

A Propósito de la nueva Ley Uruguaya de Protección Sindical

Pr. Dr. Helios Sarthou

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de la República

*SUMARIO.*I. Palabras Iniciales. II. El perfeccionamiento de la matriz tuitiva del Convenio OIT núm. 98. III. La protección contra los actos lesivos de la libertad sindical. III. 1. La declaración de nulidad. III.1.A. La Materialidad de los actos comprendidos en la protección. a) Actos de discriminación.b) Despido o cualquier otro acto de perjuicio. c. Protección de los actos que constituyen organizaciones sindicales. III.1.B. Efecto de la nulidad absoluta. III.2. El procedimiento. III.2.A. Caracteres generales. III.2.B. Principios y organización de los procedimientos de la Ley. III.2.C. Procedimiento de tutela especial. III.2.D. Proceso general. III.3. Las disposiciones comunes a ambos procedimientos,. IV. Lo que se perdió y lo que se ganó del Proyecto de Diputados a la Ley 17940. IV.1 Lo que se perdió. Cambios negativos del Proyecto. IV.2 Lo que se ganó. IV.3. Otras normas de la Ley

I. Palabras Iniciales

La atmósfera en que surgió esta Ley importa. No siempre pasa así. Generalmente las leyes tienen un camino rutinario y, cuando llegan al Parlamento, tienen un acuerdo previo. No ha pasado así con esta Ley uruguaya, sobre la protección de la libertad sindical, que ha surgido de la fragua compleja entre la intención tuitiva del Gobierno, respondiendo, entre otras causas, a una aspiración del movimiento sindical y, por otro lado, la resistencia patronal dura y poderosa.

No puede extrañar, entonces, que signemos su concreción como ley en base a tres factores. Intención tuitiva del gobierno, lobby patronal duro y transaccionalidad definitiva.

II. El perfeccionamiento de la matriz tuitiva del Convenio OIT núm. 98.

El Uruguay, desde 1953, tenía una deuda con la libertad sindical, pues el Convenio Nro. 98 de OIT tuvo una azarosa vida jurídica para proteger realmente el activismo sindical. Fue de indiscutible utilidad durante la dictadura pues justificó denuncias ante los organismos internacionales y era un tótem jurídico difícil de desconocer en el plano teórico, aún cuando en la realidad se arrasaran las libertades. Pero se creaba una clara conciencia del atropello, ya que no se podía fundamentar el mismo en ninguna ley ni en otra norma jurídica, porque el Convenio Nro. 98 era la norma más protectora que debía ser aplicada. Valió la pena, ante el intento de la dictadura del Decreto 622 y de la reglamentación de la huelga por ley, que la reinstitucionalización del país, en 1985, anuló.

Pero esa vida azarosa se dio aún en las etapas de Estado de Derecho desde 1953, porque la jurisprudencia uruguaya –salvo honrosas excepciones– con distintos fundamentos, nunca concedió la reinstalación en la empresa del trabajador reprimido –sea por despido u otro acto de perjuicio – sindicalmente.

Podríamos decir, además, que un fallo de la Suprema Corte consolidó y reforzó esta interpretación del Convenio Nro. 98 (Sentencia 148 de 1988, AJL Caso 782) y fijó los fundamentos en virtud de los cuales no se protegía efectivamente con el reintegro al trabajador perseguido sindicalmente.

Los argumentos usados ante la violación de la libertad sindical, para aplicar un régimen de indemnización por equivalente, en lugar de la restitución en especie del contrato de trabajo, fueron de distinta naturaleza.

Partamos de cierta base indiscutible, en cuanto a que la verdadera protección de la libertad sindical se cumple cuando el trabajador recupera su puesto de trabajo y, con ello, la posibilidad de volver a continuar la actividad sindical donde la estaba cumpliendo antes del acto lesivo.

En primer término, se sostuvo que el Convenio Nro. 98 era de carácter programático y no autoejecutable por el giro usado que es “deberá gozar de adecuada protección...” y que aparecía como un programa o mandato a desarrollar por la legislación nacional.

La infracción sólo podría generar daños y perjuicios bajo la figura de despido abusivo.

No se aceptaba que la violación de ese principio de protección del Convenio implicara la sanción de nulidad para el acto lesivo de la libertad sindical. Esto a pesar del artículo 8 del Código Civil, que establecía que lo hecho contra una norma prohibitiva era nulo.

No se le acordaba al artículo del Convenio la calidad de norma prohibitiva como para acarrear su infracción la nulidad del acto.

Por último, aún los que admitían que el acto fuera nulo entendían que no autorizaba la reinstalación del trabajador, pues por el art. 10 de la Constitución y el respeto del artículo 32 de la misma -que garantiza el derecho de propiedad el patrono- sin ley expresa que estableciera la nulidad no estaba obligado el empleador a reinstalar al trabajador en el empleo.

Estos antecedentes dirigieron al legislador a instalar, como primera protección, la nulidad del acto de despido o de cualquier otro perjuicio para evitar el debate jurisprudencial sobre la existencia o no de la nulidad.

III. La protección contra los actos lesivos de la libertad sindical

El instituto de protección creado por la Ley 17.940 se estructura sobre dos bases:

La primera consiste en declarar, en forma expresa, la nulidad de los actos de discriminación, despido o cualquier otro acto de perjuicio, para salvar las objeciones que se hacía a la inexistencia de ese pronunciamiento expreso en el art. 1º del Convenio de OIT número 98.

Esta formulación teórica sería insuficiente si, además, no se regulara una protección procesal específica, atendida la mecánica procesal laboralista en el país, caracterizada especialmente por la extensa duración de los litigios en general de duración no inferior a varios años. Por ello se legisla para este caso un procedimiento especializado, desarrollado bajo dos categorías: El Proceso General y el llamado Proceso de Tutela Especial, ambos regulados por el artículo 2º de la Ley y en otro capítulo por normas comunes a los dos procedimientos contenidas en el artículo 3º.

III. 1. La declaración de nulidad

III.1.A. La Materialidad de los actos comprendidos en la protección

a) Actos de discriminación

La expresión del nomen juris aparece como limitativa en cuanto a la materialidad de los actos al establecer “Nulidad de los actos discriminatorios”.

Los actos discriminatorios incluidos son: en el inciso 1º, del artículo 1º “cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores, en relación con su empleo o con el acceso al mismo”.

Asimismo, excluyendo la legitimidad de las llamadas cláusulas sindicales (taller cerrado o taller abierto, por ejemplo), el inciso A del artículo 1º, inciso segundo, declara absolutamente nulas cualquier acción u omisión que tenga por objeto “sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o la de dejar de ser miembro de un sindicato”.

De este modo se consagra plenamente la libertad sindical negativa.

b) Despido o cualquier otro acto de perjuicio

En realidad el desarrollo del artículo amplifica con razón el nomen juris incluyendo, bajo la fórmula del Convenio Nro. 98, el despido o el acto de perjuicio de cualquier forma o naturaleza. Decimos que es razonable porque, aunque aparezca rebuscada la hipótesis, el despido antisindical de todos los trabajadores de una empresa violaría la libertad sindical sin que fuera discriminatorio, desde que el concepto de discriminación.

Su acepción común es “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”; y en el despido total no existe discriminación.

Vale decir que el elemento material de la infracción antisindical es, en el marco de la relación de trabajo, la comisión de actos discriminatorios o de despido del trabajador, o de perjuicio bajo cualquier otra forma, a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Es preciso tener en cuenta que la propia Ley –superando la insuficiencia del Convenio Nro. 98 al respecto - y recogiendo cierta práctica en las relaciones obrero-patronales así como el respaldo de una decisión del Ministerio de Trabajo, en su artículo 8º delimita el alcance de la actividad sindical dentro de la empresa. En tal sentido, y bajo el nombre de “Facilidades para el ejercicio de la actividad sindical”, establece la obligación de los empleadores de permitir que los representantes de los trabajadores que actúen en nombre de un sindicato “tendrán derecho a colocar avisos sindicales en los locales de la empresa”. Limita la norma el alcance de esa facilidad requiriendo que la dirección de la empresa y el sindicato acuerden el lugar o lugares de fijación, bajo el único límite al patrono en cuanto a que los trabajadores tengan fácil acceso.

Asimismo, la facilidad que debe otorgar el patrono comprende también que los representantes sindicales tendrán derecho a distribuir “boletines, folletos, publicaciones y otros documentos del sindicato entre los trabajadores de la empresa”.

Para esta facilidad la Ley establece dos condiciones: “que los avisos y documentos deberán relacionarse con las actividades sindicales normales y que la colocación y su distribución no deberán perjudicar el normal funcionamiento de la empresa ni el buen aspecto de los locales”.

Sin duda, si bien esta disposición defiende cierto ejercicio mínimo de la libertad sindical en la empresa, pone una limitación con la inclusión del término “sindicales normales”, pero, dada la promoción de la actividad sindical del artículo 57 de la Constitución, entendemos que las medidas de huelga están comprendidas dentro del término de normalidad. Asimismo el uso del concepto de normal funcionamiento de la empresa puede abrir riesgo de arbitrariedad patronal para juzgar esta facilidad del artículo 8º.

c. Protección de los actos que constituyen organizaciones sindicales

Sin duda, del hecho de que la protección de los actos discriminatorios y de los actos de perjuicio alcanzaba a quien se afiliaba a un sindicato existente o cumplía activismo sindical, hubiera determinado un vacío respecto de quienes trabajaran en la constitución de un sindicato porque no ejercitaban actividad de un sindicato existente, ni se afiliaban al mismo porque aún no existía.

La actividad sindical de quien promovía la constitución del sindicato hubiera quedado excluida. Por ello, está bien que el último inciso del artículo 1º de la Ley extienda en forma expresa las garantías examinadas para los otros casos, las actuaciones tendientes a la constitución de organizaciones sindicales, más allá de que en el concepto amplio de nuestro texto constitucional debería darse por comprendida esa hipótesis.

III.1.B. Efecto de la nulidad absoluta

La nulidad absoluta declarada trae aparejada la reinstalación del trabajador en el cargo que desempeñaba cuando había sido despedido, o la anulación, en su caso, de cualquier otro acto de perjuicio no resolutorio del contrato.

La reinstalación del trabajador reprimido con despido está regulada en forma expresa en el artículo 3º apartado A de la Ley. Este instituto fue incorporado en la actuación de la comisión Cuatripartita, que en otros aspectos eliminó garantías y beneficios que poseía el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados.

La disposición expresa: “...se dispondrá la efectiva reinstalación o reposición del trabajador despedido o discriminado ...”.

Las características de la reinstalación están positivamente establecidas. En primer término, el énfasis tuitivo de la reincorporación excluye toda relativización de la medida al calificar con el término “efectiva” la consagración en los hechos de la relación de trabajo material que debía asumir la reincorporación. Por ejemplo, no sería admisible el mero pago del salario y la permanencia a la orden del trabajador. Se requiere la materialidad del reintegro, que deberá ser al cargo en cuestión pero también con todas las características que tenía el mismo, sin degradación o alteración peyorativa de ninguna especie.

En segundo término, otorga al trabajador el derecho a percibir la totalidad de los jornales que le hubiera correspondido cobrar durante el período del proceso de reinstalación. De este modo se pone un freno económico a cualquier intento de demora o manipulación patronal para dar cumplimiento a la decisión judicial de reposición.

En tercer término, está de más aclarar que este instituto se aplica a los titulares de los dos procedimientos previstos por la Ley, tanto en el caso del Proceso General como en el de la Tutela Especial, desde que la norma de la reinstalación se incluyó en el artículo 3º, que se refiere a las normas comunes a ambos tipos de procesos: el de los sindicalistas en general y el de los dirigentes o representantes.

Consideramos que el problema planteado en el plano jurisprudencial argentino hace ya mucho tiempo acerca de la posibilidad de reinstalar mediante medida judicial coactiva por medio del Alguacil -caso de omisión o resistencia al cumplimiento de la sentencia- está legitimada por este artículo 3º inciso A de la nueva Ley. No tenemos dudas que cualquier violación de esa reinstalación impuesta significaría en la incursión de desacato u otra figura del Derecho Penal de caracter afin. Esto sin perjuicio de la aplicación de astreintes, aunque no es remedio adecuado ante la imperatividad de la reparación en natura. No puede omitirse señalar que cualquier demora ante la eventualidad de un conflicto colectivo en vista, por ejemplo, puede ser decisiva y la infracción constituiría una burla de la cosa juzgada obtenida.

Debe reconocerse que -sin perjuicio de la negativa supresión de ventajas y derechos que el texto definitivo de la Cuatripartita y, en definitiva, de la Ley- representó con relación al aprobado por la Cámara de Diputados, en razón de lo que ya se expresó esta inclusión del instituto de la reinstalación que no tenía el proyecto de Diputados, ha sido decisiva para que la nulidad declarada no fuera una inclusión meramente declarativa e inocua. Así lo habíamos alertado en varias instancias jurídicas y al propio Ministro de Trabajo en la Mesa Política del Frente Amplio.

III.2. El procedimiento

III.2.A. Caracteres generales

Un defecto notorio del sistema procesal laboral uruguayo –como también sucede en otros países americanos- es la lentitud de los juicios, que llegan a tener una duración de varios años. Ningún derecho sustantivo importante existe realmente si no se dispone de un medio o instrumento judicial rápido para hacerlo valer. Prácticamente lo que existe en nuestro país es denegación de justicia en el plano temporal. A ello se agrega, sin duda, la inexistencia de un proceso laboral especializado que se agrava por la rotación de los jueces que conspira contra la especialización.

Por todas estas razones la Ley, con acierto, ha intentado corregir en la medida de lo posible la protección procesal de la libertad sindical enunciada en el artículo primero y establecer un procedimiento propio para los litigios que se susciten.

Con cierto sentido pragmático, para no amplificar el debate de la Ley con controversias procesalistas sobre un procedimiento nuevo, trasladó el procedimiento de la Ley de Amparo 16.011 ya conocido y lo hizo escrupulosamente aludiendo al procedimiento y señalando, solamente, los artículos 4º a 10º. Decimos esto para aventar toda idea de aplicación de la regulación del amparo en aspectos de fondo, porque el legislador fue claro al nombrar los artículos y al utilizar la palabra “procedimiento”.

Nos importa señalar que, en consecuencia, las características procesales del procedimiento de amparo, en tanto cautelar, para nada se aplican al procedimiento de la Ley 17.940 tanto el General como el de Tutela Especial. Esto por varias razones. La primera es que nada en el

texto de los artículos 1° a 3° de la Ley 17.940, que regulan el procedimiento, permite hacerle decir otra cosa a la Ley ni acuerda carácter subsidiario o de emergencia al proceso establecido. Esto está bien porque armoniza con el artículo tercero inciso C, que incluye como un principio esencial del proceso que establece la Ley 17.940 el de celeridad. La Ley misma establece, a través de esa norma interpretativa que jerarquiza el principio de celeridad impide interpretaciones libres que bajo supuestos de otros principios no incluidos en la Ley intente, quebrar la celeridad esencial perseguida por el legislador.

Incrustar un juicio posterior sería una interpretación absolutamente ilegal y violatoria de uno de los principios procesales aportados por la misma Ley para la interpretación de sus normas. El legislador optó por la celeridad y no por otras formas de garantismo o seguridad porque en esta modalidad de juicio la celeridad es seguridad y la lentitud procesal, denegación de justicia ante una libertad clave del sistema de relaciones laborales.

Carecería de sentido armonioso con el objetivo que llevó a legislar.

Debe atenderse en forma especial que, en cuanto alude a los artículos 4° a 10° de la Ley 16.011, es terminante que se refiere solamente al procedimiento y los plazos y así lo aclara expresamente. La referencia del artículo 11° de la Ley de Amparo, en cuanto a los efectos de la cosa juzgada, no es norma de los plazos y trámites procesales que constituyen lo aplicable de la Ley de Amparo al juicio por discriminación o represión sindical.

Por otra parte, la expresión de “otros medios jurídicos de protección” (artículo 2° numeral 2) atendido el texto del artículo 57 sobre libertad sindical, que alude a la conciliación y arbitraje, debe entenderse referida a la incidencia de los medios complementarios que preceptúan los convenios internacionales sobre mediación, colegiación y arbitraje. Son los únicos compatibles con la celeridad y además con la definitividad ligada, obviamente, a la exclusión de nuevas enmiendas dilatorias o rectificadoras de la decisión judicial de acuerdo a esta Ley 17.940.

III.2.B. Principios y organización de los procedimientos de la Ley

1- La adopción de dos procedimientos fue una de las transacciones a que aludíamos que realizó el gobierno con el lobby patronal en la Cuatripartita. La patronal había venido atacando, frente al proyecto de Diputados, que el fuero protección de la libertad sindical sólo debía otorgarse a los dirigentes o representantes pero no a todos los sindicalistas en general. El proyecto aprobado por Diputados había establecido el único procedimiento de los artículos 4° a 10° de la Ley 16.011 para todos los conflictos que implicara la aplicación de la Ley 17.940 para todos los sindicalistas. La transacción fue este doble procedimiento que no tiene razonable explicación, porque una ley que lucha contra la discriminación no podía contener en ella misma una discriminación en cuanto a la vía rápida para unos sindicalistas y el proceso denominado extraordinario (más breve que el ordinario pero igualmente largo) para los demás sindicalistas no incluidos en las categorías del artículo 2° numeral 2.

Es cierto que se podría sostener que los dirigentes y representantes, por actuar en el frente de lucha y en zona de peligro, tenían más posibilidad de riesgo represivo y la tutela debería ser más intensa. Argumento en parte válido pero relativo, porque con frecuencia sindicalistas que no tienen ejercicio de cargos, muchas veces integrantes de minorías, tienen un rol de lucha similar o más duro que los dirigentes o representantes. Pero, por otra parte, el rol del gobierno -si se ajusta a la promoción ordenada por el artículo 57- no debe incluir procedimientos

discriminatorios que objetivamente pueden provocar divisiones o conflictos en el ámbito interno del movimiento sindical negativos para la necesaria de unidad de la clase trabajadora.

III.2.C. Procedimiento de tutela especial

a) Sindicalistas comprendidos

El acápite del numeral 2 del artículo 2º de la Ley incluye la protección del proceso de Tutela Especial para las siguientes categorías.

En primer término, para los miembros de los órganos de dirección de una organización sindical de cualquier nivel. Correctamente el texto legal otorga la protección a titulares y suplentes.

El acápite reitera el error de hablar de actos discriminatorios cuando comprende a todos los actos represivos o discriminatorios, cuando analiza las situaciones en el artículo primero. En segundo término, incluye a los delegados o representantes de los trabajadores, u órganos bipartitos o tripartitos. Debió, a nuestro juicio, hablar de colegiados pues la actuación, por ejemplo, en la propia Cuatripartita no hubiera estado bajo protección.

En tercer término, los representantes en la negociación colectiva.

En cuarto término, los que hubieren “realizado actividades conducentes a constituir un sindicato o la sección de un sindicato ya existente hasta un año después de la constitución de la organización sindical”. La temporalidad es correcta en este caso. Porque la protección se debe a una circunstancia determinada en el tiempo. Además, el fundador, si sigue dirigente o si sigue siendo sindicalista, estará protegido por los dos procedimientos de la ley.

En quinto término, a los trabajadores a los que se le conceda tutela especial mediante negociación colectiva. Esta puede ser una vía que desequilibre una protección regulada objetivamente por la Ley, concediendo la tutela especial a determinadas personas a través del convenio colectivo. No parece positivo delegar a los eventuales dirigentes la selección de personas, sin perjuicio de que en esto habrá veto patronal también eventual. Si ya no es buena la discriminación de la protección tampoco lo es flexibilizar, bajo decisión sindical, el otorgamiento de la Tutela Especial cuando el texto de la Ley comprende una amplia nómina. De todas maneras, no se puede descartar que alguien que fuera sólo sindicalista y no estuviera comprendido en los incisos A a E y tuviera por algún cometido especial alguna situación especial de discriminación o represión. Tal vez hubiera sido bueno que las excepciones personales por convenio se admitieran pero habilitadas con algún criterio objetivo en la propia Ley y no como cheque en blanco. Existe la situación de los delegados de base que no estarían comprendidos en el inciso B porque no se menciona la Empresa pero que, lógicamente, deben considerarse incluidos como órganos o dirigentes con sede en la empresa.

Si se analiza el proyecto aprobado por Diputados, se verá que el artículo 2º del entonces proyecto de ley, decía que la legitimación activa “también comprende a las organizaciones representativas de trabajadores”. Este texto habilitaba a que el sindicato, sin la participación del trabajador, pudiera accionar. Y eso es lo que se corrigió, y no imponer al trabajador el sindicato como colitigante necesario.

También ha promovido algún análisis el inciso D del artículo 3º, que establece: “serán competentes los tribunales que en su respectiva jurisdicción entiendan en materia laboral”.

Vale señalar que en Uruguay los conflictos colectivos de trabajo no se discuten en Sede Judicial, sino que se resuelven por los medios de autocomposición, de conciliación, mediación o arbitraje. Se ha entendido que esta referencia a la jurisdicción en materia laboral en esta Ley Sindical pudiera significar acordar a la Sede Judicial competencia para resolver los conflictos colectivos de trabajo. Por nuestra parte consideramos que los sujetos protegidos por la Ley en los artículos 1º y 2º son sujetos individuales y no sujetos colectivos. Más allá del hecho de que un conflicto individual pueda ser asumido por una organización sindical en base al interés colectivo, lo cierto es que en esta Ley el interés protegido es el ejercicio individual o plural, pero de interés concreto y no de interés de categoría.

Si un caso individual, de los previstos por la Ley, es asumido por un sindicato, el conflicto será colectivo por esa asunción, pero permanecerá en el debate individual, sujeto a la justicia laboral. De existir, por voluntad de una organización por categoría, ese conflicto se regulará como todos los conflictos colectivos, de acuerdo al artículo 57 de la Constitución y a la ley que fijó la competencia judicial solamente para los conflictos individuales de trabajo.

La atmósfera sindical que envuelve a estos conflictos individuales de la Ley 17.940 no cambia el aspecto procesal, en cuanto a que la naturaleza del litigio colectivo o individual depende del sujeto que ejercita la pretensión.

b) La organización del procedimiento en el caso de tutela especial

- Se realiza mediante la remisión a los artículos 4º a 10º de la Ley Nro. 16.011 que regula las acciones de amparo.
- Aunque ya se aludió ampliamente sobre el tema ut supra, vale la pena reiterar que la remisión no es a la Ley 16.011 sino a artículos determinados de dicha Ley aclarando además el texto que se remite sólo a los plazos y al procedimiento de la citada Ley.
- Ratificamos, entonces, que en consecuencia para nada se aplican las demás normas de la Ley. La naturaleza cautelar y la posible revisión por un juicio ordinario no corresponde en este caso, porque la naturaleza de la acción de amparo no es la de esta ley de protección de la libertad sindical. Por algo la remisión no incluyó el artículo 111º de la Ley 16.011, que es el que acuerda carácter cautelar y provisional a la hipótesis de amparo. Sólo se ha tratado de lograr la celeridad por un procedimiento ya existente, vale decir que de algún modo no abriera críticas ni dudas por estar de algún modo ya consensuado.
- El carácter fundamental de las normas del 4º al 10º de la Ley 16.011 es la celeridad. Ésta se percibe en los siguientes aspectos, entre otros. En primer término, la convocatoria de la audiencia pública inicial con un plazo de tres días que se ha venido cumpliendo en la jurisprudencia de la acción de amparo. La concentración procesal en la audiencia es total, porque no sólo se diligencia toda la prueba sino que también debe dictarse la sentencia y la prórroga excepcional sólo puede ser de tres días. El Juez tiene amplios poderes de dirección y policía y de dictado de diligencias para mejor proveer y debe presidir la audiencia so pena de nulidad.
- El artículo 7º incorpora una facultad excepcional del Juez, similar a la prevista para el proceso general de los sindicalistas que no son ni dirigentes ni representantes - que se verá

infra- y que está prevista en el artículo 2º, numeral 1 de la Ley 17.940. Consiste en la posibilidad de que el Juez, en cualquier momento, decrete la protección en forma provisional con las medidas que considerare necesario establecer. La celeridad es notoria al establecer los términos de apelación y traslado en tres días y la resolución del Tribunal en cuatro, y el carácter no suspensivo del recurso de apelación. Los artículos 4º y 10º de la Ley 16.011 establecen facilidades especiales de accionamiento de acuerdo al viejo 158 del C.P.C. hoy 41 del C.G.P. así como de demanda cuando no se conoce al responsable, lo que es infrecuente en el juicio laboral pero no imposible.

c) La inversión de la carga de prueba

La norma de la Ley 17.940 del inciso final del artículo 2º, numeral 2, instaura la inversión de la carga de la prueba. Es sabida la dificultad en la relación de trabajo subordinado que tiene el trabajador para la prueba del despido frente al temor de los compañeros trabajadores, dado el riesgo del despido, en esta época de crisis y ante la imposibilidad de lograr otros elementos de prueba.

La medida de incorporar la inversión de la carga de la prueba fue una acertada opción al elaborar la Ley. Pero decimos “ fue” porque, si bien se incorporó formalmente la norma del inciso final del art. 2º numeral 2, se desnaturalizó totalmente el texto y contenido jurídico que se había incluido en el proyecto ya referido aprobado por la Cámara de Diputados. En efecto, el proyecto de Diputados se había regulado así: “Cuando se alegue por parte del trabajador que el despido o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tienen un carácter discriminatorio, incumbirá al empleador la carga de probar la existencia de una causa justificada”.(penúltimo inciso del artículo 3º del proyecto aprobado).

Este fue otro caso en que el lobby empresarial, que había luchado denodadamente durante el proceso de aprobación de la Ley contra la inversión de la carga de la prueba, si bien no logró la eliminación obtuvo un texto que debilita totalmente el alcance de la protección. Ello se percibe primero en que, con habilidad se agrega lo que no estaba en el proyecto, que es la referencia a la fundamentación que debía realizar el trabajador, que si bien es lógica disminuye de algún modo la nitidez de la inversión probatoria que poseía en el proyecto.

Pero, además, el texto de la 17.940 de manera absolutamente clara transforma la obligación de la carga de la prueba del texto del proyecto, al desarrollar y amplificar, en forma cómoda para el patrono, para excepcionarse en causa justificada. Para ello en lugar del texto originario que decía: “Causa justificada” impone al Juez la interpretación en una fórmula sustitutiva que dice: “probar la existencia de una causa razonable relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”.

Se entrega al empleador la excusa, difícil de enfrentar por el trabajador, de cambiar justificación por razonabilidad, especialmente en base a las necesidades de la empresa o en el juicio sobre la capacidad del trabajador o a otra “de entidad” plena de subjetividad.

Ya vemos que, entre otras, las razones de mejor servicio incontrolables, y no fáciles de refutar por su falta de objetividad sujetas a la razonabilidad de su apreciación, podrán embotar totalmente la eficacia de la inversión de la carga-

Y, por último, no es casualidad que se cambie la ritualidad de la expresión “carga de la prueba” o “carga probatoria” que tiene una acepción técnica clara por una más vaga como tendrá la “obligación” o “corresponderá probar”, que excluye toda mención de la inversión, siendo que además obligación y carga no son lo mismo desde el punto de vista procesal. La sutileza no oculta la manipulación y el retroceso sobre el texto originario.

III.2.D. Proceso general

En realidad el alcance subjetivo llamado por la Ley “proceso general”, dentro del esquema dualista por exclusión comprende a todos los sindicalistas que no estén comprendidos en los enumerados como titulares del procedimiento especial por el artículo 2º, numeral 2 literales A a E.

Para este proceso general se aplicarán los artículos 346 y 347 del C.G.P. que desarrollan al llamado proceso extraordinario. Ya hemos dicho que resulta inadmisibles este distinto trato para la reclamación procesal en una ley que, a través de sus propios términos, aparece sancionando la discriminación. La protección no puede depender en su intensidad del cargo sindical de quien sufre el agravio, sino del hecho en sí mismo de ser sujeto pasivo del acto discriminatorio o represivo. La también mayor exposición al riesgo no puede justificar para establecer procedimientos distintos que suponen una deliberada demora para unos respecto de los otros.

Más aún, entendemos que esta desigualdad justificaría la eventual inconstitucionalidad del artículo, por violación del artículo 8 de la Constitución que garantiza la igualdad.

Además de la diferencia en el procedimiento que el proceso general tiene con el de tutelas especial, existe otra diferencia que es la omisión en el proceso general de la inversión de la carga probatoria que tiene el proceso de tutela especial, más allá de las objeciones que le hemos formulado.

Sin dudas, así como la desnaturalización de la inversión de la carga de la prueba del proceso de tutela especial fue obra del lobby patronal, también en este caso la omisión de ese instituto procesal -no ya debilitado sino en forma absoluta- fue obra también de la presión patronal, que ha objetado duramente la generalización de la inversión de la carga de la prueba a todos los sindicalistas.

A diferencia también del procedimiento de tutela especial, y a favor del proceso general, se incluye en el párrafo segundo del artículo 2º numeral 1, una facultad excepcional del Juez, para disponer el cese inmediato de los actos discriminatorios o represivos si el Tribunal considera que los actos son notorios en cuanto a la lesión de la libertad sindical.

Debe tenerse en cuenta que, en este caso, no se le acuerda alcance provisional a la medida, por lo que debería entenderse que la notoriedad, calificada así por el Tribunal, le faculta para la decisión definitiva del proceso.

En el marco de la orientación dualista asumida, resulta raro que esta facultad extraordinaria se otorgue en el caso de menor tutela y no en la hipótesis de la Tutela Especial. Es difícil entender que es igualmente aplicable la facultad extraordinaria en el proceso de Tutela Especial, desde que dicha facultad se ubica en el numeral regulador del proceso general que, inclusive, tiene el nomen juris justamente de Proceso General.

Lo que sí debe tenerse en cuenta a este respecto es que el artículo 7° de la Ley 16.011, aplicable por remisión a la Tutela Especial, algo similar al cese inmediato previsto para el proceso general, pero en este caso las medidas que correspondieren son de carácter meramente provisional, en lugar de definitivo –como sucede con el cese inmediato del proceso general.

III.3. Las disposiciones comunes a ambos procedimientos

1- Debemos mencionar en primer término, como disposición común a ambos procedimientos y de carácter esencial, que una vez constatada la infracción a la libertad sindical, se dispondrá la reinstalación o reposición del trabajador despedido o discriminado. A este instituto ya nos hemos referido ut supra, por lo que solamente destacamos que expresamente se aplica también en el proceso general porque sin ello, se perdería toda garantía y protección de la libertad sindical.

2- Se realiza la enunciación de los principios del proceso comprendiendo a ambos procedimientos, claro está, en el inciso b del artículo 4° incluyendo los fundamentales y entre ellos la celeridad, que ha buscado esta Ley mediante la adopción procesal adoptada. Como formulación programática cabe esperar que, con la mayor celeridad, esos principios se mantengan en unos casos y en otros se incorporen fácticamente en forma plena, especialmente en cuanto a la gratuidad en forma completa, y la efectividad de la tutela.

Pero debemos tener claro que, sin una incorporación de agentes de la justicia, Jueces, actuarios y funcionales, debidamente remunerados y en número suficiente, así como con los recursos de infraestructura imprescindibles, no se podrán encarnar en la realidad, eficazmente, esos principios promovidos por la norma. En materia de gratuidad, por ejemplo, habría que tener en cuenta, en el inciso G del artículo 3°, otros gastos administrativos como inscripciones de embargo, peticiones de certificados, pago de peritajes y otros tributos exigidos por algunos tribunales.

3- Respecto del resarcimiento del daño, por el inciso E del artículo 3°, se ratifican las facultades de modificación de la pretensión que el Tribunal ya tiene reconocidas para los juicios laborales, respectivamente por los incisos 3 y 5 del artículo 350 del C.G.P.

La práctica de esos artículos, especialmente el rol inquisitivo, virtualmente no se ha cumplido en la actividad jurisdiccional, por lo que esperamos que la reinstalación, para este tipo de litigios, de las facultades inquisitivas, excite una facultad distinta de la jurisprudencia, para la efectiva aplicación de la norma.

4- Los restantes incisos B y D del artículo 3° de la Ley 17.940, sobre disposiciones comunes, han generado algunas dudas en su alcance.

Se establece textualmente en el artículo 2° inciso segundo, lo siguiente,: “la legitimación activa referida en los artículos 1° y 4° de dicha Ley también comprende las organizaciones representativas de trabajadores”.

Claramente la expresión “también comprende a las organizaciones representativas de trabajadores” puede implicar el accionamiento por separado, aunque no es lo adecuado, porque el interés comprometido, si bien tiene que ver con el buen cumplimiento de la normativa sindical –lo que puede ser interés legítimo de la organización sindical- está prevista

por la norma esta legitimación en el marco en que la legitimación procesal es la del sindicalista reprimido o discriminado.

Es más lógico pensar que, en lugar de una acción autónoma, aquí se estaba refiriendo el proyecto a un litis consorcio facultativo, conforme a artículo 45, que la norma no obliga pero sí faculta. La expresión “también” no está indicando la necesidad. Por lo tanto, la Ley estaría permitiendo, por el artículo 45 del C.G.P., una hipótesis autónoma en que la norma legal está habilitando la existencia de una conexión de pretensiones.

Lo que en el proyecto aprobado por Diputados claramente no está establecido, a nuestro juicio, es el consorcio necesario del artículo 46 del C.G.P. No se puede sostener que no pudiera pronunciarse sentencia sin que actuara, imprescindiblemente, la organización sindical. Pero esta norma del proyecto, que habilitaba o para la acción autónoma o para el litis consorcio facultativo, fue modificada en el inciso B del artículo 3° de la Ley que examinamos, donde se expresa: “...la legitimación activa corresponderá al trabajador, actuando conjuntamente con su organización sindical”.

En realidad, en la discusión de la Comisión Cuatripartita sobre este punto, lo que estaba en juego era la objeción patronal, en tanto resistía la facultad del sindicato por sí solo para el accionamiento. Sin duda, bajo la argumentación de una eventual futura litigiosidad profusa y que se diera sin la presencia del trabajador.

De algún modo, las actas de la Cuatripartita pueden demostrar que no existía la voluntad de establecer un litis consorcio necesario, sino autorizar la legitimación activa conjunta pero voluntaria.

El texto legal del referido inciso B no transmitió expresamente esa idea, en tanto usa los términos “corresponderá” y “actuando conjuntamente”, sin duda legitimando la discusión sobre la norma.

Sin embargo, interpretar que se trata de un consorcio necesario conmueve aspectos fundamentales de orden procesal y aún laboral.

PRIMERO: Significaría afectar la autonomía individual del sindicalista, imponiéndole el consentimiento para el accionamiento de parte del sindicato.

Sabido es que el sindicalismo no siempre funciona como debe ser y el funcionamiento de las minorías y las disidencias no pueden incorporarse a las vicisitudes del sindicalista reprimido a quien podría no accederse a actuar en forma conjunta por razones ajenas al tema, o aún con respecto al tema, por discrepancias jurídicas del sindicato.

Esta supervisión forzada viola la libertad y el derecho del trabajador respecto de sus acciones en el plano jurídico.

De ninguna manera el sindicalista reprimido tiene que pedir autorización y consentimiento al sindicato para iniciar su juicio y tener el dominio de las acciones en el mismo.

Entender el litis consorcio necesario viola el principio del artículo 12° del debido proceso, que está concedido al sujeto de Derecho, que es el trabajador afectado y que si bien puede existir,

frente al acto discriminatorio o de represión, un interés general del sindicato, es distinto de la pretensión del sindicalista que solicita su reintegro.

Por lo tanto, la norma, si se entiende así, sería inconstitucional.

Desde otro punto de vista, ante el sindicato –en calidad de consorcista- se plantea el problema del derecho de la libertad negativa del trabajador, reconocido especialmente por la Ley 17.940, y que lo obligaría a afiliarse al sindicato, para pertenecer al mismo, en tanto el sindicato entendiera que debe actuar conjuntamente con un asociado al mismo. Esto lesionaría la libertad negativa si, para conseguir la acción sindical conjunta, tuviera el trabajador que afiliarse. Y si se mira desde el punto de vista del sindicato, más allá de que represente a la categoría, sería discutible que se le impusiera –violando esa autonomía colectiva- el litis consorcio necesario para cualquiera que se lo solicitare.

Lo que ha querido, sin duda, el legislador es no admitir que el sindicato pueda actuar sin que cuente con el respaldo del trabajador, como colitigante, porque esa era la exigencia patronal. Pero violaría muchos principios el admitir que el trabajador, para reclamar su derecho a la restitución, deba contar con la autorización del sindicato. Además bastaría pensar en el pluralismo sindical, que es el principio que nos rige, no se ve de qué modo podría establecerse quién es el colitigante sindical.

Si un sindicalista agraviado reclama a un sindicato como colitigante, ¿qué sucede si el sindicato se niega a hacerlo?

Por todo lo expuesto consideramos que la figura referida es la del litis consorcio facultativo.

SEGUNDO: También ha promovido algún análisis el inciso D del artículo 3º que establece:

“Serán competentes los tribunales que, en su respectiva jurisdicción, entiendan en materia laboral”.

En Uruguay, los conflictos colectivos de trabajo no se discuten en Sede Judicial, sino que se resuelven por los medios de autocomposición, de conciliación, mediación o arbitraje. Se ha planteado si esta referencia a la jurisdicción en materia laboral en esta Ley Sindical pudiera significar acordar a la Sede Judicial competencia para resolver los conflictos colectivos de trabajo. Por nuestra parte consideramos que los sujetos protegidos por la Ley en los artículos 1º y 2º, son sujetos individuales (unipersonal o plural) y no sujetos colectivos. Más allá del hecho de que un conflicto individual pueda ser asumido por una organización sindical en base al interés colectivo, lo cierto es que en esta Ley el interés protegido es el ejercicio individual o plural, pero de interés concreto y no de interés de categoría.

Es cierto que si un caso individual, de los previstos por la Ley, es asumido por un sindicato, el conflicto se transformará en colectivo por esa asunción y se debatirá en la jurisdicción residual, prevista por la Ley Orgánica de la Judicatura. Esto si fracasan los medios colectivos de solución en el caso de estos conflictos. Pero siempre permanecerá en el debate individual el reclamo de reintegración sujeto a la justicia laboral. Vale decir que entendemos que el conflicto colectivo no está previsto en el texto de la Ley por el interés que tenga la organización en el respeto del orden jurídico sindical. Si lo asume una organización de categoría, ese conflicto se regulará como todos los conflictos colectivos, de acuerdo al artículo

57 de la Constitución y a la ley que fijó la competencia judicial solamente para los conflictos individuales de trabajo.

La atmósfera sindical que envuelve a estos conflictos individuales de la Ley 17.940, no cambia el aspecto procesal, en cuanto a que la naturaleza del litigio, colectivo o individual, depende del sujeto que ejercita la pretensión y de la naturaleza de su interés.

IV. Lo que se perdió y lo que se ganó del Proyecto de Diputados a la Ley 17940.

IV.1 Lo que se perdió. Cambios negativos del Proyecto

1- Eliminación del Registro de Infractores

Se eliminó el registro de infractores y su incidencia en la contratación con el Estado (artículo 5° del texto aprobado por Diputados).

Esta medida, que era de importante efecto preventivo, sufrió el rechazo patronal.

2- Eliminación de la retroactividad al 01 de marzo de 2005

Se perdió esta importante protección que trataba de corregir la ola de despidos realizados por los empleadores, desde el momento en que empezó a discutirse la Ley, a fin de evitar que fueran alcanzados por la misma.

3- El dualismo de procedimiento

En el proyecto de Diputados existía una sola categoría de sindicalistas, dirigentes y representantes o no, regidos por un mismo procedimiento.

Al influjo, también patronal, que no aceptaba la vía rápida para los sindicalistas no dirigentes, se operó una discriminación inadmisibles con procedimientos de naturaleza distinta en su duración y con la aplicación solamente a un grupo de la inversión de la carga de la prueba.

4- Modificación de la inversión de la carga de la prueba

Como se ha explicado en el texto precedente de este artículo, la inversión de la carga de la prueba, que estaba correctamente establecida en el proyecto de Diputados, fue desvirtuada y flexibilizada en el texto del inciso final del artículo 2°, numeral 2.

IV.2 Lo que se ganó

a- No se puede dejar de reconocer que la Ley 17.940 tuvo la incorporación de un texto decisivo que, al no existir en el proyecto de Diputados, implicaba un grave defecto y una grave inocuidad para la protección de la libertad sindical porque, como se explicó ut supra, la declaración de nulidad absoluta, de acuerdo a la jurisprudencia uruguaya, no protegía para la reinstalación del sindicalista reprimido.

b- La licencia sindical que se reglamentará por los Consejos de Salarios y que no figuraba en el proyecto aprobado.

IV.3. Otras normas de la Ley

Estaban en el proyecto de Diputados y están en la Ley, la retención de la cuota sindical, con indicación, también, de la prioridad -excepto frente a las retenciones por alquileres-. Se incluyó, en ambos textos en forma igual, las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical dentro de la empresa, que hemos comentado en un capítulo anterior.

Por último, se cometió en el artículo 9 al Ministerio de Trabajo, la instrumentación de mecanismos tripartitos para el seguimiento de la aplicación de la Ley. Asimismo, se estableció que el producido de la multa por infracción a las disposiciones de la Ley, aplicadas por la Dirección General del Trabajo, se aplicarían a la erradicación del trabajo infantil y a la formación profesional.

© Helios Sarthou, 2006

© IUSLabor 2/2006

ISSN: 1699-2938