos de la población, por ejemplo, jóvenes estudiantes, entre otros. En este sentido, podemos identificar tres dimensiones de la flexibilidad laboral: la vida empresarial en su relación con el trabajador individualmente considerado, la acción colectiva frente a la elasticidad que se impone y las limitaciones derivadas de la norma. La primera dimensión se expresa en temas que hacen a cuestiones de la relación laboral típica, como pueden ser condiciones de contratación, determinación de la jornada, regulación del sistema de descansos, determinación del espacio de trabajo, incorporación de elementos de riesgo (por ejemplo, el vehículo de trabajo). La relación de trabajo *part-time*, el teletrabajo, la movilidad de los descansos diarios y semanales pueden reunir elementos beneficiosos para el trabajador, en tanto contengan la adecuada

protección social y no redunden en la precarización (de lo contrario, la flexibilidad se convierte en flexibilización).

En la dimensión de la acción colectiva, la flexibilidad laboral demanda a la sociedad organizada, especialmente a los sindicatos, repensar estrategias de defensa de los intereses y de promoción de los derechos fundamentales; por ejemplo, el tratamiento de los descansos para las personas que trabajan solo sábados y domingos, o los que trabajan solo la mitad del día.

La tercera dimensión tiene que ver con las limitaciones de la norma, que fue creada en otro contexto político, económico y social; el debate se centra en los vacíos normativos para las personas que trabajan en regímenes diferentes a los considerados en la legislación vigente.

Analizando el concepto, podemos afirmar que la flexibilidad laboral exige un abordaje holístico y en clave de derechos fundamentales. Adecuar las estructuras organizacionales a las nuevas formas de producción puede traer consigo la oposición de los trabajadores, inestabilidad, incertidumbre; la incorporación de las tecnologías profundiza más aún la brecha entre la viabilidad de las empresas y el mantenimiento de las condiciones laborales de las plantillas.

Es razonable y esperable que el sistema de relaciones laborales esté dispuesto a analizar en profundidad los cambios que se avecinan.

Conclusiones

Las nuevas formas de organización del trabajo conllevan desafíos de adaptabilidad a los cambios y horizontes imprevisibles. El mundo del trabajo se transforma velozmente; las profesiones y los oficios históricos caen en la obsolescencia con tal rapidez que los perdemos de vista. Esto nos obliga como sociedad a romper con el paradigma tradicional de relaciones laborales y contratos de trabajo, en tanto el sistema de producción demanda trabajadores capaces de adaptarse a los nuevos retos de elaboración, distribución e ingresos.

En nuestra opinión, es un tema que genera y merece un debate profundo, por las implicancias que tiene en la vida de las personas que trabajan. Los modelos teóricos de mejoramiento de la productividad de las empresas o instituciones no suelen abarcar los imponderables de lo cotidiano ni la real vitalidad de quienes desarrollan la labor. En nombre de la excelencia se puede tender al desarrollo humano, pero también se cometen abusos de poder y acosos de variada índole, que provocan daños y perjuicios tanto en lo individual como en el entorno familiar, social y laboral.

Los cambios debilitan algunas reivindicaciones, aunque al mismo tiempo fortalecen otras. El caso del teletrabajo es un claro ejemplo: reglas laborales en el ámbito privado de la persona que trabaja, potestad del empleador remota, minimización del tiempo *in itinere*, reducción de gastos de transporte y de alimentos fuera del hogar, atomización de la plantilla de trabajo, reducción del diálogo presencial entre pares, entre muchos efectos más que se podría nombrar. Cada cambio tiene base en la organización tradicional del trabajo de tipo fabril (locación específica, tiempo de trabajo determinado para todos, supervisión directa, traslado, descansos y más), que se modifica según el interés de alguna o ambas partes de la relación laboral.

Desde el enfoque de las relaciones laborales y la promoción de derechos fundamentales, el quehacer humano ofrece un espacio donde es posible el desarrollo de las personas, sea de carácter dependiente o autónomo, remoto o localizado, o tantas variantes como haya según las nuevas formas de organizar el trabajo en sociedad.

Lo importante, a nuestro entender, es que las personas que trabajan y sus organizaciones cuenten con herramientas para comprender los cambios, para discutir, negociar y acordar condiciones e ingresos adecuados, así como promover el bienestar, en sintonía con las transformaciones del mundo del trabajo y teniendo en cuenta la acción de los demás actores.

Bibliografía consultada y sugerida

En este último punto, dejamos constancia de la bibliografía consultada y que sugerimos para la profundización de la temática expuesta.

Aclaremos, además, que parte de los conceptos vertidos surgió de material de clase, del plan de estudios 2012 de la licenciatura en Relaciones Laborales, cursada por quienes suscriben.

IGLESIAS, Leticia, *Relaciones laborales. Globalización*, t. 1, Montevideo, Nuevo Copyced, 2018.

Instituto de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, *Curso de Relaciones Laborales*, Montevideo, Instituto Cuesta Duarte - PIT-CNT, 2015.

OIT, Cinterfor, y Facultad de Derecho, *Formación profesional, productividad y Derecho del Trabajo*, Montevideo, OIT-Cinterfor, 2015.

RASO, Juan; BARRETTO GHIONE, Hugo, y LOUSTAUNAU, Nelson, *Las nuevas relaciones laborales en Uruguay*, 2.^a ed., Montevideo, FCU, 2014.



Fabián Pita¹

Protección ante la insolvencia patronal

El salario, por ser el principal sustento de la persona trabajadora, o como se dice jurídicamente, por tener naturaleza alimentaria, ha tenido un importante régimen de protecciones. En primer lugar, se trata de protegerlo de los acreedores del trabajador cuando se establecen máximos de retención. Eso sucede cuando un trabajador quiere sacar un préstamo, pagar un alquiler u otras conductas similares poniendo de garantía su salario: se puede hacer, pero hasta cierto límite. Esto está establecido en la Ley N.º 17.829 del año 2004 y sus modificativas. Pero también se ha hecho necesario, a través del tiempo, brindarle una protección frente a los eventuales acreedores del empleador. El objetivo ha sido salvaguardar al trabajador de las deudas que pueda tener el empresario. Recordemos que toda la finalidad de las normas laborales ha tenido como norte la protección del trabajador, por entender que se trata de la parte más débil de la relación de trabajo. Este caso no es la excepción.

En nuestro país, en forma temprana, normas civiles presentaron mecanismos de protección al salario. Posteriormente, se amplió el elenco y se crearon otras normas, propiamente laborales. En este sentido, pueden citarse como hechos importantes: la ratificación, en 1953, del Convenio N.º 95 sobre la protección del salario y el Decreto-Ley N.º 14.188 del 5 de abril de 1974, que consagra una justicia laboral especializada a efectos de tratar conflictos individuales de trabajo y dispone que los créditos reconocidos por sentencia no deberán aguardar lo que resulte de la quiebra o concurso. O sea, les da una preferencia frente a otro tipo de créditos, lo cual es muy favorable para el trabajador.

1 Aspirante a profesor adscripto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

La Ley N.º 18.387 de reforma concursal es la última en esta materia. Tuvo como finalidad establecer un régimen general de procesos concursales para poder cumplir con el pago de las deudas adquiridas, pero también para poder sacar adelante el emprendimiento en la medida de lo posible. Asimismo, consagró disposiciones para proteger al acreedor laboral por medio del privilegio. Determinó mecanismos nuevos con el propósito de garantizar una mejor solución para el acreedor trabajador. En este sentido, se pueden nombrar herramientas como: el pronto pago; el régimen amplio de verificación de los créditos; la introducción de la posibilidad de obtener el uso precario de los bienes del concursado, para su gestión a través de una cooperativa o una sociedad comercial formada por los trabajadores de la empresa, y la venta en bloque de la empresa en funcionamiento.

Los procesos concursales suelen ser actividades muy complejas por la multiplicidad de intereses que pueden existir y por la agregación de otros sujetos, como puede ser el síndico, que es quien llevará adelante el concurso.

De alguna manera, uno de los fundamentos de consagrar el fondo de garantía de créditos laborales es para darle al trabajador otras protecciones más expeditivas que lo que significa afrontar los resultados de un concurso. Puede haber casos en que se demore mucho tiempo o que no existan bienes suficientes para satisfacer todas las demandas. Por eso, se ha entendido oportuno el establecimiento de un fondo como el aprobado para dar mayor celeridad a la posibilidad de cobro por la parte trabajadora, derivado de la naturaleza alimentaria del salario que se mencionó al principio.

Los fondos de garantía de créditos laborales

Consideraciones generales

En otros sistemas jurídicos, como sucede, por ejemplo, en España y Francia, se crearon mecanismos distintos para garantizar el cobro de los créditos laborales en los casos de insolvencia patronal.² Se organizan de distinta manera y tienen diferentes nombres, pero, en definitiva, todos tienen en común que se basan en un aporte patronal para sostener dichos fondos, los cuales una institución determinada se encargará de administrar. Luego, esos fondos son los encargados de abonar al

2 PITA, Fabián, «El proceso de aprobación de la ley de fondo de garantía de créditos laborales para los casos de insolvencia patronal», en *Revista Derecho Laboral*, t. LXI, n.º 272, Montevideo, octubre-diciembre, 2018, pp. 742-743.

trabajador cesante una suma de dinero para poder compensar la imposibilidad de cobro de sus créditos laborales.

Regulación en las normas internacionales de trabajo

Unas de las normas internacionales que tratan el tema son el Convenio Internacional del Trabajo (CIT) N.º 173, aún no ratificado por Uruguay, y la Recomendación N.º 180, ambas de la Organización Internacional del Trabajo y sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia patronal. El CIT N.º 173 dispone lo que se entiende por insolvencia patronal en su artículo 1:

Aquellas situaciones en que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores.

Este convenio les da flexibilidad a los Estados miembros para elegir el sistema de protección más adecuado de acuerdo con sus necesidades e intereses.³ Prevé la posibilidad de que cada país que lo ratifique indique si va a aceptar las obligaciones de la parte II, relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, las obligaciones de la parte III, relativa a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía, o las obligaciones de ambas partes. Su elección deberá consignarse en una declaración que acompañará a la ratificación. Determina también que:

Todo Miembro que solo haya aceptado inicialmente las obligaciones de la parte II o de la parte III del presente Convenio podrá extender ulteriormente su aceptación a la otra parte, mediante una declaración comunicada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

La Recomendación N.º 180 establece, entre otras cosas, las características que deberían reunir los fondos de garantía:

- deben tener autonomía administrativa, financiera y jurídica con respecto al empleador;
- los empleadores deben contribuir a su financiación, salvo que esté íntegramente asegurada por los poderes públicos;

3 BRONSTEIN, Arturo, «Protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador: nuevas normas de la oit», en *Revista Derecho Laboral*, t. XXXV, n.º 167, Montevideo, julio-setiembre, 1992, p. 442.

- las obligaciones deben ser asumidas, aunque el empleador no haya hecho sus contribuciones;
- la entidad debe tener la posibilidad de subrogarse para recuperar lo pagado;
- los fondos solamente pueden emplearse para el propósito que fueron recaudados.

Tanto el CIT N.º 173 como la Recomendación N.º 180 relacionan la insolvencia de manera directa con la existencia de procedimientos de liquidación de la empresa.⁴ Sin embargo, seguidamente, amplían los marcos de la definición, dejando abierta la posibilidad de que los Estados miembros incluyan

Otras situaciones en que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador, por ejemplo, cuando el monto del activo del empleador sea reconocido como insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

Los proyectos de creación de fondos de garantía

Desde 1986 a la fecha se han sucedido, infructuosamente, en nuestro país diversos proyectos que procuraron instaurar un mecanismo de seguridad social de garantía a los trabajadores que enfrentan la insolvencia patronal, de efectiva satisfacción de los créditos que se les adeuden, sin los inconvenientes prácticos y las demoras que implican los procedimientos judiciales vigentes. Se presentaron proyectos en el año 1986, en 1988, en 2000 y, finalmente, en el año 2015. Esos proyectos anteriores no pudieron aprobarse. Sin embargo, el del año 2015 operó como aliciente para que el Poder Ejecutivo enviara el suyo propio.

Proyecto presentado en 2015

El proyecto original del año 2015 fue presentado por dos diputados del oficialismo el 7 de setiembre de 2015. Su objetivo era plasmar una solución legislativa más acorde con la normativa internacional y otras soluciones de Derecho Comparado, tendientes a lograr una protección eficaz de los créditos laborales, mediante la creación de un fondo de

4 El texto del CIT N.º 173, en el artículo 1.1, dice así: «Aquellas situaciones en que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores».

garantía. Este proyecto quiso retomar algunas de las soluciones propuestas en proyectos anteriores que no fructificaron.

Aquel proyecto preveía que el fondo de garantía se financiara con una contribución especial que debían aportar los empleadores, de hasta 0,5 % de todos los rubros laborales que constituyen materia gravada, que se abonaría junto con los restantes aportes a la seguridad social y sería administrado por el Banco de Previsión Social (BPS) (de forma independiente a los demás fondos existentes). La insolvencia patronal era lo que hacía entrar a jugar el mecanismo de garantía, como en la solución legislativa actual. Establecía también la intervención de una comisión tripartita, que examinaría el estado de insolvencia y resolvería acerca del pago de la prestación, entre otros cometidos. Esta y otras diferencias llevaron a que el Poder Ejecutivo remitiera su propio proyecto de ley.

Proceso de elaboración de la Ley N.º 19.690

Presentación del proyecto de ley por el Poder Ejecutivo

El 27 de agosto de 2018 el Poder Ejecutivo remitió el proyecto de ley. Cabe señalar que su contenido era muy similar al que fuera enviado oportunamente por los diputados Carlos Reutor y Luis Puig en el año 2015. Dicho proyecto tenía el propósito de plasmar una solución legislativa más acorde con la normativa internacional, con la intención de brindar una protección eficaz de los créditos laborales a través de la creación de un fondo de garantía. En este proyecto, a su vez, se consagraban previsiones de los proyectos anteriores que no prosperaron.⁵ El proyecto remitido por el Poder Ejecutivo en 2018 pasó, en primer lugar, a estudio de la Cámara de Representantes. En dicha cámara, como es habitual, fue derivado a la Comisión de Legislación del Trabajo. A ella concurrieron delegaciones de los distintos actores sociales involucrados, como la Cámara de Industrias del Uruguay, la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay, la Liga de Defensa Comercial y la Cámara de la Construcción del Uruguay. Por el sector trabajador concurreó una delegación del PIT-CNT. También fue invitado el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Posteriormente, el proyecto fue aprobado en sala el 9 de octubre de 2018, y al día siguiente se le dio entrada en

5 GIUZIO, Graciela; GANDINI, Ana Laura, y PITA, Fabián, «La protección de los trabajadores en los casos de insolvencia patronal a través de mecanismos de seguridad social. Análisis de su pertinencia a 30 años cumplidos de los primeros proyectos», en *Revista Derecho Laboral*, t. LIX, n.º 264, Montevideo, octubre-diciembre, 2016, pp. 720-723.

el Senado. Allí lo trató la Comisión de Asuntos Laborales y Seguridad Social. En el plenario en sesión del 23 de octubre de 2018 se modificó el proyecto de ley, y este volvió a la Cámara de Representantes, la cual finalmente lo aprobó el 24 de octubre de 2018.

Contenido de la Ley N.º 19.690

En definitiva, se crea un fondo de garantía de créditos laborales en el ámbito del BPS. La contingencia cubierta es la insolvencia, y la ley aprobada no elabora un concepto propio de insolvencia, sino que se remite a lo establecido en la norma general, o sea, la Ley N.º 18.387.

En este caso, para hacer el examen de la ley, la separaremos por los temas regulados.

Creación

En el artículo 1 de la ley se establece la creación del fondo de garantía de créditos laborales en el ámbito del BPS ante la insolvencia del empleador. En cada ordenamiento jurídico se ha buscado distintas posiciones institucionales para colocar este tipo de fondos de garantía. En el caso uruguayo, se ha elegido ubicarlo en el BPS, organismo público con una vasta trayectoria ya de gestión de la seguridad social uruguaya. En este sentido, se lo ha entendido como óptimo para desarrollar esta tarea, ya que tiene como cometido la recaudación de los distintos aportes vinculados a la relación de trabajo, además de todas sus otras actividades.

Insolvencia

La ley sancionada recoge respecto de la insolvencia en su artículo 3 que:

A los efectos de la presente ley se entiende por insolvencia del empleador cuando en los procedimientos previstos por el Título VII del Código General del Proceso y/o de la Ley N.º 18.387, de 23 de octubre de 2008 y modificativas, se haya aceptado o rechazado el concurso y el trabajador no hubiere visto satisfecho su crédito laboral.

Esto significa que el empleador se ha amparado en algunos de los procedimientos previstos para solicitar el concurso de acreedores, o sea, cuando se determina que no podrá hacer frente a sus deudas y, por lo tanto, pide una manera especial para hacer frente a ellas. También es necesario que el trabajador no haya cobrado lo que se le quedó debiendo.

Ámbito de aplicación

En el artículo 4 de la ley aprobada se habla de los trabajadores de la actividad privada, en las condiciones que establezca el Poder Ejecutivo en la reglamentación. En efecto, en el artículo 1 del Decreto Reglamentario N.º 77/019, el Poder Ejecutivo determinó que quedan comprendidos los trabajadores de la actividad privada que estén amparados por el BPS, la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias, y la Caja Notarial. Esto significa que no están comprendidos los trabajadores estatales, aun afiliados al BPS, y tampoco los incluidos en los servicios de retiros militares o policiales. Tampoco aquellos afiliados a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios. En ese mismo artículo del decreto se hace un cronograma de inclusiones en el sistema de acuerdo con los grupos de los Consejos de Salarios. Se trata de una forma de establecer un orden al comienzo de este nuevo sistema. Al 1 de marzo de 2020 ya deberían estar ingresados todos los empleadores comprendidos en los restantes grupos.

Exclusiones

Cuando hablamos de exclusiones, nos referimos a aquellos trabajadores que no pueden ser beneficiados con lo que establece esta ley, en algunos casos, por cierta cercanía con las decisiones principales de la empresa y, en otros, por haber encontrado otra solución a la viabilidad del emprendimiento productivo. De acuerdo con lo señalado, quedan excluidos, en primer lugar, según lo dispuesto en el artículo 5 literal A de la ley, los que tengan con el empleador o con los integrantes de los órganos de dirección de la empresa o establecimiento un vínculo de parentesco por afinidad o consanguinidad hasta el tercer grado inclusive. Tampoco están incluidos los trabajadores de alta dirección, como directores, gerentes y todos los que tuvieran poder de decisión acerca de cuestiones fundamentales en la empresa. No se incluye tampoco a quienes armen una cooperativa de trabajo para dar continuidad al emprendimiento en el que trabajaban, que podrá hacerse siempre y cuando el juez competente haya designado a la cooperativa como depositaria de los bienes de la empresa, con el uso precario de dichos bienes.

Créditos garantizados

En cuanto a los créditos garantizados, se incluyen sueldos o jornales generados en los seis meses inmediatos a la fecha de cese de pago o último salario abonado. También lo correspondiente por aguinaldo,

licencia y salario vacacional generados durante los dos últimos años, contados desde el mismo momento que en el caso anterior. Queda comprendida la indemnización por despido común y la multa del 10 % prevista en el artículo 29 de la Ley N.º 18.572 sobre los otros créditos mencionados. No se cubren créditos invocados que estuvieran prescriptos, lo cual colabora a brindar certeza jurídica (artículo 6). La reglamentación aclara que por sueldos y jornales se entiende la remuneración básica que percibía quien trabajaba. En el caso de comisiones y destajo el promedio se hace en lo percibido en cada jornada de trabajo en un período de seis meses (artículo 3). Es importante lo que ese artículo 3º del decreto reglamentario excluye de la cobertura. Se excluyen: horas extras, descansos intermedios trabajados, todo tipo de primas por asiduidad, productividad, antigüedad, nocturnidad, alimentación y vivienda, y toda otra partida marginal del salario.

Verificación de los créditos

En el proyecto del Poder Ejecutivo se estableció que los créditos se consideran verificados si fueron reconocidos en un procedimiento concursal, conforme a los artículos 93 a 107 de la Ley N.º 18.387 o por sentencia firme dictada por la justicia competente en materia laboral (artículo 7).

Límite máximo garantizado

En el proyecto del año 2015 se fijaba el límite máximo en 105.000 unidades indexadas (en adelante, UI) de los créditos laborales garantizados. El proyecto del Poder Ejecutivo retomó esta disposición y le agregó que los trabajadores que hubieran cobrado alguna suma por el procedimiento del pronto pago imputarían dichas sumas al límite máximo impuesto (artículo 8).

Prestación

El BPS debe hacer el pago de la prestación al trabajador si se consta la insolvencia del empleador y se hace la verificación de los créditos. En el segundo inciso del artículo 9º, se establece cómo se sirve la prestación en caso de fallecimiento del causahabiente, o sea, qué sucede cuando el trabajador fallece. El decreto reglamentario en el artículo 5 señala que el BPS hará un único pago con esa suma límite que se señalaba de 105.000 UI, a la que se le harán los descuentos por contribuciones es-

peciales de seguridad social. La imputación se hará sobre los créditos más antiguos, y si son de la misma fecha, a prorrata. Si se trata de trabajadores amparados por otra entidad de seguridad social, o sea, otra caja, el mismo artículo 5 del decreto dispone que el BPS debe tomar los recaudos que le efectúe esa otra entidad. En el decreto reglamentario (artículo 8) se estipula que la posibilidad de cobrar esta prestación caducará a los cuatro años, contados desde la fecha en que pudo ser exigible. Se dice en ese mismo artículo que el crédito se entiende exigible desde el momento en que se acepte o rechace el convenio concursal o se decrete la liquidación del empleador.

Financiación

Luego de distintas propuestas que hubo en los proyectos de ley anteriores, se determinó que la contribución sea del 0,025 % de las partidas que constituyan materia gravada de acuerdo al artículo 153 de la Ley N.º 16.713, independientemente del ámbito de afiliación jubilatoria del empleador (artículo 10). La reglamentación en el artículo 6 aclara que esta contribución será exclusivamente patronal. Esto zanja la discusión sobre si la contribución la deben abonar ambas partes. En los proyectos anteriores era claro que se trataba de una contribución patronal, pero en la ley sancionada no lo es.

También se financia con los recuperos de los créditos subrogados por los trabajadores beneficiarios. Acá se refiere a las sumas que el BPS recupere cuando ejerza su facultad de subrogación, según lo que dispone el artículo 12 de la ley. Hay un segundo inciso en el que se establece que el Poder Ejecutivo puede reducir la tasa de aportación o suspender su percepción en forma temporal si el fondo cuenta con recursos suficientes como para cumplir con las prestaciones que la ley le asigna. En caso contrario, se establece que:

El Estado podrá integrar el Fondo de Garantía a efectos de mantener la cobertura del riesgo de insolvencia patronal hasta tanto lo recaudado por la contribución prescrita en el inciso primero pudiera restablecer la financiación de la prestación.

El decreto reglamentario aclara que las entidades que cuenten con exoneración de aportes patronales no estarán obligadas tampoco a hacer este aporte al fondo (artículo 7).

Presunción de fraude

El BPS debe remitir las actuaciones a la fiscalía penal que corresponda si se entiende que hay presunción de fraude (artículo 11). Esto significa que si se entiende o existe una presunción de que en la insolvencia ha habido algo fraudulento para poder cobrar lo que corresponda por el fondo, aunque hubiera habido otra manera de hacerlo, se moviliza la acción penal. Lo hace el BPS, ya que es quien administra el fondo.

Subrogación

El BPS se subrogará los derechos y acciones de los trabajadores beneficiarios y amparados por el fondo. Se establece, además, que el BPS podría comparecer en juicio en el mismo lugar y con los mismos derechos que tiene el trabajador titular del crédito laboral (artículo 12). Esto significa que, una vez hecho el pago al beneficiario, el BPS puede hacer las gestiones pertinentes para recuperar el dinero que abonó en virtud de lo dispuesto por la ley.

Conclusiones

En definitiva, la ley sancionada comenzó a ser operativa en 2019, y se completará en su totalidad en el 2020. El camino a su aprobación no fue sencillo, ya que recogió varias resistencias y objeciones, pero finalmente vio la luz. Resta darle un tiempo para poder evaluar propiamente su impacto en el desenvolvimiento de las relaciones laborales uruguayas.

PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL: FUERO SINDICAL

Héctor Babace¹

Contenido del fuero sindical

El fuero sindical se compone de medidas de protección contra actos antisindicales en el empleo y del otorgamiento de facilidades para el desempeño de las actividades sindicales.

Las más importantes de estas últimas son el derecho a gozar de licencia sindical paga o no, la utilización de carteleras instaladas en lugares visibles en el trabajo y de fácil acceso a todos los trabajadores, el derecho a ingresar a los lugares de trabajo y desplazarse dentro de ellos con fines sindicales tales como el cobro de cuotas de afiliación a afiliados y la entrega de información sindical a afiliados y a no afiliados, el control de condiciones y de elementos de salud, higiene y seguridad en el trabajo, y el sistema de cotización en nómina, entre otros.

No serán objeto de desarrollo en este trabajo las facilidades para el desempeño de la actividad sindical, y nos centraremos en el estudio de las medidas de protección contra actos antisindicales, previstas en la Ley N.º 17.940.

Evolución del régimen jurídico de la protección de la libertad sindical

El régimen jurídico de la protección de la libertad sindical es de aparición tardía. Durante décadas la protección de los dirigentes y de los activistas sindicales dependía exclusivamente del poder real de la organización de la que formaran parte y de la posibilidad fáctica de ir a la huelga para reclamar sus reintegros si eran despedidos.

¹ Profesor agregado (grado 4) de la Universidad de la República.

La protección jurídica específica a través del reconocimiento de un fuero sindical se produce en la etapa de reconocimiento de la libertad sindical y de los derechos que la conforman en tanto derechos humanos fundamentales, al aprobarse, por la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en diciembre de 1948 y, en la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, los Convenios Internacionales del Trabajo N.º 87 en junio de 1948 y N.º 98 en junio de 1949. Y también es el resultado de la aceptación del bloque de constitucionalidad, la consecuencia de la transformación en la concepción universal de los derechos humanos, que incluyen, además, de los civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales.

Aun existiendo estas normas, su carácter programático y la necesidad de que los convenios de la OIT sean ratificados y reglamentados en cada derecho interno retardan o directamente impiden su aplicación efectiva.

En el caso de Uruguay, aunque los Convenios Internacionales del Trabajo N.º 87 y N.º 98 fueron ratificados en 1953, una jurisprudencia reactiva a entender la «protección adecuada» a la que alude el Convenio N.º 98, en el sentido de que verificada la ocurrencia de actos o hechos antisindicales corresponde declarar la nulidad de los mismos, requirió la sanción de una norma interna que lo aclarara, la Ley N.º 17.940, que fue aprobada en 2006, esto es: cincuenta y dos años después de que dicho convenio fue ratificado por nuestro país.

Durante ese lapso la vía judicial proporcionaba como única alternativa el pago de una suma superior de indemnización por despido, por considerar que el despido antisindical es un despido abusivo.

En síntesis, aun con los convenios 87 y 98 ratificados, la efectividad del fuero sindical siguió, hasta 2006, dependiendo del poder de la organización sindical a la que pertenecieran los trabajadores perjudicados en su trabajo por su condición de dirigentes o de militantes sindicales.²

Bajo la vigencia del convenio 98, al tenor de su artículo 1, la doctrina entendió que la declaración de nulidad del despido y de todo acto antisindical, y la reinstalación del trabajador con pago de salarios caídos constituían la única forma de dar «protección adecuada» al derecho conculcado, esto es: de hacer que se respeten efectivamente en la realidad los derechos individuales y colectivos protegidos por el fuero sindical.

2 Algunas organizaciones sindicales, pocas y solo aquellas dotadas de un efectivo y especial poder sindical, celebraron convenios colectivos en los que se acordaron procedimientos de tipo sumarial para determinar la existencia o la inexistencia de razones que justificaran el despido de dirigentes sindicales, a veces, con control sindical de las actuaciones llevadas adelante por las empresas, y a veces, de resolución bipartita en comisiones especiales, o por intermedio de árbitros designados por las partes, para cada caso concreto.

La jurisprudencia nunca aceptó la reinstalación, argumentando imposibilidad jurídica en el derecho uruguayo, con fundamento principal en el artículo 8 del Código Civil, según el cual «[...] lo hecho contra normas prohibitivas es nulo [...]», salvo que se trate de normas cuyo incumplimiento tiene prevista una sanción específica, argumentando que el despido se sanciona con una indemnización tarifada que puede ser aumentada, en este caso, si se prueba que el despido tuvo por motivación la represión sindical, por lo que se condena a la empresa a pagar una indemnización superior por concepto de despido abusivo.

Transformaciones de la concepción de los derechos humanos fundamentales relacionadas con la libertad sindical

Coadyuvó con la admisión de los principios de libertad sindical otro proceso contemporáneo y universal: la transformación de la concepción de los derechos humanos fundamentales (en adelante, DHF).

De estas transformaciones derivaron dos efectos:

1. los DHF no son solo de los individuos, sino que también se les reconocen a los grupos sociales, lo que implicó reconocer la autonomía colectiva de los sindicatos;
2. los DHF no son solo libertades: son también derechos subjetivos exigibles al Estado.

Efectos e importancia del bloque de constitucionalidad

Los derechos de libertad sindical (a formar sindicatos, a la huelga y a negociar colectivamente y celebrar convenios colectivos) se incorporaron a las constituciones de los países civilizados del mundo a partir de 1917 y durante las siguientes cinco décadas del siglo XX; la primera Constitución en incluirlos fue la mexicana, aprobada en Querétaro. En nuestro país estos derechos se incorporaron en la Constitución de 1934.

El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos incluye un número importante de derechos laborales, los cuales adquirieron las siguientes características que son comunes a este tipo de derechos:

- a. son un conjunto de normas jurídicas y principios de derecho que no pueden ser contradichos por las leyes, ni por la Constitución;
- b. su número y alcance permanentemente aumentan a medida que son admitidos como DHF por la conciencia jurídica universal;

- c. por ello, son irreversibles, irrenunciables e inalienables;
- d. su progreso irreversible se asienta en el criterio de aplicación de la norma más favorable;
- e. de las normas internacionales, solo integran este bloque las que constituyen *ius cogens*, esto es: derecho imperativo que los Estados no pueden violentar en su ámbito interno;
- f. su integración al bloque de constitucionalidad en nuestro país resulta de los artículos 72 y 332 de la Constitución;
- g. la revalorización de los DHF revaloriza los derechos laborales que integran dicho bloque.

No obstante, la realidad muestra que un gran número de personas se encuentran excluidas del goce de los DHF, de sus garantías y del concepto mismo de dignidad humana.

En el caso concreto del fuero sindical en nuestro país, ha requerido de una ley que lo reglamentara, la que analizaremos a continuación.

La Ley N.º 17.940 y la declaración legal de nulidad

La protección prevista por la ley de fuero sindical va más allá del despido: abarca todo acto, hecho u omisión tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores con respecto al empleo. Y en tanto la finalidad de la protección legal es impedir que tales actos tengan efectos jurídicos, la calificación jurídica de acto antisindical no tiene relación con la intención de quien cumple el acto lesivo.

La tesis que recoge la ley comprende una concepción amplia de fuero sindical que implica una protección objetiva, independiente de la intención de quien cometa el acto agresivo u omita una conducta que perjudique al sindicalista protegido. No obstante, como veremos al referirnos al funcionamiento del proceso sumario previsto en la ley, los aspectos subjetivos se introducen a través del análisis de la causa razonable y del requisito de que el empleador debe conocer la condición de sindicalista del trabajador perjudicado previamente a cometer el acto, el hecho, o a incurrir en la omisión lesiva.

Nulidad *ope legis*

Para determinar si corresponde anular el acto, teniendo en cuenta que la ley prevé una responsabilidad objetiva, no se aplica el régimen de nulidades de los contratos civiles (artículos 1559 y siguientes del Código Civil), pues la teoría de las nulidades del derecho civil queda desplazada por la teoría de las nulidades, propia del Derecho de los Derechos Humanos, cuyas características son las siguientes:

- a. no son actos o hechos ilícitos que dan lugar a una indemnización; la función del derecho es anularlos para efectivizar la protección de los derechos humanos;
- b. la protección de un derecho humano fundamental puede generar limitaciones de otro derecho del empleador de igual rango;
- c. no se distingue entre actos y hechos. En este sentido, la protección es más amplia que la prevista por el convenio 98. Este aspecto es recogido expresamente por la ley de amparo;
- d. no se distingue entre nulidades absolutas y relativas, distinción que conllevaría en las segundas a la necesidad de que se dicte una declaración judicial;
- e. la nulidad alcanza los efectos y las consecuencias del acto nulo;
- f. la nulidad se produce de pleno derecho al momento de consumarse el acto o hecho lesivo y es imprescriptible.

Sin embargo, la ley prevé la caducidad de la acción de reinstalación si transcurren más de treinta días, contados desde que se produjo el acto, hecho u omisión lesivos. El efecto de esta disposición es que luego de pasado el referido plazo ya no se puede reclamar la reinstalación, solo las indemnizaciones tarifadas y el despido abusivo, u otras formas de resarcimiento que indemnicen daños y perjuicios derivados de actos antisindicales que no impliquen el cese de la relación laboral.

Elemento objetivo: acto, hecho u omisión con consecuencias de antisindicales

En el artículo 1 de la ley, que reproduce las expresiones contenidas en el listado del artículo 1 del Convenio N.º 98, está previsto como elemento objetivo:

- a. sujetar el empleo a la afiliación o desafiliación;
- b. despedir o perjudicar de cualquier forma a causa de la afiliación o de la actividad sindical.

Incluye, sin mencionarlas, las formas de menoscabar la libertad sindical con relación al empleo o al acceso a él. La ley protege, además, la libertad sindical negativa, que no está protegida expresamente en el convenio 98. Esto implica la protección de la libertad de no afiliarse y la de desafiliarse, derechos individuales a los que les falta el carácter colectivo que justifica la protección que el fuero sindical supone para trabajadores perjudicados por estar sindicalizados. La inclusión de esta norma no parece justificada por la existencia de un acto antisindical, sino por cumplir con el artículo 8.3 del Protocolo de San Salvador, según el cual «Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato».

Caracteres del acto antisindical

Puede ser ampliamente cualquier acción, hecho u omisión, los cuales no son susceptibles de definición ni de enumeración. El acto antisindical se define por sus efectos, pues debe producir un menoscabo, cualquier menoscabo, incluso aunque no sea actual o inminente. Puede ser un acto, hecho u omisión en principio lícitos y pacíficos pero lesivos por las circunstancias de contexto.

Son ejemplos de ello: sacar una foto en determinadas circunstancias, pues puede ser una vigilancia ilegal; utilizar en momentos de formación de un sindicato en la empresa expresiones tales como «si se forma un sindicato, voy a tener que cerrar»; cerrar o trasladar la empresa ante la formación de un sindicato.

La situación concreta debe calificarse en el mundo real, teniendo en cuenta que las relaciones de trabajo son subordinadas. No se requiere que necesariamente sean actos ilícitos, ya que pueden ser antisindicales por sus efectos y consecuencias.

Otros ejemplos pueden ser seleccionar personal y añadirlo a una lista negra, o promover un ascenso de un dirigente sindical o decidir su traslado fuera del lugar donde influye como tal.

Como vemos, no es necesario que el acto cause un daño económico al trabajador. Esto se debe a que el fuero sindical protege no solo al sindicalista, sino al sindicato, y el aspecto colectivo puede resentirse con la medida.

Nulidad del acto antisindical como única protección adecuada

La nulidad del acto antisindical es declarada en la ley, no en la sentencia. Esta solución anulatoria ya tenía fundamento desde hace décadas por la aplicación del artículo 57 de la Constitución, incorporado en 1934, y del artículo 1 del Convenio Internacional del Trabajo N.º 98, de 1949. El derecho contenido en estas normas fue reiterado en el artículo 9 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, de 1998.

De acuerdo a la Ley N.º 17.940, la nulidad existe desde que se produce el acto antisindical. El objeto del procedimiento judicial es lograr la reinstalación y la nulidad del acto antisindical operada por la ley (*ope legis*).

El literal A del artículo 3 de dicha ley supone un acto antisindical, pues ordena disponer la «efectiva reinstalación o reposición» del trabajador perjudicado. Y si bien la ley no se refiere expresamente a la hipótesis de que se constate una omisión antisindical, por los términos en que está redactada, la comprende. En estos casos, conforme a la teoría de las nulidades, el juez deberá ordenar un acto positivo del empleador que haga desaparecer los efectos de la omisión.

Ámbito subjetivo

Todos los trabajadores tienen derecho a la misma protección. La ley distingue, no obstante, a los dirigentes, los representantes y los trabajadores que actúen para constituir un sindicato, que tienen un trámite más abreviado, de los militantes y los meros afiliados, que tienen un trámite más largo.

Establece para los primeros un procedimiento de tutela especial: el de la acción de amparo. Este procedimiento está previsto en la Ley N.º 16.011 de 1989, para obtener una inmediata protección de los derechos humanos en general. Esta ley, atendiendo al procedimiento sumario que permite una resolución rápida, acota el objeto del proceso y determina un sistema más favorable de valoración y de carga de la prueba, en línea con el propósito de proteger rápidamente los derechos humanos ante un daño o su inminencia.

De acuerdo a la ley N.º 17.490, los militantes, en cambio, solo pueden recurrir al procedimiento ordinario del Código General del Proceso (CGP). Desde 2009 los trámites laborales siguen el procedimiento previsto en la Ley N.º 18.572, especial para la materia laboral, que es más rápido que el del CGP, aunque demora varios meses, a diferencia del de la Ley N.º 16.011, que dura entre un mes y un mes y medio.

Legitimación activa

Estas acciones solo pueden promoverse con la firma conjunta del trabajador perjudicado y del sindicato al que pertenece. Se trata, procesalmente, de un litisconsorcio necesario, pues es obligatorio por aplicación del literal B del artículo 3 de la Ley N.º 17.940.

La solución ha sido criticada, puesto que impide que pueda promover la reinstalación por sí solo el trabajador perjudicado. El fundamento de esta norma radica en que el fuero sindical protege dos derechos, uno individual, en cabeza del trabajador, y otro colectivo, en cabeza de la organización a la que pertenece. La norma privilegia el derecho del sindicato sobre el del trabajador, ya que se da preferencia a la condición de derecho colectivo, la que responde a una postura que caracteriza la actuación de los sindicatos libres e independientes de injerencias patronales y del Estado. Esto incluye a sindicatos contestatarios del sistema, pero que dentro de él son negociadores de mejoras de las condiciones de trabajo, salariales y no salariales.

Carga de la prueba

El carácter sumario del procedimiento solo puede adecuarse si se acota el objeto de discusión. Por ello, el legislador ha establecido expresamente que el trabajador debe probar tres cuestiones:

- a. su condición de dirigente o militante sindical;
- b. que fue víctima de un acto, hecho u omisión antisindical (no necesita acreditar que existió intención de perjudicarlo), y
- c. que su condición de sindicalista era de conocimiento del empleador.

La causa razonable

Por su parte, el empleador, para que no sea amparada la demanda de reintegro cuando despidе o perjudica en su trabajo a un dirigente sindical, debe demostrar que tuvo un motivo para su acción, omisión o hecho con efectos antisindicales. Ese motivo, al que la ley llama causa razonable, debe poder calificarse de tal por estar vinculado a las siguientes circunstancias, que también menciona la ley:

- a. la conducta o la capacidad del trabajador;
- b. las reestructuras de la empresa, o,
- c. en general, a causas similares a las enunciadas.

Evaluación de la ley

Luego de catorce años de aplicación de la Ley N.º 17.940, puede decirse que al haber sustituido la sanción económica (despido abusivo) por la reinstalación si se promueve el procedimiento sumario, ha habido menos despidos y otros actos antisindicales.

Esto, si bien es positivo, se debe a que los empleadores, antes de tomar una decisión que perjudique en el empleo a un dirigente, se toman el tiempo necesario y se aseguran de tener la «excusa legal», esto es: se aseguran de poder invocar y demostrar que su decisión se debió a una causa razonable. Al proceder de este modo, los juicios no son muchos, y en un muy alto porcentaje, finalizan a favor del empleador.

Ello se debe, en primer lugar, a que los empleadores tienen a favor de su eventual exoneración de responsabilidad las consecuencias de la judicialización de conflictos colectivos. Nos referimos a todos los aspectos formales que son propios de un reclamo a ventilar judicialmente, en los que con frecuencia naufragan las acciones emprendidas por las organizaciones sindicales.

En segundo lugar, los empleadores tienen posibilidades de salir gananciosos en estos juicios por dos cuestiones propias del trámite sumario previsto en la Ley N.º 17.940. Una es la cuestión de que el trabajador debe demostrar que el empleador sabía que era dirigente sindical. Esta situación implica subjetivizar el daño emergente del acto u omisión antisindical. De este modo, la jurisprudencia dominante rechaza la tesis doctrinaria mayoritaria que sostiene la objetividad del daño. La solución jurisprudencial es criticable, pues privilegia derechos del empleador en perjuicio de derechos de libertad sindical, cuando normalmente los derechos del primero no son de rango constitucional, y porque aunque lo sean, no resisten un análisis basado en el juicio de ponderación ajustado a las actuales orientaciones del neoconstitucionalismo, especialmente aplicable en la protección de derechos sociales y laborales.

Otra cuestión que milita a favor de la posición del empleador en estos juicios es la amplitud del concepto legal de causa razonable, que hace prácticamente imposible que el empleador no pueda invocar alguna. Obsérvese que se utiliza el método de indicar cuáles son tales causas, y se comienza por mencionar la conducta del trabajador. Allí debería terminar el listado de causas razonables. Pero se agregan causas vinculadas a su capacidad, lo que extiende las situaciones a que pueden ser causas razonables su estado de salud y también su capacitación para desempeñar el puesto de trabajo. Esto lleva el asunto a un terreno más amplio, que abre posibilidades de defensa por parte del empleador, las cuales no siempre son justificadas.

La segunda extensión del concepto legal de causa razonable es casi una carta blanca para despedir dirigentes sindicales, y la tercera lo es totalmente, pues ambas borran en la misma ley la protección que esta pretende dar a los dirigentes y activistas sindicales y a los sindicatos. En efecto, la segunda extensión alude a reestructuras de la empresa, aspecto totalmente manejable por el empleador, y la tercera tiene una generalidad total y absoluta, pues se refiere a causas similares a las enunciadas.

En definitiva, la ley ha tenido un efecto positivo solamente en el sentido de que los empleadores ya no despiden a los dirigentes sindicales sin causa razonable, puesto que disponen de la posibilidad de evitar toda responsabilidad si ajustan su conducta a los amplios términos que admite la Ley N.º 17.940. Y esta amplitud es, precisamente, el aspecto negativo en esta ley.

Justamente, a consecuencia de la amplitud con que la ley llena de contenido el concepto de causa razonable, las empresas siguen despidiendo dirigentes sindicales arrostrando —como ocurría antes— juicios por despido abusivo, por lo que, en definitiva, la única protección real del fuero sindical es el poder que tenga la organización sindical afectada para lograr que el dirigente despedido sea reintegrado a su puesto de trabajo.

DIFERENTES MÉTODOS DE FIJACIÓN DE SALARIOS Y CONSEJOS DE SALARIOS

Nelson Loustaunau¹

Diferentes métodos de fijación de salarios

El salario, al que algunas legislaciones comparadas lo denominan retribución, es la obligación principal a cargo del empleador producida en la relación laboral. Podría sostenerse que esta obligación es acordada o convenida por las partes. Sin embargo, debemos recordar que el Derecho del Trabajo contiene en su esencia un neto componente igualador, originado como reacción a las desigualdades existentes entre la situación de los trabajadores y la de los empleadores.

Desde el punto de vista exclusivamente teórico, identificamos diversos mecanismos de fijación de salarios. Estos pueden estar referidos tanto a los mínimos como a salarios que se encuentren por encima de estos guarismos. La Recomendación N.º 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su ordinal 6.º identifica los siguientes métodos:

- a. legislación;
- b. decisiones de la autoridad competente, contengan o no una disposición formal para que se tomen en cuenta las recomendaciones de otros organismos;
- c. decisiones de consejos o juntas de salarios;
- d. decisiones de tribunales de trabajo u otros análogos;
- e. medidas que confieran fuerza de ley a las disposiciones de los convenios colectivos.

¹ Profesor adjunto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

En Uruguay algunos de los mecanismos señalados se han aplicado a lo largo del tiempo, pero también existen otros que podemos identificar como autóctonos. La doctrina² ha determinado los siguientes medios:

- a. fijación de salarios mediante contrato individual de trabajo;
- b. fijación de salarios por medio de la ley;
- c. fijación de salarios a través de actos administrativos;
- d. fijación de salarios por comisiones integradas por los diferentes actores del mundo del Derecho del Trabajo;
- e. fijación de salarios mediante convenios colectivos.

Estudiaremos en particular los Consejos de Salarios, que constituyen el método tradicional de fijación de salarios en nuestro país.

Fijación de salarios mínimos en Uruguay

Nuestro país, al igual que otras naciones, ha ratificado los Convenios Internacionales del Trabajo N.º 26 y N.º 131 mediante la Ley N.º 8.950 del 5 de abril de 1933 y la Ley N.º 14.567 del 30 de agosto de 1976, respectivamente. Los Estados que adoptan estos instrumentos asumen una obligación principal, como señala Barbagelata que el Convenio Internacional del Trabajo N.º 131, el cual dispone:

[...] establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema.

[...] Introduce una aparentemente simple pero en realidad muy importante adición a la obligación asumida por los Estados miembros al ratificarlo, puesto que estos no solo quedan obligados a establecer un sistema de salarios mínimos, como ya se disponía en el C. 26, sino que también deben asegurar que este sistema se aplique a todos los grupos de asalariados.³

Sin embargo, nuestro derecho positivo posee, desde el año 1943, un sistema de fijación de salarios mínimos creado por la entonces avanza-

2 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, t. III, vol. II, Montevideo, Ediciones Idea, 1994, pp. 113 y ss. BARBAGELATA, Héctor Hugo, *Derecho del Trabajo*, t. 1, vol. 2, 3.ª ed. actualizada con la colaboración de Daniel Rivas, Montevideo, FCU, 2007, p. 145. ERMIDA URIARTE, Oscar, «Naturaleza de los laudos de los Consejos de Salarios y su relación con los convenios colectivos», en *Los Consejos de Salarios: Una mirada actual*, Montevideo, FCU, 2004, p. 86. LOUSTAUNAU, Nelson, *Consejos de Salarios*, Montevideo, FCU, 2010, pp. 27 y ss.

3 BARBAGELATA, Héctor Hugo, «La convocatoria de los Consejos de Salarios», en *Los Consejos de Salarios: Una mirada actual*, Montevideo, FCU, 2004, p. 72.

da Ley N.º 10.449. Este sistema aparecía, en principio, como imperfecto, ya que excluía de su aplicación a tres grupos de trabajadores muy importantes: los rurales, los domésticos y los funcionarios públicos. Inicialmente fue aplicado hasta que en el año 1968, con la congelación de precios y salarios, se dejó sin efecto. A la salida de la dictadura militar (1985) el nuevo Gobierno democrático convocó otra vez los Consejos de Salarios. Durante un quinquenio (hasta 1990) este fue el sistema que se aplicó para la fijación de salarios mínimos. En 1990 el nuevo Gobierno los desactivó nuevamente. Tal vez a causa de diversas observaciones y comentarios de la OIT, realizados a nuestro Gobierno durante los años noventa y la primera mitad del primer decenio de los dos mil, fue que a partir del año 2005 se los volvió a convocar.

Los Consejos de Salarios y el sistema de negociación colectiva en nuestro país

En una primera aproximación corresponde establecer que nuestro sistema de negociación colectiva presenta tres niveles. En el primero se encuentra el Consejo Superior Tripartito. Este se trata de un órgano de coordinación y gobernanza de todo el sistema. En el segundo nivel se localiza la totalidad de la negociación colectiva, centralizada por rama de actividad (también conocida entre nosotros como Consejos de Salarios), y, en el tercero, la negociación colectiva bipartita clásica.

Dentro de esta estructura de negociación colectiva es donde se desarrollan los mecanismos de fijación de los salarios, ya se trate de las remuneraciones mínimas como de aquellas que las superan. La doctrina ha señalado que en nuestro país existen dos grandes grupos o tipos de negociación colectiva: *a)* la típica, que se produce entre una empresa, un grupo de empresas, una o varias organizaciones empresariales por una parte y uno o más sindicatos por la otra, y *b)* la atípica, que se genera en el seno de los Consejos de Salarios.⁴

Se advierte claramente las diferencias existentes entre ambos tipos de negociación. Alcanza con observar que en un caso (negociación típica) el escenario es bilateral, mientras que en la otra situación (negociación atípica) la presencia del Estado como un actor más lo convierte en trilateral.

4 *Informe RELASUR: Las relaciones laborales en Uruguay*, Montevideo, FCU, OIT, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, 1995, p. 156.

Definición de los Consejos de Salarios

¿Qué son los Consejos de Salarios? Son órganos de integración tripartita, en los que participan el Estado y las organizaciones de trabajadores y empleadores con la finalidad de fijar, por rama de actividad, salarios, categorías, condiciones de trabajo y licencia sindical.

Veamos, detenidamente, algunos aspectos de esta definición. En primer lugar, los actores de estos órganos no pueden ser otros que los sujetos colectivos del Derecho del Trabajo. Esto es: del lado de los trabajadores, será el sindicato de rama de actividad más representativo para el grupo de actividad del consejo respectivo, mientras que, del lado de los empleadores, lo será la organización empresarial que posea esa misma calidad. El tercer sujeto que integra el órgano es el Estado. Las competencias de estos órganos —si bien las veremos en detalle más adelante— son —entre otras— fijar salarios, categorías, condiciones de trabajo, licencia sindical, etcétera. En el sistema inicial de la Ley N.º 10.449 la competencia de los consejos se limitaba al señalamiento de salarios mínimos. Sin embargo, la reforma de la Ley N.º 18.566 estableció que *la competencia se extiende a la actualización del resto de las remuneraciones*. Esto significa que los ingresos de los trabajadores cuyos salarios se encuentren por encima de los mínimos establecidos en los laudos también son ajustados por el mecanismo de los Consejos. La ampliación de la competencia liquida una vieja discusión de la doctrina referida a si estos órganos tenían facultades para hacerse cargo de la actualización de las remuneraciones que superaban los salarios mínimos. En la práctica, la mayoría de los grupos incluían cláusulas que se referían a este tipo de dependientes; sin embargo, muchas veces se convertían en una verdadera observación formal al laudo.

Ahora bien, los salarios mínimos y demás beneficios, ¿a qué trabajadores alcanza? Los consejos, como también se verá más adelante, se organizan por rama de actividad, en lo que se denominan grupos y subgrupos de actividad. Veamos un ejemplo: el grupo 1 de los Consejos de Salarios refiere a la industria de la alimentación. Dentro de ese grupo aparecen actividades muy diversas: la industria de la bebida, la del dulce, la molinera, la de la leche, etcétera. Cada una de estas ramas industriales son el objeto de un subgrupo y, muchas veces, hasta de varios subgrupos. Así vemos que en la industria molinera existe un subgrupo para los molinos de arroz, otro para los molinos de trigo, otro para los de café y té, etcétera. De allí que la fijación de salarios, categorías, condiciones de trabajo y licencia sindical se realice por rama de actividad y por categoría laboral. La Ley N.º 18.566 introduce una novedad: que esta fijación también pueda ser realizada por cadena productiva, es decir, por todo el ciclo económico de una producción específica.

Debe tenerse presente que los salarios mínimos no solo responden a la rama de actividad, sino que, además, se adecuan a las categorías de cada sector.

Competencias⁵

Armonizando las diversas normas vigentes, las competencias de los Consejos de Salarios pueden sistematizarse en:

- a. fijar el monto mínimo de los salarios por categoría laboral y por rama de actividad o cadena productiva del sector privado;
- b. describir las categorías laborales por rama de actividad del sector privado;
- c. actualizar la remuneración de todos los trabajadores de la actividad privada;
- d. acordar condiciones de trabajo en la hipótesis de que mediare acuerdo entre empleadores y trabajadores;
- e. fijar las licencias sindicales por cada rama de actividad del sector privado;
- f. actuar como órganos de conciliación en materia de conflictos colectivos;
- g. crear fondos de vivienda.

Veamos, entonces, el contenido de cada una de ellas.

Fijación de los salarios mínimos

La primera competencia es la de fijar salarios mínimos, pero esta determinación debe realizarse por rama de actividad (como se ha hecho hasta el presente) o por cadenas productivas. Esto significa que los salarios mínimos que se establecen en un consejo en concreto solo alcanzan a los trabajadores que integran la rama de actividad de ese consejo. Por ejemplo: a los trabajadores de la industria de la pesca.

El artículo 15 de la Ley del año 1943 dispone que estos órganos fijarán los salarios mínimos aplicables a cada categoría por hora, por jornada, por semana, por mes o aun por pieza (en este último caso, para los tra-

5 La técnica legislativa utilizada en la Ley N.º 18.566 no distingue entre competencia y cometido, como hubiese correspondido, y no le asigna a cada término el significado que en Derecho Público poseen, por lo cual nos tomaremos la libertad de manejarlos indistintamente, casi como sinónimos.

bajadores destajistas). Es decir, no es preceptivo que se acuerde una sola forma de pago.

A esta altura, debe recordarse que conforme lo dispone la ley, además de fijarse por rama de actividad o por cadena productiva, los salarios mínimos deben también establecerse por categoría.

Fijación de las categorías

Para fijar salarios mínimos, existe lo que puede denominarse competencia previa: describir las categorías por rama de actividad, a las cuales van a aplicar los salarios. La Ley N.º 10.449 dispone que cada consejo (en los hechos, esto lo hará cada subgrupo de actividad, capítulo o unidad de negociación), una vez constituido y dentro del plazo que en cada caso se establezca, «[...] hará la clasificación por profesiones y categorías de los trabajadores que integran el grupo respectivo [...]», la cual deberá ser tomada como base para fijar los salarios mínimos de cada grupo y subgrupo.

Esta función de fijación de categorías, al decir de Plá Rodríguez, aparece como una «obligación previa principal».⁶

En consecuencia, los salarios mínimos se ordenarán por rama de actividad o cadena productiva, y dentro de estas, por la categoría profesional que desempeñe cada dependiente. A vía de ejemplo, en la industria de la construcción encontraremos las categorías: oficial albañil, medio oficial, peón, etcétera.

Para asignar un monto al salario de cada categoría, primero hay que definirla. Sin embargo, en muchas oportunidades los grupos no han procedido conforme a la ley e, incluso, llegan a pactar aumentos generales para todo el sector, lo que obliga a estudiar la clasificación más adelante. ¿Cuál es la *definición de* categoría laboral? Ni la ley ni la doctrina identifican una definición expresa. De Ferrari expone una descriptiva indicando que para la clasificación por categorías «importa determinar las tareas, obligaciones y derechos correspondientes a cada variedad profesional».⁷ Plá Rodríguez, por su parte, establece: «Creemos que es equivalente a calificación profesional».⁸

No resulta fácil acordar la definición jurídica del concepto *categorías laborales*. Estas categorías suponen describir con extrema precisión las tareas que desempeña el asalariado que cumple esa función. Normalmente, constituyen los espacios más difíciles de negociar, en la medida

6 Plá Rodríguez, op. cit., p. 135.

7 De FERRARI, FRANCISCO, *Derecho del Trabajo*, t. IV, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1971, p. 44.

8 Plá Rodríguez, op. cit., p. 135.

que se manejan conceptos sustancialmente técnicos. Por otra parte, debe advertirse que a través de ellas se recomponen las carreras funcionales de los dependientes, y, en muchas oportunidades, se perciben más aumentos a través de estas reubicaciones que como resultado de un aumento salarial específico.

Actualización de las remuneraciones de todos los trabajadores de la actividad privada

Como ya hemos adelantado, la Ley N.º 18.566 incorpora la posibilidad de actualizar las remuneraciones de todos los trabajadores de la actividad privada. Aparece como un nuevo cometido vinculado a lo dispuesto en el Convenio Internacional del Trabajo N.º 131. Esto es: actualizar periódicamente las remuneraciones. Recoge la práctica desarrollada en los Consejos de Salarios desde 1985 en adelante, en cuanto a que casi en todos los convenios celebrados, adicionalmente a fijar salarios mínimos, se advertía una cláusula en la que se disponía que los trabajadores que percibieran salarios por encima de los mínimos recibirían un aumento de determinado porcentaje.⁹

Fijación de las condiciones de trabajo cuando mediere acuerdo entre empleadores y trabajadores

No siempre es sencillo determinar qué debe entenderse por *condiciones de trabajo*. Para Ermida Uriarte, el concepto en estudio guarda tres caracteres esenciales.

En primer término, es vago e impreciso. Un segundo carácter señalado por el autor es que la misma noción presenta una tendencia expansiva e incorpora fácilmente nuevos contenidos. Y, en último lugar, plantea una dualidad: o bien proporciona un sentido amplio, comprensivo de un conjunto de derechos, obligaciones, facultades, potestades y deberes propios de las relaciones tanto individuales como colectivas de trabajo, o bien, «[...] cuando se quiere limitar su contenido, se termina por reconducirla a la suma o yuxtaposición de una serie de conceptos

9 A modo de ejemplo, vemos el contenido de la cláusula cuarta del convenio colectivo celebrado el día 12 de noviembre de 2009 en el Grupo 19 Servicios profesionales, técnicos especializados y aquellos no incluidos en otros grupos, Subgrupo 3 Personal de edificios con independencia del régimen jurídico en que se encuentren. Allí se acordó: «Sin perjuicio del mínimo salarial establecido en el artículo anterior, ningún trabajador del sector podrá percibir un incremento al 1.º de julio de 2009 inferior al 6,97 % [...]».

concretos, sin que haya coincidencia en cuanto a la composición de ese conjunto».¹⁰

Desde nuestro punto de vista, en la concepción de la Ley N.º 10.449 y de la Ley N.º 18.566, las nociones de salario, categorías y licencia sindical no integran el concepto de condiciones de trabajo. En efecto, en el artículo 5 de la Ley N.º 10.449 (en la redacción que le confiere el artículo 12 de la 18.566), estas condiciones solo pueden establecerse para el caso «[...] que sean acordadas por los delegados de empleadores y trabajadores del grupo [...]», mientras que tanto el salario y las categorías como la licencia sindical pueden ser fijados por mayoría, sin requerirse el acuerdo obrero-patronal antedicho. Este requisito los excluiría como condiciones de trabajo.

Fijación de la licencia sindical

Este tipo de licencia puede, primariamente, definirse como el tiempo libre remunerado que gozan algunos trabajadores para el ejercicio de la actividad gremial. Sobre el tema corresponde señalar lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N.º 17.940, conocida como la ley de promoción y protección de la actividad sindical,¹¹ en cuanto a que luego de un largo período de elaboración de la norma, en el que se pretendió hasta consagrar un número de horas para el ejercicio de la libertad sindical, y frente a la falta de homogeneidad de las situaciones, se optó por establecer en el inciso 2.º del artículo antes mencionado que «El ejercicio de este derecho será reglamentado por el Consejo de Salarios respectivo o, en su caso, mediante convenio colectivo».

En consecuencia, se advierte que la licencia sindical no es fijada en forma exclusiva por el Consejo de Salarios de cada rama de actividad, ya que puede también ser concedida y reglamentada por un convenio colectivo.¹²

El mencionado beneficio puede establecerse con carácter general para toda la rama de actividad, o por cada sub grupo, capítulo, etc. No existe una regla que disponga en que nivel debe acordarse.

10 ERMIDA URIARTE, Oscar, «El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo», en *Revista Derecho Laboral*, t. XXXIV, n.º 164, Montevideo, octubre-diciembre, 1991, pp. 628 y ss.

11 El documento puede ser consultado en: *Revista Derecho Laboral*, t. XLVIII, n.º 218, Montevideo, abril-junio, 2005, pp. 319 y ss.

12 Sobre los resultados de las primeras experiencias de la aplicación de la ley, ver: BAJAC, Laura, «La reglamentación de la licencia sindical en los Consejos de Salarios», en *Revista Derecho Laboral*, t. L, n.º 226, Montevideo, abril-junio, 2007, pp. 377 y ss.

Actuación como órganos de conciliación en materia de conflictos colectivos

Esto convirtió a los Consejos de Salarios en tribunales de conciliación y arbitraje con competencia para solucionar conflictos colectivos de trabajo, lo que dispuso crear el inciso 2.º del artículo 57 de la Constitución de la República. Esta resulta ser la función jurisdiccional de estos órganos.¹³

Creación de fondos de vivienda

Suele ser poco recordada por parte de la doctrina la posibilidad de la creación de los mencionados fondos a través de este mecanismo. Pese a ello, alcanza decir que el artículo 177 de la Ley N.º 13.728 —creador del Plan Nacional de Viviendas— otorga a los Consejos de Salarios esta facultad.

Organización e integración de los Consejos de Salarios

Los consejos se organizan siguiendo el criterio impuesto en la propia ley, esto es: por rama de actividad o cadena productiva. En la actualidad, existen 24 consejos que alcanzan la totalidad de la industria (alimenticia, metalúrgica, frigorífica, etcétera), pasando por los diversos servicios (transporte, salud, etcétera), cubriendo también a todo el comercio, la agricultura, la ganadería y el servicio doméstico.

En principio, puede sostenerse que no existe actividad económica privada que no se encuentre incluida en un Consejo de Salarios. El Decreto 326/2009 es el que se encarga de definir la competencia material de cada uno de los Consejos.

El Consejo Superior Tripartito

Existe un órgano de coordinación y gobernanza de todo el sistema, que se denomina Consejo Superior Tripartito, el cual está integrado por 21 miembros (nueve delegados por el Gobierno, seis por los trabajadores y seis por los empleadores), designados por las organizaciones más representativas a nivel nacional.

13 Ver el desarrollo de esta posición concordante con lo sostenido por Héctor Hugo Barbagelata en: LOUSTAUNAU, Nelson, *La jurisdicción del trabajo: Criterios de distribución de competencia en materia laboral*, Montevideo, FCU, 2007, pp. 42 y ss.

Su competencia se desprende de la lectura del artículo 10 de la Ley N.º 18.566:

- actuar como órgano de consulta en la fijación del salario mínimo nacional;
- efectuar la clasificación de los grupos de negociación tripartita (Consejos de Salarios) por rama de actividad o cadena productiva;
- designar las organizaciones negociadoras en cada grupo de actividad;
- asesorar preceptivamente al Ejecutivo en la resolución de recursos administrativos interpuestos contra actos administrativos que ubican a las empresas en los diferentes grupos;
- considerar y pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los niveles de negociación tripartita y bipartita;
- estudiar y adoptar iniciativas en temas que considere pertinentes para el fomento de la consulta, la negociación y el desarrollo de las relaciones laborales.

Vamos a detenernos en las tres primeras de las competencias señaladas.

ACTUAR COMO ÓRGANO DE CONSULTA EN LA FIJACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO NACIONAL

Esta competencia refiere a que deberá expedirse en forma previa al establecimiento, aplicación y modificación del salario mínimo nacional,¹⁴ así como también del salario mínimo que se determine para aquellos sectores de actividad que no puedan fijarlo a través de la negociación colectiva.

La nueva Ley N.º 18.566 de Negociación Colectiva —guardando un paralelismo con la Recomendación N.º 135 de la OIT— establece, en su artículo 5, que el contenido de la consulta deberá tener como objetivo el fomento de la comprensión mutua y de las buenas relaciones entre las organizaciones profesionales (de empleadores y trabajadores) y del Gobierno, con la finalidad «[...] de desarrollar la economía en su conjunto o algunas de sus ramas, de mejorar las condiciones de trabajo y de elevar el nivel de vida», y permitir el examen conjunto de las cuestiones de interés en común entre las organizaciones de trabajadores y las de empleadores, para arribar a soluciones consensuadas. Sin embargo, debe tenerse presente el giro semántico utilizado en el inciso, en cuanto dispone: «[...] A fin de llegar, en la mayor medida posible, a soluciones aceptadas de común acuerdo». En otras palabras, se trata

¹⁴ En algunas legislaciones se lo denomina salario mínimo intraprofesional.

de un mecanismo de composición de intereses, pero en el que no es preceptivo el acuerdo, por lo que se admite el disenso.

EFFECTUAR LA CLASIFICACIÓN DE LOS GRUPOS DE LOS CONSEJOS DE SALARIOS

Como se verá más adelante, la clasificación de los grupos que integran los Consejos de Salarios estaba, en principio, confiada al Poder Ejecutivo. A partir del año 2005, cuando se decidió instalar el Consejo Superior Tripartito, se consideró que en esta clasificación debían participar los actores sociales directamente involucrados, y de esta forma fue que se dictaron los Decretos 138/2005 y 139/2005. Bajo el imperio de estas normas, se realizaron las nuevas clasificaciones de los grupos, para las cuales se utilizó la negociación tripartita.

La Ley N.º 18.566 recogió esta práctica, por considerarla de utilidad, y le dio rango legal.

DESIGNAR LAS ORGANIZACIONES NEGOCIADORAS EN CADA GRUPO DE ACTIVIDAD

Esta competencia implica que, una vez hecha la clasificación de los diferentes grupos, sea el Consejo Superior Tripartito el que designe las organizaciones de empleadores y de trabajadores que participen en cada caso. Hasta ahora la función la cumplía el propio Poder Ejecutivo. Si bien la Ley N.º 18.566 nada dice al respecto, este órgano elevará un informe al Poder Ejecutivo con la clasificación de grupos y con los delegados de cada uno de ellos; luego el mismo Ejecutivo dictará un acto administrativo recogiendo esta clasificación y las designaciones. Se utiliza este mecanismo como garantía de todas las organizaciones profesionales, ya que habilita la recurribilidad de las resoluciones de este órgano.

La creación de grupos y subgrupos: su identificación

El artículo 10 de la Ley N.º 10.449 establece que cuando se resuelva la creación de un consejo, el Poder Ejecutivo dictará un decreto (acto administrativo) indicando la profesión o profesiones que integran el grupo y que estarán sometidas a su jurisdicción, y la circunscripción territorial en la cual se establece.

En los dos últimos períodos históricos en que fueron convocados estos órganos (desde 1985 hasta 1990 y desde 2005 en adelante), el Poder Ejecutivo realizó nuevos ordenamientos de los diversos grupos

y luego dictó sendos actos administrativos indicando la jurisdicción de cada consejo. En el período que va desde el año 2005 en adelante, las clasificaciones de grupos se realizaron en forma tripartita, en el seno del Consejo Superior Tripartito y del Consejo Tripartito Rural. Los acuerdos obtenidos en estos órganos sirvieron como motivación de los actos administrativos *a posteriori* dictados. Así, se acordó tripartitamente, en los primeros meses de 2005, reordenar toda la actividad en 20 grupos urbanos y tres rurales, y el Poder Ejecutivo dictó los Decretos 138/2005, del 19 de abril de ese año, y 139/2005, de idéntica fecha.

En el correr de las primeras rondas de los Consejos de Salarios se creó un grupo para los trabajadores domésticos o del hogar. Como consecuencia del trabajo de una comisión tripartita, cuya recomendación fue adoptada por el Consejo Superior Tripartito, se resolvió modificar los Decretos 138/2005 y 139/2005 y, en su lugar, se dictó el 326/2008, el que determinó que en la actualidad funcionen 24 grupos de actividad. Con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Negociación Colectiva (2009) la competencia para «Efectuar la clasificación de los grupos de negociación tripartita por rama de actividad o cadenas productivas [...]» quedó legalmente confiada al Consejo Superior Tripartito.

El concepto de cadena productiva

Debe tomarse en consideración que aparece un concepto nuevo, extraño a la Ley N.º 10.449, como lo es el de cadena productiva. Este concepto generó la discrepancia del sector de los transportistas nucleados en la Intergremial de Transporte Profesional de Carga al momento de discutirse la sanción de la actual Ley N.º 18.566. Ellos entendían que el concepto no se encuentra definido y puede llevar a interpretaciones de cualquier especie en cuanto a quiénes pueden ser los sujetos de una negociación colectiva e, incluso, a quiénes alcanza un convenio.¹⁵

En los hechos, la noción de cadena productiva aparece como más ligada a la economía que al derecho. Una definición sencilla nos es brindada por Espinoza Galvez: una cadena productiva es «[...] un sistema constituido por actores y actoras interrelacionados y por una sucesión de operaciones de producción, transformación y comercialización de un producto o grupo de productos en un entorno determinado».¹⁶

15 Ver artículo publicado en el diario *El Observador*, «Concepto de cadena productiva genera problemas para negociar», de fecha lunes 20 de julio de 2009, p. 7.

16 ESPINOZA GÁLVEZ, Eduardo Geovanny, «La cadena productiva y los sistemas de producción», disponible en: <<https://www.gestiopolis.com/la-cadena-productiva-y-los-sistemas-de-produccion/>>.

Con esta definición no se puede visualizar los sectores primarios de la economía, agricultura y ganadería, como separados del mundo industrial. Esto es: la producción agrícola se enlaza con la industrial, y aparecen las cadenas agroindustriales. Pero el concepto de cadena productiva da un paso más: supone adicionar las etapas de comercialización y aun las logísticas, como puede ser el transporte. Por ejemplo, una cadena productiva que abarque a los productores de arándanos no solo debe quedarse en su producción agrícola, sino que debe extenderse a su recolección, transporte, acondicionamiento y procesamiento por fábricas, que tal vez produzcan dulces o algunos productos cosméticos o medicamentos, y luego alcanzar la comercialización del producto final. Como se advierte, en estas concepciones, establecer los límites muchas veces resulta un proceso muy complejo. En efecto, los servicios que se vinculan a las cadenas productivas por lo general no son utilizados solamente por una cadena; pensemos en el transporte o aun en el sistema financiero: están presentes en casi todas las cadenas productivas. Sin embargo, hemos intentado adelantar algunas definiciones primarias, las cuales se verán con el transcurso del tiempo. Debe retenerse que la decisión de negociar en los Consejos de Salarios por cadena productiva radica en el Consejo Superior Tripartito.

Creación, supresión y traslado de grupos y subgrupos

Como viene de verse, la creación de grupos y su competencia material, esto es: las actividades que quedan en ellos comprendidas, recaen en el Consejo Superior Tripartito. Una vez adoptada la decisión de creación por parte de este último, se solicitará que el Poder Ejecutivo la convierta en acto administrativo (decreto).

El contenido de un grupo de actividad puede ser muy diverso. Tomemos como ejemplo la descripción del Grupo 5 Industrias del cuero, vestimenta y calzado: Curtiembres y sus productos, Marroquinería, Prendas de vestir y afines, Calzado, Artículos de cuero con proceso industrial para consumo animal, Saladeros y secaderos de cuero. Esta variedad temática torna necesario que se creen unidades de negociación que comprendan exclusivamente a un sector o subsector de la actividad económica. A esas unidades se las denomina subgrupos y aun admiten divisiones menores, como es el caso de los capítulos. En el ejemplo propuesto veremos que el grupo tendrá varios subgrupos: uno para la industria de la vestimenta, otro para las curtiembres, otro para las marroquinerías, etcétera.

Debe apreciarse, entonces, que es el Consejo Superior Tripartito el que posee el derecho de establecer la competencia material de cada Consejo de Salarios y, además, la posibilidad de transferir actividades de un grupo a otro.

¿Quién puede crear un subgrupo? En la discusión de la clasificación de actividades realizada en el Consejo Superior Tripartito en el año 2005, se acordó que, en aquellos grupos en los que explícitamente figuran en el acta de fecha 16 de abril del mismo año actividades identificadas con números, «los mismos se corresponden con subgrupos del Grupo de actividad. Ello no implica que esa enumeración sea taxativa entendiéndose que una vez instalado el respectivo consejo, el mismo está facultado para crear nuevos subgrupos».

Integración de los consejos (grupos y subgrupos)

Estos órganos se integran respondiendo al clásico tripartismo promovido por la OIT. De allí que en ellos participan, en un plano de igualdad, empleadores, trabajadores y el Estado. Los dos primeros representan a sus sectores profesionales, y el tercero encarna los intereses de la sociedad. Como todos sabemos, el Estado no es un sujeto pasivo en el sistema de relaciones laborales, sino que lleva adelante una política laboral y, dentro de esta, una salarial en concreto. Los Convenios Internacionales del Trabajo N.º 26 y N.º 131 (ratificados por nuestro país) le imponen a este sujeto de las relaciones laborales la obligación de fijar salarios mínimos y garantizar en forma periódica su aumento.

Cada Consejo de Salarios está integrado por siete miembros, conforme lo indica el inciso 2.º del artículo 6 de la Ley N.º 10.449. Tres de dichos integrantes son representantes del Poder Ejecutivo, y el primero de esta delegación actuará como presidente del órgano. Dos miembros representan a los trabajadores y dos, a los empleadores.

No está resuelto en la ley cómo debe ser la integración de los subgrupos. En los hechos, como veremos a continuación, guardan un paralelismo con lo dispuesto para los grupos de actividad.

Designación de los miembros de los Consejos de Salarios

La Ley N.º 18.566 en su artículo 13 presta una nueva redacción al artículo 6 de la Ley N.º 10.449: deroga el mecanismo de selección de delegados a través del sistema electivo y dispone que el Poder Ejecutivo, actuando

en consulta con las organizaciones más representativas, designe a los delegados de los trabajadores y empleadores de los Consejos. Se reserva, además, al Poder Ejecutivo la posibilidad de designación de delegados en aquellos sectores «donde no existiere una organización suficientemente representativa», designaciones que le serán propuestas por el Consejo Superior Tripartito, «o en su caso adoptará los mecanismos de elección que este proponga», según indica el inciso final del artículo 6. Este artículo debe ser leído y comprendido en coordinación con lo dispuesto en el inciso B) del artículo 10 de la Ley de Negociación Colectiva, en el que al Consejo Superior Tripartito, además de darle la competencia de efectuar la clasificación de los grupos, le otorga la facultad de designar «Las organizaciones negociadoras en cada ámbito». En todos los casos, las organizaciones profesionales interesadas en asumir la representación de un grupo de actividad elaborarán listas con sus candidatos a cada consejo y las presentarán al Ejecutivo para que este emita un acto administrativo (resolución o decreto) designando a los candidatos como tales. En caso de pugna entre dos organizaciones profesionales por asumir la representación en un consejo, la decisión no la adopta el Ejecutivo, sino que el tema será sometido a la decisión del Consejo Superior Tripartito, el cual, en definitiva, tendrá la última palabra. Su resolución será para el Poder Ejecutivo la motivación del acto administrativo que debe emitir. La impugnación de este acto debe realizarse como la de cualquier otro de similares características: mediante los recursos editados en el artículo 317 de la Constitución de la República y sus leyes reglamentarias.

Criterios para elegir la organización más representativa

El artículo 14 de la Ley N.º 18.566 establece que al momento de considerar una organización más representativa se deberán tomar en cuenta los criterios de antigüedad, continuidad, independencia y número de afiliados. Se incorpora el criterio cuantitativo contenido en las disposiciones de la OIT, no contemplado en la Ley N.º 13.556, suprimiéndose los criterios relativos a resultados de las elecciones en los Consejos de Salarios, las Cajas de Compensación de Asignaciones Familiares y organismos análogos. Sostiene Barretto —cuya posición compartimos— que la mencionada norma no establece un «[...] orden de prioridad en los criterios de representación, debiéndose aplicar en conjunto, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N.º 13.556».¹⁷

17 BARRETTO GHIONE, Hugo, «Innovación y tradición en la Ley N.º 18.566: Un corrimiento de las fronteras del intervencionismo», en *Revista Derecho Laboral*, t. LII, n.º 235,

En suma, el Consejo Superior Tripartito al momento de decidir cuál es la organización más representativa —tanto sea de los trabajadores como de los empleadores— deberá acudir a estos nuevos criterios.

Designación de los delegados en los subgrupos

Hemos señalado que la Ley N.º 10.449 permite crear subgrupos dentro de los grupos (Subconsejos, en la terminología de la norma). Estos subgrupos no requieren para su constitución e instalación de la ratificación del Poder Ejecutivo.

En los hechos, son unidades de negociación que funcionan dentro del grupo de actividad. El consejo decide crear tantas unidades (subgrupos) como sea necesario para mejorar su funcionamiento. En consecuencia, no se requiere acto administrativo que homologue esta decisión. Como ejemplo citemos el caso del Grupo 10 Comercio en general, que tiene subgrupos tales como: Supermercados, Tiendas, Barracas y cooperativas de cereales, Bazares, ferreterías, pinturerías y jugueterías, casas de electricidad y electrónica, etcétera.

¿Quién designa a los delegados de estos subgrupos? Son designados por los propios delegados de los grupos que constituyeron los subgrupos, quienes realizan una suerte de delegación de sus funciones en unidades menores de negociación. Para ello no se requiere de ningún aval, ni del Consejo Superior Tripartito ni del Poder Ejecutivo. Esta delegación aparece como conveniente en beneficio del principio de especialización. Como acaba de verse, este acto no se recoge por ninguna resolución ni otro tipo de acto administrativo del Poder Ejecutivo.

Convocatoria

La Ley N.º 10.449 en el inciso 2.º del artículo 5 disponía que en cualquier época el Poder Ejecutivo «[...] podrá provocar de oficio o a petición de parte [...] la constitución del Consejo de Salarios». Diversas administraciones se basaron en la expresión «podrá» contenida en la mencionada disposición para considerar que la convocatoria a los Consejos de Salarios era una facultad discrecional del Ejecutivo, de tal manera que era solamente él el que resolvía sobre el mérito (razones de política económica) para convocar o no a estos órganos.

Por lo tanto, la tesis imperante hasta la sanción de la Ley de Negociación Colectiva fue que la convocatoria a los Consejos de Salarios era

Montevideo, julio-setiembre, 2009, p. 482.

una facultad discrecional del Gobierno. La Ley N.º 18.566 introdujo una reforma esencial, la cual es, quizás, la más importante y trascendente implantada en todo el sistema. En efecto, se modificó el artículo 5 de la Ley N.º 10.449 y en su inciso 4.º se dispuso que la convocatoria de los consejos podrá ser realizada «*en cualquier época*» por el Poder Ejecutivo o por los sectores profesionales.

Para La convocatoria puede proceder de oficio, tal como era la práctica hasta la sanción de la ley, o «si mediare solicitud de organizaciones representativas del sector de actividad correspondiente», esto es, cualquiera de los dos actores sociales que intervienen en el sistema (trabajadores o empleadores).

A partir de la sanción de la ley, tanto las organizaciones de empleadores como de los trabajadores pueden provocar la convocatoria sin que el Poder Ejecutivo pueda excusarse por razones de mérito o de derecho para realizarla. En todo caso, el consejo respectivo deberá ser convocado dentro de los quince días de hecha la petición. Este plazo se trata de un plazo civil, no procesal, por lo cual debe entenderse que se trata de días hábiles, conforme lo dispone el artículo 113 del Decreto 500/91 del 27 de setiembre de 1991.

Al establecerse la posibilidad de que cualquiera de los actores pueda solicitar la convocatoria sin que el Estado tenga la facultad de oponerse, se garantiza el ejercicio del derecho a la negociación colectiva por rama de actividad, modelo que ha sido la matriz de este tipo negocial en nuestro país.

El único límite se encuentra en el inciso final del nuevo artículo 5 de la Ley N.º 10.449, en cuanto dispone que no será necesaria la convocatoria a Consejos de Salarios en aquellas actividades o sectores (obviamente se refiere a ramas de actividad como sinónimo de subgrupos) en los que se encuentre vigente un convenio colectivo debidamente acordado entre las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores.

Duración del proceso de negociación

Al emitirse el acto administrativo que convoca la ronda salarial no se establece el tiempo que ella durará, porque la propia ley no lo indica ni exige. Sin embargo, el artículo 2 del decreto del Poder Ejecutivo de fecha 9 de marzo de 1948 disponía en forma expresa que se debía laudar en un término de tres meses contados a partir de la fecha en que fueron instalados los Consejos. En los casos en que resultara fundada la extensión de la negociación, vencido el mencionado término, se debía comunicar al Ministerio de Trabajo para que se extendiera la negociación por sesenta días más.

Tanto en las rondas que se realizaron desde 1985 hasta 1990 como en las cumplidas desde el año 2005 en adelante, el Poder Ejecutivo hizo caso omiso a la disposición e inicialmente no fijaba un plazo para que los consejos concluyeran sus actividades. Simplemente esperaba el desenvolvimiento de la negociación y, al comenzar a aparecer una parte importante de resultados, anunciaba la finalización. La diferencia la constituyó la ronda de 2008, en la que desde el inicio el Gobierno anunció un plazo final de culminación.

Desde el punto de vista temporal, también corresponde analizar si los consejos tienen una duración determinada en sus funciones. En otras palabras, si este extremo del artículo 20 de la Ley N.º 10.449 se encuentra vigente o ha sido derogado. La doctrina entendía que el plazo del año indicado en la norma de referencia se aplicaba no para el señalamiento de salarios expresamente, sino para el resto de las facultades, en especial para las de conciliación y arbitraje.¹⁸

La negociación

El espacio de tiempo que transcurre entre el inicio de las actividades de los consejos y su conclusión puede identificarse como el proceso de negociación. Dentro de este lapso es cuando las partes efectúan propuestas y contrapropuestas y muchas veces allí se manifiesta el conflicto colectivo en toda su dimensión. Es también durante este término cuando los trabajadores junto con sus organizaciones sindicales ejercen el derecho de huelga en todas sus manifestaciones (asambleas, huelgas, paros, paros de solidaridad, piquetes, ocupaciones, etcétera).

La Ley N.º 10.449 impone ciertas pautas que deberán ser tenidas en cuenta al momento de fijar los salarios mínimos. Para estos deberá considerarse:

- a. las condiciones económicas del lugar o del país;
- b. el poder adquisitivo de la moneda;
- c. la capacidad o calificación del trabajador;
- d. la peligrosidad para la salud del trabajador de las tareas desempeñadas;
- e. el rendimiento de la empresa o grupo de empresas.

18 Ver De Ferrari, op. cit., p. 467.

Conclusión de las negociaciones en los consejos

La consecuencia ideal del proceso de negociación salarial es el acuerdo por consenso. Este no será otro que el acuerdo responsable entre los operadores del sistema. Por otra parte, huelga expedirse acerca de los beneficios sociales del consenso sobre el disenso. El modelo pretende, además de ser un formidable instrumento democratizador de las relaciones laborales y de diálogo social, lograr que los sectores productivos se comprometan con sus realidades. Sin embargo, sería ingenuo creer que en todos los casos se alcanza el acuerdo por unanimidad. No debe olvidarse que algunos consejos no logran el acuerdo y se acude al mecanismo de la votación, y en una minoría de casos, ante el absoluto disenso entre las posiciones de las tres delegaciones, el Gobierno debe intervenir y fijar los incrementos salariales a través de decretos.

Señala Barbagelata que para la actuación de los Consejos de Salarios la Ley N.º 10.449 impone tres reglas básicas:

- a. alcanza con la mayoría simple de los integrantes del consejo para la adopción de las decisiones que de ellos emanan;
- b. no puede efectuarse ninguna votación relativa a salarios sin que se incluya el punto en el orden del día con citación especial, realizada con 48 horas de anticipación;
- c. para que la votación sea válida, no se requiere la presencia de todos los delegados integrantes del consejo (como sostenía De Ferrari), sino la asistencia de delegados de los tres sectores.¹⁹

Sobre esta base se plantean tres resultados posibles:

- acuerdo por unanimidad, el cual se recoge en un laudo;
- acuerdo alcanzado por mayoría, el que también se reduce en un laudo;
- disenso entre las tres delegaciones e intervención del Poder Ejecutivo.

¹⁹ Barbagelata, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 153.

Procedimiento posterior a la emisión del laudo

Una vez alcanzado el acuerdo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social registra y publica el laudo para que el acuerdo surta efectos.

¿Qué acontece si la Secretaría de Estado no cumple con sus obligaciones? En primer lugar, la organización u organizaciones perjudicadas podrán acudir a una acción de amparo para exigirle al Ejecutivo que dé cumplimiento a sus obligaciones. Pero, además, desde el punto de vista político, el ministro de Trabajo y Seguridad Social que incumpla es susceptible de ser llamado a responsabilidad a través de un emplazamiento a comisión parlamentaria o de una interpelación, lo que puede costarle el cargo.

El registro se realiza en la División Documentación y Registro, dependiente de la Dirección Nacional de Trabajo. En esa división también se inscriben los convenios colectivos bilaterales. Esta inscripción es constitutiva, es decir, es uno de los requisitos previos y necesarios para que el convenio suscrito surta «[...] efecto en el respectivo grupo de actividad una vez que sean registradas y publicadas [...]».

La publicación se realiza en el *Diario Oficial* durante un solo día. También en la página web del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pero la primera es la que cubre los efectos de la ley.

Alcance subjetivo

Una vez que el laudo se encuentra registrado y publicado, adquiere un alcance *erga omnes*, a todas las empresas y trabajadores que integran la jurisdicción del grupo y subgrupo del Consejo de Salarios respectivo. Ello se desprende del inciso 3.º del artículo 5 de la Ley N.º 10.449 (en la redacción que le confiere el artículo 12 de la 18.566), el cual expresa-mente establece: «Las decisiones de los Consejos de Salarios surtirán efecto en el respectivo grupo de actividad [...]».

Los convenios colectivos por empresa o grupo de empresas (nivel inferior) no podrán determinar beneficios por debajo de los acordados para la rama de actividad, salvo que el Consejo de Salarios respectivo así lo haya autorizado.²⁰

20 Así lo establece el artículo 15 de la Ley N.º 18.566.

Alcance temporal de los acuerdos y vigencia

Tal como precedentemente hemos mencionado, las leyes N.º 10.449 y N.º 18.566 no poseen ninguna referencia a cuáles son los términos temporales de estos acuerdos. A partir de la segunda época de aplicación de este sistema de fijación de salarios mínimos (1985-1990), aparecieron con las diferentes convocatorias las denominadas pautas o lineamientos económicos impuestos por la administración, en los que se indicaba que se aspiraba a acuerdos de mediano o largo alcance que se encontrarán dentro de determinados parámetros económicos, con determinada cadencia de ajustes, etcétera.

Los lineamientos del Poder Ejecutivo de las subsiguientes rondas de Consejos de Salarios han establecido plazos de vigencia de las resoluciones sugeridos a las partes, pero la temporalidad ha sido objeto de negociación, como cualquier otra consideración de las partes que integran el organismo.

Alcance territorial

Nuestra ley no dispone cuál es el alcance territorial de estos acuerdos. Las convocatorias, por lo general, han sido siempre de carácter nacional. Los decretos que hasta la sanción de la Ley de Negociación Colectiva homologaron los acuerdos alcanzados en los Consejos establecían una redacción como la siguiente: «Fíjase con carácter nacional salarios mínimos y categorías para los trabajadores de la industria tal».

Algunos consejos han fijado salarios diferentes según el lugar geográfico donde se desempeñen los trabajadores. Pero ello no indica que el acuerdo no tenga alcance nacional, sino, por el contrario, el acuerdo nacional comprende las diferencias generadas por los asentamientos geográficos de cada empresa y las particularidades que rodean esa situación espacial.

Sin embargo, debe recordarse que la Ley N.º 10.449, en disposición, que a nuestro juicio se encuentra vigente, permite la constitución de consejos por áreas geográficas sin que tengan carácter nacional (artículo 10).

Efectos

Una cantidad importante de los acuerdos de los Consejos de Salarios concluyen en la suscripción de un convenio colectivo. Eso no quita que puedan existir acuerdos de consejos que no se formulen como un con-

venio colectivo. Por ello, nos parece oportuno estudiar la generalidad de lo que acontece, esto es: acuerdos de consejos que recogen convenios colectivos.

El artículo 17 de la Ley N.º 18.566 refiere a la vigencia de los acuerdos. Allí se establece que las partes la determinarán de común acuerdo (lo que habilita la retroactividad), y se podrá acordar su prórroga expresa o tácita y el procedimiento de denuncia.

En el inciso siguiente se dispone que cuando el término del convenio estuviese vencido, este mantendrá la vigencia de la totalidad de las cláusulas hasta que «[...] un nuevo acuerdo lo sustituya, salvo que las partes hubieran acordado lo contrario». En otras palabras, la ley se expide por la tesis de la ultraactividad de los convenios, con la única excepción de que las partes hubieran pactado otra cosa.

Impugnación de los laudos

Gracias a las reformas introducidas por la Ley N.º 18.566 se ha vuelto al sistema tradicional de adopción de resoluciones que pueden ser impugnadas, según prescribe la Ley N.º 10.449, en caso de que hubieran sido alcanzadas por mayoría. Las logradas mediante unanimidad no son susceptibles de ser recurridas, ya que el artículo 19 de la Ley N.º 10.449 las excluye en forma expresa. El recurso a deducir es el de apelación y está regulado en el artículo 28 de la misma ley. Se deduce ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dentro del término de diez días corridos a contar desde el siguiente a la publicación del laudo en el *Diario Oficial*. La legitimación para promover el recurso radica en las asociaciones o sindicatos patronales o de trabajadores «[...] que tengan personería jurídica o personería reconocida por el Poder Ejecutivo [...]».

Consideramos que, en el caso de los sindicatos, y en función de la opción a que se afilia la propia Ley N.º 17.940 de promoción y protección de la libertad sindical, no se requiere la personería jurídica, sino poseer lo que en la doctrina se denomina personería gremial, ya que nuestro modelo sindical no requiere de la primera. Debe tenerse presente que este recurso no tiene efecto suspensivo.²¹ El Poder Ejecutivo decidirá dentro del término de treinta días; transcurrido este plazo sin que este se pronuncie, quedará firme la decisión del Consejo de Salarios.

21 Cfr. artículo 29 de la Ley N.º 10.449.

Carlos Casalás Viera¹

Introducción

Estudiaremos el régimen legal vigente en la actualidad de la negociación colectiva denominada bipartita, orientada a la creación de convenios colectivos, sin incluir la negociación colectiva tripartita, que comprende el estudio de los Consejos de Salarios, que se analiza en el capítulo anterior del manual.

Régimen legal vigente

La nueva Ley de Negociación Colectiva tuvo como propósito armonizar los dos métodos de negociación colectiva vigentes en el país para la actividad privada. En tanto, y con relación a la negociación colectiva para la actividad pública, se había aprobado muy poco antes la Ley N.º 18.508, el 26 de junio de 2009, que integra el sistema junto con la Ley N.º 18.566.

Principios y derechos fundamentales de la negociación colectiva

La Ley N.º 18.566 en su capítulo I (artículos 1 al 6) y la Ley N.º 18.508 (artículos 1 al 7) definen en forma muy similar lo que se denomina principios y derechos fundamentales, aunque la primera se aparta de la precisión utilizada en la ley de negociación pública, especialmente en

¹ Profesor adjunto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

lo referente al derecho de información entre las partes. En el artículo 2 de la Ley N.º 18.566, se consagra el derecho de la negociación colectiva, definiendo el principio de autonomía colectiva, o sea, la libertad para alcanzar acuerdos sobre condiciones de trabajo y sobre la regulación de sus relaciones recíprocas: «[...] Derecho a adoptar libremente acuerdos sobre condiciones de trabajo y empleo, y regular sus relaciones recíprocas». En el artículo 3 de la Ley N.º 18.508, se consagra el derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva, con las exclusiones, limitaciones y particularidades previstas en el artículo 9 del Convenio Internacional del Trabajo (CIT) N.º 87 y en los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Convenio Internacional del Trabajo (CIT) N.º 151.

El derecho a negociar de buena fe y el deber de intercambiar informaciones necesarias, previstos en el artículo 4, refieren al mandato para negociar de los representantes de las partes (bajo reserva de las consultas a sus organizaciones). En el artículo 5 de la Ley N.º 18.508, en cambio, se consagra la «obligación de negociar de buena fe», lo que es considerado en la Ley N.º 18.566 como un deber de intercambiar informaciones para facilitar la negociación. Lo que sí se define con claridad en el inciso 2.º del artículo 4 de la Ley N.º 18.566 es la «obligación de reserva» de la información que pudiere considerarse confidencial, cuya violación implica hacerse responsable por el incumplimiento.

El Estado está obligado a garantizar y promover el libre ejercicio de la negociación colectiva, lo que se regula en forma similar tanto en el artículo 2 de la negociación colectiva pública como en el artículo 3 de la negociación colectiva privada. En este último, además, se establece que el Estado debe adoptar medidas adecuadas para facilitar la negociación entre las partes sociales.

La colaboración y consulta entre empleadores y sus organizaciones y las organizaciones de trabajadores y el Estado están previstas en el artículo 5 de la Ley N.º 18.566 y en el artículo 2 de la Ley N.º 18.508. En el artículo 6, además, se establece las formas de lograr la formación, o sea, la preparación técnica adecuada de los representantes de las partes para la negociación colectiva. En la Ley N.º 18.508, es el artículo 7 el que regula este mismo tema.

Negociación colectiva bipartita: los convenios colectivos de trabajo

Cuestiones generales

La Ley N.º 18.566, en su capítulo IV, bajo el título «Negociación colectiva bipartita», introduce reformas en el régimen jurídico de los convenios colectivos de trabajo. Las leyes N.º 9675 y N.º 13.556, que en el ordenamiento jurídico estatal eran, hasta la vigencia de la nueva ley, casi la única normativa de origen legal, fueron modificadas en algunos aspectos, pero subsisten plenamente en otros, lo que iremos analizando en el desarrollo de este trabajo. También incluiremos el análisis de la normativa internacional y de la doctrina, que ha elaborado técnicamente diversos componentes del régimen de los convenios colectivos.

Formación del convenio colectivo

LAS PARTES

En el título del presente apartado, incluimos la expresión *bipartita* en parte para utilizar la misma con la que la Ley N.º 18.566 inicia la regulación legal específica de los convenios colectivos de trabajo, con la que delimita los ámbitos de la negociación colectiva en Consejos de Salarios y con la que denomina la negociación que se concreta en convenios colectivos, pero también por ser *el carácter bipartito un rasgo esencial* del convenio colectivo, en el que siempre habrá una parte trabajadora y una parte empleadora. A ese carácter, además, debe sumársele que en la parte trabajadora siempre debe actuar una organización permanente o temporal.²

Para algunos autores y algunas legislaciones, la parte trabajadora requiere la presencia de una entidad organizada y dotada de cierta estabilidad que exprese ese interés colectivo. Pero la caracterización de lo colectivo se orienta a la elección de objetivos e intereses de los trabajadores o quienes los representen, sin que necesariamente deba estar presente una entidad organizada y estable. En el movimiento sindical se admite que, además de las organizaciones estables, lo hagan *coaliciones espontáneas*, que pueden evolucionar o no hacia formas definitivas de organizaciones sindicales, pero deben resultar, en todo caso, en un sujeto colectivo que represente el interés colectivo.

2 MANTERO, Osvaldo, *Derecho Sindical*, Montevideo, FCU, 1998, p. 263.

Esta concepción se atempera con la consagrada en instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo y en resoluciones del Comité de Libertad Sindical, que le otorgan lugar preferente al sindicato, y solo en caso de su ausencia se le da lugar a otras formas de representación del sujeto colectivo.

En opinión del Comité de Libertad Sindical, los sindicatos son los sujetos preferidos por la Recomendación N.º 91 y, por tanto, la negociación directa con los trabajadores puede ir contra el artículo 4 del convenio 98.³ La Ley N.º 18.566, en su artículo 14, define a los sujetos legitimados para negociar colectivamente. Por la parte trabajadora pueden ser «[...] una o varias organizaciones representativas de los trabajadores [...]». El concepto de organización representativa lo había incorporado la Ley N.º 13.556, tanto para la parte trabajadora como para la parte empleadora, dándole preferencia a la organización existente, y, solo en caso de inexistencia de una organización, la representación podía ser ejercida para la concertación del convenio por delegados elegidos mediante voto secreto de los trabajadores involucrados, dispositivo que debía integrarse con lo dispuesto en el Convenio Internacional del Trabajo N.º 154 en el citado artículo 3.2. Pero la nueva ley define que solo las organizaciones pueden ser sujetos legitimados para la negociación colectiva y, obviamente, para su suscripción. La norma le da prioridad, en el caso de existir más de una organización que se atribuya la representatividad, al acuerdo entre ellas para definir la parte trabajadora del convenio colectivo. En defecto de ese acuerdo, para la determinación de cuál es la *organización más representativa* debe recurrirse a los «[...] criterios de antigüedad, continuidad, independencia y número de afiliados de la organización». El convenio colectivo solo será válido si es suscripto por la organización más representativa, por lo que adquiere gran importancia la aplicación de los citados criterios para la resolución final. La ley, al derogar el procedimiento previsto en caso de inexistencia de una organización de trabajadores de empresa, dispuso que, en tal caso, «[...] recaerá en la organización más representativa de nivel superior». La imposición del legislador contraría la práctica del movimiento sindical nacional de recurrir ante esa situación, de promover, en primer lugar, el acercamiento a los trabajadores involucrados, y en la medida en que se configura alguna mínima organización, con el apoyo de la organización representativa de nivel superior, podrá iniciarse algún proceso de negociación. La exclusividad del sujeto colectivo en esta situación tal vez se propuso suprimir cualquier intento de negociación colectiva a iniciativa del empleador, con algún agrupamiento de trabajadores creado por impulso patronal y en oposición a las organizaciones representativas de rama de actividad, por lo que, para evitarlo se le otorga la exclusividad a la organización representativa de nivel superior.

3 PÉREZ del CASTILLO, Santiago, «Los sujetos negociadores de los convenios colectivos.» en *Veintitres estudios sobre convenios colectivos*, FCU, 1988, p. 26.

La parte empleadora, en cambio, mantiene total libertad en materia de sujeto de la negociación colectiva. El convenio 154 regula que, en cuanto a los patronos comprendidos, alcanza o puede alcanzar, según el nivel de negociación, «[...] un empleador, un grupo de empleadores, una organización o varias organizaciones representativas de empleadores [...]» (artículo 14).

La Recomendación N.º 91 no exige la calidad de representativa a la parte empleadora. Este aspecto es muy importante en caso de negociación colectiva de actividad, con relación a cuál organización la asumirá y cómo se resolverán los aspectos vinculados a la aplicación de lo acordado en el convenio colectivo. Si el convenio tiene efecto extensivo, parece razonable considerar la representatividad para resolver la cuestión.

La atribución de representatividad a la organización u organizaciones de empleadores alcanza el fundamental efecto, que es el de la extensión de la obligatoriedad del contenido del convenio colectivo a todos los empleadores de un sector de actividad (o parte de él, según el alcance de la representatividad de la organización de empleadores firmante), lo que supera el de ser extensible solo a los integrantes de la organización signataria del convenio colectivo.

Objeto o contenido de los convenios colectivos

En el Convenio Internacional del Trabajo (CIT) N.º 154 se define el principio normativo de aplicación «[...] a todas las ramas de la actividad económica [...]», lo que deja a la legislación o la práctica nacionales la facultad de determinar hasta qué punto las garantías previstas en el convenio internacional se aplican a las Fuerzas Armadas y a la Policía (número 2 del artículo 1), y la facultad de fijar modalidades particulares de aplicación del CIT en lo que refiere a la administración pública (número 3 del artículo 1).

Estrictamente, a lo que refiere el CIT N.º 154 es al campo de aplicación de los convenios, pero parece adecuado clarificar, especialmente lo referente a la actividad pública, y a las únicas áreas que pueden ser limitadas, conforme a la norma internacional. El Derecho del Trabajo, a partir de la normativa de rango constitucional, comprensivo del trabajo privado y público sin distinciones, es una realidad creciente en Latinoamérica. Es por ello que el constitucionalista Cassinelli Muñoz, hace muchos años, se había referido al derecho general del trabajo, aplicable indiscriminadamente a los sectores público y privado.⁴

4 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios, *Revista Derecho Jurisprudencia y Administración* T. 58, p. 230, citado por CAGGIANI, R., en *Convenios colectivos de trabajo*, FCU, 1983, p. 13.

El objeto (o contenido) de los convenios colectivos también puede ser examinado a partir de los «límites de la autonomía de las partes», o sea, si en relación con las materias que se propongan regular por la negociación colectiva las partes negociadoras encuentran límites a su poder de negociación.⁵

Barbagelata, Garmendia y Rosenbaum clasifican las materias con el siguiente criterio:

- a. materias consideradas de competencia privativa de los empleadores. En este tema, el contenido parece depender del poder de negociación de las partes, sin más límite que puedan establecer la legalidad o las decisiones del Gobierno, o el orden público, o las buenas costumbres. La negociación sobre formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa o sobre otras modalidades en tal sentido es una de las zonas en las que se ha ganado terreno, que, en cierto modo, podría haber sido considerada privativa del empleador en algún momento de la historia;
- b. materias que afectan el orden público. El concepto de orden público es un concepto de difícil determinación. Si es al orden público social o laboral, salvo que la negociación colectiva no podrá rebajar los mínimos de derecho, la limitación solo funcionaría en casos extremos. Si el orden público es el económico, corresponde excluir dicho límite, excepto normas concretas de carácter legal que hayan establecido su contenido, alcance y finalidad.

En estas materias, interesa referir a las denominadas como «pautas para la negociación salarial» que el Gobierno anuncia en forma pública, antes del inicio de las rondas de negociación, en forma de instrucción a sus representantes en los Consejos de Salarios, que resultan en una limitación a la libertad de la negociación de las organizaciones de empleadores y trabajadores. Ese lineamiento político, considerado junto con lo dispuesto en la Ley N.º 18.566, sobre la competencia del Consejo Superior Tripartito como «órgano de coordinación y gobernanza de las relaciones laborales» (artículo 7), que entre sus competencias está la de expedirse previamente «al establecimiento, aplicación y modificación del salario mínimo nacional» (artículo 10), acarrea, indudablemente, una limitación de la autonomía colectiva;

- c. materias de incumbencia exclusiva del sector laboral, que aluden a la exclusión de la libre disposición de las partes y que resultan de la protección del interés colectivo o individual de los trabajadores. En el primer tema, tienen que ver con la protección del derecho de

5 BARBAGELATA, Héctor Hugo; GARMENDIA, Mario, y ROSENBAUM, Jorge, *El contenido de los convenios colectivos*, FCU, 1998, p. 10.

sindicación y de negociación colectiva y con la inclusión de cláusulas, como las que regula el CIT N.º 98 en su artículo 2, que tengan por objeto (la negociación colectiva) «colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores». En el segundo tema, la exclusión se refiere a formas negociadas que limiten la libre disposición del salario (ahorro forzoso, compra de acciones, etcétera) o que atenten contra la independencia de la conciencia moral y cívica de los trabajadores;

- d. materias ajenas al interés legítimo de las partes, las cuales son de difícil delimitación y aluden a cláusulas que exceden el ámbito de las relaciones laborales en que las partes están involucradas, como puede ser la imposición de afiliación de los trabajadores a un determinado partido político o contribuciones obligatorias para estos. Aun en casos extremos, no es sencillo establecer un límite;
- e. materias no susceptibles de ser operativas mediante convenio colectivo. Los convenios colectivos no podrían contener cláusulas sobre prestaciones previsionales.

La intervención del Estado en la determinación del contenido de los convenios colectivos adopta diferentes características. En algunos casos, se consagra un derecho genérico a la negociación colectiva, sin definir su contenido. En las legislaciones en que se mencionan posibles contenidos, utilizan expresiones generales que le otorgan una gran amplitud a los sujetos negociadores para incluir contenidos. En el caso de la Ley N.º 18.566, al consagrar el derecho a la negociación colectiva, establece que las partes sociales tienen derecho a «[...] adoptar libremente acuerdos sobre condiciones de trabajo y empleo, y regular sus relaciones recíprocas» (artículo 2).

Como se aprecia, si el derecho de libre ejercicio es para acordar sobre «condiciones de trabajo y empleo», la ley está señalando que algunas materias pueden quedar excluidas. Por ello, el texto legal, si se atiende a lo enumerado y comentado antes, deja la cuestión de los límites de la negociación colectiva a la posible reserva legal en algunos aspectos y al ejercicio pleno de la autonomía colectiva. La expresión contenida en la ley ha sido considerada por la doctrina como de extrema vaguedad y falta de precisión.⁶ La normativa internacional, que ha contribuido a la extensa difusión de los términos *condiciones de trabajo y empleo* y *relaciones recíprocas*, refiere al posible contenido de la negociación colectiva utilizando esas expresiones con

6 PANIZZA DOLABDJIAN, Carolina, «Contenido y límites a la negociación colectiva según la Ley 18.566», en *XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, FCU, 2009, p. 129.

ligeras variaciones, lo que admitiría dos planos en su comprensión. En un sentido muy amplio, refiere a las condiciones de trabajo en un país, en una región, a las condiciones de la economía, a las políticas nacionales sobre el trabajo y el empleo, a las empresas y sus formas de gestión, y a las condiciones decentes de trabajo y temas de ese entorno. En lo que resulta un enfoque más concreto, la expresión «condiciones de trabajo y empleo» comprende claramente todo lo que puede regular las relaciones individuales de trabajo durante su vigencia. Las más frecuentes son las vinculadas al salario y temas conexos; otras pueden ser la intensidad y la calidad del trabajo, las jornadas de trabajo, los descansos y las vacaciones, la formación profesional y la capacitación o el adiestramiento inicial, la prevención contra el acoso sexual; también, la incorporación de la tecnología, sus efectos sobre las relaciones laborales y su empleo, los regímenes de categorías y la movilidad funcional, nuevas modalidades de contratación, etcétera, por lo que queda, entonces, abierto su contenido a los tiempos, a las condiciones históricas, para su determinación.

Pero también contempla la ley otra materia para la negociación, que implica «[...] regular sus relaciones recíprocas», lo que debe ser entendido referido a las vinculaciones entre las partes del convenio colectivo. Así, es posible incluir cláusulas que aluden a la administración, interpretación y eficacia del convenio. Asimismo, cuestiones como la conciliación y prevención de conflictos, la integración y el funcionamiento de comisiones internas, la previsión de sanciones en el caso de violación de lo acordado en los convenios, y las cláusulas denominadas de paz o las sindicales, etcétera.

Puede considerarse como contenido obligatorio del convenio colectivo el cumplimiento de algunos requisitos formales, como el referente a los sujetos legitimados para la negociación colectiva, definidos en el artículo 14 y analizados antes.

Con relación a los niveles de negociación, la ley reconoce, a texto expreso, la libertad para las partes, que podrán «[...] negociar por rama o sector de actividad, empresa establecimiento, o cualquier otro nivel que estimen oportuno» (artículo 15, inciso 1.º). La ley no exige el requisito de que el convenio colectivo debe otorgarse por escrito, pero al establecer la obligatoriedad de la inscripción, tácitamente lo hace. Al determinar la obligación de inscripción, no está definiendo un requisito de solemnidad, pues el convenio se perfecciona por el mero consentimiento otorgado por las partes y se aplica de inmediato o en la forma que lo hayan previsto las mismas partes. El artículo 438, en su tercer párrafo, de la Ley N.º 16.170 prevé como único efecto de la omisión de la inscripción una multa para la parte empleadora. En el

caso de los convenios colectivos de actividad, para alcanzar la obligatoriedad a todos los empleadores y trabajadores del nivel de actividad respectivo, la ley exige su registro y publicación, a cargo del Poder Ejecutivo (artículo 16, inciso final). También, en esos convenios, con el consentimiento se adquiere validez plena, pero estrictamente para las partes signatarias.

Con relación a la vigencia del convenio colectivo, le corresponde a las partes establecerla, al igual que su prórroga expresa o tácita y la incorporación de un procedimiento de denuncia (artículo 17, inciso 1.º). La ley nada dice sobre la fijación del lugar y la fecha de celebración, por lo que, en ese caso, se debe ceñir a los principios generales de la contratación civil.

Clasificación del contenido de los convenios colectivos: cláusulas normativas y cláusulas obligacionales

El contenido del convenio colectivo es establecido por las partes, como lo hemos señalado anteriormente, con los límites que puede surgir de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente. En los primeros análisis de tenor jurídico de los contenidos de los convenios colectivos, ya se advertía que si bien la materia salarial era la más importante, se detectaban otras, las cuales se ordenan, según Philipp Lotmar, en tres grupos de disposiciones: *a)* ciertas *normas ocasionales* (cláusulas de fin de un conflicto, de reanudación de labores o de readmisión de trabajadores); *b)* disposiciones relativas al *contrato colectivo considerado en sí mismo* (entrada en vigor, duración, terminación y centros de aplicación), y *c)* las referentes a las *condiciones de trabajo*.⁷

Las disposiciones del convenio, habitualmente, no están ordenadas, no son visibles en el texto como tales, suelen estar mezcladas, y las partes encaran su aplicación sin mayor énfasis en el tema de la naturaleza de cada una de ellas. El intérprete que las estudia y las distingue no suele ser el mismo redactor original de ellas, pero será quien advertirá las dificultades para su clasificación concreta.

7 BARBAGELATA, H.H., ROSDENABAUM, J. y GARMENDIA, M., *El contenido de los convenios colectivos*, FCU, 1998, p. 9.

Efectos normativos y efectos obligacionales de los convenios colectivos

Efecto del convenio colectivo es «toda modificación que se produzca en las relaciones individuales y colectivas de trabajo como consecuencia de su celebración».⁸ «Los efectos obligacionales crean, modifican o extinguen obligaciones entre las partes, y los efectos normativos crean, modifican o extinguen una norma jurídica», continúa definiendo Daniel Rivas.

La eficacia normativa subjetiva refiere a los trabajadores y empleadores alcanzados por los efectos de las cláusulas normativas del convenio colectivo, y la eficacia normativa objetiva alude a los efectos que producen las normas colectivas en las relaciones individuales de trabajo, o sea, trata del vínculo entre la autonomía privada individual y la autonomía privada colectiva, y, en consecuencia, refiere a la inderogabilidad *in pejus* de los convenios colectivos de trabajo.

La eficacia normativa temporal, que comprende las cuestiones de la retroactividad, aplicación inmediata y ultraactividad del contenido normativo del convenio colectivo, será analizada más adelante, bajo el título «Extinción del convenio colectivo o eficacia normativa temporal».

Eficacia normativa subjetiva

El actual régimen vigente, al definir a los sujetos legitimados, mantiene la exigencia de que las organizaciones pactantes deben ser representativas para estar en condiciones de suscribir el convenio colectivo (artículo 14, inciso 1.º), como ya lo hemos estudiado en la sección anterior. La solución legal se refuerza con lo que establece la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (artículo 7): «No solamente para los trabajadores afiliados a la organización profesional que los suscribió, sino para los demás trabajadores, que formen o lleguen a formar parte de esas empresas», conforme a la argumentación de Osvaldo Mantero.⁹ Afirma, además, este autor que se trata de una disposición autoejecutable, y aun en caso de no estimarse tal calidad, se debe recurrir tanto a ella como a la Recomendación N.º 91, artículo 4.1, en condición de normas supletorias, conforme al artículo 16 del Código Civil y 332 de la Constitución nacional.

8 RIVAS, Daniel, «Los efectos normativos de los convenios colectivos de trabajo “comunes”», en *Veinte estudios laborales en homenaje a Ricardo Mantero Álvarez*, Montevideo, FCU, 2004, p. 267.

9 Mantero, op. cit., p. 311.

Pero la mayor innovación de la norma es la introducción del efecto extensivo de los convenios colectivos suscritos por las entidades representativas de la rama o sector de actividad. Recapitulando, podemos decir que el convenio colectivo, una vez perfeccionado por su suscripción, extiende sus efectos a los empleadores signatarios o representados por la organización patronal que suscribió el acuerdo, sin proyectarse a los empleadores que no integran la organización, salvo que, conforme al artículo 16 de la Ley N.º 18.566, sea registrado y publicado por el Poder Ejecutivo, por lo que se determina, así, la extensión de sus efectos, por expresa disposición de la ley, «[...] para todos los empleadores y trabajadores del nivel de negociación respectivo [...]», y no solo a los trabajadores y empleadores de las empresas integrantes de la organización representativa patronal que ha suscripto el convenio colectivo.

Eficacia normativa objetiva

La autonomía colectiva se expresa en los convenios colectivos, y estos, como lo hemos señalado, desde su aparición presentan una vinculación entre aspectos de un negocio jurídico por una parte y por otra, un elemento normativo regulador de las condiciones de trabajo. La cuestión fundamental de este instrumento jurídico es cómo se puede garantizar la eficacia jurídica de su contenido y, por tanto, cómo asegurarse la indisponibilidad e inderogabilidad por la autonomía individual.¹⁰ Pues de eso trata la eficacia normativa objetiva. Lo dispuesto en el convenio colectivo a las relaciones individuales de trabajo se proyecta del mismo modo que el contenido derivado de la ley: imponiéndose a las partes de la relación de trabajo, sin posibilidad de derogación in pejus por estas, pero admitiendo la modificación si resulta in melius. Así, en su análisis, Rivas explica esto recurriendo a la noción de eficacia directa de las normas colectivas, la que se garantiza mediante la eficacia imperativa y la eficacia sustitutiva.¹¹ La eficacia directa actúa sin necesidad de previo consentimiento de las partes del contrato de trabajo. La eficacia imperativa, o «efecto automático», permite la imposición de determinada conducta a las partes, sin posibilidad de derogación por estas. Y la eficacia sustitutiva alude a los efectos queridos por el convenio, que sustituyen a los queridos por las partes que sean menos favorables que los del convenio.¹²

10 MONEREO PÉREZ, José Luis, «Estudio preliminar», en GIUGNI, Gino, *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, Granada, Ed. Comares, 2004, p. XXVI.

11 Rivas, op. cit., p. 276.

12 Rivas, op. cit., p. 277.

Inderogabilidad *in pejus* por el contrato individual de trabajo del convenio colectivo

La cuestión de la inderogabilidad *in pejus* de los convenios colectivos por los acuerdos individuales, en el régimen vigente hasta la Ley N.º 18.566, fue resuelta por el artículo 16, que regula los efectos del convenio a través de la legalización de sus efectos: «Los convenios colectivos no podrán ser modificados por contrato individual o acuerdos plurisubjetivos en perjuicio de los trabajadores». No obstante, el dispositivo legal, en la realidad del mundo del trabajo, la acción sindical, sosteniendo la eficacia normativa de los acuerdos colectivos, con el respaldo constitucional del reconocimiento de la libertad sindical, seguirá siendo el medio más eficaz para asegurarla.

Efectos obligacionales del convenio colectivo

Es muy reiterada, entre los operadores jurídicos del Derecho del Trabajo, la referencia a los efectos normativos del convenio colectivo, generados por las cláusulas normativas de este, y a los efectos obligacionales o contractuales, producidos por las cláusulas obligacionales.

Al considerar el objeto de los convenios, conviene referir a las cláusulas de paz y a las cláusulas sindicales, que integran la parte obligacional del convenio colectivo. Analizando si en el convenio colectivo se asume un deber de paz implícito por el solo hecho de su suscripción, concluimos en forma negativa, pero manteniendo que:

[...] En la práctica de las relaciones laborales, las partes no pueden desligarse sin más de sus compromisos [...]. Las «reglas de juego» imponen a las partes hacer honor a sus compromisos si desean mantener buenas relaciones con la contraparte y si aspiran a no afectar su credibilidad para futuras negociaciones.¹³

Entre los medios de acción ante el incumplimiento de las cláusulas obligacionales, en primer término, están la *autotutela* y las *formas de acción gremial* tendientes a la protección de derechos establecidos en esas cláusulas. Como la doctrina mayoritaria equipara el funcionamiento de los efectos normativos al de los contratos que establecen obligaciones directamente entre las partes, se ha tendido a reconocer que

13 BARBAGELATA, Héctor Hugo; GARMENDIA, Mario, y ROSENBAUM, Jorge, op., cit., p. 33

«el incumpliendo debe regirse por los principios atinentes a la responsabilidad contractual».¹⁴

La doctrina juslaboralista reconoce que no existen normas del Derecho del Trabajo que regulen el incumplimiento de los convenios colectivos, que se deben realizar las adaptaciones que requiere la temática y aplicar las técnicas civilistas adecuadas a los principios del Derecho del Trabajo. Las partes legitimadas para ejercitar las acciones judiciales derivadas del incumplimiento del convenio colectivo son las partes celebrantes.

La ley 18.566 en su artículo 2, establece el derecho a celebrar acuerdos en la mayor libertad, entre los empleadores o sus organizaciones con organizaciones de trabajadores definiendo los contenidos que deben referir a condiciones de trabajo y empleo y la regulación de sus relaciones recíprocas. En otros términos, la ley nacional está distinguiendo en el posible acuerdo a estipular por las partes las cláusulas que produzcan efectos obligacionales de las cláusulas que produzcan efectos normativos.

Cláusulas de paz

Ya hemos referido al previsto contenido de la negociación colectiva sobre las relaciones recíprocas entre las partes, incluido en el artículo 2 de la Ley N.º 18.566. Ahora, dedicamos especialmente este apartado a las denominadas cláusulas de paz, que contienen esa finalidad, por la enorme importancia que han adquirido con su regulación en el artículo 21 de la misma ley.

La cláusula de paz comprende, en su contenido, el deber (u obligación) de paz que las partes de los convenios colectivos asumen de abstenerse de recurrir a medidas de fuerza durante la vigencia del correspondiente convenio.

El pacto expreso es bastante común en las relaciones laborales en el país. El contenido, el alcance y el procedimiento dependerá de las negociaciones y suelen diferir entre ellas como la adoptada en el convenio colectivo en la industria textil celebrado entre la Asociación de Industrias Textiles del Uruguay (AITU) y el Congreso Obrero Textil (COT) en febrero de 1989, que previera la «extinción anticipada» que funcionaba con la invocación de la «caducidad» del convenio por cualquiera de las partes, si se verificaban determinadas causales (artículos 39 a 42). Debemos tener presente que la cuestión de las cláusulas de paz es de enorme importancia en las relaciones laborales e integra muchos convenios colectivos en forma expresa.

14 CASTELLO, Alejandro, «Los efectos obligacionales de los convenios colectivos» En *Veinte estudios laborales en Homenaje a Ricardo Mantero Álvarez*, FCU, 2004, p. 323.

Atendiendo a la lectura del primer inciso del artículo 21 de la ley 18.566 la cláusula de paz comprendería todos los temas que integraron la negociación y que hayan sido acordados en el convenio. En una primera interpretación se acumularían tanto los temas que se acordaron como los que se negociaron. En una segunda, la cláusula comprendería estrictamente los negociados y acordados excluyendo los negociados pero no acordados. Como se advierte, la primera interpretación lleva a concluir que la cláusula es *absoluta*, y en la segunda es *relativa*, por lo que se abre, en este caso, la posibilidad de que sigan siendo parte de reclamos y objeto de negociación futura, sin quedar comprendidos dentro del contenido del deber de paz asumido. La práctica de la negociación colectiva se ha orientado hacia la segunda interpretación, aunque no haya sido esa la intención que pretendieron otorgarle sus redactores.¹⁵

En un segundo tópico, el artículo 21 alude expresamente a la incorporación de la cláusula de paz al «convenio suscripto», sin agregar la palabra *colectivo*, modalidad que reitera en cuatro oportunidades en el mismo texto de la disposición. Se desprende de ello que la incorporación de oficio es exclusiva para los convenios colectivos bipartitos y no comprende a los laudos emitidos por Consejo de Salarios. Esta limitación es absolutamente coherente con el alcance de la negociación colectiva en los Consejos de Salarios, a los que la Ley N.º 10.449 y su modificativa les otorgan competencia en «[...] fijar el monto mínimo de los salarios por categoría laboral [...]», con lo que establecen el nivel sobre el cual la negociación colectiva bipartita, en el ámbito empresarial especialmente, puede elevar el salario mínimo dispuesto en el laudo de Consejo de Salarios. La interpretación contraria sería completamente contradictoria con la finalidad esencial de fijar mínimos salariales por categoría, pues la obligación asumida por la cláusula de paz prohíbe la utilización de *medidas de fuerza* y, en consecuencia, limita severamente el logro de ese objetivo.

Es posible concluir, entonces, que, según lo dispuesto por el artículo 21, se impone la cláusula de paz en los convenios colectivos tanto en los de nivel superior, o sea, por rama, como en los de nivel inferior, o sea, a nivel de empresa. En forma coherente con esa afirmación, a las decisiones o laudos de los Consejos de Salarios no se les aplica lo dispuesto en el artículo 21.

15 BARRETTO, Hugo, nota 30 en «Innovación y tradición en la Ley N.º 18.566: Un corrimiento de las fronteras del intervencionismo», en *Revista Derecho Laboral*, t. LII, n.º 235, Montevideo, julio-setiembre, 2009, p. 487. En esta nota se transcriben intervenciones del senador Gallinal y de la senadora Percovich, en el mismo sentido.

En un tercer aspecto, el artículo 21 obliga a establecer en el convenio colectivo un procedimiento para resolver las controversias en su interpretación. Se debe proceder, en un primer momento o etapa, a «[...] agotar todas las instancias de negociación directa entre las partes [...]», para continuar en un segundo momento o etapa: «[...] Y luego con la intervención de la autoridad competente [...]», debiendo fijarse un objetivo, según la ley, «[...] para evitar el conflicto y las acciones y efectos generados por este» (inciso 3.º). Es posible afirmar que el inciso 3.º del artículo 21 obliga a establecer un procedimiento por el cual, antes de recurrir al ejercicio de acciones o medidas de lucha gremial como la huelga, deben cumplirse las instancias de negociación directa y de negociación con intervención de la autoridad competente, o sea, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en segundo término. El objeto de la controversia, que se somete a él, se origina en la interpretación del propio convenio colectivo, como lo establece la ley.

Un cuarto aspecto refiere a lo estipulado en el último inciso de la disposición analizada. Se coloca en el supuesto del «[...] incumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero [...]», o sea, la violación del deber de paz asumido. Según lo establecido, se abren dos opciones para la parte que considera que la otra ha incumplido su deber de paz: a) la aplicación de algún procedimiento pactado en el mismo convenio colectivo para tal situación, o b) promover ante la justicia laboral la rescisión del convenio colectivo. Este uso del término *rescisión* no es el seguido en materia de convenios colectivos, que reserva el concepto de denuncia, entendida como una manifestación unilateral de voluntad cuyo objeto es la extinción de los efectos del convenio colectivo.¹⁶ Goldstein cita a María Josefina Plá Regules, que caracteriza a la denuncia: «[...] Supone la voluntad unilateral de poner fin a la aplicación de un convenio colectivo». Sin embargo, el legislador opta por introducir la *rescisión*, lo que no parece ser solamente una cuestión semántica, como señala Goldstein, pues la *denuncia* en el mundo de las relaciones colectivas de trabajo se ejerce unilateralmente y generalmente sin recurrir a la vía judicial para su tramitación.

En lo que refiere al artículo 21, la rescisión requiere instaurar necesariamente un proceso judicial, so pena de ser un manifiesto comportamiento ilícito el acudir directamente a la vía de hecho, como puede ser la mera comunicación por algún medio auténtico, como telegramas colacionados o cartas certificadas de la decisión unilateral. Para ello, el legislador determina que la justicia competente es la laboral, sin prever

16 GOLDSTEIN, Eduardo, «Análisis del art. 21 de la Ley N.º 18.566 de negociación colectiva de la actividad privada», en *XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, FCU, 2009, p. 112.

un procedimiento específico, lo que permite afirmar que debe seguirse el procedimiento ordinario ante los juzgados del trabajo, con la peculiaridad de que el accionante puede ser un empleador, posición procesal no reconocida en los procesos laborales autónomos. En su ponencia, Leonardo Slinger parece lamentarse de no haberse previsto un procedimiento rápido para la resolución del convenio colectivo y afirma lo siguiente, que compartimos plenamente: «[...] Mientras la rescisión no sea decidida por el juez, el convenio deberá ser respetado por el empleador, pese al incumplimiento de la obligación de paz».¹⁷

En el escenario de las relaciones colectivas de trabajo, la invocación del incumplimiento del deber de paz, aun sin procedimiento establecido en el propio convenio, debe seguir el camino de la autocomposición del conflicto, pero bajo las reglas del ordenamiento jurídico intersindical.

En conclusión, siguiendo la interpretación que desarrolla Barbagelata, el pasaje a la justicia laboral de cuestiones que están asignadas a tribunales de conciliación y arbitraje lesiona la libertad sindical de la que gozan los trabajadores y sus organizaciones, lo que coloca a los jueces en el centro de las disputas sociales, como se advertía desde la vigencia de la Constitución de 1934 y la aprobación de la ley de 1943.¹⁸

Extinción del convenio colectivo o eficacia normativa temporal

El *tiempo de ejecución* del convenio depende de la autonomía de las partes, que disponen de una amplia discrecionalidad para fijar términos o plazos. Estos pueden estipularse por una duración mínima, prorrogable por acuerdo de las partes si no dispusieran lo contrario, o por una duración con plazo máximo si no optan por la negociación por tiempo indefinido. El momento del inicio de la aplicación de los convenios dependerá también del acuerdo de las partes. Puede establecerse un aplazamiento de la entrada en vigencia o, incluso, se le puede dar efecto retroactivo, sobre todo en caso de que se haya dilatado el proceso de negociación con relación al último acuerdo.

En el caso de la *prórroga automática*, que puede ser prevista en el convenio colectivo con plazo determinado, generalmente se establece que, si en cierto período no se denuncia el plazo, se renueva automáti-

17 SLINGER, Leonardo, «La regulación legal de la negociación colectiva», en *XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, FCU, 2009, p. 37.

18 BARBAGELATA, Héctor Hugo, «La ampliación de la competencia de la Justicia Laboral que introduce el Art. 21 de la ley 18.566». *XX Jornadas DTSS FCU*, pp. 39-45.

camente. Esta prórroga puede estar prevista con carácter general en la legislación o puede ser incluida en la propia convención.

Retroactividad del convenio colectivo

En esa amplia libertad de la que disponen las partes, se plantea, en primer término, la cuestión de la retroactividad en los convenios colectivos, que puede ser pactada por las partes modificando los efectos ya producidos de una relación laboral vigente o modificando una relación laboral extinguida, en sentido más favorable, señala Rivas, lo que es aceptado en la doctrina.¹⁹ Un aspecto de difícil solución es la facultad de interpretación del propio convenio, de la que disponen las propias partes. En esa situación, estas suelen reformular la cláusula en discusión, por lo que se abren dos posibles opciones: otorgarle efecto retroactivo o considerar que es una nueva disposición que tendrá aplicación hacia el futuro. La cuestión se complica aún más cuando, como resultado del acto interpretativo, resulta una condición *in pejus*, lo que podría afectar derechos adquiridos por trabajadores individuales, lo que exige atender especialmente la constatación de la actuación de la organización representativa en la negociación.

Aplicación inmediata del convenio colectivo

La cuestión implica la aplicación inmediata del convenio colectivo a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad, lo que se admitió, especialmente, en la concepción que consideraba que solo podían crearse normas más favorables a través de la negociación colectiva. La admisión de la posibilidad de celebración de convenios colectivos que establecen peores condiciones de trabajo (*in pejus*) conduce a la misma conclusión, o sea, su aplicación inmediata a los contratos individuales, aunque pudiese parecer inconcebible ese efecto para tal concepción.²⁰

Extinción del convenio colectivo

La extinción puede producirse por vía normal y previsible: por vencimiento del término previsto, denuncia regulada en el convenio o denuncia en el caso de convenios sin plazo determinado, mutuo consentimiento o cumplimiento de una condición resolutoria. También puede ocurrir por vía anormal, imprevisible o irregular: por incumplimiento del

¹⁹ Rivas, op. cit., p. 291.

²⁰ Mantero, op. cit., p. 314.

convenio por una de las partes, fuerza mayor, que imposibilita el cumplimiento de las condiciones del convenio, o crisis de la empresa, que conduce a la quiebra. El *mutuo consentimiento*, incluso, puede preverse para la modificación o sustitución de la convención colectiva.

La denominada *revisión* solicitada por una de las partes implica la alteración del convenio. Parece ser que, para que tal situación prospere, deben suceder hechos nuevos, imprevistos e imprevisibles, que de haberse conocido no se hubiese negociado el acuerdo. En cita a De la Cueva, Plá Regules admite la revisión en la imprevisión tanto de la parte empleadora como de la parte trabajadora, en caso de crisis o de bonanza excesiva, respectivamente. La realización de esta revisión puede estar prevista ante un organismo especializado, que determinará, en todo caso, sus alcances.²¹

La *denuncia* es la «afirmación de la voluntad dispositiva de cada contratante y la manifestación de un poder dispositivo, al cual es atribuida la posibilidad de influir en la posición jurídica de otra persona, esto es: del otro contratante» (cita de Barassi, hecha por Graciela Fernández).²² La denuncia es, además, un acto constitutivo, pues puede modificar la posición jurídica del destinatario.

En tres consultas profesionales a los profesores Adolfo Gelsi Bidart, Helios Sarthou y Américo Plá Rodríguez, originadas en un caso concreto y analizadas por Graciela Fernández, estos coinciden en la posibilidad de recurrir al Código Civil para encarar la regulación de la denuncia, siempre de acuerdo al marco establecido por los principios del Derecho del Trabajo.

La denuncia puede estar prevista en el propio convenio, pero en el caso de que el convenio no tenga un plazo determinado, ni se haya incluido el procedimiento de desvinculación, puede ejercerse lícitamente.

Las *condiciones para ejercer la denuncia*, descritas por Fernández, son las siguientes: a) la denuncia debe estar motivada en una razón seria y fundada; b) debe ser hecha dentro del espíritu que llevó al convenio; c) debe tener presentes las características de las partes contratantes en la relación laboral; d) debe ser expresa y manifiesta, y debe existir voluntad recepticia; e) la denuncia no procede cuando tiene un plazo determinado el convenio.

No es admisible la denuncia parcial del convenio colectivo. El Código Civil prevé la preclusividad del consentimiento y la inmutabilidad de él. Para Gelsi Bidart, citado por la autora, se trataría de una «[...] situación

21 PLÁ REGULES, María Josefina, «Rescisión de los convenios colectivos», en *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*, Montevideo, FCU, 1988, p. 247.

22 FERNÁNDEZ, Graciela, «Denuncia de convenios colectivos», en *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*, Montevideo, FCU, 1988, p. 260.

asimilable a la condición potestativa: la obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor es de ningún efecto (artículo 1413)».²³

La denuncia, aun si fuese válida la parcial, no significa que puedan alterarse los contratos individuales. En este caso, corresponde acudir a la justicia para que declare la improcedencia de la denuncia, reclamando el cumplimiento del convenio, planteando en forma conjunta con la demanda una medida de no innovar y de seguir cumpliendo el convenio (y los contratos individuales) mientras se desarrolla el proceso.

Ultraactividad del convenio colectivo

Pero luego de extinguido el convenio colectivo por alguna de las formas previstas y consideradas antes, especialmente las formas normales o regulares de extinción, como puede ser el simple vencimiento del plazo previsto de vigencia, la legislación suele resolver el tema de diferentes maneras, como estipulando la prórroga automática del convenio colectivo extinguido hasta la suscripción de una futura convención.

En este párrafo, nos situamos en el caso de la ausencia normativa para referirnos a los efectos de automaticidad e imperatividad, atribuidos al convenio colectivo de trabajo. La automaticidad supone que se integren las cláusulas del convenio a los contratos de trabajo sin necesidad de consentimiento del trabajador, y la imperatividad, cierta inderogabilidad relativa de las normas del convenio.²⁴

El efecto imperativo implica que no podría modificarse por actos de voluntad singular los beneficios del convenio y tampoco podría operarse una derogación *in pejus* de las normas del convenio anterior por uno posterior.

Los efectos de automaticidad e imperatividad conducen a perfilar la teoría de la incorporación de las cláusulas convencionales al contrato individual de trabajo. Las relaciones de trabajo siguen rigiéndose por las mismas normas, en tanto quedan incorporadas al contrato de trabajo. El convenio colectivo quedaría dotado de cierta ultraactividad, lo que produce efectos más allá de su vigencia.²⁵

Para Mantero Álvarez, la teoría de la incorporación se basa en los institutos de la representación voluntaria o legal del derecho común. Pero, a partir de la existencia en el ordenamiento jurídico de la autonomía colec-

23 Fernández, op. cit., p. 264.

24 MANTERO, R, «Situación de los convenios colectivos luego de su extinción», en *Revista Judicatura*, n.º 36, Montevideo, noviembre, 1993, p. 51.

25 GIUZIO, Graciela, «Ultraactividad de los convenios colectivos de trabajo», en *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*, Montevideo, FCU, 1988, p. 213.

tiva, los criterios de la representación del derecho común pierden sustento. La representación en materia de relaciones colectivas se explica a través de la noción de autonomía colectiva. La representación sindical no deriva de alguna forma de mandato, sino de su poder autónomo y de la subordinación de sus miembros en la organización sindical.

En opinión de Mantero Álvarez, el convenio colectivo es un negocio jurídico complejo, que cumple multiplicidad de funciones jurídicas. Este sería un negocio jurídico dispositivo, con eficacia real. Los efectos del convenio colectivo se producen directamente sobre los contratos de trabajo en curso de ejecución, pues «No se trata de la incorporación material del convenio al contrato de trabajo, sino, simplemente, del efecto normal de un negocio jurídico dispositivo».²⁶

Por ello, luego de la extinción del convenio colectivo, en ausencia de un convenio colectivo posterior, no siguen rigiendo las normas convencionales. Las relaciones de trabajo se regularán por la legislación laboral. Hay una relación de complementariedad entre normas laborales, en la medida que el convenio colectivo supera los mínimos legales. Por tal razón, al extinguirse el convenio, se mantiene la ley.

Una vez verificada la caducidad del convenio colectivo, se plantea la aplicación de la regla del mantenimiento de las condiciones más beneficiosas, que se extinguieron con el mismo convenio, por lo que estas solo pueden provenir de una estipulación en el contrato individual de trabajo o de la voluntad unilateral del empleador.

La manifestación unilateral de la voluntad del empleador, expresada públicamente, por la que dispone la regulación de las condiciones de trabajo con un contenido dispositivo similar a las que regulaba el convenio colectivo, con un plazo determinado y estableciendo que no se incorporan al contrato individual de trabajo, serán exigibles por el trabajador tan solo por el período señalado por el empleador. De no proceder con esos requisitos, las *condiciones más beneficiosas* deberían mantenerse en el futuro.

En los casos en que el convenio colectivo haya sido incorporado a un decreto del Poder Ejecutivo, la naturaleza de la norma cambia, y de norma autónoma pasa a ser heterónoma. De esta manera, el convenio recogido por el decreto rige por un plazo determinado, y una vez que queden sin efecto las relaciones de trabajo, se regulan por la legislación general. Pero, en muchos casos, el plazo de vigencia es solo en materia salarial, por lo que quedan los demás aspectos del convenio sin plazo. En esta zona del decreto, el contenido se mantiene y las partes deberán ajustar su comportamiento a él.

26 Mantero, op. cit., p. 59.

Si hay nuevo convenio colectivo que sustituye al extinguido, fuera de la situación referida en el párrafo anterior, las relaciones de trabajo pasan a regirse por el nuevo convenio, sin importar que este sea más o menos beneficioso.²⁷

La ley 18.566 regula la denominada ultraactividad en el artículo 17 al establecer que el convenio colectivo con el plazo vencido: «[...] Mantendrá la plena vigencia de todas sus cláusulas hasta que un nuevo acuerdo lo sustituya [...]». La ley refiere a «todas sus cláusulas», aunque es posible afirmar que en los convenios en los que, en la totalidad de sus cláusulas, a algunas que regulan algún contenido normativo no se les estableció plazo y a otras, sí, lo dispuesto por el artículo 17 se aplica exclusivamente a las cláusulas que tienen previsto un plazo. Tampoco se aplicará a los convenios colectivos que establezcan tarifas de salarios mínimos, pues estas se consolidan y mantienen el nivel alcanzado, pero el mecanismo previsto de incremento, generalmente pactado por períodos semestrales o anuales, se hace inaplicable hacia el futuro, y de ningún modo puede producirse su prórroga automática.

Pero la disposición legal continúa en su redacción y establece: «[...] Salvo que las partes hubiesen acordado lo contrario». Como se desprende de la lectura completa, la ultraactividad del convenio (o de alguna de sus cláusulas normativas), expresamente consagrada en la ley, cesa ante el acuerdo de partes, que debería exigir, en esos casos, una redacción que reiterase la conclusión del convenio y, por tanto, la inaplicabilidad de la prórroga.

Ya hemos analizado en este mismo trabajo la cuestión, pero lo reiteramos en el cierre de este apartado: lo dispuesto en el artículo 17 comprende exclusivamente los convenios colectivos bipartitos y no es aplicable a las decisiones de Consejos de Salarios, entre otros contundentes argumentos, por la forma de redacción que adopta, que refiere, en forma expresa, a que lo establecido comprende ese instrumento de negociación colectiva.

27 DIESTE, Juan Francisco, «La doctrina de la incorporación de los convenios colectivos en los contratos individuales de trabajo: situación actual y examen crítico», en *Revista Derecho Laboral*, n.º 190, Montevideo, enero, 1998, p. 304. El autor hace una correcta revisión de las posiciones doctrinarias en el tema.

RELACIONES DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO, CON ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL

Beatriz Durán¹
Carolina Panizza²

Particularidades de las relaciones laborales en el sector público

El sector público abarca distintos tipos de relaciones laborales. En documentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la expresión *sector público* incluye la administración pública (administración del Estado), las empresas públicas y, en general, las organizaciones o empresas de propiedad estatal (aun en los casos en que se rijan por normas de Derecho Privado).³ A esto debemos agregarle, a su vez, los

- 1 Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Profesora adjunta de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Profesora adjunta de Derecho de las Relaciones Laborales en el Sector Público y de Política Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Miembro del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Se desempeña como asesora en la Presidencia de la República (Asesoría Letrada, Oficina Nacional del Servicio Civil). Las opiniones vertidas en el presente trabajo son a título personal y no comprometen a las instituciones referidas.
- 2 Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Profesora asistente de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en las carreras de Abogacía y Notariado, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Profesora ayudante de Salud, Seguridad y Prevención en la carrera de Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Se desempeña como asesora en la Dirección Nacional de Trabajo, División Negociación Colectiva, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Las opiniones vertidas en el presente trabajo son a título personal y no comprometen a las instituciones referidas.
- 3 RACCIATTI, Octavio, «El Derecho del Trabajo en el Sector Público» en *Revista Derecho Laboral* N°. 204, Tomo XLIV, Octubre-Diciembre 2001, FCU, Montevideo, 2002, p. 791-792..

organismos autónomos, tales como los Gobiernos departamentales, los organismos de contralor, entre otros.

La particularidad de las relaciones laborales del sector público surge a raíz de distintos factores: a) la variedad y diversidad de actividades en el sector o en los distintos tipos de organismos; b) las características especiales del empleador; c) los diferentes tipos de vínculos que unen a los funcionarios con el empleador.

Variedad y diversidad de actividades

La variedad de actividades incide, en muchos casos, sobre las remuneraciones, condiciones de trabajo y tipos de vínculo que se generan.

Características del Estado como empleador

Racciatti, siguiendo a Fredman y Morris,⁴ enumera las siguientes características:

- a. doble y superpuesta potestad del Estado de dictar normas jurídicas y de aplicarlas. Además de ser uno de los sujetos, el Estado establece —generalmente de manera unilateral— las normas que regulan la relación de empleo público. Esta potestad suele encontrarse distribuida en distintos órganos;
- b. obtención de recursos mediante tributos. Los ingresos de la Administración provienen, principalmente, de los tributos, y no tanto de precios por servicios brindados. Esto tiene un particular impacto en caso de conflictos colectivos, ya que las medidas sindicales adoptadas difícilmente tienen efectos directos en materia financiera, salvo el caso de las empresas públicas. Por este motivo, en situaciones de conflicto, los sindicatos suelen basarse en la presión política que puede resultar de la interrupción de los servicios que se prestan al público;
- c. la incidencia del interés público. El Estado puede justificar sus acciones y decisiones por razones de interés público. Ello influye en algunas de las obligaciones de los funcionarios y en las particularidades de los poderes del empleador, que pueden ser más intensos que en la actividad privada;
- d. existencia de limitaciones constitucionales y legales a las cuales está sujeta la actividad de la administración pública. Existen reglamentaciones y limitaciones constitucionales que no se aplican en

4 FREDMAN, Sandra, y MORRIS, Gillian S., *The State as Employer: Labour Law in the Public Services*, Londres-Nueva York, Mansel, 1989, pp. 6-10. Racciatti, op. cit.

el sector privado. Aun cuando el organismo tenga un considerable grado de autonomía, debe rendir cuentas y, a su vez, debe respetar la normativa en lo que se refiere a gastos (no se pueden comprometer gastos que no estén previstos en el presupuesto) y contratación de funcionarios (deben seguirse procedimientos, estrictos concursos, y hay limitaciones en cuanto al momento de ingreso);

- e. estructura burocrática y jerárquica de la administración. La estructura burocrática lleva a que la extensión y el alcance de los poderes de cada funcionario estén determinados por su posición en la estructura, lo cual incide en las relaciones de poder entre el Estado y sus empleados.

Tipos de vínculos

SISTEMAS DE FUNCIÓN PÚBLICA⁵

1. Sistemas cerrados (Reino Unido, Francia, Alemania). El funcionario ingresa a una organización jerarquizada con expectativa y posibilidades de ascensos y de desarrollar una carrera. Los elementos de este modelo son el estatuto, un cuerpo colectivo y jerarquizado, y la carrera administrativa.
2. Sistemas abiertos (Holanda, Estados Unidos). Se fundan en un inventario y una clasificación precisa de los puestos de trabajo. Se recluta el personal necesario para un puesto determinado, al ritmo de las necesidades de la administración. La selección y el nombramiento se hacen para un puesto concreto. La persona nombrada no entra a un cuerpo ni desarrolla una carrera.

Parece claro que Uruguay se ubica en el sistema cerrado de función pública. De todas formas, existen modalidades de contratación que no implican el ingreso a la organización, sino que se utilizan, como veremos más adelante, para cubrir necesidades extraordinarias de servicio, tareas concretas no permanentes o cuando no existen cargos vacantes que permitan el ingreso a la administración.

De esta manera, es posible distinguir al funcionario de carrera por un lado y al funcionario contratado por otro.

5 RACCIATTI, Octavio, «El Derecho del Trabajo en el sector público», en *Revista Derecho Laboral*, t. XLIV, n.º 204, Montevideo, octubre-diciembre, 2001, p. 792.

Concepto de funcionario público

Noción

En atención a la vocación de universalidad de los instrumentos de la OIT, el Convenio N.º 151 no define el concepto de empleado público. Al hacer referencia al ámbito subjetivo de aplicación, el convenio establece que este deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no le sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo (artículo 1.1). Mientras tanto, el artículo 2 del convenio señala que la expresión *empleado público* designa a toda persona a quien se le aplique el convenio, de conformidad con el artículo 1.

Si analizamos nuestro ordenamiento, del conjunto de disposiciones dispersas que refieren a quiénes ocupan cargos o empleos públicos, surge una noción amplia de funcionario, el cual puede ser definido como «todo individuo que incorporado según los procedimientos legalmente admitidos ejerce funciones públicas en una entidad estatal». De esta manera, pueden identificarse como elementos esenciales del concepto: a) la calidad de persona física, b) el ejercicio de funciones públicas, c) la prestación en una entidad estatal, d) la incorporación mediante designación u otro procedimiento legal.⁶

Del contexto de la Constitución, de acuerdo a lo establecido en los artículos 58 y siguientes, surge que el concepto constitucional de funcionario incluye la «existencia de una relación de trabajo o servicio con alguna entidad pública». Solamente quedarían excluidos de la calidad constitucional de funcionarios aquellos sujetos que se obligan a realizar un trabajo para una entidad estatal sin incorporarse en los hechos a la administración y sin resultar sometidos a una relación de trabajo o servicio como obreros o empleados, como puede ser el caso de los arrendadores de obras o servicios.⁷

Actualmente, es claro que la noción de funcionario público aceptada en nuestro derecho es sumamente amplia, pues admite a todos los individuos que ejercen función pública, incorporados por procedimiento legal en el Estado, persona pública mayor, en los gobiernos departamentales, en los entes autónomos o en los servicios descentralizados, sean o

6 SILVA CENCIO, Jorge, «Estatuto y régimen laboral de los funcionarios públicos con especial referencia a los del Poder Legislativo», en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 72, Montevideo, 1972, p. 275.

7 CAJARVILLE, Juan Pablo, «Concepto de funcionario público en la Constitución uruguaya y su desvirtuación legal o administrativa», en *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, La Ley, 2010, pp. 53-54.

no de carrera, retribuidos u honorarios, presupuestados o contratados, civiles, policiales, militares, diplomáticos, etcétera.⁸

Funcionarios de carrera

La Constitución no define lo que son funcionarios de carrera, sino que establece que los funcionarios presupuestados de la Administración Central son funcionarios de carrera (artículo 60). Sin embargo, no establece que sean los únicos.

Desde el punto de vista doctrinario el funcionario de carrera es aquel cuyas tareas y cuya posición permanente en la administración hacen razonable considerarlo como un profesional de su empleo. Lo que se opone a funcionario de carrera es el funcionario eventual, aquel que ha sido contratado para una tarea específica y extraordinaria que no forma parte de la organización normal del servicio.⁹

Cada estatuto determina cuáles funcionarios son de carrera y cuáles no, pero en el ejercicio de esta competencia, la autoridad que dicta el estatuto no tiene absoluta discrecionalidad, pues tiene que respetar el sentido obvio y natural de la expresión *funcionario de carrera*. Por lo tanto, no podrá establecerse que no es funcionario de carrera aquel que realiza tareas que por su naturaleza son rutinarias o forman parte de la vida diaria de la oficina.¹⁰

En el caso de la Administración Central, de acuerdo a lo que establece el artículo 60, hay una presunción constitucional de que el funcionario presupuestado es de carrera. Para excluir de la carrera administrativa a un funcionario presupuestado, tiene que dictarse una ley que estatuya con calidad de carácter político o de particular confianza al cargo, para lo cual se requiere la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara.

Funcionarios contratados

La noción de funcionario contratado comprende no solamente a quienes se han incorporado a la administración mediante un contrato, sino también a quienes, habiéndose incorporado mediante un acto de designación dictado unilateralmente por la administración, tienen su situación

8 VÁZQUEZ, Cristina, «Trabajo de los funcionarios públicos: relación funcional y derecho general del trabajo», en *Revista de Derecho Público*, n.º 10, Montevideo, 1997, p. 89.

9 CASINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, 3.ª actualización, Montevideo, FCU, 2009, pp. 477-478.

10 Casinelli Muñoz, op. cit., p. 478.

jurídica funcional regulada parcialmente por estipulaciones emanadas de un contrato.¹¹

Salvo excepción expresa, los funcionarios contratados están sometidos al régimen estatutario general. Los artículos 59, 62, 63, 107 y 204 de la Constitución no distinguen entre funcionarios presupuestados y contratados, por lo que los estatutos comprenderán a todos los funcionarios dependientes de los distintos órganos o personas a que se refieran. Sin embargo, algunas disposiciones estatutarias no serán aplicables a los funcionarios contratados por la propia índole contractual de su situación. Los funcionarios contratados no son de carrera ni son inamovibles (artículo 60 de la Constitución). Por lo tanto, no se les aplicarán las disposiciones de los estatutos que regulen la carrera administrativa, las reglas del ascenso, ni las disposiciones que requieran causal específica y venia para su destitución. Por otra parte, los estatutos podrán establecer soluciones especiales para los funcionarios contratados siempre que dichas soluciones se funden razonablemente en su situación particular.¹²

El estatuto del funcionario público

Concepto

Existen diversas posiciones respecto a la definición de estatuto. La posición *restringida* define el estatuto como el conjunto orgánico de normas legales que regulan los derechos, deberes y obligaciones de los funcionarios públicos. Mientras que la posición *amplia* abarca no solamente las normas referentes a los derechos, deberes y garantías, sino también aquellas que establecen los procedimientos técnicos de administración del personal y fijan cuáles son los órganos competentes para ejecutar y controlar el cumplimiento de la relación funcional y la aplicación de esos procedimientos técnicos.¹³

En general, se ha definido el estatuto como el conjunto de normas que regulan los derechos, deberes y garantías de los funcionarios, que les serán aplicables en cuanto están vinculados por una relación de trabajo o servicio a la respectiva entidad en la que se incorporan.¹⁴

11 CAJARVILLE, Juan Pablo, «Normas laborales que se aplican a los funcionarios públicos», en *Cursillo sobre Derecho del Trabajo y los funcionarios públicos*, Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral, 1977, p. 170.

12 Cajarville, «Normas laborales...», op. cit., p. 179.

13 Silva Cencio, op. cit., p. 271.

14 CAJARVILLE, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, t. II, 2.ª ed. ampliada, Montevideo, FCU, 2008, p. 490.

A su vez, la doctrina ha distinguido dos acepciones diversas de estatuto. Desde el punto de vista *material*, el estatuto es el régimen jurídico aplicable a los funcionarios públicos en cuanto tales.¹⁵ Desde el punto de vista *formal*, se trata del cuerpo jurídico armónico y sistemático que contiene la mayor parte de aquellas normas. Es decir, el cuerpo legal o reglamentario en que se encuentran las normas que regulan la situación jurídica y técnica de quienes se hallan vinculados por una relación funcional.¹⁶

Debe destacarse que las normas del estatuto no comprenden la totalidad de las normas que alcanzan a los funcionarios públicos, ya que a estos también les son aplicables las normas generales que rigen para los habitantes, ciudadanos y trabajadores en general.¹⁷

Los estatutos son solamente una fracción del régimen jurídico al que están sometidos los funcionarios por ser trabajadores y por serlo en forma subordinada. En tales calidades se les aplicarán las normas constitucionales y legales protectoras del trabajo en sí y aquellas que alcancen a todo el que trabaje en situación de subordinación con prescindencia de las características del patrono subordinante.¹⁸

Tipos de estatuto

A diferencia de la Constitución de 1934 y la de 1942, que preveían un solo estatuto formal, a partir de 1952, la Constitución prevé múltiples estatutos:

- a. el de los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo (con excepción de los militares, policiales y diplomáticos),¹⁹ Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo (salvo en lo relativo a los cargos de la Judicatura), el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral (sin perjuicio de las reglas destinadas a asegurar el contralor de los partidos políticos) y los servicios descentralizados (sin perjuicio de lo que se disponga por leyes especiales en atención a la diversa índole de sus cometidos), el cual se establece por ley (artículo 59);
- b. los de los funcionarios dependientes de cada Cámara del Poder Legislativo, que se aprueban por reglamento de la Cámara respectiva (artículo 107);

15 CASINELLI MUÑOZ, Horacio, «El régimen de los funcionarios en la Constitución uruguaya», en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 65, Montevideo, 1967, p. 277.

16 Silva Cencio, op. cit., p. 271.

17 Íd.

18 Cajarville, *Sobre Derecho Administrativo*, op. cit., p. 490.

19 Presidencia de la República, Oficina de Planeamiento y Presupuesto, Oficina Nacional del Servicio Civil y ministerios.

- c. los de los funcionarios de los Gobiernos departamentales, que se sancionan por decreto legislativo departamental (artículos 62 y 273);
- d. los de los funcionarios de los entes autónomos de carácter comercial o industrial, proyectados por el ente y aprobados por el Poder Ejecutivo (artículo 63);
- e. los de los funcionarios de los entes autónomos de la enseñanza, establecidos por su Consejo Directivo (artículo 204).

El estatuto que prevé el artículo 59 de la Constitución se conoce como el Estatuto Central. El hecho de que se establezca un estatuto único para todos los organismos señalados en a) implica que sus funcionarios deban tener un régimen uniforme.

Materia estatutaria

La materia propia estatutaria es el régimen jurídico de los funcionarios en cuanto tales, excepto los puntos reservados a la ley ordinaria o a las normas presupuestales por el texto constitucional.²⁰

La regulación de estos aspectos hace referencia al desenvolvimiento de la relación funcional y a las condiciones de trabajo. De esta manera, la naturaleza laboral de estos contenidos es indudable.

El contenido mínimo de los estatutos está fijado por el artículo 61 de la Constitución, el cual incluye: a) las condiciones de ingreso de funcionarios de carrera; b) la reglamentación del derecho a la permanencia en el cargo de los funcionarios de carrera; c) la reglamentación del derecho al ascenso de los funcionarios de carrera; d) la reglamentación del derecho al descanso semanal de los funcionarios de carrera; e) la reglamentación del derecho de los funcionarios de carrera al régimen de licencia anual y por enfermedad; f) las condiciones de suspensión de los funcionarios de carrera; g) las condiciones de traslado de los funcionarios de carrera; h) las obligaciones funcionales de los funcionarios de carrera, y i) los recursos administrativos contra las resoluciones que afecten a los funcionarios de carrera.

Todos los estatutos tienen que contener al menos estos puntos que se refieren a los funcionarios de carrera. Los estatutos no podrán quitarles a los funcionarios de carrera estos derechos; habría que reformar la Constitución para suprimir el derecho de los funcionarios de carrera al ascenso, la permanencia en el cargo, etcétera.²¹

Por otra parte, en todos los casos, el contenido de los estatutos deberá dictarse con acatamiento de las reglas de protección de los trabajadores subordinados dispuestos por los artículos 53 y 54 de la Constitu-

20 Casinelli Muñoz, «El régimen de los funcionarios...», op. cit., p. 281.

21 Casinelli Muñoz, *Derecho Público*, op. cit., p. 477.

ción.²² Así, deberá respetarse la independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador, el derecho a la justa remuneración, la limitación de la jornada, el descanso semanal, la higiene física y moral, y la situación especial de las mujeres y los menores.

Funcionarios públicos en el estatuto de la Administración Central

Los vínculos laborales con el Estado y el crecimiento o la disminución de los funcionarios públicos han dependido de decisiones de gobierno, las cuales han producido cambios e impactado directamente en las cifras de evolución de aquellos.²³ Las leyes N.º 16.127, de fecha 7 de agosto de 1990 (artículos 1 al 7), N.º 16.697, del 25 de abril de 1995 (artículos 30 al 37), N.º 16.736, del 5 de enero de 1996 (artículo 20), y N.º 17.556, del 18 de setiembre de 2002 (artículos 27 y 28), prohibieron o recortaron el ingreso a la administración pública, aunque en los hechos el Estado tenía la necesidad de contratar funcionarios, lo cual efectuaba de forma irregular y desprolija.²⁴ También se observan cambios de personal, producto de reorganizaciones del Estado: se ha creado,²⁵ suprimido²⁶ o transformado²⁷ organizaciones, unidades ejecutoras, ministerios, agencias e institutos.

22 Cajarville, «Normas laborales...», op. cit., p. 175.

23 Ver: Vínculos Laborales con el Estado 2010, Informe sobre Vínculos Laborales, Altas y Bajas (Art. 14 Ley N.º 18.719), del Observatorio de la Gestión Humana del Estado, de la Oficina Nacional del Servicio Civil, en: <www.onsc.gub.uy>.

24 Además, debemos considerar las distintas leyes (16.127 de 1990, 16.320 de 1992, 16.736 de 1996, 17.556 de 2002, 17.930 de 2005, 18.046 de 2006 y 18.172 de 2007) que establecían retiros incentivados, direccionados generalmente a determinadas franjas etarias, a veces próximas a la jubilación, que, a través de los distintos períodos de Gobierno, permitieron la fuga de personal calificado y con experiencia de la función pública.

25 Se crea en la Presidencia de la República la Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica (Ley N.º 16.832), la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (Ley N.º 17.296), la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (Ley N.º 17.598), y la Agencia para el Desarrollo del Gobierno Electrónico (Ley N.º 17.930). Se crea, además, el Ministerio de Deporte y Juventud (Ley N.º 17.243) y, más adelante, el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) (Ley N.º 17.866). Luego, se suprime el Ministerio de Deporte y Juventud y se distribuyen sus atribuciones y competencias entre el MIDES y el Ministerio de Turismo y Deporte. Se crea la Agencia Nacional de Vivienda (Ley N.º 18.125), cuyo personal formaba parte del Banco Hipotecario del Uruguay, y el Instituto Universitario de Educación (Ley N.º 18.347).

26 Se suprime la Administración Nacional de Servicios de Estiba (Ley N.º 17.243).

27 A partir de la Ley N.º 16.736, de 1996, el BPS no se integra al presupuesto nacional y deja de ser un organismo del artículo 220 de la Constitución para ser del 221. La Ley

En el período de gobierno del doctor Tabaré Vázquez, por la Ley N.º 17.930 del año 2005 se deroga la prohibición del ingreso. A partir de la Ley N.º 18.362 del año 2008, el ingreso a la Administración Central se realiza mediante contrato de función pública.²⁸

En el período pasado de Gobierno (2010-2015) se tuvo como objetivo la simplificación de los vínculos con la Administración Central,²⁹ por considerarse que existía una gran desprolijidad en las contrataciones³⁰ estatales existentes. La tendencia fue a unificar el sistema de ingresos a través de concursos de la Administración Central, a efectos de evitar el clientelismo político y conseguir un ingreso democrático y transparente al Estado. Para ello, se creó dentro de la Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSC)³¹ el Área Uruguay, la cual se aboca al diseño y desarrollo de un sistema o proceso centralizado y profesional de reclutamiento y selección de los mejores postulantes para trabajar con el Estado, de acuerdo a las necesidades, sugerencias y solicitudes de cada inciso.³² De esta manera, se trabajó en el proceso de «fortalecimiento institucional del Estado», focalizado en la simplificación de los vínculos con el Estado, el ingreso democrático al Estado, y el estatuto del funcionario y la carrera administrativa.³³

N.º 16.736 disminuye el Ministerio de Educación y Cultura, porque la Administración Nacional de Correos pasa a ser un servicio descentralizado comercial y el IMPO se transforma en persona pública de derecho público no estatal. La Comisión Honoraria para la Lucha Antituberculosa (del Ministerio de Salud Pública) pasa a ser persona de derecho público no estatal y su personal deja de tener la calidad de funcionarios públicos. La Dirección Nacional de Comercio (del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) es suprimida por la Ley N.º 16.736, y se crea el Instituto Nacional de Abastecimiento, el cual, más adelante, es suprimido por la Ley N.º 17.296.

- 28 Se hace incorporaciones por regularización, es decir, se incluye en la plantilla de funcionarios a los que prestaban funciones bajo formas contractuales desvirtuadas (se forman comisiones paritarias, de acuerdo al artículo 7 de la Ley N.º 17.930).
- 29 Incisos 2 al 15 del presupuesto nacional.
- 30 El Gobierno aprobó decretos que, a su juicio, son un «candado» que evitará nuevos ingresos de funcionarios con contratos precarios; ese era el titular de una entrevista a la doctora Elena Tejera, directora de la ONSC, en *Búsqueda* en el año 2011.
- 31 La ley de presupuesto, de 2010, encomienda a la ONSC a: «Instrumentar y administrar un sistema de reclutamiento y selección de recursos humanos en el ámbito de la Administración Central [...]»; «Diseñar, definir y regular políticas de administración de recursos humanos relativas a [...] definición de vínculos con el Estado [...]».
- 32 *Manual de reclutamiento y selección 2011*, Montevideo: Presidencia de la República, ONSC, Uruguay Concurra.
- 33 DURÁN, Beatriz, «Funcionarios públicos: modalidades de vinculación con el Estado (Administración Central)», en BARRETO GHIONE, Hugo (coord.), *La reglamentación del trabajo en los Consejos de Salarios y convenios colectivos. Estudio de 13 sectores*, Montevideo, FCU-CSEP-Udelar, 2012, pp. 99 y ss.

Actualmente, la Ley N.º 19.121 sobre el estatuto de los funcionarios públicos, de fecha 20 de agosto de 2013, regula las relaciones de trabajo del Poder Ejecutivo con sus funcionarios públicos. Este estatuto se aplica a los funcionarios públicos del Poder Ejecutivo, con excepción de los funcionarios diplomáticos, consulares, militares y policiales, y de los magistrados dependientes del Ministerio Público y Fiscal (artículo 2).³⁴ El estatuto resulta aplicable únicamente a quienes integran el Poder Ejecutivo, Despertando dudas, no solo respecto a la constitucionalidad de esta limitación, sino especialmente sobre qué es lo que ocurrirá con el elenco de los restantes funcionarios referidos en el artículo 59 de la Constitución y 102 F de la ley.³⁵

Casinelli señala que:

Lo que no puede hacerse es establecer diferencias entre los funcionarios de cada una de las dependencias alcanzadas por el artículo 59. Así, los funcionarios técnicos pueden tener un régimen distinto del de los administrativos puros, pero el régimen de los funcionarios administrativos puros debe ser el mismo en el Ministerio de Hacienda que en el Poder Judicial o en el Tribunal de Cuentas.³⁶

El total de vínculos laborales en el Poder Ejecutivo a diciembre del año 2016 son 76.797 funcionarios públicos y 4.809 que no son funcionarios públicos. Representa el total de no funcionarios públicos un 5,9 %, mientras que el total de funcionarios públicos representa el 94,1 %.³⁷ En adelante, se abordará la temática de los trabajadores del Estado que adquieren la calidad de funcionarios públicos de acuerdo al Estatuto del Funcionario Público.

34 MARTINS, Daniel Hugo, «Estatuto del funcionario», en ROTONDO, Felipe (coord.), *El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad*, Montevideo, FCU, 2014, pp. 361 y ss. Señala este autor, con respecto a estos funcionarios a los que tampoco se les aplica este miniestatuto, que el inciso A del artículo 59 de la Constitución no incluye entre los exceptuados a los funcionarios consulares, ni a los magistrados dependientes del Ministerio Público y Fiscal, por lo que este texto legal no se ajusta a la Constitución.

35 THOMASSET LOUREIRO, Martín Luis, *Los límites de legalidad a las situaciones de movilidad de los funcionarios públicos*, Montevideo, FCU, 2015, pp. 20-21.

36 Casinelli Muñoz, «El régimen de los funcionarios», op. cit., p. 267.

37 Oficina Nacional del Servicio Civil, Observatorio de la Gestión Humana del Estado, Vínculos Laborales con el Estado 2017, Informe sobre Vínculos Laborales, Altas y Bajas (Art. 42 Ley N.º 18.046). Disponible en: <<https://www.onsc.gub.uy/onsc1/images/observatorio/documentos/2017/Informe%20v%C3%ADnculos%20completo%202017.pdf>>.

Régimen de ingreso a la función pública

Se establecen tres formas de ingreso a la función pública en la Administración Central, de acuerdo al nuevo Estatuto del Funcionario Público, Ley N.º 19.121, título III: a) por contrato de administración superior, para ocupar funciones de conducción (artículo 91 del estatuto); b) por contrato de provisorio, como vía de alcanzar un cargo presupuestado, y c) por contrato de trabajo, para cubrir fundamentalmente tareas denominadas transitorias.³⁸

El contrato de administración superior

Tiene como fin que el concursante seleccionado pase a prestar por un plazo de hasta seis años funciones de supervisión, de conducción o de alta conducción, todas ellas definidas en los artículos 61, 62 y 63 de la Ley N.º 19.121.

El artículo 66 desarrolla los procedimientos a seguir para asignar dichas funciones. Se les da prioridad a los postulantes del respectivo inciso que cumplan con las condiciones que el mismo artículo menciona. De no ser posible seleccionar a alguno, se pasa a analizar a los postulantes del mismo inciso, pero exigiéndoles menos años de ejercicio ininterrumpidos en su cargo y con un nivel igual o superior al segundo nivel de jerarquía del subescalafón de procedencia. Si cumplidos estos dos procedimientos no se logra seleccionar a ningún funcionario, se pasa a una tercera opción, que es abrir el llamado a todos los postulantes que se quieran presentar del Poder Ejecutivo, y se les exige determinados requisitos. Finalmente, si luego de los tres procedimientos resultara desierto el cargo, se hará un llamado público y abierto, de oposición, de presentación de proyectos y méritos, para que quien sea seleccionado, luego de haber sido evaluado con respecto a sus conocimientos, destreza técnica y competencia en el área de gerenciamiento, suscriba un contrato de administración superior.

El plazo de este contrato será de hasta seis años y no se prevé prórroga. Hasta el momento, no se ha llevado a la práctica este tipo de contratación. Estos contratados (no funcionarios) están sometidos al procedimiento disciplinario previsto en el artículo 98 y se les puede rescindir el contrato antes del vencimiento del plazo estipulado de acuerdo

38 BELLO, Hernán, «Requisitos y nuevas formas de ingreso de los funcionarios públicos establecidos en el nuevo estatuto del funcionario. Ley 19.121», en ROTONDO, Felipe (coord.), *El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad*, Montevideo, FCU, 2014, pp. 317 y ss.

a las condiciones establecidas en el artículo 99 del estatuto, sin que el contratado tenga derecho al reclamo de indemnización.

El provisorio: nuevo marco jurídico

Se trata de una prestación de servicios de carácter personal, por el término de quince meses, que solo se podrá realizar cuando el inciso respectivo tenga una vacante de ingreso³⁹ y no haya personal a redistribuir que pueda ocuparla. Parte de la doctrina del Derecho Administrativo entiende que este período «continúa siendo demasiado extenso [...] para que la Administración juzgue si alguien sirve o no, si reúne las condiciones necesarias o si no posee el perfil para ser incorporado [...]».⁴⁰

CARACTERÍSTICAS

El inciso 2 del artículo 3 de la Ley N.º 19.121 dispone que es funcionario presupuestado del Poder Ejecutivo quien haya sido incorporado en un cargo presupuestal para ejercer funciones y aquel que, habiendo sido seleccionado por concurso de oposición y méritos o méritos y antecedentes, y contratado bajo el régimen del provisorio, haya superado el período de quince meses y obtenido una evaluación satisfactoria de su desempeño.

El inciso 3 del mismo artículo establece que es funcionario contratado del Poder Ejecutivo todo aquel que desempeñe tareas en las condiciones establecidas en los artículos 90, 91 y 92 de la presente ley y cuya contratación se realiza con cargo a partidas para jornales y contrataciones.

El artículo 89 preceptúa que el personal presupuestado es la regla y que el personal contratado es la excepción, e indica que la solicitud de contratación deberá estar fundamentada por el jerarca del inciso que la proponga y autorizada por la ONSC.

Conforme lo dispuesto por el artículo 90, el contrato de provisorio debe ser formalizado por escrito.

El artículo 93 dispone que el reclutamiento y la selección se realicen a través del Sistema de Reclutamiento y Selección de Personal de la ONSC, y el artículo 94 refiere a que la selección de postulantes se haga

39 Se consideran vacantes de ingreso las que se encuentren en el último nivel del escalafón correspondiente o aquellas que, habiéndose procedido por el régimen del ascenso, no se hubieran podido proveer. Las vacantes de ingreso del último nivel del escalafón no podrán ser provistas por el mecanismo del ascenso.

40 MILIOTO, Silvina, «Régimen de provisorio», en ROTONDO, Felipe (coord.), *El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad*, Montevideo, FCU, 2014, pp. 327 y ss.

por concurso de oposición y méritos o méritos y antecedentes, e indica que las bases podrán prever, en el caso de que el número de aspirantes así lo amerite, una instancia de sorteo público.

INDUCCIÓN

El artículo 95 del estatuto establece que:

El personal en régimen de provisorio deberá recibir inducción en relación a los objetivos institucionales y la estructura administrativa de la entidad, la organización estatal uruguaya, los cometidos y funciones del Estado y respecto de los derechos y obligaciones, régimen disciplinario, régimen retributivo, carrera administrativa y ética pública del funcionario

La inducción [...] pretende nada más y nada menos que educar al provisorio a fin de prepararlo para su incorporación al cargo presupuestado. [...] es de vital importancia sensibilizar al personal que recién ingresa acerca de la trascendencia de la observancia de los principios éticos, valores y normas de conducta en el desempeño de las tareas del Estado. [...] se debe velar por la profesionalización de la función pública, que, tal como lo establece la Carta Iberoamericana de la Función Pública del año 2003, es una condición necesaria para la consecución de un mejor Estado. [...] sería deseable que cada organismo realizara una inducción de tipo organizacional a fin de proporcionar al personal recientemente ingresado una visión integral de la historia de la organización y de su situación actual [...].⁴¹

EVALUACIÓN

En relación con la evaluación del personal del provisorio, el artículo 96 del estatuto establece que, a los efectos de la evaluación del personal provisorio, se designará un tribunal, el que se conformará con tres miembros titulares y sus respectivos suplentes, un miembro designado por el jerarca de la unidad ejecutora o quien lo represente —que presidirá el tribunal—, el supervisor directo del aspirante y un representante de la ONSC. En el tribunal, habrá un veedor que será propuesto por la Confederación de Funcionarios del Estado (COFE), la cual, una vez comunicada por el jerarca la convocatoria, tendrá un plazo perentorio de cinco días hábiles previos a la fecha de constitución del tribunal para informar, mediante nota, el nombre y la cédula de identidad del veedor y su suplente al área de gestión humana del inciso o a la unidad organizativa que haga sus veces. Vencido este plazo sin que COFE realice la propuesta del veedor, el tribunal de evaluación comenzará a actuar sin él.

41 Milioto, op. cit., pp. 332 y ss.

Los veedores deberán ser funcionarios de reconocida idoneidad. Serán convocados obligatoriamente a todas las reuniones del tribunal y se les deberá proveer de información. Estos podrán participar en varios tribunales, con voz, pero sin voto.

El tribunal deberá constituirse noventa días antes de finalizar el período del provisorio y expedirse indefectiblemente en forma previa al vencimiento del plazo contractual. El artículo no prevé en qué consistirá la evaluación que se le haga al funcionario. Debemos considerar el Decreto 358/011, reglamentario del artículo 50 de la Ley N.º 18.719, que reguló el sistema de evaluación.

El provisorio es sometido nuevamente a un sistema de evaluación. Los jefes de cada unidad ejecutora, con las unidades de gestión humana, coordinarán la convocatoria de un tribunal a tales efectos, el cual estará integrado por el jefe de la unidad ejecutora o un representante de este, el supervisor directo del aspirante⁴² y un representante de la ONSC.

Una vez convocado, y con los plazos establecidos en los artículos 11 y 12 del Decreto 358/011, el tribunal cuenta con un plazo de cuarenta y cinco días para evaluar al aspirante. Se realizará una prueba para determinar si el aspirante se ajusta o no al requerimiento del puesto de trabajo, a la cual se le asignará un valor de 40 %, una entrevista personal, con un valor de 30 %, y se tendrá en cuenta, también con un valor de 30 %, el estudio del registro de incidencias, a efectos de considerar la actitud, aptitud, asiduidad y desempeño demostrados durante el período del provisorio. Asimismo, el tribunal podrá solicitar la realización de un test psicotécnico al aspirante, el cual estará comprendido dentro del puntaje total asignado a la entrevista.

La evaluación resultará satisfactoria si el aspirante obtiene al menos el 50 % del puntaje de cada ítem y el 70 % del total. Si resulta satisfactoria la evaluación, el jefe de la unidad eleva las actuaciones al Poder Ejecutivo a efectos de la presupuestación, para la cual se requiere los informes previos de la Contaduría General de la Nación y de la ONSC (artículos 17 y 18 del Decreto 358/011).

Se plantea la capacitación en el provisorio a modo de facilitarle al funcionario la actividad que desarrollará y en el medio en que la desempeñará (artículos 19 y 20 del Decreto 358/011).

42 Cuando el aspirante haya tenido sucesivamente más de un supervisor en el período a evaluar, el tribunal de evaluación se integrará con quien lo haya supervisado durante el lapso mayor. Cuando, por cualquier circunstancia, no sea posible dar cumplimiento a lo precedentemente expuesto, lo integrará quien se encuentre en ejercicio de la supervisión al momento en que el tribunal se constituya.

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

El artículo 98 de la Ley N.º 19.121 prevé que una vez constatada una falta se le dé vista al contratado para que efectúe sus descargos. Pero previamente a la evaluación de estos, de los antecedentes y de la perturbación ocasionada al servicio, el jerarca aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el debido proceso, sin que sea necesaria la instrucción de un sumario administrativo. La gravedad de las faltas, así como su reiteración, podrá configurar la rescisión del contrato. Se observa que, en algunos puntos, hay un tratamiento del provisorio tal como un funcionario público, mientras que, en otros aspectos, se deja claro que el marco normativo es bien diferente y se determina una tendencia hacia el ámbito privado.

RESCISIÓN

El artículo 99 de la Ley N.º 19.121 dispone que, previo al vencimiento del plazo estipulado, la administración podrá, por razones de servicio debidamente fundadas, poner fin a la relación contractual en cualquier momento, a excepción del régimen de provisorio, con un preaviso de treinta días, sin que se genere derecho a reclamo de indemnización de ninguna especie por parte del contratado. En caso de presentación de renuncia por parte del contratado, esta se hará efectiva una vez aceptada por la administración.

Contrato de trabajo

Se encuentra estatuido por el artículo 92 de la Ley N.º 19.121⁴³ y reglamentado por el Decreto 118/014.

ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Como el estatuto, su ámbito se circunscribe a la Administración Central, entendida esta en sentido restringido y equivalente al sistema orgánico Poder Ejecutivo, con excepción de los funcionarios diplomáticos, consulares, militares y policiales, y de los magistrados del Ministerio Público y Fiscal, según claramente lo establece el artículo 2 de la Ley N.º 19.121. Para gran parte de la doctrina administrativista, se trata de

43 «(Personal con contrato de trabajo) Es el personal que en virtud de un contrato de trabajo, formalizado por escrito, desempeñe tareas transitorias, excepcionales, a término, o tareas permanentes específicas cuyo aumento de volumen transitorio no pueda ser afrontado por los funcionarios presupuestados, y cuya contratación se realiza con cargo a partidas para jornales y contrataciones, por el plazo de hasta dos años y prórrogas por idéntico plazo.»

una contravención al artículo 59 de la Constitución, que encargó al legislador la sanción de un estatuto único, aplicable a los funcionarios no solo del Poder Ejecutivo, sino también del Poder Judicial, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal de Cuentas, de la Corte Electoral y de los servicios descentralizados (en este caso, de aplicación supletoria a la del estatuto específico de cada ente). Ello, pese a la solución provista por el artículo 102, literal F de la ley.

El artículo 89 de la Ley N.º 19.121 establece de forma genérica que:

El personal contratado por la Administración Central será la excepción al personal presupuestado y la solicitud de contratación deberá estar debidamente fundamentada por el Jerarca del Inciso que lo proponga y autorizada por la Oficina Nacional del Servicio Civil.

Por otro lado, el artículo 92 también dispone que se celebrará el contrato de trabajo para la prestación de tareas excepcionales, transitorias o excepcionalmente permanentes cuando el aumento de su volumen no pueda ser afrontado por los funcionarios presupuestados. Así lo preceptúa el artículo 3 del Decreto 118/014: «En forma previa a dichas contrataciones los Jerarcas de los Incisos deberán remitir la solicitud debidamente fundada a la Oficina Nacional del Servicio Civil para su autorización [...]».

Esta contratación le otorga la calidad de funcionario público al contratado. El proceso de selección es regulado por el artículo 94 de la ley y los artículos 3 y 4 del Decreto 118/014, y consta de etapas, las cuales se desarrollan a continuación.

1. Los jefes de los incisos (presidente de la República o ministro) deben remitir la solicitud de contratación a la ONSC para que la apruebe, la cual deberá ser fundada atento a la excepcionalidad de este contrato, como se vio. Si en razón de las tareas a desempeñar el jefe opta por la realización de un sorteo público en sustitución del concurso, esta decisión deberá ser fundamentada y también estará sujeta a aprobación por la ONSC.
2. Si la ONSC aprueba la contratación, se procede al proceso de reclutamiento y selección, el que estará a su cargo y consistirá en un concurso (de oposición y méritos o méritos y antecedentes) o en un sorteo público.
3. Culminado el proceso de reclutamiento y selección, se eleva la propuesta de contratación al Poder Ejecutivo para que la resuelva.
4. Resuelta la contratación, se convoca, por cualquier medio idóneo, al seleccionado para que comparezca en un plazo de 48 horas a suscribir el contrato. El artículo 4, inciso 3.º, del Decreto 118/014

dispone que la no comparecencia del interesado «*dejará sin efecto la resolución de contratación*». Pese a la imprecisión del lenguaje empleado, es claro que nos encontramos aquí ante una hipótesis de decaimiento del acto administrativo del Poder Ejecutivo que resuelve la contratación.

5. Finalmente, se lleva a cabo la suscripción,⁴⁴ entre el seleccionado y el director de la unidad ejecutora respectiva, del contrato de trabajo, del cual el Decreto 118/014 adjunta un modelo.⁴⁵

En virtud de la remisión que el artículo 2 del decreto hace al título I del estatuto, resultan aplicables al proceso de reclutamiento y selección de personal los principios del mérito personal (artículo 4.1) y de igualdad de acceso a la función pública (artículo 4.2), así como también el artículo 5, que establece los requisitos necesarios para el ingreso.⁴⁶

DERECHO APLICABLE A LA RELACIÓN FUNCIONAL

El artículo 2 del Decreto 118/014 dispone: «*Alcanzan a las personas que resulten contratadas bajo el régimen que se reglamenta, las disposiciones contenidas en los Títulos I y III de la Ley N.º 19.121 de 20 de agosto de 2013*».

El título I se divide en tres capítulos, que regulan, respectivamente: lo atinente a principios y valores de la función pública, y los requisitos de ingreso a esta (capítulo I); las condiciones de trabajo, derechos, deberes, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades (capítulo II), y la evaluación de desempeño (capítulo III).⁴⁷

44 DÍAZ CLAIRALLE, Juan Pablo, «Administración Central: donde “contrato laboral” y “contrato de trabajo” no son lo mismo», en *Revista Derecho Público*, año 24, n.º 48, Montevideo, diciembre, 2015, pp. 77-92. El autor expresa que «Llama la atención el artículo 4 *in fine* del Decreto 118/014, que dispone que el contrato se perfeccionará el día siguiente de su suscripción, apartándose así del régimen general de la contratación, según el cual el contrato solemne —como es el caso— se considerará perfecto una vez cumplidas las formalidades que requiere la ley (artículo 1264 del Código Civil)».

45 El modelo de contrato de trabajo está disponible en: <<http://www.impo.com.uy/bases/decretos-originales/118-2014#MODELO>> (consultado el 5 de abril de 2015).

46 Cédula de identidad, ciudadanía natural o legal, constancia de voto en el último acto electoral obligatorio, carné de salud único, básico, obligatorio y vigente, inexistencia de destitución previa de otro vínculo con el Estado, e inexistencia de inhabilitación dispuesta en sentencia penal ejecutoriada.

47 FLORES DAPKEVICIUS, Ruben, *Estatuto del funcionario*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2013.

FIN DE LA RELACIÓN FUNCIONAL

Conforme al artículo 92 de la ley y reafirmando el artículo 5 de su decreto reglamentario, el contrato de trabajo tendrá una duración de hasta dos años, los cuales podrán ser prorrogados por idénticos períodos.

Cumplimiento del plazo

Debido a que es un contrato a plazo, una vez vencido, la relación funcional llega a su fin, siempre que no haya operado la prórroga conforme a lo establecido por el artículo 5 del Decreto 118/014. De no mediar solicitud de prórroga por parte del director de la unidad ejecutora a la ONSC, «se verificará la extinción sin más trámite del contrato, operándose la baja automática de la planilla de liquidación de haberes».

Rescisión unilateral por parte de la administración

Los artículos 99 de la ley y 9 del decreto reglamentario otorgan a la administración la potestad de rescindir el contrato en cualquier momento y por razones de servicio. También establecen que dichas razones deberán ser «*debidamente fundadas*», en consonancia con el artículo 123 del Decreto 500/991, que veda toda fórmula genérica de fundamentación de los actos administrativos, como —justamente— «por razones de servicio».

Mutuo disenso

Si el desistimiento del contratado debe ser aceptado por la administración (artículo 99 de la ley y artículo 10 del decreto), estamos ante un acuerdo de voluntades, y no ante una renuncia.

Decaimiento

El artículo 11 del Decreto 118/014 establece que el decaimiento se producirá al perder el contratado alguna condición especial para su contratación y permanencia en la función y que ello no dará lugar a indemnización alguna.

JUBILACIÓN

Es otra modalidad de desvinculación del funcionario público. La jubilación puede ser común, por incapacidad total o por edad avanzada.

Para configurar la causal de jubilación común se exigirán los siguientes requisitos: cumplir 70 años de edad y un mínimo de treinta años de servicios, con cotización efectiva para los periodos cumplidos como trabajador no dependiente, o con registración en la historia laboral para los períodos cumplidos en carácter de trabajador dependiente. Esta causal se conformará aun cuando los mínimos de edad requeridos se alcancen con posterioridad a la fecha de cese en la actividad

(artículo 18 de la Ley N.º 16.713, del 3 de setiembre de 1995, en la redacción dada por la Ley N.º 18.395, del 15 de octubre de 2008).

La incapacidad total se establece por la concurrencia de:

- a. la incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, sobrevenida en actividad o en período de inactividad compensada, cualesquiera sea la causa que la haya originado y siempre que se acredite no menos de dos años de servicios reconocidos, de acuerdo al artículo 77 de la Ley N.º 16.713. A los trabajadores que tengan hasta 25 años de edad solo se les exigirá un período mínimo de servicios de seis meses;
- b. la incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, a causa o en ocasión del trabajo, cualesquiera sea el tiempo de servicios;
- c. la incapacidad laboral absoluta y permanente para todo trabajo, sobrevenida después del cese en la actividad o al vencimiento del período de inactividad compensada, cualesquiera sea la causa que hubiera originado la incapacidad cuando se computen como mínimo diez años de servicios reconocidos, de acuerdo al artículo 77 de la Ley N.º 16.713, siempre que el afiliado haya mantenido residencia en el país desde la fecha de su cese y no fuera beneficiario de otra jubilación o retiro, salvo la prestación que provenga del régimen de jubilación por ahorro individual definido en la mencionada ley.

Quienes habiéndose incapacitado en forma absoluta y permanente para todo trabajo no configuren la causal de jubilación por incapacidad total por no reunir los requisitos antes establecidos, podrán acceder a la prestación asistencial no contributiva por invalidez, en las condiciones previstas por el artículo 43 de la citada Ley N.º 16.713 (artículo 19 de la Ley N.º 16.713, en la redacción dada por el artículo 4 de la Ley N.º 18.395, del 24 de octubre de 2008).

Finalmente, la causal de jubilación por edad avanzada se determina al reunir los siguientes requisitos mínimos de edad y de servicios reconocidos, conforme al artículo 77 de la Ley N.º 16.713, se esté o no en actividad a la fecha de configuración de la causal:

- a. 70 años de edad y quince años de servicios, o
- b. 69 años de edad y diecisiete años de servicios, o
- c. 68 años de edad y diecinueve años de servicios, o
- d. 67 años de edad y veintiún años de servicios, o
- e. 66 años de edad y veintitrés años de servicios, o
- f. 65 años de edad y veinticinco años de servicios.

La jubilación por edad avanzada es incompatible con cualquier otra jubilación, retiro o subsidio transitorio por incapacidad parcial, salvo la prestación que provenga del régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio (artículo 20 de la Ley N.º 16.713, en la redacción dada por el artículo 6 de la Ley N.º 18.395).

MUERTE DEL CONTRATADO

El fallecimiento extingue automáticamente el vínculo.
Juan Pablo Díaz⁴⁸ concluye que:

[...] El nuevo Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central, que creó la figura del contrato de trabajo (atributiva de la calidad de funcionario público al contratado), ha constituido un tímido impulso de revertir la informalidad de los vínculos laborales establecidos por la ley de presupuesto. Sin embargo, la administración continúa satisfaciendo sus necesidades de personal a través de diversas figuras contractuales no atributivas de la calidad de funcionario público: al 31 de diciembre de 2010, la Administración Central estaba vinculada a 5098 funcionarios contratados, mientras que al 31 de diciembre de 2013, esta cifra aumentó a 6998. En contrapartida, a casi dos años de aprobado el nuevo estatuto, aún no he visto publicada ninguna convocatoria a cubrir vacantes bajo el régimen del contrato de trabajo [...].

Consideraciones finales

Como se analiza en el presente, los vínculos laborales en el sector público poseen diversas particularidades que obedecen a las múltiples actividades y fines que cumple actualmente la administración pública. Los nuevos vínculos contractuales, previstos en la Ley de Presupuesto Nacional N.º 18.719 y en la Ley N.º 19.121, correspondientes al nuevo Estatuto del Funcionario Público, han pretendido simplificar y ordenar las modalidades de contrataciones existentes hasta el momento,⁴⁹ procurando evitar el ingreso de funcionarios mediante contratos precarios y atendiendo a las necesidades de la administración. A su vez, tanto la Ley N.º 18.719 como la Ley N.º 19.121 han regularizado determinados vínculos y permitido la presupuestación en algunos casos y, en otros, el pasaje al provisorio con un plazo más favorable.

48 Díaz Clairalle, op. cit., pp. 77-92.

49 Durán, op. cit., p. 100.

Sin lugar a dudas, a efectos de evitar la precarización de los vínculos en el Estado, es esencial que las modalidades contractuales de tipo transitorio sean utilizadas para tareas de este tipo y en forma excepcional, como señalan las normas correspondientes. Debe recordarse que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 56 de la Ley N.º 15.809, la función pública en tareas permanentes debe realizarse en cargos presupuestales y bajo el régimen de carrera administrativa.

Por este motivo, es fundamental que las modalidades contractuales cumplan con la finalidad prevista en las normas correspondientes y no se usen para privar a funcionarios que realizan tareas permanentes del derecho a la estabilidad funcional y a la carrera administrativa, colocándolos, de esa forma, en condiciones menos favorables.

EL CONFLICTO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL MODELO URUGUAYO

Héctor Zapirain¹

Introducción

Partiendo de la premisa de que el conflicto es connatural a los grupos y sociedades humanas, debemos ver los conflictos sociales no como una expresión patológica a extirpar, sino como una manifestación positiva, un factor que *mantiene despierto el cambio histórico* y evita que las sociedades se esclerosen o estancuen. En síntesis, alienta *el desarrollo de la sociedad*.

De allí, pues, que el conflicto colectivo de trabajo, en tanto especie del conflicto social, tiene como finalidad evitar la esclerosis en las relaciones capital-trabajo, lo que favorece el desarrollo de las condiciones materiales y morales de los trabajadores.

Las relaciones colectivas de trabajo en Uruguay están pautadas por el binomio conflicto/negociación. Conflicto y negociación colectiva, dos caras de una misma moneda, configuran espacios de interacción; espacios a través de los cuales los protagonistas se reconocen y legitiman, construyendo prácticas de convivencia y relacionamiento.

El binomio conflicto/negociación-negociación/conflicto, al tiempo que da forma a un sistema de relacionamiento basado en la autonomía colectiva, otorga a las relaciones colectivas de trabajo dinamismo y particularidad propia; tiende a compensar la desigual distribución de poder entre los actores sociales, impide el estancamiento de las relaciones laborales y, desde una perspectiva más amplia (institucional democrática), posibilita la participación de empleadores y trabajadores en decisiones que atañen a sus intereses socioeconómicos.

1 Profesor adjunto (grado 3) de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, de Historia del Movimiento Sindical y de Empleo y Formación Profesional, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Profesor de Derecho Sindical, Escuela Sindical, Instituto Cuesta Duarte, PIT-CNT. Asesor jurídico del PIT-CNT.

Así, pues, el conflicto impide el aletargamiento del sistema, en tanto que la negociación colectiva, además de contribuir a la convivencia de intereses contrapuestos, constituye el procedimiento más adecuado de canalización y solución de conflictos.

Ahora bien, hecha esta breve introducción, abordaremos las características generales del modelo uruguayo de relaciones laborales a partir de tres tópicos: las reglas, los actores y las instancias o espacios de interacción, teniéndose presente que las relaciones en el mundo del trabajo, al igual que en el resto de la sociedad, están tamizadas por relaciones de poder.

Sistema normativo: reglas y principios

Todo sistema de relaciones laborales se rige por un conjunto de principios y reglas que emerge de normas heterónomas (Constitución, normas internacionales, legislación nacional, etcétera), de normas convencionales u autónomas (convenciones o convenios colectivos) y de las prácticas desarrolladas por sus actores. La relevancia de las dos últimas dependerá del grado de autonomía (poder de autorregulación, autonomía normativa, poder de representación del colectivo y autotutela colectiva)² del que gocen los actores sociales (empleadores y trabajadores).

Abstencionismo morigerado

Históricamente, el modelo uruguayo de relaciones laborales se caracterizó por la cuasi ausencia de reglas heterónomas en materia colectiva; el desarrollo legislativo —si bien asistemático—, en lo concerniente a la regulación de las relaciones individuales de trabajo —si bien fraccionado y asistemático—, contrasta con un ostensible abstencionismo normativo en lo colectivo.

Un modelo único en América, solo comparable, en su momento, con el italiano. A diferencia de sus vecinos Argentina y Brasil, Uruguay no solamente ha carecido de un Código de Trabajo o una ley general, sino que, además, en lo concerniente a las relaciones colectivas, ha privilegiado la autonomía de los actores sociolaborales.

No obstante, en los últimos tiempos, ese abstencionismo ha sido morigerado con la adopción de normas heterónomas que introdujeron reglas sobre la negociación colectiva y la protección de la actividad sindical. Se trata de normas de apoyo que tienden a garantizar el ejercicio de los derechos inherentes a la libertad sindical.

2 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, y ÁLVAREZ de la ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 9.ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 405-407.

Allí están las leyes relativas al sistema de negociación colectiva en la actividad privada y de negociación colectiva en el sector público (Ley N.º 18.566, del 11 de setiembre de 2009, y Ley N.º 18.508, del 26 de junio de 2009). Debe destacarse que la Ley N.º 18.566 introdujo modificaciones al régimen de Consejos de Salarios (Ley N.º 10.449, del 12 de diciembre de 1943) y creó el Consejo Superior Tripartito, un órgano superior de coordinación y gobernanza de las relaciones laborales.³

Completa esta normativa de apoyo la ley relativa a la protección y promoción de la actividad sindical (Ley N.º 17.940, del 2 de enero de 2006); norma mediante la cual se consagra un mecanismo que garantiza y fomenta el ejercicio de la actividad sindical. Se considera absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso a él, y se prevé, a su vez, un procedimiento de reparación (reinstalación y reposición). También consagra, en cuanto medidas que alientan el ejercicio de los derechos sindicales, el derecho a una licencia remunerada (licencia sindical), el derecho a la retención de cuota sindical (aporte a la organización sindical de los afiliados) y el otorgamiento de facilidades para el ejercicio de la actividad sindical en el local de la empresa (cartelera sindical, publicaciones, avisos, etcétera).

Confluencia de fuentes de distinto origen

Si bien el abstencionismo normativo ha sido ostensible —lo que ha sido atemperado con la adopción de las leyes comentadas—, el sistema no ha carecido de ciertas reglas y principios, sino que puede observarse la existencia de un marco jurídico que tiene origen en fuente estatal y extraestatal.

En primer lugar, las disposiciones de orden constitucional. Particularmente, a lo que refiere al derecho colectivo o sindical, de especial relevancia es el artículo 57 de la Carta Magna, disposición esta por la que se reconoce el derecho de agremiación (sindicalización) y el derecho de huelga.⁴ Asimismo, el artículo 72, por cuanto establece que la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución de la República no excluye otros derechos inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma republicana de gobierno. Fórmula esta que permite el ingreso a nuestro ordenamiento jurídico constitucio-

3 En realidad, el Consejo Superior Tripartito había sido creado por el Decreto 105/2005, del 7 de marzo de 2005; lo que se le da acá es rango legal a dicho órgano.

4 Otra disposición que debe ser tenida en cuenta es el artículo 65. Esta disposición refiere a la constitución de comisiones representativas del personal en los entes autónomos y a la formación de órganos competentes para el entendimiento en las desinteligencias (huelgas y conflictos) en los servicios públicos.

nal de una serie de derechos sociales y económicos, los cuales son un componente medular de los denominados derechos humanos.

En segundo término, sea porque fueron objeto de ratificación o adhesión por parte del país, o porque ingresaron en virtud del citado artículo constitucional (formando el *block de constitucionalidad*), se encuentran las normas internacionales adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las convenciones internacionales y los pactos internacionales del año 1966);⁵ las declaraciones, cartas, convenciones y protocolos adoptados en el ámbito regional americano;⁶ la Declaración Sociolaboral del Mercosur,⁷ surgida en el marco del proceso de integración regional, y, por último, las normas internacionales del trabajo adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Precisamente, estas últimas poseen en el ordenamiento jurídico uruguayo una singular importancia, por cuanto han constituido —y continúan constituyendo— un marco jurídico de referencia imprescindible en materia de derechos colectivos.

De allí la relevancia que tienen el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, de 1948 (número 87); el Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, de 1949 (número 98);⁸ el Convenio sobre los Representantes de los Trabajadores, de 1971 (número 135); el Convenio sobre la Negociación Colectiva, de 1981 (número 154), y el Convenio sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, de 1978 (número 151). A estos deben sumarse las recomendaciones complementarias,⁹ las cuales cumplen una función de guía, en tanto aportan un conjunto de pautas o directivas que tienen por objetivo orientar o servir de referencia a las legislaciones y prácticas nacionales.

5 En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por Uruguay mediante la Ley N.º 13.751, del 11 de julio de 1969).

6 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y el Protocolo de San Salvador.

7 En el año 2015 se revisó la Declaración Sociolaboral del Mercosur, que había sido adoptada por los Estados miembros en 1998.

8 Cabe subrayar que los convenios 87 y 98 integran el elenco de los denominados convenios fundamentales por la OIT, son aquellos convenios que pueden ser objeto de reclamación o queja en caso de incumplimiento aun si el Estado Miembro no los hubiera ratificado.

9 Entre otras: la Recomendación sobre los Contratos Colectivos, de 1951 (número 91); la Recomendación sobre los Representantes de los Trabajadores, de 1971 (número 143); la Recomendación sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, de 1978 (número 159); la Recomendación sobre la Negociación Colectiva, de 1981 (número 163).

En tercer término, con referencia a las normas de fuente legislativa, las cuales, como ya se indicó, han sido escasas, deben mencionarse una vieja ley, la Ley N.º 9675, del 4 de agosto de 1937; la Ley N.º 12.590, del 23 de diciembre de 1958 (convenios colectivos sobre licencias); la Ley N.º 13.728, del 17 de diciembre de 1968 (convenios de creación de fondos sociales de vivienda), y el Decreto-Ley N.º 14.407, del 22 de julio de 1975 (convenio sobre seguros convencionales de enfermedad). Ninguna de estas normas tenía un carácter general, sino que regulaban aspectos puntuales o específicos del convenio colectivo.

Dos normas de fuente legal merecen destacarse. La primera es la Ley N.º 10.449, del 12 de noviembre de 1943, por la cual se creó los Consejos de Salarios, órganos de composición tripartita con el cometido de fijar los salarios mínimos por actividad y categoría laboral. Si bien este fue el cometido asignado originalmente por la ley, en su aplicación práctica estos consejos se transformaron en el *cauce* por el cual la negociación colectiva se fortaleció y expandió, lo que dio lugar a un modelo de negociación colectiva por rama o sector de actividad y de carácter tripartito.

La segunda norma, vigente parcialmente, es la Ley N.º 13.720, del 16 de diciembre de 1968, por la cual se consagra un régimen de preaviso en caso de huelga o *lockout*, se faculta al Poder Ejecutivo la declaración de esencialidad en los servicios públicos y se prevé medidas en caso de incumplimientos.

A partir de la reforma laboral emprendida desde el 2005 se incorporan tres normas de especial relevancia para el sistema de relaciones laborales: las dos leyes de negociación colectiva y la ley de protección y promoción de la libertad sindical. .

En cuarto lugar, debemos mencionar los decretos reglamentarios que son de aplicación en la esfera colectiva. Así, tenemos el Decreto 66/006, del 6 de marzo de 2006 (referente a la reglamentación de la licencia sindical por convenio colectivo o laudo de Consejo de Salarios); el Decreto 354/010, del 2 de diciembre de 2010 (reglamentación de las ocupaciones en dependencias del Estado); el Decreto 165/006, del 30 de mayo de 2006 (procedimientos autónomos y reglamentación de ocupaciones); el Decreto 401/008, del 18 de agosto de 2008 (descuento de salario a los funcionarios públicos en caso de huelgas atípicas).

Para cerrar este punto, tenemos las normas de fuente autónoma, que en Uruguay provienen esencialmente de los convenios colectivos (de rama o de empresa) y de los laudos (decisión o resolución) emitidos por los Consejos de Salarios. Es práctica común que los actores sociales regulen aspectos vinculados al relacionamiento entre las organizaciones sindicales y patronales, o entre aquellas y la empresa, a través del convenio colectivo o de los laudos de los Consejos de

Salarios; así, por ejemplo, puede observarse en esos acuerdos cláusulas de paz, cláusulas que prevén procedimientos de prevención y solución de conflictos, cláusulas de interpretación de los convenios celebrados, cláusulas por las cuales se reglamentan la colocación de carteleras y la licencia sindical, etcétera.

Incidencia de la doctrina y la jurisprudencia

La inexistencia de una regulación general, la ausencia de una regulación sindical y la preeminencia de la autonomía colectiva hicieron del uruguayo un *modelo* único en la región.

Un régimen cuasi abstencionista que, si bien favorece la autorregulación y la reglamentación convencional, deja huecos, vacíos jurídicos, lo que obliga a recurrir a la aplicación analógica e integración de las escasas normas nacionales y, sobre todo, a las normas internacionales. Las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales han sido fundamentales para superar esas lagunas normativas, pero también para generar avances en el derecho sindical uruguayo.

La temprana influencia en la doctrina uruguaya de los dictámenes e informes de los organismos de contralor de la OIT ha sido un factor clave en la elaboración y aplicación de soluciones fundadas en los convenios 87 y 98, así como la influencia de los principios inspiradores de la OIT en lo que hace a la libertad sindical y la negociación colectiva. Por ejemplo, el reconocimiento del derecho de huelga de los funcionarios públicos o en cuanto a que la ocupación de los lugares de trabajo no constituye un delito.¹⁰

La jurisprudencia también ha jugado un rol importante, si bien es cierto que más en las relaciones individuales que colectivas, dado que los tribunales con competencia laboral solo pueden actuar en asuntos originados en los conflictos individuales de trabajo.¹¹

No obstante, consecuencia de una cierta tendencia a la judicialización de los conflictos colectivos de trabajo, en los últimos tiempos se asiste a un incremento de pronunciamientos judiciales sobre temas sindicales y colectivos que no solo inciden en el conflicto mismo, sino que fijan posiciones que se tiende a tomar como reglas. Tal es el caso de la restricción que viene introduciéndose al ejercicio del derecho de huelga,

10 ODRIOZOLA, Héctor Luis, «Ocupación pacífica de establecimientos industriales», en *Revista Derecho Laboral*, t. XIII, n.º 73, Montevideo, noviembre, 1961, pp. 81 y ss.

11 De acuerdo a las reglas sobre competencia vigente, corresponde a los tribunales civiles (Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil) entender en los *asuntos cuyo conocimiento no corresponda a otros jueces* (68.1 del Código General del Proceso), por lo que, en caso de asuntos originados en conflictos colectivos de trabajo, estos son los tribunales competentes.

en especial a los piquetes y la ocupación, por parte de la jurisprudencia civil en aras del derecho de propiedad, de comercio y libre circulación (de empleadores y rompehuelgas), y de la supuesta libertad de trabajo de los no huelguistas.

Los sujetos o actores sociales

En el mundo del trabajo participan diversos sujetos o actores,¹² cada uno con un rol que puede a veces variar o desdoblarse.

Si nos circunscribimos al ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, sin perjuicio de la existencia de otros protagonistas, se pueden distinguir tres actores principales: las organizaciones sindicales, los empleadores y sus organizaciones gremiales, y el Estado.¹³

Los sindicatos

Las primeras organizaciones sindicales que se registran en el país se remontan a la segunda mitad del siglo XIX, introducidas por los inmigrantes, primero organizadas como asociaciones de beneficencia o de ayuda y socorro mutuo, y posteriormente como sociedades de resistencia. Se estructuraban por oficio, con predominancia de las corrientes ácratas, perseguían la sustitución del capitalismo, y postulaban la acción directa y la huelga general revolucionaria.

Tras un periodo de transición, pautado por la fragmentación y debilidad sindical, el declive del anarquismo y el ascenso de las corrientes marxistas, sumados a los cambios en la economía (desarrollo de la industria nacional a partir de las políticas de sustitución de importación) y a la composición de la clase trabajadora (surgimiento del elemento propiamente obrero), emergerá el sindicalismo de masa.

12 Barbagelata prefiere utilizar el término *actor* por considerar que, a diferencia de la expresión *sujeto*, que adolece de relativa falta de dinamismo, se adecúa mejor a un escenario que se asemeja al teatro, por cuanto participan diversos protagonistas que, a su vez, pueden interpretar más de un papel (BARBAGELATA, Héctor Hugo, *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, 2.^a ed. actualizada y ampliada, Montevideo, FCU, 2009, pp. 45-46).

13 Sobre este tema puede consultarse, entre otras obras: OIT, *Relaciones de trabajo en el Uruguay*, 1.^a ed., Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Serie Relaciones de Trabajo 66, 1987; PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, «Los sindicatos en el Uruguay», en COSMÓPOLIS, Mario Pasco (coord.), *Los sindicatos en Iberoamérica*, Lima, Aela Editorial, 1988, pp. 361-398; y PUCCI, Francisco; NIÓN, Soledad, y CIAPESSONI, Fiorella, *La negociación colectiva y los actores sociales en un gobierno de izquierda. Conflictos, consensos y resultados*, Montevideo, Universidad de la República-CSIC, 2012.

Sindicalismo que se caracterizará por la afiliación del trabajador sin importar su oficio o categoría profesional, por estructurarse por rama o sector de actividad, por un cambio sensible en cuanto a la metodología y a la estrategia que aplica en su accionar. Si bien recurrirá a los mecanismos tradicionales de autotutela (huelga, ocupación, etcétera), utilizará también las herramientas que el sistema legal otorga (negociación colectiva, Consejos de Salarios, etcétera). Por otra parte, sin dejar de lado los objetivos finales (transformación de la sociedad capitalista), procurará defender y mejorar las condiciones de vida y de trabajo de la clase trabajadora en el presente (carácter *dualista* en los fines).¹⁴

En un proceso que no fue lineal ni carente de tropiezos y obstáculos, años más tarde, el movimiento sindical lograría la ansiada unidad con la creación de la Convención Nacional de Trabajadores (CNT).

A partir de allí y de la reafirmación a los principios fundacionales, tras el largo periodo dictatorial, que supuso la configuración del Plenario Intersindical de Trabajadores-Convención Nacional de Trabajadores (PIT-CNT), la seña de identidad del movimiento sindical uruguayo será la *unidad sindical* (confluencia de organizaciones y corrientes sindicales de vertientes u orientaciones diferentes).¹⁵

Para algunos, Central, para otros, Convención, el PIT-CNT se ha dado una forma de organización y funcionamiento en la que participan, conservando su autonomía, las organizaciones de rama afiliadas. Los organismos de dirección (mesas representativas, plenarios departamentales y locales, comités ejecutivos departamentales, comisiones fiscal y electoral, y secretariado ejecutivo) se integran con delegados de las organizaciones adheridas, y es el Congreso la autoridad máxima, cuyas resoluciones solo pueden ser revocadas por otro Congreso, el cual se compone de delegados designados por las filiales conforme a la proporción de afiliados, previsto en el estatuto.¹⁶

14 No renuncia a la transformación de la sociedad, pero atiende a las necesidades del hoy de la clase trabajadora; o dicho de otra manera, tiene por objetivo la defensa de los intereses particulares de los trabajadores sin dejar de lado los intereses generales de la sociedad.

15 Tres grandes corrientes de pensamiento han nutrido históricamente el movimiento sindical uruguayo (al igual que sus similares en el mundo): el pensamiento anarquista, las corrientes socialistas y marxistas, y la concepción social cristiana. Corrientes que, a lo largo del tiempo, más allá de alianzas y tendencias coyunturales, han modelado la doctrina sindical imperante en el movimiento obrero uruguayo.

16 Capítulo IV del estatuto de la CNT (con las modificaciones aprobadas en el II Congreso).

Una organización que, según se expresa en su estatuto, expresa la unidad orgánica de la clase trabajadora, que se define como «clasista», «unitaria» y «autónoma».¹⁷

Factores históricos y jurídicos (la ausencia de reglamentación sindical y el formato de los Consejos de Salarios) determinaron la coexistencia de condicionantes que favorecieron la formación de estructuras sindicales por rama o sector de actividad. Organizaciones sindicales de rama que adoptan tanto la forma de sindicatos únicos como de federaciones, sin perjuicio del carácter federativo de ambos, por cuanto agrupan órganos colectivos (comité o núcleo de base, sindicatos de empresas) y trabajadores individualmente (afiliaciones individuales).¹⁸

Ejemplos de sindicatos únicos de rama, entre otros, son el SUNCA (Sindicato Único Nacional de la Construcción y Anexos), la UNTMRA (Unión Nacional de Trabajadores del Metal y Ramas Afines) o la AEBU (Asociación de Empleados Bancarios del Uruguay); en tanto que la FUS (Federación Uruguaya de la Salud), la FENAPES (Federación Nacional de Profesores de Educación Secundaria) o la FUECYS (Federación Uruguaya de Empleados del Comercio y Servicios) son ejemplos de la segunda forma.¹⁹

No obstante, prevalecen los nucleamientos sindicales de rama. En las empresas existen organizaciones sindicales de primer grado (sindicatos), que agrupan al personal de estas. Es el caso, por ejemplo, de la Asociación de Obreros y Empleados de Conaprole (AOEC). Los sindicatos de empresa, en muchos casos, están, a su vez, afiliados a federaciones de rama (la AOEC es afiliada de la Federación de Trabajadores de la Industria Láctea).

Otra forma de organización a nivel de empresa o establecimiento son los comités de base y núcleos de delegados, los que, generalmente, están vinculados a la organización de rama.

En nuestro régimen legal, salvo excepción (inexistencia de una organización sindical o ausencia de delegados sindicales), el sujeto legitimado para negociar y celebrar convenios colectivos²⁰ es la organización sindical; asimismo, para designar a los delegados en representación de los trabajadores en los Consejos de Salarios, el Consejo Superior Tripartito y la Conferencia General del Trabajo.

17 Capítulo I del estatuto.

18 Impronta de los Consejos de Salarios: afilian a todo el personal, con excepción del personal de dirección; en el caso de los técnicos, depende de la práctica de cada organización.

19 Con la particularidad de que la FUECYS se integra con sindicatos y federaciones por sector de actividad (artículo 3 de su estatuto).

20 Artículo 14, Ley N.º 18.566.

El sujeto sindical en el sector público o estatal muestra características similares, aunque presenta rasgos propios.

La mayoría de las organizaciones de funcionarios públicos se crearon en la década de los cuarenta, época marcada por un creciente aumento del empleo público y el advenimiento del *sindicalismo de masa*.²¹ Estas organizaciones, por lo general —siguiendo la práctica sindical en el sector privado—, se estructuraron en sindicatos únicos nacionales (ejemplo: la Asociación de Funcionarios Judiciales del Uruguay) o en federaciones (ejemplos, la Federación Uruguaya de Magisterio y la Federación Nacional de Municipales).

A nivel superior (organización de tercer grado), tenemos la Confederación de Organizaciones de Funcionarios del Estado (COFE), fundada en 1964 y afiliada al PIT-CNT. La COFE nuclea la mayor parte de las organizaciones sindicales del sector público. Asimismo, cabe mencionar la Coordinadora de Sindicatos de la Enseñanza del Uruguay y la Mesa Sindical Coordinadora de Entes (que coordina las organizaciones sindicales de los entes autónomos y servicios descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado).

Dos aspectos a destacar: la existencia de organizaciones sindicales que aglutinan a trabajadores públicos y privados, como, por ejemplo, la AEBU y el SUPRA (Sindicato Único Portuario y Ramas Afines), y la reciente aparición de sindicatos policiales (policías y bomberos).

En lo que hace a su organización interna, dependiendo de su tamaño (actividad o sector comprendido y número de afiliados) y territorio abarcado, los sindicatos están conformados por el congreso de delegados o afiliados (instancia máxima), la asamblea, la dirección ejecutiva (secretariado o comité) y las comisiones (fiscal, electoral, etcétera).

Empleador o empleadores y organizaciones gremiales empresariales

Cabe señalar que el panorama empresarial uruguayo exhibe un escenario en el cual conviven distintos tipos de empresas, teniéndose en cuenta que las mayorías de ellas se ubican dentro de la categoría de las pymes (pequeñas y medianas empresas).

Así, tenemos que, junto con la empresa propiamente capitalista (de capitales nacionales o extranjeros), coexisten la empresa familiar, la empresa cooperativa,²² la empresa pública o estatal, y la empresa paraes-

21 Se registra, en cierta forma, como una de las organizaciones pioneras en la esfera estatal la Asociación de Funcionarios Postales del Uruguay, fundada el 6 de enero de 1925.

22 Deben incluirse las empresas recuperadas que adoptaron formas cooperarias.

tatal.²³ Es posible también detectar, aunque esto estaría cambiando, la coexistencia de viejos y nuevos modelos de organización empresarial. Por otra parte, recientes estudios muestran un proceso en el que el capital extranjero, ya no en asociación con capitales nacionales, viene adquiriendo un importante peso, fundamentalmente en las actividades agroindustriales (forestación, industria cárnica y sectores agropecuarios). De hecho, señalan que las empresas extranjeras son cada vez más 100 % extranjeras y menos compartidas con inversionistas nacionales. Asimismo, se observa la tendencia de los grandes capitales nacionales —en los que la organización familiar tiene particular relevancia— a organizarse mayoritariamente por grupos económicos.²⁴

Con respecto al *gremialismo empresarial*, sus orígenes se remontan al último cuarto del siglo XIX.

En 1867, se fundó el Centro Comercial, cuyo nombre sería sustituido, en 1907, por el de Bolsa de Comercio Sociedad Anónima. La Bolsa de Comercio tendría dos directorios: uno se encargaría de los aspectos internos de la institución y el otro (la Cámara Nacional de Comercio) tendría la representación de la bolsa en los temas económicos y gremiales. Actualmente, se denomina Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay (denominación adoptada a partir del 4 de junio de 1998)²⁵ y nuclea el sector comercial y de servicios.

Cuatro años más tarde, consecuencia del ascenso de la clase ganadera, se fundó la Asociación Rural del Uruguay (1871); posteriormente, en 1891, se creó la Cámara Mercantil de Productos del País y, en 1915, la Federación Rural del Uruguay.

A nivel industrial, se constituye la Unión Industrial Uruguay (1898), que luego pasa a denominarse Cámara de Industrias del Uruguay, entidad representativa del sector industrial cuyo objetivo es promover los intereses de la industria nacional.²⁶ En el sector específico de la industria de la construcción, en 1919, se fundan el Centro de Empresario de Obras, que, en 1930, pasará a llamarse Cámara de la Construcción del Uruguay, y la Liga de la Construcción del Uruguay.

23 En este último rubro ingresan las empresas que foral y jurídicamente se rigen por las normas privadas, pero que dependen o están estrechamente vinculadas a una empresa del Estado (por ejemplo, ALUR, Alcoholes del Uruguay).

24 «Desindustrialización: ¿qué ocurrió con las grandes empresas y empresarios?», en *La Diaria*, 4 de mayo de 2019, pp. 4-5.

25 Ver página web de la institución: <<http://www.cnccs.com.uy/historia-de-la-camara/>>.

26 Ver página web de la institución: <<http://www.ciu.com.uy/innovaportal/v/69/1/innovacion-front/que-es-la-ciu.html>>.

Otra gremial empresarial pionera es el Centro de Almaceneros Minoristas, Baristas, Autoservicistas y Afines del Uruguay (Cambadu), fundado en 1892.

Con posterioridad se han fundado una diversidad de instituciones empresariales, cuyo fin esencial es promover los intereses del sector o rama económica a la cual se dedican.

Siguiendo la evolución de las organizaciones gremiales empresariales, pueden distinguirse dos grandes tipos de organizaciones: las organizaciones *macrosectoriales*, que representan grandes sectores de la actividad económica, y las organizaciones propiamente sectoriales, representativas de las diferentes ramas de actividad que cada uno de estos macrosectores posea, no necesariamente integradas a las del primer grupo. Del mismo modo, la agremiación empresarial presenta ciertas características:

- a. adoptan una estructura de forma asociativa (constituida a partir de un contrato asociativo);
- b. agrupan solamente a empresarios y empresas (personas físicas y jurídicas) de la actividad privada;
- c. el funcionamiento y la disolución se basan en la autonomía de la voluntad de sus miembros o integrantes;
- d. predominio del ámbito funcional (nuclear a empresas de una misma rama de actividad);
- e. sus actividades no se agotan o limitan al tema laboral (originariamente surgieron con la finalidad de promover la actividad y defender sus intereses ante el Estado; sería posteriormente que ingresaría la cuestión laboral como tema de atención);
- f. a diferencia del movimiento sindical, se caracterizan por la fragmentación e inexistencia de una organización de cúpula.

Con respecto a una estructura gremial superior, más allá de algunas experiencias en el pasado,²⁷ el sector empresarial ha carecido de tal; no obstante, desde hace un tiempo existe una coordinación entre las 24 cámaras empresariales más importantes del país, y más recientemente, el 22 de agosto de 2016, se creó la Confederación de Cámaras Empresariales. Organización esta de carácter intersectorial, integrada por cámaras, asociaciones o gremiales representativas de sus respectivos sectores de actividad, cuya finalidad es la coordinación, representación,

27 Antecedentes de intentos en esa dirección: el Comité de Vigilancia Económica, a principios de los años treinta, y el Consejo Superior Empresarial, que funcionara a la salida de la dictadura, en 1985. Desde hace unos años viene funcionando el grupo de las 24 cámaras, que tiene representación en el Consejo Superior Tripartito.

fomento y defensa de los principios e intereses comunes y generales que sus miembros determinen.²⁸ No integran dicha confederación la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay ni la Cámara Mercantil de Productos del País.

En cuanto al perfil ideológico, debemos destacar la existencia de ideas compartidas por el conjunto del empresariado; ellas son: defensa de la propiedad privada, adhesión a los principios de libre empresa y economía de mercado, y reivindicación *del derecho de crear, organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa*.²⁹

Sin embargo, en el accionar práctico se observan diferencias; diferencias que obedecen a la lógica de la competencia en la que están inmersas las empresas, pero también a visiones diferentes sobre cómo afrontar el poder sindical, las relaciones laborales, la introducción de tecnología, etcétera.

En un estudio abarcativo del periodo 2005-2009, señalaban sus autores que al comienzo de tal se destacaba «La heterogeneidad y fragmentación de la estructura de representación de los intereses empresariales, consolidados históricamente, [que] persisten, coexistiendo diferentes segmentos con orientaciones divergentes».³⁰ Afirmación que sigue siendo válida.

El Estado

El Estado asume una multiplicidad de roles. Desde el Poder Ejecutivo, fija las políticas sociales y económicas que repercuten tanto en las relaciones individuales como colectivas de trabajo (políticas tributarias, salariales, etcétera). Es, a su vez, legislador, fuente de generación de reglas jurídicas positivas: en la esfera administrativa, a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tiene a su cargo la policía laboral; es contralor del cumplimiento de las normas del trabajo, la salud y la seguridad laboral (que compete a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social), y cumple, además, la función de mediador y conciliador en los conflictos individuales y colectivos de trabajo (función a cargo de la Dirección Nacional de Trabajo).

28 Ver página web institucional: <<https://confederacionuy.com/quienes-somos/>>.

29 Derecho que fuera recogido en la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

30 NOTARO, Jorge, *et al.*, *Las políticas públicas en la reestructura del mundo del trabajo. Uruguay 2005-2009*, Montevideo, Universidad de la República-CSIC, 2011, p. 93.

Finalmente, el Estado, mediante el Poder Judicial y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ejerce la función jurisdiccional (potestad de conocer en los asuntos asignados por ley y de hacer o ejecutar lo juzgado).³¹ A esos roles propios del Estado moderno se suma el hecho de que el Estado es, además, empleador y que, en el caso de Uruguay, es el mayor empleador.³²

A pesar de tratarse de una economía pequeña y marginal, y de haber una tradición no intervencionista en materia de regulación sindical y de las relaciones colectivas, el Estado siempre ha tenido un protagonismo relevante, asumiendo ya sea una posición activa o ya sea una postura abstencionista o (supuestamente) neutral.

Tanto la decisión política de reinstalar y convocar a los Consejos de Salarios como la de dejar de convocarlos reflejan la incidencia que una y otra decisión tiene para los actores y el sistema de relaciones laborales. Por tanto, si bien es cierto que nuestro sistema ha hecho gala de un abstencionismo en lo colectivo, este ha sido esencialmente lo que hace a la cuasi ausencia de normas heterónomas, por cuanto el Estado uruguayo ha sido (y es) un actor relevante en el subsistema político de relaciones laborales (relación entre capital y trabajo), tanto actuando en su poder de *imperium* cuanto como agente o sujeto de relaciones de trabajo (empleador).

Otros protagonistas

Como ya se indicara, además de los actores principales, participan otros actores, los que, si bien pueden ser vistos como personajes secundarios, pueden llegar a cumplir, en ciertas circunstancias, papeles relevantes en el escenario de las relaciones colectivas de trabajo.

En primer lugar, las familias de los trabajadores, en cuanto afectadas directamente por las vicisitudes laborales, las cuales inciden —directa o indirectamente— con su apoyo o no a quienes deben tomar decisiones que, muchas veces, no están exentas de duros sacrificios.

En segundo lugar, los usuarios de los servicios públicos (a cargo del Estado o de particulares), que se ven afectados por un conflicto que inte-

31 Artículos 233 y 309 de la Constitución de la República, y artículo 2 de la Ley N.º 15.750, del 24 de junio de 1985.

32 De acuerdo al informe sobre vínculos con el Estado, de la Oficina Nacional de Servicio Civil (Presidencia de la República), publicado en la página web de la institución, a diciembre de 2016 se registraban 306.269 vínculos laborales (293.585 cuya naturaleza del vínculo es de funcionario públicos y 12.694 donde el vínculo es de no funcionario público, según la clasificación utilizada por la ONSC). La población económicamente activa a febrero de 2018 se ubica en el 62,5 para todo el país, en total unos 2.062.500 habitantes.

rrumpa o disminuya la prestación, con los consiguientes inconvenientes para aquellos (un caso típico es el paro del transporte colectivo).

En tercer lugar, la opinión pública, en cuanto se expresa favorable o en contra del accionar de los sindicatos, de medidas adoptadas por el Gobierno ante a un conflicto colectivo o de las reclamaciones del sector empresarial. Por lo general, esas opiniones se confunden o viabilizan la posición que asumen los medios de comunicación ante el fenómeno sindical.

Precisamente, los medios de comunicación de masas, en la actualidad, las redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram y diarios digitales), juegan un papel importante, muchas veces decisivo, en la construcción positiva o negativa con respecto a la imagen y validación de la opinión pública con respecto a las posturas y decisiones que adoptan los actores principales.

Por último, debemos mencionar a los operadores (jurídicos, políticos, económicos, etcétera), que, en una u otra forma, influyen en la opinión pública, en las decisiones de los actores y en las cuestiones objeto de negociación o conflicto.

Todos estos protagonistas de *reparto* inciden directa o indirectamente en el sistema de relacionamiento y, en cierta manera, condicionan —en tanto deben ser tenidos en cuenta— las acciones y los actos del Gobierno —en tanto este debe velar por los intereses generales—, de los empresarios y de las organizaciones sindicales. Las acciones de los actores sociales pueden tener efectos negativos para los intereses de aquellos.

Espacios de interacción (conflicto/negociación)

En el sistema de relaciones laborales uruguayo, los espacios de interacción vienen dados por el conflicto (exteriorización del conflicto latente que subyace en la relación capital-trabajo) y la negociación colectiva; se va al conflicto ante la ausencia o el estancamiento del proceso de negociación, y se va a la negociación para salir del conflicto o prevenirlo. Un proceso dialéctico y dinámico marcado por encuentros y desencuentros, que, en clave de poder, genera ciertos equilibrios y permite canalizar (civilizar) el conflicto social. Además, en tanto se prioriza la solución negociada a la arbitrada, busca evitar una agudización incontrolable de los conflictos que ponga en riesgo el consenso social. Objetivo que, si bien es compartido por los actores, no siempre se logra.

Por otra parte, es dable observar la existencia de múltiples instancias o ámbitos de participación, negociación y diálogo (bipartitas, tripartitas, orgánicas, institucionales, formales e informales); ámbitos donde los

interlocutores sociales se relacionan entre sí y con el Estado. Espacios de interrelación que permiten la participación y colaboración de empresarios y trabajadores en asuntos que les atañen.

El conflicto colectivo y los mecanismos de prevención y solución

La controversia o exteriorización del conflicto, más allá de su exacerbación, que es coyuntural, en tanto tiene un objetivo preciso, presionar a la contraparte, opera en el sistema uruguayo como un catalizador de cambios. Conflicto que, si bien posee un rasgo contestatario, al menos en la perspectiva sindical, no involucra un cuestionamiento a las reglas ni al sistema de relaciones laborales.

Las medidas de conflicto más comunes adoptadas por los sindicatos son la huelga y sus modalidades (distintas formas de paros, asambleas con detención de tareas, ocupación, piquetes, etcétera), la denuncia pública, la declaración de preconflicto, las movilizaciones, etcétera. En cuanto a los empleadores, y sin que sea una enumeración exhaustiva, podemos mencionar el cierre de la empresa (*lockout*), el envío al seguro de paro (total o parcial), los despidos selectivos, los comunicados en la prensa, las listas negras y las acciones ante la justicia ordinaria (acciones de amparo).

Los conflictos colectivos pueden ser de derecho o de interés. En el primero preexiste una norma jurídica (Constitución, norma internacional, ley, convenio colectivo, laudo, decreto, etcétera), y sobre lo que versa la confrontación es referente a la aplicación o interpretación de la norma o disposición jurídica involucrada. Si el conflicto es de interés, allí lo que se trata es de crear o modificar una norma (negociar un nuevo convenio colectivo, incrementar salarios, etcétera).

Para ambos tipos de conflicto, el mecanismo más idóneo, tanto para la prevención como para la solución, lo constituye la negociación colectiva. Afirmación que, en Derecho Positivo, tiene su correlato en la normativa vigente en materia de negociación colectiva;³³ ello, sin perjuicio de la existencia de ciertas cortapisas.³⁴

33 Tanto la Ley N.º 18.566, del 11 de setiembre de 2009, como la Ley N.º 18.508, del 26 de junio de 2009, priorizan la negociación colectiva y los procedimientos autónomos para la prevención y solución de conflictos colectivos, en concordancia con los Convenios Internacionales del Trabajo N.º 151 y N.º 154.

34 Servicios públicos esenciales (aplicación del literal F, artículo 3, y artículos 4 y 5 de la Ley N.º 13.720, del 16 de diciembre de 1968; del Decreto 354/010, del 2 de diciembre de 2010, y del Decreto 401/008, del 18 de agosto de 2008).

Otros mecanismos de prevención y solución son la conciliación, la mediación y el arbitraje (voluntario), en los que, a diferencia de la negociación colectiva, participa un tercero en carácter de conciliador, mediador o árbitro, según sea el caso.

La Dirección Nacional de Trabajo es el organismo estatal con competencia para mediar y conciliar en los conflictos colectivos de trabajo.³⁵

Asimismo, los Consejos de Salarios pueden actuar como organismos de conciliación en los conflictos colectivos que se susciten entre empleadores y trabajadores del respectivo grupo de actividad.³⁶

En los asuntos originados en conflictos de trabajo, la competencia de los tribunales judiciales especializados (juzgados de trabajo) se circunscribe a los conflictos individuales, y quedan exceptuados los conflictos de naturaleza colectiva.³⁷ No obstante, cabe hacer dos observaciones: primero, en función de la competencia residual, los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil, en tanto se trata de un asunto *cuyo conocimiento no les corresponde a otros jueces*,³⁸ devienen competentes para entender en los conflictos colectivos de trabajo (a nuestro criterio, solo en los de derecho); segundo, el inciso final del artículo 21 de la Ley N.º 18.566 prevé, ampliando la competencia de los tribunales de trabajo, que, en caso de incumplimiento de la obligación de paz y ausencia de un procedimiento autónomo fijado por las partes, dará lugar a la declaración de rescisión del convenio, que deberá solicitarse ante la justicia laboral competente.

Además de los mecanismos referidos, la práctica ha generado otros; procedimientos informales u oficiosos mediante los cuales agentes políticos o sociales de relevancia asumen la tarea de acercar a las partes en litigio y tratar de mediar en procura de una salida negociada, lo que, muchas veces, incluye al propio Gobierno.

Las comisiones parlamentarias, en particular, la Comisión de Trabajo de la Cámara de Representantes, han sido espacios tradicionales a los cuales las partes recurren, por lo general, cuando han fallado los restantes mecanismos.

35 Artículo 18 de la Ley N.º 18.566 y artículo 15 de la Ley N.º 18.508.

36 Artículo 20 de la Ley N.º 10.449, del 12 de noviembre de 1943.

37 Artículo 2 de la Ley N.º 18.572, del 13 de setiembre de 2009.

38 Artículo 68.1 del Código General del Proceso.

Negociación colectiva (tripartita y bipartita)

El Consejo Superior Tripartito,³⁹ que se integra con representantes de las principales cámaras empresariales, el PIT-CNT y el Poder Ejecutivo, es el órgano de coordinación y gobernanza de las relaciones laborales. Un ámbito superior de negociación colectiva (tripartita) cuyos cometidos están en la ley de creación, entre ellos, expedirse sobre la aplicación y modificación del salario mínimo nacional y el que se determine para los sectores de actividad que no puedan fijarlo por el procedimiento de negociación colectiva. El Poder Ejecutivo lleva a este consejo la propuesta salarial (lineamientos o pautas) para una discusión previa al inicio de cada ronda de Consejos de Salarios; instancia también apta para abordar todo lo concerniente a la legislación laboral, la clasificación de los grupos de actividad y lo que hace al funcionamiento de los Consejos de Salarios.

Mediante la negociación colectiva en los Consejos de Salarios se definen los salarios (mínimo y aumentos generales) para la rama de actividad. También se pueden negociar otras condiciones de trabajo no salariales, reglamentar la licencia sindical y resolver la apertura de subgrupos.

Esta negociación tripartita se complementa con la negociación colectiva bilateral o clásica, que en nuestro sistema puede tener lugar tanto a nivel superior (totalidad de las ramas o nacional) como medio (rama o sector de actividad) e inferior (empresa, establecimiento o secciones). En el sector público o estatal la negociación colectiva se vertebra en dos grandes ámbitos.⁴⁰

Uno hace a la negociación colectiva en la Administración Central (Poder Ejecutivo), y en los entes autónomos y servicios descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado. En este ámbito, la negociación colectiva se articula en tres niveles: en el primer nivel (superior), la negociación que se desarrolla en el Consejo Superior de Negociación Colectiva del Sector Público (participan ocho representantes por el Gobierno y ocho representantes de las organizaciones sindicales);⁴¹ en el segundo nivel (nivel intermedio), la negociación sectorial o rama de la negociación colectiva en el Poder Ejecutivo y los entes (además de los ocho representantes del Gobierno, se integra con ocho delegados designados por la organización representativa

39 Artículos 7 a 10 de la Ley N.º 18.566.

40 Artículos 8 a 14 de la Ley N.º 15.508.

41 Del Gobierno, dos representantes por cada uno de los siguientes organismos: el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Economía y Finanzas, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, y la Oficina Nacional del Servicio Civil. Por el lado de los funcionarios, la COFE y la Mesa de Entes.

de los funcionarios públicos del respectivo sector o rama), y el tercer nivel (inferior), la negociación colectiva por inciso u organismo (integrada por las autoridades del inciso u organismo y las organizaciones sindicales representativas de la rama).

El segundo ámbito es la negociación colectiva en el Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral, Tribunal de Cuentas, entes autónomos de la enseñanza pública y Gobiernos departamentales (intendencias municipales, juntas departamentales y juntas locales autónomas electivas). Atendiendo a las particularidades de autonomías reconocidas en la Constitución de la República, para estos organismos del Estado, se prevén mesas de negociación; estas mesas se conforman con dos delegados del organismo correspondiente, tres delegados designados por la organización representativa de los funcionarios y por un representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Diálogo social y participación

El diálogo y la participación, en tanto modalidades de interacción y relacionamiento entre Gobierno, organizaciones gremiales empresariales y organizaciones sindicales, constituyen una práctica consolidada.

Las organizaciones empresariales y sindicales participan en ámbitos institucionales, con representación en el directorio del Banco de Previsión Social, el directorio de la Administración de los Servicios de Salud del Estado y el directorio del Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional. Asimismo, integran la Comisión Sociolaboral y el Foro Consultivo Económico-Social del Mercosur.

En materia de salud y seguridad en el trabajo, el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, órgano de carácter tripartito que funciona en la órbita de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, se integra con delegados del sector empresarial y de los trabajadores.

Durante la primera administración del Frente Amplio (2005-2010), se llevó a cabo el Diálogo Social por la Seguridad Social, evento en el que si bien participaron otros actores, tuvo como referentes principales a las cámaras empresariales y al PIT-CNT. Instancia relevante, por cuanto de allí surgieron las modificaciones que fueron introducidas vía legislación al régimen de seguro de paro, al seguro por enfermedad común y al régimen jubilatorio.

Debe recordarse, además, que los trabajadores y los empleadores, mediante delegados designados por sus organizaciones representativas, conforman, junto con los delegados del Gobierno, la delegación uruguaya

en la Conferencia Internacional del Trabajo, que se celebra anualmente en la ciudad de Ginebra (Suiza). Asimismo, estos tienen representación en la comisión tripartita constituida en el marco del Convenio sobre la Consulta Tripartita (normas internacionales del trabajo), de 1976 (número 144), la cual funciona en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Además de los ámbitos e instancias de participación mencionados, existen otros a nivel de rama (comisiones sectoriales) y de empresa (comisiones internas).⁴²

Epílogo

En resumen, el sistema uruguayo de relaciones laborales se caracteriza por una preeminencia de la autonomía colectiva, una ausencia de regulación sindical y plena vigencia de la libertad sindical.

Hay un intervencionismo *amortiguado* del Estado, una generación reciente de normas heterónomas de apoyo y promoción de la negociación colectiva y la actividad sindical, y una presencia activa a través de políticas laborales y sociales garantistas.

Sistema en el cual el conflicto y la negociación aparecen como componentes esenciales de él, lo que le otorga dinamismo y vitalidad.

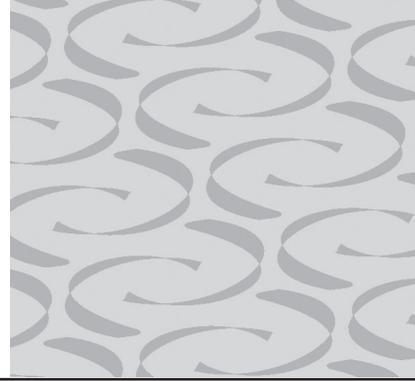
En cuanto a la negociación colectiva, hay una preponderancia de la negociación de rama y de carácter tripartito, la que, por otra parte, no excluye la negociación clásica o bilateral (de rama o de empresa). Se prioriza, además, en cuanto sujeto negociador del lado trabajador, a la organización sindical.

Si bien el régimen legal uruguayo se ajusta al régimen de pluralidad sindical, consagrado en el convenio 87, en lo que atañe a las organizaciones de trabajadores, estas, en ejercicio de la autonomía y autarquía sindical, han conformado un régimen de *unidad sindical*.

Un rasgo preocupante, síntoma de ciertas falencias, es la tendencia a la judicialización de los conflictos colectivos que se viene dando de un tiempo a esta parte. Tal es el caso, por ejemplo, de las ocupaciones; ante medidas de este tipo, se recurre a los tribunales civiles, que terminan laudando en conflictos que son, esencialmente, conflictos colectivos de intereses. Solución inadecuada e inconveniente que no solo vulnera la autonomía colectiva, sino que traslada a los tribunales judiciales un conflicto que, en esencia, no es jurídico, sino sociopolítico.

42 Unas, previstas en normas heterónomas, como, por ejemplo, en materia de salud y seguridad laboral (ver Decreto 291/007, del 13 de agosto de 2007); otras, creadas por convenio colectivo o laudos de Consejos de Salarios (comisiones de interpretación, de prevención y solución de conflicto, etcétera).

EL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA VIGENTE EN URUGUAY



Jorge Rosenbaum Rimolo¹

Introducción

Desde los orígenes del movimiento obrero en Uruguay, predominó un sistema de relaciones colectivas del trabajo caracterizado por la inexistencia de una ordenación normativa desarrollada sobre los temas sindicales. En general, las principales fuentes reguladoras de los actores y de las interrelaciones de negociación y conflicto en el terreno sindical provenían de la Constitución y de los convenios internacionales del trabajo (CIT) ratificados por el país, por lo que eran muy escasas las normas legales o de inferior rango (decretos, resoluciones) vigentes en esa materia.

Desde la recuperación democrática en 1985, muchas fueron las voces que cuestionaron la validez del modelo tradicional, por lo que se instaló el debate de si este constituía un instrumento eficaz para dar respuestas adecuadas a los cambios de la posmodernidad. Naturalmente, mientras que el reclamo empresarial pasaba por pretender no solo grados importantes de seguridad jurídica, sino también una reglamentación detallada de la organización sindical y sus medios de acción, la central sindical reivindicaba la protección de los fueros de los dirigentes y militantes, así como facilidades para desenvolver actividades gremiales.

El acceso al Gobierno nacional de los sectores políticos progresistas y de izquierda en el 2005 representó, de algún modo, un cambio respecto de aquella realidad imperante. Y así como se sancionaron numerosas normas en materia laboral, la aprobación de la Ley N.º 17.940 sobre la protección de la libertad sindical fue un primer paso para colmar un vacío que solo presentaba nuestro país en el concierto

1 Profesor titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en la Facultad de Derecho, y de Legislación y Relaciones Industriales, en la Facultad de Ingeniería, Universidad de la República.

sudamericano. Este paso fue seguido, luego, por la aprobación de dos normas legales para dotar de organicidad a las prácticas negociales; ellas fueron la Ley N.º 18.508 (sobre negociación colectiva en el sector público) y la Ley N.º 18.566 (sobre negociación colectiva), ambas aprobadas en el año 2009.²

Esta última creó un sistema de negociación colectiva para la actividad privada y fue el resultado de un arduo proceso de más de treinta y dos meses de discusiones y concesiones parlamentarias, que culminó el trámite legislativo con el apoyo del oficialismo y del Partido Nacional (23 en 25 votos en el Senado).

Fundamentos para instaurar un sistema de negociación colectiva

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social elaboró un primer documento abierto, contentivo de un conjunto de bases generales que impulsaban un sistema de negociación colectiva. Se señalaba que lo que el país necesitaba era un sistema nacional que combinase la fijación del salario mínimo nacional en consulta con las partes. En un segundo nivel, funcionarían los Consejos de Salarios, donde se fijaría el salario mínimo por categoría en cada rama de actividad y un tercer piso para la negociación por empresa, todo ello en el marco de una ley general en materia de negociación colectiva. Y, además, se articulaba esa regulación con la institucionalización de un ámbito capaz de atender la prevención de los conflictos colectivos.

Según puede apreciarse, el sistema se sustenta en una organización coordinada y fuertemente centralizada, de carácter piramidal, en la que el Consejo Superior Tripartito concentra el gobierno institucionalizado del sistema desde el vértice. Además, se caracteriza por la presencia de altos grados de control e intervención estatal sobre la autonomía colectiva de las partes, lo que ha constituido, desde el pasado, una característica imperante en el sistema de fijación de salarios mínimos (especialmente a través de los Consejos de Salarios).

2 RASO DELGUE, Juan, «La nueva ley de negociación colectiva: entre autonomía y regulación», en *XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, 2009. MANGARELLI, Cristina, «Primeras reflexiones sobre el sistema de negociación colectiva. Ley N.º 18.566 de 11 de setiembre de 2009», en *XX Jornadas...*, op. cit.; SLINGER, Leonardo, «La regulación legal de la negociación colectiva», en *XX Jornadas...*, op. cit.; PANIZZA, Carolina, «Contenido y límites a la negociación colectiva según la ley 18.566», en *XX Jornadas...*, op. cit.; NICOLIELLO, Ariel, «La regulación legal de la negociación colectiva», en *Revista Derecho Laboral*, n.º 180, Montevideo, 1995.

Estructura y niveles de la negociación colectiva

De acuerdo con los CIT N.º 98, N.º 151 y N.º 154, vigentes en el país, el principio general que ha de preponderar para la promoción de la negociación colectiva, según el modelo internacional, es que la negociación colectiva debe poder desarrollarse en cualquier nivel, aunque, paradójicamente, la Recomendación de la OIT (RIT) N.º 163 postula una suerte de graduación de niveles, señalando como preferentes los del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad y de la industria.

Desde que la ley 18.566 promueve un esquema orgánico de coordinación entre los diferentes niveles, se ha entendido (y así lo ha dejado entrever el Comité de Libertad Sindical) que el modelo legal encorseta, en gran medida, «el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria» (que prevé como regla el artículo 4 del CIT N.º 98).

En los hechos, la estructura negocial que introduce la norma legal parte de la coexistencia de tres planos principales, a saber:

- a. un nivel macro, de diálogo y negociación en la cúspide (donde se crea el Consejo Superior Tripartito);
- b. un nivel intermedio, de negociaciones múltiples por ramas o sectores de actividad (indistintamente a través de dos vertientes diferenciadas: en los Consejos de Salarios o a través de negociaciones bilaterales en aquellos ámbitos superiores), y
- c. un nivel micro, que es reservado para la negociación también bilateral, pero en la empresa.

En nuestra opinión, esta formulación no coarta ni impide la legitimidad de que se negocie en escalones diferentes a los reseñados por la norma. Para poner un solo ejemplo, ello podrá ocurrir transversalmente para acordar *convenios de franja* (término acuñado por la doctrina española y que refiere a convenios estatutarios cuyo ámbito personal es abarcativo de las categorías profesionales representadas por organizaciones de oficio, profesión o actividades).³

3 DEL REY GUANTER, Salvador, *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, 1.ª edición, Madrid, La Ley, 2005, p. 1508.

Desarrollo sobre los niveles de negociación colectiva en el marco del sistema vigente

Procuraremos hacer una somera descripción sobre el funcionamiento del sistema en los diferentes niveles que estructura la norma legal.

En primer lugar, se prevé un nivel superior, conformado por un ámbito en el que opera el Consejo Superior Tripartito. Se trata de un órgano cuya existencia encuentra antecedentes fácticos durante la primera convocatoria del Gobierno democrático posterior a la dictadura⁴ y que fue contemplado, además, por el Decreto del Poder Ejecutivo 105/005, del 7 de marzo de 2005, al convocarse nuevamente los Consejos de Salarios. Habiéndose dispuesto ámbitos similares para las actividades rurales y de trabajo doméstico —originalmente excluidas por la Ley N.º 10.449—, el proceso evolutivo desembocó en la absorción de estos grupos en la estructura general de los Consejos de Salarios y de este Consejo Superior Tripartito.⁵

A este órgano se le asignan funciones de coordinación y gobernanza de las relaciones laborales, según el artículo 7 de la ley 18.566. Dichas funciones son de dos órdenes: a) de mero asesoramiento al Poder Ejecutivo (literales A, C, D y E de la norma citada); b) potestades resolutorias reservadas exclusivamente a dos materias (efectuar la clasificación de los grupos de negociación tripartita por rama de actividad o cadenas productivas), y c) designar las organizaciones negociadoras en cada ámbito (literal B).

Claramente, el propósito es generar una administración participada del sistema de negociación colectiva, en la que predomine la consulta de las organizaciones más representativas de los actores sociales, cuya opinión y criterio servirán para orientar las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo.

El segundo ámbito corresponde a los niveles intermedios, que se ubican en un escalón descendente en las ramas de actividad o en las cadenas productivas, en el cual la ley organiza el funcionamiento alternativo de dos vertientes o modalidades para el desenvolvimiento de la negociación colectiva (artículo 11). Ambas vías comprenden: los Consejos de Salarios, creados por la Ley N.º 10.449, y la negociación bipartita en sectores o ramas de actividad.

El ámbito negocial de los Consejos de Salarios mantiene un vigor muy arraigado en el sistema de relaciones laborales uruguayo desde que

4 ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, «Formas de tripartismo en el Uruguay», en *Informe RELASUR*, Montevideo, FCU, 1995, pp. 63 y ss.

5 LOUSTAUNAU, Nelson, *Consejos de Salarios*, Montevideo, FCU, 2010, pp. 71-72.

fueran implementados dichos consejos por la Ley N.º 10.449, de 1943. Se trata de un mecanismo para negociar que en algunas épocas fue convocado y en otras, no, pero, en nuestra opinión, pese al rechazo que propicia el discurso de ciertos sectores que entienden que se trata de instituciones arcaicas e incompatibles con las épocas contemporáneas que exigen competitividad y libertad del mercado, la realidad demuestra que el país no ha conocido hasta el presente otro modelo alternativo que haya fomentado efectivamente el funcionamiento auténtico de la negociación colectiva y, en consecuencia, el cumplimiento de sus funciones sustantivas: normativa, redistributiva en lo económico, participativa y componedora del conflicto que desenvuelve la misma negociación. Por lo tanto, lo que la ley hace no es más que convalidar uno de los cauces de negociación con mayor tradición e importancia en el país: la negociación colectiva atípica.

Sintéticamente, los Consejos de Salarios son órganos tripartitos que se integran con delegados del Estado y de los sectores sociales, los que, a partir de la nueva ley, son designados por el Poder Ejecutivo. En el caso de la designación de los representantes de los trabajadores y empleadores, dicho Poder debe hacerla en consulta con las organizaciones más representativas de los respectivos grupos de actividad. Solamente en aquellos grupos en los que no exista una organización suficientemente representativa las organizaciones que integren el Consejo Superior Tripartito podrán proponer representantes o plantear mecanismos alternativos de elección.

En cuanto a la convocatoria de los Consejos de Salarios, el Estado deja de tener la discrecionalidad atribuida en la anterior ley de 1943,⁶ y la norma distingue dos posibles situaciones: su llamamiento voluntario de oficio por el Poder Ejecutivo y la preceptividad de convocarlos cuando medie solicitud de las organizaciones representativas del sector de actividad correspondiente, dentro de un plazo de quince días contados desde la solicitud. Dicha convocatoria puede no ser considerada necesaria solamente mientras esté vigente un convenio colectivo celebrado entre las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores de la actividad o sector (artículo 12).

6 En nuestra doctrina, esa atribución hegemónica fue contradicha por Héctor Hugo Barbagelata, en su exposición efectuada el 17 de octubre de 2003 en el Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en la que sostuvo que la expresión de la Ley N.º 10.449 que establece que el Poder Ejecutivo «podrá» convocar los Consejos de Salarios implica tan solo una opción: o se los convoca de oficio, o se los convoca a petición de parte. Esta segunda alternativa se encontraba prevista por el artículo 5 de la norma legal, razón por la cual debe entenderse que el Ejecutivo no podía desconocerla.

Con referencia a las materias o los contenidos que pueden ser objeto de negociación en los Consejos de Salarios, estos se limitan a:

1. fijar los salarios mínimos por categorías laborales (que eran los cometidos originarios previstos por la Ley N.º 10.449);
2. agregar la actualización de las remuneraciones de todos los trabajadores de la actividad privada (artículo 12);
3. decretar inspecciones de contabilidad, visitar y examinar los establecimientos comerciales e industriales, y citar a declarar a patrones, empleados y obreros (artículo 13);
4. actuar como organismo de conciliación en los conflictos del grupo para el que fueron constituidos (artículo 20);
5. reglamentar la licencia sindical, facultad asignada por la Ley N.º 17.940 de 2006 (artículo 4 de esta última norma).

Se estipula una limitación respecto de las materias que pueden ser acordadas en su ámbito; es así que únicamente se admite que sean concertadas condiciones de trabajo con efecto extensivo para todo el grupo o rama de actividad cuando medie un acuerdo colectivo bilateral de ambos sectores sociales, lo que inhibe a que aquellas sean fijadas por votación o acuerdo parcial entre el Poder Ejecutivo y los representantes de uno solo de los actores sociales.

En cuanto a las decisiones de los Consejos de Salarios, se dispone que podrán adoptarse por mayoría simple y que, para efectuar una votación sobre salarios cuando no existe acuerdo entre los integrantes del órgano, debe convocársela con una anticipación de 48 horas desde la inclusión de la propuesta en el orden del día de la sesión, salvo que por unanimidad de las partes se disponga otra alternativa (artículo 14).

Resulta importante señalar que la ley consagra el efecto *erga omnes* de las decisiones de los Consejos de Salarios dentro de su respectivo grupo de actividad. Las únicas formalidades exigidas son el registro y la publicación de estas por el Poder Ejecutivo (artículo 12). Ha desaparecido (o, al menos, permanecerá inaplicado) el instituto de la homologación de los laudos previsto por la Ley N.º 10.449, cuyo objeto era, precisamente, el de la extensión de su ámbito subjetivo frente a terceros.

Una segunda vertiente negocial en los niveles intermedios por sector de actividad o cadenas productivas es la que tiene lugar bajo la forma de una negociación colectiva típica o pura, es decir, autónoma, en la que solo participan y la celebran las organizaciones de trabajadores y las de empleadores respectivamente.

Más precisamente, actúan en calidad de sujetos celebrantes, por un lado, una organización representativa de trabajadores de rama, industria, actividad, oficio o profesión, o una organización superior de cúpula, como puede ser una federación, asociación, confederación o central sindical, y por el otro, una o varias organizaciones profesionales representativas de empleadores o una organización profesional superior, también de cúpula, como puede ser una cámara, asociación, federación o confederación empresarial.

El cometido es negociar y celebrar un convenio colectivo para toda la rama, regulando condiciones de trabajo, salario, empleo, o relaciones individuales o colectivas, o —como indica el CIT N.º 154— lograr todos estos fines a la vez.

A diferencia de los Consejos de Salarios, esta vía negocial no tiene otras limitaciones para negociar más que las que imperan en razón del principio de legalidad, del carácter prohibitivo de las leyes, del orden público y de las buenas costumbres.⁷ En efecto, el artículo 11 de la ley 18.566 es suficientemente amplio como para admitir en dicho nivel que la sola celebración de un convenio colectivo regule cualquier tipo de materia; se aplican al respecto los principios generales de interpretación de los CIT N.º 98 y N.º 154.⁸

Es importante reiterar que la negociación de condiciones de trabajo permanece dentro del espacio de reserva de la autonomía colectiva de las partes, ya que su regulación puede ingresar al ámbito de la resolución o laudo tripartito con efectos frente a terceros únicamente en el caso de que medie acuerdo entre los interlocutores sociales (es decir, entre los delegados de los trabajadores y los empleadores del grupo salarial respectivo). Para ello, la ley parte de la celebración de una negociación colectiva bilateral previa, paralela o sucedánea, la que puede ser encaminada aun fuera del ámbito del Consejo de Salarios en la medida que la intervención del Poder Ejecutivo deja de ser determinante para alcanzar el acuerdo.

Hemos señalado que, si bien no existe un concepto unívoco sobre la expresión *condiciones de trabajo*, tradicionalmente se la ha identificado con los aspectos y las materias que conforman la reglamentación del trabajo (condiciones legales que constituyen mínimos inderogables y determinan un orden público social frente a la disponibilidad individual). De modo progresivo, su alcance fue creciendo para abarcar las condiciones de empleo, salud, seguridad e higiene en el trabajo, y aun más

7 SARTHOU, Helios, «El objeto de los convenios colectivos de trabajo», en *Trabajo, derecho y sociedad*, t. 1, Montevideo, FCU, 2004, p. 268.

8 Ver: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, Ginebra, OIT, 2006 (en especial, los casos 912 a 924, 998, 999 y 1001).

ampliamente, las que hacen a la calidad de vida de los trabajadores y sus familias.⁹ Parece claro que el sentido atribuido concretamente por la norma legal que se comenta es abarcativo de todos aquellos contenidos normativos que no refieren a salarios mínimos, categorías laborales o modalidades de actualización de las remuneraciones.

En la formulación de esta segunda vía de negociación colectiva bipartita en los niveles intermedios, se incorpora otra modificación trascendente, ya que los convenios colectivos que hayan sido celebrados por las organizaciones profesionales de trabajadores y de empleadores más representativas poseen, automáticamente, un efecto extensivo *erga omnes*. Ello equivale a decir que el alcance subjetivo obligatorio de su aplicación comprende a todas las empresas y empleadores, así como a todos los trabajadores pertenecientes al nivel respectivo de negociación, con la única exigencia de que el convenio sea registrado y publicado por el Poder Ejecutivo (artículo 16).

Otro aspecto regulado por la norma legal refiere a los principios de representatividad de los sujetos colectivos legitimados para negociar convenios colectivos. De acuerdo con sus disposiciones, al existir una pluralidad de agentes negociadores, se mantiene el criterio de que previamente se pueda alcanzar el acuerdo intersindical entre las organizaciones para negociar en forma conjunta (tal como está previsto por el CIT N.º 98). Y solo en el caso de no lograrse este objetivo, se opta por reconocer a la organización profesional que inviste mayor representatividad, lo que se determina teniendo en consideración criterios objetivos cualitativos, sustentados en la antigüedad, continuidad e independencia de cada organización, así como criterios cuantitativos, basados en el número de afiliados de cada una de ellas. Recientemente, se ha planteado una posición doctrinaria —cuyo principal exponente es Juan Raso Delgue— que entiende que existiendo otros sindicatos (menos representativos) y aun cuando no se alcance un acuerdo intersindical, debe garantizarse el derecho a participar en la negociación y a recibir información, aun cuando no tengan atribución para concluir y celebrar el convenio colectivo. Esta conclusión ha sido compartida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en fallos recaídos ante demandas de nulidad promovidas en el ámbito de la actividad estatal (en empresas públicas, como UTE y ANTEL).

9 ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, «Un sistema de negociación colectiva. Comentarios a la Ley N.º 18.566», en *Cuarenta estudios sobre la nueva legislación laboral uruguaya*, Montevideo, FCU, 2010. Más específicamente, puede verse: ERMIDA URIARTE, Oscar, «El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo», en *Revista Derecho Laboral*, n.º 164, Montevideo, enero, 1991.

Interesa señalar que estos mismos criterios han sido extendidos legalmente a las organizaciones profesionales de empleadores (lo que no estaba previsto en la norma, la Ley N.º 13.556).

Y cuando no exista un sindicato —por ejemplo, en la empresa—, la ley privilegiará a la organización más representativa de trabajadores de nivel superior (es decir, una federación o asociación de la actividad o de la rama y hasta, eventualmente, la propia central sindical). Esta disposición de la ley contradice la solución residual que prevé el CIT N.º 98, que, en situaciones de inexistencia de una organización representativa de los trabajadores involucrados, reconoce la legitimación de delegados elegidos directamente por los trabajadores, lo que ha sido objeto de observación por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

El tercer nivel organizado por la ley es el inferior, que contempla la negociación colectiva en la empresa o los establecimientos, a cuyos efectos se reconoce como sujetos legitimados para negociar a uno o varios empleadores, y por los trabajadores, a una o varias organizaciones representativas (sean estas, indistintamente, sindicatos de base u organizaciones gremiales de grado superior, como ocurre, por ejemplo, con las federaciones de rama).

La negociación colectiva por empresa, si bien ha tenido una relevancia menor y accesorio en el sistema de relaciones laborales del país, cumple funciones importantes, que pueden ser: *a)* de complementación, pues se regulan materias no contempladas en los convenios de rama; *b)* de adaptación, ya que se pactan soluciones necesarias para la realidad concreta de cada centro de trabajo, y *c)* hasta de superación, a través de convenios colectivos que mejoran condiciones o beneficios pactados en los niveles superiores.

Hemos señalado que este esquema condice con el modelo nacional, basado en la existencia de federaciones o asociaciones sindicales de segundo nivel, por ser la negociación de rama o de actividad la que fuera promovida desde la creación de los Consejos de Salarios. Por otra parte, constituye una respuesta adecuada al prototipo preeminente de nuestras empresas, constituidas mayoritariamente por unidades pequeñas y medianas que ocupan un número, muchas veces exiguo de trabajadores, lo que torna difícil la constitución de sindicatos en los estratos inferiores y, consecuentemente, el desarrollo de una negociación descentralizada.

Procedimiento de queja interpuesto por los empleadores ante la Organización Internacional del Trabajo

Desde que el Poder Ejecutivo presentó el proyecto de ley de negociación colectiva, que fuera aprobado en 2009 por el Parlamento (Ley N.º 18.566), los empleadores manifestaron su contrariedad al sistema que se pretendía implantar.

Las dos principales organizaciones de empleadores (la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay, y la Cámara de Industrias del Uruguay), secundadas por la Organización Internacional de Empleadores, presentaron ante la OIT una comunicación iniciando un procedimiento de queja.¹⁰

Se argumentó que el Gobierno había dictado un sinnúmero de normas laborales y que se estaba procesando la sanción de esta ley sobre el sistema de negociación colectiva sin tener en cuenta los aportes del sector empleador, en contravención de los convenios internacionales sobre la libertad sindical y el fomento de la negociación colectiva, ratificados por Uruguay.

La queja fue considerada, inicialmente, por el Comité de Libertad Sindical, el que expresó —entre varias observaciones efectuadas al proyecto de ley— que:

Las normas que afectan directamente los intereses de las organizaciones de trabajadores y de empleadores deben ser objeto de consultas plenas y francas y deberían ser el resultado de soluciones compartidas.¹¹

También se pronunció la propia Comisión de Aplicación de Normas de la 100.^a Conferencia Internacional del Trabajo, del 2011, y, posteriormente, el caso fue seguido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Los organismos técnicos de la OIT han formulado varias observaciones, las que mayoritariamente se mantienen aún sin resolverse desde que no ha sido posible alcanzar un acuerdo entre el Gobierno y las organizaciones profesionales de los actores sociales.

Es de hacer notar que han mediado instancias de diálogo, acercamientos, propuestas consignadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sucesivos compromisos sobre estas negociaciones y prórrogas acordadas de común acuerdo y presentadas ante la OIT ante el riesgo

¹⁰ OIT, caso n.º 2699 (Uruguay). Fecha de presentación de la queja: 10 de febrero de 2009.

¹¹ Número 1383 del informe.

de que el país reciba duras sanciones a nivel internacional. En la última conferencia general de la OIT se aprobó el informe de la comisión de expertos por el que se instaba al gobierno a iniciar medidas legislativas antes del 1º de noviembre de 2019, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, y tomando en consideración la recomendación de los órganos de control de la OIT a fin de garantizar la plena conformidad de la legislación y la práctica nacional con el Convenio. El Poder Ejecutivo cumplió con el plazo determinado por la OIT y presentó en el Parlamento nacional un proyecto de ley que consta de cinco artículos y que procura superar algunas de las observaciones que se formularan a la legislación vigente, aunque sin haberse logrado la conformidad de las organizaciones de empleadores ni de la central sindical.

Al presente, asistimos a un final incierto que, en nuestra opinión, nada beneficia a la sociedad en su conjunto, ni menos aún a las partes. Desde el punto de vista técnico, algunos tópicos objetados podrían tener cierto fundamento, y otros, en cambio, parecen no resultar justificados. Simplemente, mencionando algunos de los temas que son objeto de controversia, veremos algunas generalidades sobre ellos.

El relativo a la falta de paridad en el número de miembros integrantes del Consejo Superior Tripartito, como ya señalamos, fue superado a través de una reforma legislativa impulsada por el Gobierno. Sin embargo, esta observación, que fuera hecha por el Comité de Libertad Sindical, no solo no encuentra fundamentos en ninguna norma internacional, sino que contradice la propia realidad estructural de la OIT, a cuyas conferencias concurren los Estados miembros representados por las tres partes, pero las delegaciones no son paritarias: mientras que hay un delegado del sector trabajador y otro del sector empleador, los Gobiernos poseen dos delegados, lo que representa un contrasentido con lo invocado por el órgano que formulara la observación.

Una segunda indicación refiere a los niveles de negociación, ya que la OIT entiende que el nivel de negociación colectiva debe ser establecido por las propias partes, y no impuesto por la ley, como lo dispone la norma cuestionada. Si bien de una lectura estricta de la norma en vigor puede inferirse esa conclusión, hemos sostenido más arriba que los niveles poseen un carácter indicativo y que es posible que libremente las partes negocien en ámbitos o bajo estructuras diferentes.

En tercer lugar, como la ley regula que si en la empresa no existe una organización sindical, debe negociarse con la organización gremial de nivel superior, el Comité entiende que se incumple la previsión del CIT N.º 98, según la cual, a falta de organización sindical, debe reconocerse el derecho de negociación a través de representantes electos por los

trabajadores. Este punto es consistente en sus fundamentos, pero en la doctrina comparada constituyen un punto de debate la prevalencia y las ventajas que puede tener el mandato ascendente para que siempre sea una organización gremial la que celebre un convenio colectivo, ya que da certezas frente a la ausencia de independencia que puede existir en la elección directa de representantes por parte de los trabajadores no organizados en ámbitos inferiores. Se trata de un tema cuestionable y sensible, aunque, de todos modos, es atendible este aspecto señalado por la OIT desde que Uruguay también ratificó el CIT N.º 135, reconociendo así la representatividad que puede caberles a los delegados electos por los trabajadores, al margen de las organizaciones sindicales. Y también lo hace cuando regula por decreto la integración de los comités sobre salud y seguridad en los lugares de trabajo.

Otro aspecto considerado entre las observaciones refiere a la regla que postula la ultraactividad de los convenios colectivos, que impone la supervivencia de los beneficios contenidos en ellos aun después de su extinción. El Comité señala que la duración de los convenios es una materia que, en primer término, corresponde a las partes contratantes, y no a la ley, agregando que una solución legal como la prevista debería reflejar el acuerdo de trabajadores, empleadores y Estado, lo que no se ha concretado.

El tema de la ultraactividad de los convenios colectivos también es centro de debate universal, y son muchos los ordenamientos jurídicos comparados que recurren a esa solución alternativa. Hay dos aspectos de la observación que deben examinarse. El primero alude a que se trata de una solución impuesta por la ley. Sin embargo, si se examina el texto vigente, expresamente en él se postula que la vigencia de los convenios colectivos será establecida de común acuerdo por las partes, quienes también podrán determinar su prórroga expresa o tácita y el procedimiento de denuncia. Y agrega que, luego de vencido el plazo, el convenio mantendrá la plena vigencia de todas sus cláusulas hasta que un nuevo acuerdo lo sustituya, pero admitiendo que las partes tienen la facultad de acordar lo contrario. Es decir, esa ultraactividad automática no solamente es relativa, sino que admite ser negociada y no acordada por las partes o, incluso, acordarse parcialmente qué contenidos (derechos, beneficios, obligaciones) superviven y cuáles no (solución práctica que está presente en varios convenios de sectores o ramas de actividad). O sea, más allá de las coincidencias o no de los tres actores en regular la solución legal definitiva, no se trata de un tema cerrado, impuesto e inmodificable. Pese a esta conclusión, en nuestra opinión, no nos parece saludable la incorporación de una solución basada en la ultraactividad, porque

deja librada a la voluntad de una de las partes, hasta por razones estratégicas, la decisión de renegociar los acuerdos alcanzados, lo que no promueve la negociación colectiva continua, que parece ser un modelo ponderable, adaptativo a las realidades cambiantes de la economía, las formas de producir y los cambios sociales con el pasaje del tiempo. Quizás la implementación de soluciones intermedias, como la determinación de un término razonable de tiempo transitorio, por ejemplo estipular un prórroga de la vigencia por un año, pueda facilitar el acuerdo futuro de las partes.

Otros aspectos, como los concernientes a las modalidades que adoptan ciertos conflictos colectivos de trabajo (como las ocupaciones de los lugares de trabajo o los piquetes), son temas que no son discutidos en este trabajo. Sin embargo, debemos señalar que en la reciente aprobación y ratificación de una Ley de urgente consideración (N.º 19.889), estas modalidades de conflicto colectivo fueron expresamente reguladas. No obstante lo cual sí entendemos que la determinación de mecanismos de prevención y solución de conflictos colectivos, más allá de la regulación de la paz que introduce la ley en el artículo 21 sobre los temas que han sido pactados en el convenio colectivo, nos parece sumamente necesaria. Estimamos que debería mejorarse la disposición última comentada, en tanto la paz social que incorpora la norma debiera alcanzar todos los temas de la agenda que son objeto de negociación y no sólo aquellos finalmente acordados. Ello porque negociar implica que las partes hagan recíprocas concesiones e intercambios entre sí, conformándose de ese modo un resultado que es recogido por el acuerdo y supone un equilibrio negocial que ha satisfecho a los sujetos celebrantes.

Y, finalmente, creemos que es deseable el establecimiento de mecanismos de solución de conflictos colectivos voluntarios, pero que posibiliten el funcionamiento de diversos ámbitos bipartitos o tripartitos, de conciliación y mediación, ordenados, escalonados y sucesivos, con fines preventivos, con procedimientos y plazos en cada etapa, así como la no adopción de medidas de conflicto por cualquiera de las partes antes de finalizar formalmente todas las instancias previstas en el procedimiento. Numerosos son los ejemplos legislativos comparados que, respetando la libertad sindical y el ejercicio de las acciones de autotutela, encaminan alternativas acordes para evitar una conflictividad abierta que siempre es costosa para ambas partes. Como bien señala la OIT, estos medios que procuran grados ponderados de paz social, conforman el núcleo central de unas relaciones de trabajo equilibradas y susceptibles de crear un entorno laboral que impulse el crecimiento económico y el desarrollo.

INTERPRETACIÓN DE LA RECIENTE REGLAMENTACIÓN DE LA HUELGA EN URUGUAY EN CLAVE CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Hugo Barretto Ghione¹

La «urgencia» en reglamentar la huelga

Los condicionamientos que los cambios políticos ejercen sobre el derecho social, y, en particular, sobre el derecho del trabajo, han quedado en evidencia si se estudia en su contexto la reciente reglamentación (parcial) del derecho de huelga en Uruguay.

El gobierno asumido el 1.º de marzo de 2020, una coalición de partidos tradicionales, ha promovido una ley de «urgente consideración» que reglamenta temas tan variopintos como la seguridad pública —que incluye el agravamiento de las sanciones penales—, la enseñanza, la regla fiscal, las empresas públicas, la eficiencia del Estado y las compras estatales, el estatuto de los funcionarios públicos, la política de vivienda, los tratamientos de salud de alto precio, la reforma de la seguridad social, las normas sobre arrendamientos de bienes inmuebles, ciertas modificaciones al Código Civil y otros asuntos en 476 disposiciones, entre ellos, la huelga.

El mecanismo constitucional de la llamada «declaración de urgente consideración» (artículo 168, numeral 7.º) confiere al Poder Ejecutivo la facultad de remitir un proyecto de ley al Parlamento nacional para que se trate en términos extraordinariamente breves, con la gravosa consecuencia de que la iniciativa legal se tendrá por aprobada «si dentro de tales plazos [noventa días] no han sido expresamente desechados, ni se ha sancionado un proyecto sustitutivo».

1 Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y coordinador del Área de Derecho Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Miembro del comité de redacción de la revista *Derecho Laboral*.

El envío de una iniciativa del Poder Ejecutivo de contenido tan variado como para ser sometido a estudio en escaso tiempo, más la circunstancia de hacerlo en el momento más crucial de la pandemia de COVID-19, motivó críticas severas desde sectores académicos² y de la oposición política y social, ya que, como puede apreciarse en la enumeración sumaria que acabamos de hacer, el proyecto contemplaba, en muchos casos, la restricción de derechos fundamentales de las personas, lo cual no es posible definir de manera tan ligera.

Se observó, gracias a los sectores críticos, por ejemplo, que no había tal urgencia para la aprobación de la mayoría de los dispositivos previstos en el proyecto, que no revestían urgencia si entendemos la palabra en el sentido de lo imperioso, apremiante, de aquello que debe ser resuelto lo antes posible, según la define cualquier diccionario de la lengua española. Lo único verdaderamente urgente fue la motivación política del gobierno de aprobar una norma que orientara su accionar en los próximos años. Las fundadas críticas al proyecto, del que se cuestionó, incluso, su constitucionalidad, no impidieron que la mayoría parlamentaria adoptara la «urgente consideración» como la Ley N.º 19.889, de 9 de julio de 2020.³

La norma y su contexto

El artículo 392 de dicha ley prescribe que:

(Libertad de trabajo y derecho de la dirección de la empresa).- El Estado garantiza el ejercicio pacífico del derecho de huelga, el derecho de los no huelguistas a acceder y trabajar en los respectivos establecimientos y el derecho de la dirección de las empresas a ingresar a las instalaciones libremente.

La perplejidad inicial que desató esta disposición radicó en lo inusual de demandar el uso «pacífico» del derecho de huelga, estableciendo así un tratamiento asimétrico respecto del resto de los derechos que operan en las relaciones colectivas de trabajo (como el ejercicio de la gestión de la empresa, por ejemplo), lo que parece denotar un claro prejuicio negativo acerca del ejercicio de la libertad sindical.

La lacónica reglamentación de la huelga contenida en la Ley N.º 19.889 debe interpretarse en el marco de un ordenamiento jurídico como el uruguayo, asentado en ciertas tradiciones constitutivas de una cultura

2 Hubo un pronunciamiento muy crítico de la Universidad de la República, la mayor y más importante casa de estudios terciarios del país, por la situación y las soluciones propuestas en el proyecto.

3 Puede consultarse su texto en: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19889-2020>>.

jurídica muy singular y arraigada, así como por un proceso de discusión sobre las modalidades del ejercicio de la huelga, del que conviene dar cuenta para una mejor comprensión del cambio operado.

Las relaciones colectivas de trabajo en el Uruguay gozan, secularmente, de un amplio campo de libertad sindical. La organización de sindicatos no está sujeta a requerimientos administrativos ni registro ni control estatal; la negociación colectiva no está circunscripta a ningún procedimiento ni reglas fijas,⁴ salvo la que tiene lugar en los Consejos de Salarios, órganos tripartitos que fijan los salarios por sector de actividad,⁵ y la huelga no tiene definición legal ni limitaciones de ninguna índole, con excepción de las que derivan de la afectación de los servicios esenciales.

Dentro de esa amplitud en el reconocimiento de los derechos colectivos, la huelga comprende el ejercicio corriente de sus modalidades atípicas. En el caso de la ocupación de los lugares de trabajo como medida de huelga, el decreto N.º 281 de 15 de octubre de 2020 no las prohíbe pero determina la inmediatez del desalojo a solicitud del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Esta notable expansión de los tres pilares de la autonomía colectiva (organización sindical, negociación colectiva y huelga) destacó muy nítidamente al modelo uruguayo en la experiencia latinoamericana, mucho más restrictiva de las expresiones de la libertad sindical. Esa mínima intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo dio lugar a que se comparara el caso uruguayo con el italiano, lo que tuvo también sus consecuencias en la doctrina jurídica, que trató de explicar —y de sostener— ese modo de ser del ordenamiento.⁶

Sin embargo, alguno de estos perfiles del modelo uruguayo siempre generó malestar en las organizaciones de empleadores, que, finalmente, presentaron una queja ante el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sosteniendo que la negociación colectiva tripartita salarial afectaba la libertad consagrada en el artículo 4 del Convenio Internacional del Trabajo

4 Ley N.º 18.566, del 11 de setiembre de 2009. Puede verse en: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18566-2009>>.

5 Ley N.º 10.449, del 12 de noviembre de 1943. Puede verse en: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/10449-1943>>.

6 Un repaso de las razones históricas, sociales y culturales de los perfiles del Derecho del Trabajo en el Uruguay puede verse en el artículo «Notas sobre el surgimiento del Derecho del Trabajo en el Uruguay: orígenes y permanencias», del 5 de agosto de 2013: <<http://hugobarrettoighione.blogspot.com/2013/08/notas-sobre-el-surgimiento-del-derecho.html>>.

N.º 987 y que las ocupaciones de los lugares de trabajo desconocían la libertad de trabajo de los no huelguistas y el derecho del titular de la empresa a ingresar a ella durante la medida, con lo cual devenían en un comportamiento ilícito.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), a partir de esta denuncia, ha observado a Uruguay, desde 2010, por considerar que las ocupaciones de los lugares de trabajo —una medida legítima— deben permitir el acceso a las instalaciones de la empresa a no huelguistas y titulares del establecimiento.⁸ En su informe de 2019 (publicado en 2020), la CEACR «pide al Gobierno que [...] someta al Parlamento un proyecto que regule las ocupaciones de empresas de una manera plenamente conforme con el Convenio». Nótese que la CEACR, al tratar las ocupaciones como una modalidad de la huelga, pide al Gobierno uruguayo que se regulen de manera «plenamente conforme con el convenio». Admite, así, que el Convenio N.º 87 reconoce la huelga como parte de la libertad sindical, un punto pertinazmente resistido y negado por la Organización Internacional de Empleadores desde 2012, cuando sostuvo que la huelga no tiene reconocimiento internacional en el ámbito de la OIT.

Por ello, el caso uruguayo tiene gran importancia en el ámbito de la OIT, ya que son los mismos empleadores los que llevan el tema de la huelga a la CEACR, cuando, en paralelo, sostienen, paradójicamente, que la huelga no tiene reconocimiento internacional y que, por tanto, la propia CEACR no tiene nada para decir al respecto. La contradicción en que incurren no tiene salida lógica.

Límites de la interpretación

Más allá de esta contradicción evidente, que adolece la posición de los empleadores en la OIT, lo cierto es que, desde hace ya diez años, el organismo viene reclamando a Uruguay que modifique su normativa sobre las ocupaciones, en el sentido de armonizar el ejercicio del derecho de huelga en la modalidad de ocupación con el derecho a trabajar de los no huelguistas y la libertad de empresa y gestión del empleador.

7 Véase al respecto la última observación de la CEACR de la OIT en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:4023767,102876,Uruguay,2019>.

8 Puede consultarse la última observación en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3964045,102876,Uruguay,2018>.

Los dos elementos señalados, la tradición de autonomía y las observaciones de la OIT a la huelga en su modalidad de ocupación, son, desde nuestro punto de vista, insoslayables para leer e interpretar el artículo 392 de reglamentación de la huelga.

En definitiva:

- el carácter «pacífico» y la armonización de la huelga con los otros derechos de libertad de trabajo y de empresa, tal como están formulados en el artículo 392 de la Ley N.º 19.889, deben interpretarse en el sentido constitucional, que ordena en el artículo 57 que cualquier reglamentación debe asegurar «la efectividad» de la huelga. La matriz autonomista de nuestro ordenamiento también coadyuva, en esta dirección, constituyendo, en su conjunto, los límites de la interpretación de la ley vigente;
- la redacción del artículo 392 de la Ley de Urgente Consideración es prácticamente un calco de ciertos pronunciamientos del CLS, en particular, el número 940 de su última recopilación,⁹ que dice textualmente: «El ejercicio del derecho de huelga debe respetar la libertad de trabajo de los no huelguistas cuando la legislación así lo dispone, así como el derecho de la dirección de la empresa a penetrar en las instalaciones de la misma».

Esta copia casi textual de un pronunciamiento del CLS marca un segundo límite de la interpretación del artículo 392: dado el antecedente de la norma —las observaciones de la CEACR a Uruguay—, el nuevo dispositivo legal se explica sistemáticamente en el cuerpo de la concepción de la huelga propia de la OIT, que ha dicho en el número 784 de la recopilación citada:

En cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo) el Comité consideró que tales limitaciones solo se justificarían en el caso que la huelga dejara de ser pacífica.

9 Puede consultarse en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf>.

Final

La aprobación del artículo 392 no debería alterar significativamente el ejercicio del derecho de huelga si lo interpretamos según la directiva constitucional y de acuerdo a la doctrina del CEACR y las recomendaciones del CLS, que son los antecedentes inmediatos de la norma. En la antinomia de derechos *huelga/libertad de trabajo y de empresa*, el artículo 392 impide que se pondere en exclusiva a favor de uno de los términos de la disyuntiva, por lo cual la norma deberá aplicarse de modo que se garantice la efectividad de la huelga, aun si se tratare de una ocupación del lugar de trabajo.

Palabras Finales

El gran desarrollo del conocimiento en los últimos años y los requerimientos, en todos los ámbitos, de una sociedad que afronta importantes procesos de cambio demandan a sus integrantes fuertes exigencias de renovación, actualización, capacitación y perfeccionamiento.

En 1994 la Universidad de la República crea, a propuesta de los egresados, el Programa de Educación Permanente, y desde 2012 lo abre a una educación para todos a lo largo de la vida.

El Programa de Educación Permanente de la Universidad de la República tiene como principales objetivos realizar actividades dirigidas a mejorar la práctica profesional y laboral y generar instancias de formación en valores, en ciudadanía y en desarrollo cultural y democrático. Se puede acceder a más información sobre este a través del sitio web: <www.eduper.edu.uy>.

Por una parte, el Programa organiza una oferta estable, pero cambiante año a año, de actividades cortas de difusión cultural, actualización, perfeccionamiento, nivelación, reorientación, complementación curricular o especialización no formal para profesionales, trabajadores, empresarios o público en general. También se realizan cursos y actividades formativas a medida para grupos de profesionales, trabajadores, empresarios o público que así lo solicite.

Por otra parte, se propone fortalecer redes educativas que les faciliten a los interesados la reinserción educativa y la culminación de ciclos curriculares. También pretende favorecer la continuidad de acceso a actividades de capacitación, ya sea en la Universidad de la República o en otras instituciones educativas.

La presente publicación ha sido financiada y gestionada a través de la convocatoria de la Comisión Sectorial de Educación Permanente (CSEP) para el Apoyo a la Publicación o Edición de Material Educativo como Producto de las Actividades de Educación Permanente. Esta Comisión efectúa un llamado anual a los servicios y dependencias universitarias interesadas en publicar contenidos de los cursos y actividades, tanto en

soporte papel (libros e impresos) como digital (audiovisual o multimedia). De esta manera, la CSEP contribuye a incrementar la divulgación de contenidos generados en cursos y actividades del Programa de Educación Permanente.

La presente obra tiene su origen en los cursos de Educación Permanente para sindicalistas que se dictan en el marco del acuerdo entre la Universidad de la República y el PIT-CNT. Sin renunciar a la finalidad didáctica en el tratamiento de los temas, se efectúa un recorrido por los aspectos más relevantes que muestra el mundo del trabajo en su actual desarrollo, como son el impacto de la tecnología, los fenómenos de tercerización o «relaciones triangulares de trabajo» como refiere la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los problemas para la determinación de la efectiva existencia de un vínculo laboral, el acoso en el lugar de trabajo, etc., con una mirada un tanto más detenida en el derecho colectivo del trabajo, fundamentalmente en la protección de la actividad sindical, la negociación colectiva y la huelga. El propósito de la iniciativa es servir como instrumento de reflexión para mejorar las prácticas y la calidad de las relaciones laborales en nuestro país.

COEDITORES Y AUSPICIANTES DE LA PUBLICACIÓN

SA

ÁREA CIENCIAS
SOCIALES Y ARTÍSTICA



ISBN: 978-9974-0-1738-2



9 789974 017382