

El Centenario de la OIT y la legislación laboral uruguaya



MTSS

Ministerio
de Trabajo y
Seguridad
Social

El Centenario de la OIT y la legislación laboral uruguaya

Autores:

Prof. Juan Raso Delgue

Prof. Jorge Rosenbaum Rimolo

Prólogo: Ernesto Murro

Introducción: Fabio Bertranou

PRÓLOGO

El Centenario de la Organización Internacional del Trabajo ha sido motivo oportuno para celebrar la existencia y la obra que ha desplegado el organismo en el curso de los años, desde su creación en el Tratado de Versalles, que puso fin a la lejana Primera Guerra Mundial hasta el presente, en que viene tratando de encarar los problemas más relevantes bajo la óptica del trabajo decente en temas tan actuales como la protección social, la sustentabilidad, las migraciones laborales, el impacto de la tecnología en el trabajo, la no discriminación, la cuestión ecológica, las cadenas de suministro, el trabajo atípico, etc. Este proceso muchas veces ha sido impulsado solamente por los sectores progresistas del mundo.

Signada por fines y objetivos muy claramente delineados, tanto en el preámbulo de su Constitución (1919) como en la Declaración de Filadelfia (1944) —cuando refiere a que el trabajo no debe ser considerado una mercancía y que la paz permanente solo puede basarse en la justicia social—, la OIT al cabo de un siglo ha adoptado 190 convenios y 206 recomendaciones elaborados tripartitamente, desarrollando una encomiable labor de control que ha orientado las políticas laborales en muchos países del mundo.

En ocasión de la conferencia de 2019, adoptó nuevas decisiones, en tanto sumó un convenio y una recomendación sobre acoso y violencia en el trabajo al conjunto de Normas Internacionales del Trabajo. Uruguay estará entre los primeros países del mundo en ratificarlo si se culmina el proceso parlamentario cuya iniciativa tuvo el Poder Ejecutivo, de manera similar a lo ocurrido con el Convenio N.º 189 sobre las/os Trabajadoras/es Domésticas/os (2011).

A este convenio sobre acoso y violencia en el trabajo se le adicionó un nuevo instrumento, la Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo, que se integra a otros documentos importantes como son la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998), y la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa (2008), así como las conclusiones y resoluciones sobre Seguridad Social: Un nuevo Consenso (2001).

El inicio y la evolución de las normas internacionales de la OIT es contemporáneo con el progreso que ha tenido la legislación laboral y social en Uruguay, cuestión sobre la que dan cuenta los estudios que se incluyen en este volumen.

La temprana aparición de las primeras normas laborales y previsionales en nuestro país presentan una secuencia muy dinámica, puesto que se inician a fines del siglo XIX con los primeros regímenes de seguridad social y desatan un proceso a partir de julio de 1914 con una ley sobre prevención de accidentes de trabajo, y siguen en noviembre de 1915 con la regulación de la jornada máxima de trabajo (8 horas) y la creación de la Inspección de Trabajo; en febrero de 1919 prevén las pensiones a la vejez; en noviembre de 1920 reconocen el descanso semanal para el servicio doméstico y en diciembre a todos los gremios, etc., cerrando este período germinal con la Constitución de 1934 que introdujo el derecho al trabajo, la huelga y los sindicatos como derechos básicos de las personas que trabajan.

A partir de 1968, la crisis, el autoritarismo político que devino en dictadura, y, posteriormente, los gobiernos que aplicaron políticas neoliberales detuvieron y en parte retrasaron este proceso de reformismo social avanzado, que recién en 2005 pudo retomarse, ampliarse y profundizarse.

En esta etapa, destacan las políticas de fomento de la negociación colectiva en el sector público y privado (convocatoria a los Consejos de Salarios y ley de apoyo en 2009); la protección y promoción de la actividad sindical (2006), que tuvo un rápido impacto en la triplicación de la sindicación; la regulación de las tercerizaciones, que superó la desregulación preexistente; la limitación de la jornada y reglamentación del trabajo en el sector doméstico y rural (8 horas de jornada y otros derechos); la creación de un proceso autónomo en materia de conflictos individuales de trabajo, etc. El producto de ese proceso de trabajo decente se trasuntó también en un crecimiento del poder adquisitivo de salarios y pensiones en un 55 %.

Por eso resulta de gran interés el tratamiento en paralelo de la normativa de la OIT y la legislación nacional, puesto que permite constatar que mediante el impulso de protección laboral y social, iniciada a principios del siglo XX y retomada y desarrollada a principios del siglo XXI, nuestro país se constituyó en una especie de paradigma de la búsqueda de la igualdad, los derechos y la libertad. Un patrimonio de todos los uruguayos que debemos salvaguardar en todo caso.

Las políticas laborales han sido sostenidas por decisiones políticas coherentes e inclusivas, según se ha hecho con particular énfasis en los últimos 15 años, colocando al país en los primeros lugares de la región en crecimiento económico, distribución de la riqueza, formalización, protección social y laboral.

En ese camino deberíamos seguir, mejorando, corrigiendo errores, aprendiendo, siempre colectivamente, con diálogo y participación social en la elaboración y gestión de políticas públicas para la justicia social, la democracia y la paz.

Ernesto Murro

Ministro de Trabajo y Seguridad Social

República Oriental del Uruguay

INTRODUCCIÓN

Los cien años de historia, que comprende el período desde la creación de la OIT en el marco del Tratado de Versalles en 1919 hasta la Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo en 2019, han sido escenario de importantes transformaciones y progresos para la humanidad en materia civilizatoria. Sin lugar a dudas, el progreso a partir del diálogo social tripartito que surge de la conformación misma de la OIT para que gobiernos, organizaciones de empleadores y organizaciones de trabajadores acuerden un marco normativo internacional del trabajo es probablemente la institucionalidad en el multilateralismo que ha tenido más transcendencia por su contribución a la construcción de un conjunto de principios, derechos fundamentales en el trabajo, junto a otras normas para abordar las complejidades de las relaciones y las instituciones laborales.

Uruguay ha sido sin lugar a dudas un protagonista gravitante en la historia de la OIT, tanto como miembro fundador como también por el compromiso de sus gobiernos y actores sociales para llegar a ser uno de los países en el mundo con mayor ratificación de convenios internacionales del trabajo. En América Latina, Uruguay ha liderado este proceso, lo que le ha permitido, junto con otros compromisos en la construcción de políticas públicas, llegar a ser el país con mejores indicadores de trabajo decente y con mayor cohesión social.

Los progresos en materia laboral de Uruguay se inician incluso antes de la creación misma de la OIT, mostrando también que fue un país precursor de principios y normas que luego fueron adoptadas multilateralmente. Un ejemplo elocuente de ello fue la ley de 1915 que reguló la jornada máxima de trabajo diario de 8 horas y la creación de la Inspección de Trabajo.

Este libro realiza un recorrido de la historia de la legislación uruguaya en materia laboral en paralelo con el desarrollo normativo de la OIT. La documentación de este proceso, realizada magistralmente por los profesores Juan Raso Delgue y Jorge Rosenbaum Rimolo de la Universidad de la República, con la colaboración del Prof. Alejandro Castello en el capítulo sobre discriminación, muestra que el camino recorrido en estos últimos cien años no es el resultado de una casualidad histórica, sino el trabajo perseverante de los actores tripartitos quienes entendieron muy tempranamente que las normas del trabajo junto al fortalecimiento de las instituciones laborales son claves para el desarrollo integral y equilibrado de una sociedad.

El gobierno uruguayo, a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, junto a los representantes de organizaciones de empleadores y trabajadores, han renovado en 2019 su fuerte e histórico compromiso con la Organización como con su renovado mandato, que ha resultado plasmado en la reciente Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo. Esta Declaración surge en un momento en que el mundo del trabajo se está transformando considerablemente impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, así como en un momento de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y en el futuro del trabajo.

La Declaración también hace un fuerte llamado para que urgentemente sean aprovechadas las oportunidades y se afronten los retos a fin de construir un futuro del trabajo centrado en las personas, que sea justo, inclusivo y seguro, con empleo pleno, productivo y libremente elegido

y trabajo decente para todos. El recorrido histórico que realiza este libro, junto al compromiso asumido con la Declaración del Centenario por parte de los actores tripartitos uruguayos, son una clara muestra de cómo puede proyectarse el futuro del trabajo en Uruguay, que sin lugar a dudas continuará estando ligado al ideario de sociedad con trabajo decente y justicia social.

Fabio Bertranou

Director de la Oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina.

Contenido

CAPÍTULO I: SALARIOS MÍNIMOS - URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS	
INTERNACIONALES DE LA OIT N.º 26, 99 Y 131 *	9
1. Introducción.....	11
2. Insuficiencia del salario y necesidad de fijar tasas mínimas.....	12
3. Convenios Internacionales de OIT y la legislación de Uruguay	12
4. La evolución inmediata a la reinstitucionalización democrática en el país.	26
5. Rondas sucesivas de negociación en los Consejos de Salarios	32
6. Las reformas de fondo: creación de un sistema de negociación colectiva y la fijación de los salarios mínimos.....	34
7. El logro de una armonía adecuada entre las normas internacionales y el ordenamiento interno para la fijación de salarios mínimos.....	37
CAPÍTULO II. TIEMPO DE TRABAJO - URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS	
CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT N.º 1 Y 30 *	41
1. Introducción.....	43
2. La OIT y el tiempo de trabajo.....	44
3. El proceso de aprobación de la Ley N.º 5.350 y de ratificación de los Convenios Internacionales del Trabajo 1 y 30.....	45
4. El Decreto de 27.10.1957: la retroalimentación entre la Ley y los Convenios Internacionales.....	47
5. Cuestionamiento del Tiempo de Trabajo como Derecho Fundamental Laboral.....	49
6. Los Desafíos y Perspectivas sobre el tiempo de trabajo	53
7. Conclusiones	57
CAPÍTULO III. LIBERTAD SINDICAL - URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS	
CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT N.º 87 y 98*	59
1. Introducción.....	61
2. La libertad sindical en la Constitución uruguaya	62
3. El rol de la OIT y del derecho internacional del trabajo.....	63
4. Las reglas de los CIT Nos. 87 y 98 en materia de libertad sindical.....	66
5. La aplicación de los CIT Nos. 87 y 98 en el derecho nacional	69
6. Los Convenios 87 y 98 y la ley nacional	70
7. Conclusiones	79
CAPÍTULO IV. NEGOCIACIÓN COLECTIVA - URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS	
CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT N.º 98, 151 Y 154 *	81
1. Introducción.....	83
2. La regulación en el ordenamiento nacional y la importancia de los principios y reglas que disponen las normas internacionales.....	84
3. El papel de la negociación colectiva	86
4. Los modelos de negociación colectiva y sus prototipos	87
5. Recorrido previo a la reforma.	89
6. La normación de un sistema de negociación colectiva.....	91
7. Recapitulando nuestra valoración	105
CAPÍTULO V. NO DISCRIMINACIÓN - URUGUAY Y LA APLICACIÓN DEL CONVENIO	
INTERNACIONAL DE LA OIT N.º 111 *	107
1. Introducción.....	109

2. Normativa vigente sobre igualdad y discriminación.....	110
3.- Concepto de discriminación.....	111
4. Relación entre igualdad y discriminación.....	112
5. Enfoque de la jurisprudencia.....	116
6. Negociación colectiva y Consejos de Salarios.....	119
7. Acciones afirmativas.....	120
8. Conclusiones.....	130
CAPÍTULO VI. TRABAJO FORZOSO URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS Convenios Internacionales del Trabajo N° 29 y 105 *	
Internacionales del Trabajo N° 29 y 105 *.....	133
1. Introducción: concepto de trabajo forzoso.....	135
2. La acción de la OIT con relación al trabajo forzoso.....	136
3. Uruguay: la ratificación de los Convenios Internacionales del Trabajo N° 29 y 105 y la normativa nacional.....	138
4. La política pública nacional en materia de trabajo forzoso.....	139
5. Expresiones del trabajo forzoso en Uruguay.....	140
6. Conclusiones: las necesarias respuestas sociales.....	141
CAPÍTULO VII. TRABAJO INFANTIL y EDAD MINIMA URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS Convenios Internacionales del Trabajo N° 138 y 182 *	
Internacionales del Trabajo N° 138 y 182 *.....	143
1. Introducción.....	145
2. La acción de la OIT y los Convenios Internacionales del Trabajo.....	145
3. Las normas nacionales sobre trabajo de menores.....	147
4. El trabajo infantil y de menores en el Uruguay: causas y perspectivas.....	149
5. La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes.....	151
6. Conclusiones.....	155
CAPÍTULO VIII. TRABAJO DOMESTICO - URUGUAY Y LA APLICACIÓN DEL Convenio Internacional del Trabajo N° 189 y DE LA Ley 18.065 *	
Internacional del Trabajo N° 189 y DE LA Ley 18.065 *.....	157
1. Introducción.....	159
2. Las tutelas del trabajo doméstico: una evolución en etapas.....	161
3. La Ley N° 18.065.....	162
4. El derecho a la negociación colectiva.....	163
5. La OIT y el trabajo doméstico.....	165
6. El Convenio Internacional del Trabajo N° 189.....	166
7. Conclusiones.....	170

CAPÍTULO I: SALARIOS MÍNIMOS

URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS
INTERNACIONALES DE LA OIT N.º 26, 99 Y 131*

1. Introducción

El salario de los trabajadores ha ocupado históricamente un papel central en las luchas del movimiento obrero reivindicando condiciones dignas de trabajo en todo el mundo. No existe huelga o conflicto colectivo en el que, de algún modo —principal o implícito— no esté presente una aspiración asociada con el salario o que traduzca la necesidad de este para la inmensa mayoría de las personas que trabajan a cambio de obtener un ingreso. Progresivamente también ha llenado un espacio prioritario en las legislaciones laborales, evidenciándose la relevancia del tema para el Derecho del Trabajo.

Más allá que desde el punto de vista jurídico formal, el pago de la retribución constituye la obligación principal del empleador y aparece determinado por el carácter sinalagmático de la relación laboral, en sustancia es “el medio permanente de subsistencia para el trabajador y debe serlo también para su familia”.¹

De allí que doctrinariamente se le atribuya un “carácter alimentario”, más que “naturaleza” alimentaria, idea que distancia así el ingreso que se le abona al trabajador respecto de otras formas de pago, como el trueque (salario por alimentos o a cambio de mercaderías)², o de retenciones como las pensiones alimenticias³.

En general, se parte de un concepto amplio de salario que, como lo define Barbagelata, comprende “la remuneración servida en virtud de una relación de trabajo”.⁴ Otro tanto señala Plá Rodríguez, al establecer que alcanza “el conjunto de ventajas económicas que obtiene el trabajador como consecuencia de su labor prestada en virtud de una relación de trabajo”.⁵

Pero en tanto el trabajo no es una mercancía, tal como se enuncia en la Declaración de Filadelfia, integrada a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1944, ha de entenderse que no participa de las condiciones de un artículo de comercio, es decir que no estamos ante un producto o un objeto que se vende, su precio se negocia y se adquiere en el mercado.⁶ Por el contrario, se trata de un bien social y, consecuentemente, “el trabajo es parte de la vida diaria de todos y el factor determinante para alcanzar la dignidad humana, el bienestar y el desarrollo como seres humanos”.⁷

Consecuencia de ello, se proyectan los principales caracteres que emanan de la propia noción

1 Por Jorge Rosenbaum Rimolo KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones del Derecho del Trabajo*, ed. Depalma, 2.ª edición, Buenos Aires, 1968, pág. 448 y sigs.

2 El convenio prevé en su art. 4, núm. 1, que “La legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente a causa de la naturaleza de la industria u ocupación de que se trate” y, además, limitado por las condiciones que determina el núm. 2 de la misma norma. También se establecen en el art. 7 fuertes restricciones respecto de los economatos que se creen, dentro de una empresa, para vender mercancías a los trabajadores.

3 Posición que adopta Américo PLA RODRÍGUEZ siguiendo a Paul Durand, *El Salario en el Uruguay*, T. II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1956, pág. 94.

4 Barbagelata, Héctor-Hugo, *Derecho del Trabajo*, tomo I, vol. 2, 3.ª edición, FCU, Montevideo, 2007, pág. 107.

5 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, tomo III, vol. II, Editorial Idea, Montevideo, 1994, pág. 10.

6 Concepción que responde a las teorías de la economía política clásicas y según las cuales —como sostiene Ricardo— su precio está determinado por el “equilibrio” de los intereses del comprador y del vendedor y no por “la filantropía o por la caridad” (véase GRANDI, Mario, “Reflexiones al margen de una fórmula para volver a meditar”, en *Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, Ed. FCU, Montevideo, 1997, pág. 189 y sigs.).

7 OIT, *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, Ginebra, 2014, pág. 10.

de salario. Por una parte, que la remuneración es independiente de los riesgos empresariales (principio o regla de ajenidad). Por la otra, que el salario no necesariamente equivale al rendimiento o productividad de ese trabajo (dimensionable en términos cuantitativos o aritméticos). Y, por último, que no existe una correlación estricta entre salario y la efectiva prestación de trabajo, por haber periodos en los que igualmente se percibe remuneración sin trabajar (p. ej., las vacaciones o licencia anual), por abonarse ciertas prestaciones dinerarias no vinculadas con el tiempo empleado en el trabajo, que son consideradas retributivas (p. ej., una prima anual extraordinaria), por retribuirse la puesta a disposición del empleador, aun cuando por una causa ajena a la voluntad del empleado este no pueda desenvolver un trabajo efectivo (p. ej., por la rotura temporal de una máquina), y también por el pago de guardias externas o de retén, medie o no convocatoria efectiva del trabajador para efectivizar un servicio.⁸

2. Insuficiencia del salario y necesidad de fijar tasas mínimas

Las aristas más oprobiosas y degradantes del industrialismo de la primera revolución conformaron el marco en el que —por arrastre de la "cuestión social" que aquella provocara— se inscriben las condiciones de vida de la población hacia fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. La extensión excesiva de la jornada laboral, la insuficiencia salarial, la generalización del trabajo infantil y de mujeres y la ausencia de ayudas económicas para enfrentar las enfermedades, el paro forzoso o la vejez sobresalieron como catalizadores de la disconformidad de la clase trabajadora.

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, trasciende la preocupación por salarios adecuados para asegurar un nivel de vida razonable a los trabajadores, "tal como se entiende en su tiempo y país", y así queda plasmado en el artículo 427, párrafo tercero, del Tratado de Versalles de 1919.

Como reza la Carta, la entonces noble Organización se guía "por sentimientos de justicia y humanidad, así como por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo [...]". En base a esos propósitos, la OIT comenzó a desplegar un sistema de normas internacionales del trabajo (convenios y recomendaciones) que atienden los tópicos prioritarios del trabajo humano subordinado, entre los cuales el salario ocupa —como dijéramos— un lugar preeminente.

En efecto; eran escasas y apenas parciales las experiencias nacionales de los países miembros en los que la legislación o los convenios colectivos garantizaban tasas mínimas para remunerar el trabajo prestado. De allí que prontamente despertara el interés de que, a través de una norma internacional, fuesen establecidos con carácter general mecanismos y procedimientos para asegurar retribuciones mínimas a los trabajadores.

3. Convenios Internacionales de OIT y la legislación de Uruguay

a. El Convenio N.º 26

Tras el trabajo técnico previo de investigación ordenado por el Consejo de Administración a la Oficina de la OIT, sus resultados y la iniciativa de una regulación se someten a discusión en la Conferencia de 1927, considerándose nuevamente el punto al año siguiente, cuando finalmente se aprueba el CIT N.º 26 y la RIT N.º 30 relativos al establecimiento de métodos para la fijación de salarios mínimos.

Se persigue así el objetivo de que los salarios aseguren "un nivel de vida adecuado" a los trabajadores. Pero, al mismo tiempo, se procura evitar el "dumping social" de forma que los empleadores, al existir tarifas salariales mínimas e imperativas, no deban competir en sus sectores

⁸ Pueden consultarse las distintas posiciones sostenidas en el país en ROSENBAUM CARLI, Federico, Estudios sobre el tiempo de trabajo en el Uruguay, FCU, Montevideo, 2016.

de actividad, en sus regiones o en el mercado internacional, con otras empresas que, a través de prácticas de pago de bajas remuneraciones, se vean beneficiadas por costos laborales inferiores.⁹

Según el Convenio, los Estados que lo ratifiquen se obligan a establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio). El instrumento internacional aclara, sin embargo, que el término “industrias” comprende las industrias de transformación, pero también el comercio.

La norma exige verificar, primero, que no exista “un régimen eficaz para la fijación de salarios por medio de otros mecanismos”, y segundo, que impere “un nivel salarial excepcionalmente bajo” en aquellas actividades que pretenden ser cubiertas por la reglamentación internacional. Para ello se determina que, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, los Estados ratificantes tienen la potestad de prescribir “a qué industrias o partes de industrias se aplicarán los métodos para la fijación de salarios mínimos” que postula la norma internacional.

Y para garantizar la efectividad de los procedimientos, se estipula además que los salarios mínimos “no podrán rebajarse por medio de un contrato individual ni por convenio colectivo, excepto, en este último caso, cuando la autoridad competente conceda una autorización general o especial a esos efectos”.

La enunciada inderogabilidad estipulada a texto expreso por el convenio, forma parte constitutiva de la dogmática del Derecho del Trabajo, en tanto extendidamente doctrina y legislaciones recogen como principio la irrenunciabilidad de derechos por parte del trabajador, lo que resulta corroborado por la jurisprudencia. Siendo este el sujeto protegido por sus normas, fundándose en que se trata del contratante más débil debido a su inferioridad económica y a su sometimiento al poder de dirección del empleador, no resulta admisible que este resigne derechos o beneficios que, con un fin protectorio, le son reconocidos e integran sus derechos adquiridos. Sin perjuicio de lo cual, parece acertado sostener —como lo ha hecho Pasco— que protección e irrenunciabilidad no son principios idénticos, sino que este último completa al primero, de forma que se protege al trabajador incluso “contra sí mismo”, al limitarse su autonomía de la voluntad para salvaguardar su indefensión frente al poder patronal.¹⁰

Concomitantemente, la regla se funda en el carácter de orden público social del que están imbuidas las leyes laborales; como se postula, “asistimos a una imposibilidad que tiene el trabajador para abandonar unilateral e irrevocablemente un derecho contenido en una norma imperativa”.¹¹

La Recomendación antes citada provee más concretamente alternativas que resultan —a nuestro criterio— muy avanzadas para la época, signadas además por criterios que procuran ser prácticos, realistas y equitativos.

Es así que, en primer lugar, se prevé un mecanismo para guiar a los estados, consistente en observar las tasas de los salarios que se paguen por trabajos similares en las industrias en las cuales los trabajadores “se hallen suficientemente organizados y hayan celebrado contratos colectivos eficaces”.

En segundo término, se agrega que de no verificarse este extremo, la determinación de las tarifas debería tener en consideración “el nivel general de salarios que prevalezca en el país o en la localidad de que se trate”.

También se establece la revisión periódica de las tasas de los salarios mínimos, en la medida

9 En consonancia con lo que se establece en el preámbulo de la Constitución de la OIT: “si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”.

10 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “En torno al principio de irrenunciabilidad”, en En torno a los principios del Derecho del Trabajo, Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez, AA. VV., ed. Porrúa, Lima, 2005, pág. 68.

11 DE LA VILLA, Luis, El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, en Revista de Política Social N.º 70. Madrid, 1970, págs. 7 y ss.

que trabajadores y empleadores lo deseen. Estos procedimientos resultan consistentes con el involucramiento de los actores sociales en los organismos a los que se confiera la competencia para fijar salarios mínimos, a través de la obligación de efectuar “consultas a los empleadores y trabajadores de las industrias o de partes de las industrias interesadas”, así como asegurar la “participación directa y paritaria” de estos y de “personas independientes” en las decisiones que deban adoptarse en dichos ámbitos.

Por último, se demanda la obligada intervención de trabajadoras, en la medida que se trate de sectores en los cuales prevalezca el empleo femenino de mano de obra.

b. El contexto uruguayo y el lanzamiento de la legislación laboral

Como en la mayor parte de los países latinoamericanos, el lanzamiento de la legislación laboral tiene lugar a comienzos del siglo XX, siendo esta su principal vertiente de creación de normas protectoras en la época.

Si bien puede reconocerse, desde fines del siglo anterior, la existencia larvaria de negociaciones colectivas en ciertos establecimientos o empresas, por oficios y en sectores de actividad, quienes la llevan a cabo son los gremios actuando primigeniamente como coaliciones o asociaciones (sociedades de socorros mutuos o sociedades de mutuo mejoramiento obrero), para poner fin a periodos de protesta, agitación y resistencia ejercidas mediante piquetes, huelgas o boicots. Estas tratativas suelen culminar en acuerdos de paz que no son propiamente contratos colectivos en el sentido técnico que hoy tiene este instituto colectivo, sino muchas veces pactos gremiales¹² con compromisos y hasta declaraciones unilaterales de los patronos, quienes reconocen, y aplican por la vía de los hechos, algunas de las mejoras en las condiciones de trabajo reivindicadas y negociadas con quienes obran a nombre del grupo o colectivo de los trabajadores.¹³ En otras palabras, “la práctica de la convención colectiva se desarrolla sin reglas de derecho” en cuanto al procedimiento, alcance, efectos y formalidades, pero con un valor práctico concreto de avanzar en conquistas obreras y perfilar los esbozos de procedimientos para solucionar los conflictos puntuales y generar treguas temporales entre capital y trabajo.¹⁴

Como bien se ha sostenido, la regulación de la negociación colectiva fue inicialmente una mera composición académica¹⁵, al punto que la sanción de una nueva Constitución en 1934 ni siquiera refiere a las convenciones colectivas en el —actual— artículo 57, norma esta que estrena —como enunciado de principio— la “libertad sindical” en el más alto rango jurídico formal. Por un lado, lo hace promoviendo la creación de “sindicatos gremiales”, a los que se les acuerdan franquicias y se ordena reconocerles personería jurídica y, por el otro, declarando que la huelga “es un derecho gremial”.

Como se verá en el capítulo correspondiente a la negociación colectiva, la doctrina atribuye el carácter implícito del instituto en este texto de la Carta, en tanto componente esencial del enunciado que garantiza la libertad sindical, lo que se reforzará progresivamente. Primero, con algunas normas infraconstitucionales que aluden a las convenciones colectivas (como, por ejemplo, la Ley N.º 9.675 del año 1937, aunque acotada a los convenios celebrados entre patronos y obreros en la industria de la construcción). Luego, en el año 1954, con la ratificación de los Convenios Internacionales N.º 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y N.º 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

12 Héctor-Hugo BARBAGELATA los asimila a los “agreements que se conciertan en los países que carecen de legislación instrumental sobre esta materia”. Régimen de los convenios colectivos, FUECI, Montevideo, 1955.

13 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, “Evolución de la negociación colectiva en el Uruguay”, en Estudios en Memoria de Francisco De Ferrari, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1973, pág. 481.

14 DE FERRARI, Francisco, Derecho del Trabajo, vol. IV, Depalma, Buenos Aires, 1971, pág. 391.

15 Elaboraciones académicas y proyectos promovidos por las ideas de intelectuales y juristas relevantes de la época, como José Enrique Rodó, Eduardo Acevedo y Gustavo Gallinal, cuyos antecedentes son referidos por DE FERRARI y por BARBAGELATA (ob. cit. en notas precedentes).

La inicial debilidad sindical o su desenvolvimiento limitado solo a algunos oficios o sectores de actividad propician la tenaz oposición de la patronal a toda regulación que interfiera en la potestad de fijar, sin intervención externa, los niveles de salarios, según el “libre juego de la oferta y la demanda”. La negociación colectiva, entonces, no pudo constituir un procedimiento efectivo para establecer grados efectivos de regulación de condiciones de trabajo, y mucho menos respecto de la tarificación negociada de salarios. Estos seguían supeditados al ámbito de reserva de la fijación unilateral por los empleadores.

Pero en la segunda década del siglo XX, se experimenta un impulso sorprendente en la consagración de derechos y beneficios laborales, a través de la legislación que comienza a dictar el Estado, como resultado de las políticas llevadas adelante por el Batllismo que supo atender las principales reivindicaciones obreras, de modo que no pasa mucho tiempo para que se aborde la cuestión salarial.¹⁶

Con la sucesiva aprobación de normas laborales guiadas por una impronta nítida de intervencionismo estatal, con un sesgo sustancialmente social¹⁷ y aun ante la oposición intransigente de los patronos y las asociaciones que representan sus intereses en el comercio y la industria, así como de las corrientes políticas conservadoras de cuneo preponderantemente liberal, se inicia un proceso cuya marcha se torna irreversible. Es en esta etapa histórica que se encuentra el origen y la esencia del derecho laboral uruguayo, que representa un avance de la extensión del fenómeno en toda Latinoamérica. Como lo subraya Murgas, “se van asentando las bases teóricas y científicas de una nueva rama del Derecho, de modo que la legislación proteccionista inicial alimenta la nueva concepción del Derecho; y, de allí en adelante, con la existencia de la nueva rama, es la doctrina científica la que moldea la orientación y lineamientos de la legislación laboral”.¹⁸

La sanción de la Constitución de 1934 —a la que ya se hizo referencia—, se integra en ese proceso por tratarse de la primera Carta representativa del “constitucionalismo social” que, en el plano laboral, consagra numerosos derechos (preceptos sobre condiciones de trabajo, derechos colectivos, beneficios previsionales y otras condiciones para una vida digna) en favor de los trabajadores. Se incorporan normas con una orientación protectora, que persiguen la realización de valores de justicia social, implicando una intervención más activa del Estado en la vida económica y social en favor de la persona y la comunidad. Es una respuesta a las nuevas corrientes de la época, plasmadas con la sanción progresiva de la Constitución de Querétaro (10917), el Pacto de Versalles (1919) y las constituciones de Weimar (1919), de la España republicana (1931) y de Irlanda (1937), entre otras.

El texto aprobado consagra, a vía de ejemplo, que “los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su [...] trabajo” (art. 7), el cual “está bajo la protección especial de la ley” (art. 53). Este último precepto dispone que “todo habitante tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la **posibilidad de ganar su sustento** mediante el desarrollo de una actividad económica”. Por su parte, se dispone que “la ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo” (art. 55), al tiempo que “[...] ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; **la justa remuneración**; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral.

16 Tal como lo señala Hugo Barretto, “El derecho del trabajo y el derecho social todo se encuentra muy incidido en el caso uruguayo por la figura de don José Batlle y Ordóñez, Presidente de la República en dos oportunidades e ideólogo de la fracción más “progresista” de uno de los partidos fundacionales del Uruguay, el Partido Colorado” (Notas sobre el surgimiento del Derecho del Trabajo en el Uruguay: orígenes y permanencias, el blog La realidad y el resto de las cosas, 5 de agosto de 2013)

17 La Ley 5.032 de prevención de accidentes laborales, vigente desde 1914, así como la Ley 5.350 que estableció en 1915 la jornada laboral de ocho horas, constituyen los primeros hitos de la incipiente legislación laboral. En febrero de 1919, la ley sobre pensiones a la vejez, seguida en diciembre de 1920 por la ley sobre descanso semanal, fueron conformando una serie de normas consagradoras de los institutos del Derecho del Trabajo de origen ético.

18 MURGAS, Rolando, “El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como derechos humanos”, en revista Derecho Laboral N.º 250, Montevideo, abril-junio de 2013.

Precisamente, estas dos expresiones que vienen de citarse (la posibilidad de ganar su sustento y la justa remuneración) constituyen la piedra angular para desarrollar una serie de normas que protejan el salario, establezcan garantías respecto de su percepción y tangibilidad, buscando además la materialización de una retribución adecuada a las condiciones de vida deseables (más allá de su resguardo formal).¹⁹

Y con referencia al salario, la más importante estación de este trayecto se alcanza en 1943, no sin tropiezos y dificultades, con la sanción parlamentaria de la Ley N.º 10.449 que crea los Consejos de Salarios.

3.3 Los Consejos de Salarios como una práctica regulada en ordenamiento interno para fijar salarios mínimos en el país

La institucionalización de los mecanismos tripartitos de fijación de salarios llevada a cabo por la ley sancionada marca un hito tanto en la evolución de la legislación laboral, como en la conformación del modelo de relaciones laborales adoptado por el país.

Uruguay se sobreponía institucionalmente del periodo de gobierno dictatorial de Gabriel Terra (iniciado en marzo de 1933) y de su posterior reemplazo por el Gral. Baldomir (en 1938), quien también había quebrado la institucionalidad en 1942, disolviendo el Parlamento y designando un Consejo de Estado para redactar una reforma constitucional. Esta es plebiscitada y aprobada en las urnas a fines de 1942, abriéndose así el retorno a las vías democráticas.

Se trata de una etapa sumida en una fuerte crisis económica, sobrevenida tras la Gran Depresión mundial de 1929, donde primaba un clima de insatisfacción en la población. El escenario de las relaciones laborales exhibe una clara ausencia de instrumentos jurídicos eficaces para sortear las insuficiencias que presentaba la negociación colectiva existente, que —como se adelantara— muy poco desarrollo había alcanzado en las primeras cuatro décadas del siglo XX.

Tampoco existen condiciones laborales y salariales dignas en la mayor parte de los sectores de actividad, debido a la endeblez de los sindicatos y la escasa representatividad que estos alcanzan en las empresas, al carecerse de una legislación promotora y tutelar del Estado, apenas enunciada como propósito de la sociedad en la Constitución de 1934.

Si nos centramos en los salarios, su fijación es producto de una contratación individual de mera adhesión, con valores retributivos impuestos unilateralmente por los empleadores. Los niveles salariales son francamente insuficientes y ello se transforma en una problemática que progresivamente adquiere visibilidad a través de huelgas y paralizaciones conflictivas en muchas empresas.

Las elecciones determinan la asunción de la Presidencia por el Dr. Amézaga en marzo de 1943, quien busca superar las dificultades de un desempleo generalizado, promoviendo la realización de numerosas obras públicas que ocupan contingentes importantes de mano de obra. Por otro lado, la actitud obrerista del gobierno democráticamente instalado²⁰ desemboca finalmente en soluciones que, recogiendo los antecedentes del CIT N.º 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, derivaron en la implementación de los Consejos de Salarios.

El referente inmediato que se constituyó como punto de partida de las inquietudes parlamentarias en torno al tema fue el Informe solicitado a una Comisión Investigadora designada en 1938, como consecuencia de las denuncias de algunos legisladores sobre la situación miserable que enfrentaba la clase obrera. La discusión del mencionado informe, que trata sobre

19 Américo PLÁ RODRÍGUEZ se pronuncia en favor de esta interpretación del precepto constitucional, respecto de cuya interpretación se vertieran otras opiniones, como la de Avelino BRENA para quien el constituyente establecía la obligación de la fijación del salario por ley; o la de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, que negara toda competencia de la ley para fijar la justa remuneración (Curso de Derecho Laboral, vol. 1, Tomo III, ed. Idea, Montevideo, 1988, pág. 102).

20 La calificación proviene de la sanción de varias leyes laborales impulsadas en su periodo de gobierno (Consejos de Salarios, licencia anual, indemnización por despido e igualdad de los derechos de la mujer).

las condiciones de vida, trabajo y salario de los obreros y se apoya en una encuesta y en datos aportados por la Dirección de Estadística Económica, tiene lugar en el mes de marzo de 1941. Los temas abordados en la investigación radican principalmente en la precariedad de las viviendas de los trabajadores y sus familias, la insuficiencia de los salarios y la generalización de modalidades de trabajo que llevan al agotamiento, la ausencia de condiciones de seguridad indispensables en los ambientes de trabajo, la falta de políticas de coordinación en materia de protección industrial y el desequilibrio existente entre el capital y el trabajo.

Entre las múltiples recomendaciones formuladas, que comprenden desde políticas de préstamos para las soluciones habitacionales, hasta el pago de asignaciones familiares, se perfila la necesidad de crear “comités paritarios de salarios mínimos que lo establezcan industria por industria o por grupos industriales, según la afinidad del ciclo productivo”; efectuar una “fiscalización permanente del Instituto Nacional del Trabajo”; así como establecer “la sindicación con personería jurídica” y “Tribunales de Conciliación y Arbitraje”.²¹

La propia Comisión Investigadora prepara un proyecto inicial, que sirvió de base para la discusión y sanción de la norma hoy vigente. No obstante, debe destacarse que existieron iniciativas previas en la materia (como el proyecto del Dr. Emilio Frugoni²² de 1912) y que otras elaboraciones fueron presentadas y debatidas durante el transcurso de las deliberaciones (entre las cuales, un nuevo texto preparado por la Comisión, una segunda propuesta del diputado Frugoni y sendos proyectos del Poder Ejecutivo y de la Comisión de Legislación Social de la Cámara de Diputados). Es este último antecedente parlamentario el que, modificando la fórmula presentada por el Gobierno respecto de la integración de los Consejos de Salarios, se inclina finalmente por la composición tripartita de trabajadores, empleadores y Estado.²³

La norma legal, que toma como referencia experiencias aplicadas en países como el Reino Unido²⁴ y otras naciones del área de influencia del Commonwealth que tenían una legislación sobre fijación de salarios mínimos obligatorios (como Australia y Nueva Zelanda²⁵), confiere a estos órganos tripartitos la competencia para determinar salarios mínimos y categorías profesionales por grupos económicos de actividad.

En esta dirección, comencemos por señalar que la ley parte de una definición sobre qué ha de entenderse por salario mínimo. Para hacerlo, el artículo 1.º dispone que se trate de *“aquel que se considera necesario, en relación a las condiciones económicas que imperan en un lugar, para asegurar al trabajador un nivel de vida suficiente, a fin de proveer a la satisfacción de sus necesidades físicas, intelectuales y morales”*.

En el artículo 5.º, crea los Consejos de Salarios, a los que les atribuye el cometido de *“fijar el monto mínimo de los salarios que deben percibir los trabajadores, empleados u obreros del comercio, la industria, oficinas y escritorios de propiedad privada y los servicios públicos no atendidos por el Estado.*

En ausencia de mecanismos generales para asegurar un ingreso justo y equitativo a

21 ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, “La negociación colectiva en el Uruguay”, en Las relaciones laborales en Uruguay, Informe RELASUR, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1995 y Montevideo, Ed. F. C. U., 1995.

22 El Dr. Frugoni, además de Diputado socialista, fue el fundador de la Cátedra de Legislación del Trabajo y Previsión Social en la Facultad de Derecho, de la cual luego sería Decano, siendo considerado como un auténtico “abanderado de la justicia social” (Germán D’Elia y Armando Miraldi, “Historia del movimiento obrero en el Uruguay. Desde sus orígenes hasta 1930”, ed. EBO, Montevideo, 1984).

23 Entre los numerosos aportes bibliográficos que ilustran el proceso de gestación de la norma, posee un destacado valor referencial como material de consulta, la obra del Dr. Américo Plá Rodríguez, El Salario en el Uruguay (su régimen jurídico), publicada por la Facultad de Derecho en el año 1956 en dos tomos.

24 A partir de 1909 funcionaron órganos similares, denominado Wage Councils, para fijar los salarios mínimos que debían ser pagos a los trabajadores en el ámbito de su jurisdicción, práctica que se extendió hasta la reforma incorporada en 1986 por el Gobierno conservador de Thatcher.

25 Nueva Zelanda es el primer país en determinar salarios mínimos (Industrial Conciliation and Arbitration Act de 1894). Puede verse un análisis comparativo en HARGREAVES, Robert James, The developments of minimum wage legislation in the United Kingdom, Masters, Sheffield Hallam University, Londres, setiembre de 2017.

los trabajadores, se implementa un procedimiento y se instauran cuerpos especializados de integración tripartita, que son considerados órganos administrativos o de colaboración con la administración, en cuanto a su naturaleza jurídica —si bien ha sido discutida en doctrina—. ²⁶

La norma determina el ámbito de funcionamiento de los Consejos, el que queda fijado por grupos (económicos) de actividad, de acuerdo con la clasificación que adopte el Poder Ejecutivo. De allí que se prescriba que su jurisdicción sea ejercida sobre la circunscripción territorial que a cada sector le corresponde. Complementariamente, se admite la formación de Subconsejos, a los únicos efectos de desempeñar tareas informativas o de asesoramiento.

En la integración de cada Consejo de Salarios, participa un total de siete miembros, tres de los cuales actúan como delegados del Poder Ejecutivo —entre ellos, quien lo preside—, mientras que dos son representantes de los trabajadores y dos lo son de los empleadores. Con referencia a su designación, los primeros naturalmente provienen de la decisión de la Administración, mientras que los restantes delegados resultan de una elección a realizarse en cada sector profesional, bajo el mecanismo de votación directa y secreta, garantizándose a la lista, que en el proceso electoral obtiene una mayoría simple, la adjudicación de ambos cargos.

Para ser delegado, se exige cumplir ciertos requisitos necesarios: a) poseer un mínimo de edad de veintitrés años; b) ser ciudadano natural o legal; c) computar actividad continuada al menos en los últimos cinco años, en los trabajos propios del comercio o industria del grupo correspondiente. Por otra parte, la representación de los trabajadores no puede ser ejercitada por quienes desempeñen cargos de dirección en un establecimiento comercial o industrial. Pero sí se habilita como candidato a quien haya sido despedido dentro de los noventa días anteriores a la fecha de convocatoria a elecciones.

Para conformar cada Consejo de Salarios, se actuará de oficio o se estará a la petición de parte, debiéndose contar en este último caso con la conformidad de por lo menos un tercio de trabajadores involucrados, la iniciativa de los empleadores o sus organizaciones, o la solicitud formulada por agrupaciones obreras con personería jurídica o que estén reconocidas por el Poder Ejecutivo.

La ley también establece los cometidos asignados a estos órganos tripartitos, los que comprenden, en lo básico:

- 1) la definición previa de categorías y de tareas, para lo cual, cada Consejo hará la clasificación por profesiones y categorías de los trabajadores que integran el grupo respectivo;
- 2) la fijación de los salarios mínimos por categoría y por actividad, que deben resultar superiores al mínimo vital, a cuyos efectos deberán tenerse en cuenta una serie de factores que la norma enuncia en forma expresa: las condiciones económicas del lugar o del país, el poder adquisitivo, la calificación profesional, la peligrosidad del trabajo y el rendimiento de la empresa;
- 3) la reglamentación del aprendizaje de los menores de edad;
- 4) participar en la aplicación de la ley, y
- 5) actuar como organismos de conciliación en los conflictos que se originen dentro del grupo para el que fueron constituidos.

Los Consejos cuentan con facultades expresas, como decretar inspecciones de contabilidad, bajo determinadas garantías, pudiendo asimismo visitar y examinar los establecimientos y citar a declarar a empleadores y trabajadores, en la medida que ello resulte conveniente o necesario.

La ley prevé que los Consejos de Salarios duren un año en sus funciones.

En cambio, no se reglamenta el funcionamiento de estos órganos, aunque se prevén ciertos

²⁶ Las posturas mayoritarias son respaldadas por juristas de la talla de Couture, Plá Rodríguez, Barbagelata, Gelsi y Sayagués Laso, entre otros.

procedimientos respecto de situaciones concretas. Entre ellos, se dispone que la votación de las tarifas salariales exija que se incluya el punto en el orden del día de su convocatoria y que medie citación previa a las partes con cuarenta y ocho horas de anticipación, debiendo además estar presente una representación de los tres sectores.

Uno de los aspectos que ha sido objeto no solo de debate a nivel doctrinario, sino además de modificaciones de facto y formalmente "ad hoc" por disposiciones posteriores, es el que refiere a que las decisiones adoptadas por cada Consejo en votación (sea por unanimidad o por mayoría) se recojan en un laudo, el cual exige la homologación del Poder Ejecutivo y su publicidad (en el Diario Oficial o en otros diarios o periódicos, o exhibición en lugar visible de la empresa).

Interesa destacar que dicha homologación opera como mecanismo extensivo de la imperatividad de la decisión adoptada en cada Consejo de Salarios respecto de los trabajadores y las empresas comprendidas por su jurisdicción, lo que la doctrina reconoce como "efecto *erga omnes*".

Se concede, asimismo, la facultad de recurrir las decisiones de los Consejos, salvo aquellas que fueron adoptadas por unanimidad; para ello, los interesados deben interponer el recurso de apelación ante el Poder Ejecutivo.

En consecuencia, se ponen en práctica los procedimientos previstos por la ley para integrar los Consejos de Salarios y se les convoca, dando inicio así a la **primera etapa** de funcionamiento de los órganos tripartitos, experiencia que marca un hito histórico en el modelo de relaciones laborales de Uruguay.

3.4. La ratificación del CIT N.º 26

La entrada en vigencia del CIT N.º 26 se producirá internacionalmente en 1930. Uruguay lo ratifica en 1933, siendo uno de los primeros países en acompañar al Reino Unido (que lo denunció en 1985), Alemania, España, Irlanda, Australia y Noruega; en América del Sur lo harían al mismo tiempo Chile y Colombia.

Del examen de la ley sancionada en 1943 —cuyos principales rasgos han sido descritos precedentemente— se aprecia que siguiendo el mandato del CIT N.º 26, en el país se elaboraron proyectos y finalmente se aprobó la norma, adoptándose los principales criterios enunciados por aquel convenio en el ordenamiento jurídico nacional.

Este dato refuerza la conclusión de que la legislación uruguaya suele acoger los aportes de los instrumentos internacionales, inspirándose en sus soluciones para normar a nivel interno los distintos institutos laborales. En el caso concreto, Uruguay cumplió lo encomendado por la RIT N.º 30 en cuanto prevé como fin "*que se le dé efecto en forma de ley nacional*" a lo dispuesto por el convenio internacional.

3.5 El efecto impulsor de un modelo de relaciones laborales que pervive al presente

Hemos tenido ocasión de destacar que la aprobación de esta ley inicia una etapa de consolidación de las prácticas de negociación colectiva, sentándose las bases de un modelo de relaciones laborales en el país que, con marchas y contramarchas, perdura aun en el presente. Curiosamente, ello ocurrirá a través de la puesta en funcionamiento de los mecanismos tripartitos para la fijación de salarios, previstos por esta normativa.

Los Consejos de Salarios constituyen un factor promotor de la negociación colectiva, naturalmente a través de un desarrollo "atípico" en la etapa de su primigenia puesta en práctica. Los acuerdos de tarifas salariales mínimas son un producto originado en ámbitos tripartitos de confrontación, intercambios y —finalmente— pactación o votación.

La repercusión que tuvo la puesta en funcionamiento de estos mecanismos para la fijación

de salarios mínimos resultó potenciadora para la conformación y proliferación de sindicatos en las empresas, así como de asociaciones y federaciones gremiales en los sectores y en las ramas de actividad productiva. Es ampliamente reconocido en términos históricos ese efecto multiplicador, que dio el puntapié inicial al fortalecimiento de las organizaciones sindicales como sujetos legitimados para celebrar convenios colectivos y, en definitiva, afianzó al movimiento obrero en su conjunto.

Resulta elocuente que a pesar de la etiqueta corporativista que en sus orígenes se le atribuyeron a la ley de Consejos de Salarios por prestigiosos especialistas²⁷, en nuestra opinión estos demostraron que su funcionamiento resultaría compatible con el sistema autonómico reconocido en el país y que la injerencia del Estado como parte integrante sería más tenue que la verificada incluso en otros regímenes del área de corte reglamentarista.

3.6 El Convenio N.º 99

En la Conferencia General de junio de 1951, la OIT adopta el CIT N.º 99 relativo a los métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura a fin de que los Estados miembros establezcan procedimientos adecuados para estipular tasas mínimas en la retribución de los trabajadores empleados en las empresas agrícolas y en ocupaciones afines.

La norma prevé, al igual que lo hace el CIT N.º 26, que se efectúen consultas con las organizaciones interesadas más representativas de empleadores y de trabajadores, si dichas organizaciones existen, para determinar las empresas, ocupaciones o categorías de personas a las cuales serán aplicables los métodos de fijación de salarios mínimos. Además, se estipula que las legislaciones nacionales contemplarán que los empleadores y los trabajadores interesados participen en la aplicación de los métodos de fijación de salarios mínimos, sean consultados o tengan derecho a ser oídos en pie de igualdad.

Se autoriza a los Estados ratificantes para excluir del Convenio a las categorías de personas cuyas condiciones de trabajo hagan inaplicables estas disposiciones, tales como los miembros de la familia del empleador ocupados por este último.

Complementariamente se prevén otros aspectos, entre los cuales destacan:

- a. La posibilidad de que la legislación nacional autorice el pago parcial del salario mínimo en especie, sobre todo en aquellas regiones donde no sea posible obtener condiciones indispensables para cubrir las necesidades del trabajador y su familia o cuando así lo convengan los propios trabajadores por resultarles práctica esta forma de obtener parte de sus ingresos ordinarios. Si se autoriza el pago parcial del salario mínimo en especie, la autoridad ha de adoptar las medidas necesarias que garanticen al trabajador que las cantidades que le correspondan legalmente se les entreguen sin merma alguna.
- b. Antes de adoptar cualquier decisión, la autoridad debe recurrir a la consulta con las organizaciones interesadas o con personas altamente calificadas, con el objeto de ofrecer una correcta opinión que permita aceptar el método que se adopte para el pago del salario.
- c. Las tasas mínimas de salario no deben estar sujetas a reducciones, salvo las que procedan legalmente por razones familiares.

La **RIT N.º 89**, aprobada concomitantemente al Convenio, reitera la necesidad de garantizar a los trabajadores involucrados "un nivel de vida adecuado", a cuyos efectos señala criterios a observar por los Estados: (a) el costo de vida; (b) el valor razonable y equitativo de los servicios prestados; (c) los salarios pagados por trabajos similares o comparables, en virtud de los contratos colectivos en la agricultura; (d) el nivel general de salarios, por trabajos de calidad

²⁷ Así fueron calificados por el Prof. Francisco DE FERRARI, sucesor en la Cátedra de Frugoni y Gallinal, en su obra "El salario mínimo y el régimen de los consejos de salarios en el Uruguay", ed. SELA, Montevideo, 1955.

comparable, en otras ocupaciones de la región donde los trabajadores estén suficientemente organizados.

Asimismo, con el fin de garantizar la debida participación, prevé que los representantes de los empleadores y de los trabajadores interesados “deberían tener derecho, en la medida en que las circunstancias lo permitan, a participar en la designación de sus representantes”. Por ello, se entiende que los Estados deberían solicitar que las organizaciones de empleadores y de trabajadores existentes “indiquen los nombres de las personas que recomienden para formar parte de los organismos de fijación de salarios”. Y en caso de estipularse mecanismos con participación de “personas independientes” (para el arbitraje o para otro objeto), se agrega que “dichas personas deberían ser seleccionadas entre las de uno u otro sexo”, que “posean [...] las calificaciones necesarias para cumplir sus funciones” y, además, que no tengan “intereses que pudieren suscitar dudas en cuanto a su imparcialidad” en la agricultura o en las ocupaciones afines.

Los posteriores informes de seguimiento de la OIT son determinantes en cuanto a que los salarios del sector agrícola tienden históricamente a ser bajos “y hay muchos trabajadores que reciben salarios que están por debajo del mínimo nacional”.²⁸ De allí que persista el interés de que se garantice a los trabajadores rurales un ingreso suficiente para cubrir sus necesidades, así como también para mantener el poder adquisitivo de los salarios debido a que los procesos inflacionarios suelen degradar en el tiempo el poder de compra de aquellos. Se reconoce que, además, se trata de una actividad sobre la que inciden diversos factores negativos que afectan las remuneraciones (retrasos en el pago, utilización de medios de trueque y pagos en especie, exclusión de los trabajadores de la legislación laboral, ausencia de controles por la Administración del Trabajo, inexistencia de datos y estadísticas, etc.). Si bien algunas de estas aristas están reguladas por otras normas internacionales, su incidencia indirecta afecta el sostenimiento digno del presupuesto de los trabajadores del sector.

3.7 La ratificación del Convenio 99 y las falencias aplicativas

Nuestro país ratifica el CIT N.º 99 en marzo de 1954; este entró en vigencia para los Estados ratificantes en agosto de 1953.

No obstante, en la época no se dan los pasos efectivos para poner en práctica esta norma internacional, lo que parece no condecir con la conformación de ámbitos similares para las actividades industriales y comerciales de la actividad privada, cuando se ponen en funcionamiento los Consejos de Salarios.

Corresponde señalar que el proyecto que elaborara el Poder Ejecutivo resultaba más abarcativo, el texto propuesto por la Comisión Investigadora fue el que sirvió de base para la discusión parlamentaria de la Ley N.º 10.449 y, en este, las actividades rurales y del servicio doméstico quedaban fuera del ámbito que finalmente crea la ley. Puede interpretarse que siendo muy fuertes las presiones de los sectores que resistían a que el Estado se inmiscuyese en la fijación de salarios, los proyectistas efectuaron concesiones, entre las cuales la que viene de nombrarse.²⁹

En consecuencia, por varias décadas, los trabajadores de esta actividad quedaron regidos por el salario mínimo nacional durante los periodos en que fue fijado unilateralmente por el Poder Ejecutivo, en desmedro del cumplimiento del convenio internacional vigente. Y, posteriormente, la determinación se vuelve específica para el sector rural, estableciéndose por categorías (peón, tropero, cocinero, peón especializado, peón chacarero, sereno, escribiente, capataz, etc.).³⁰

28 “La promoción del empleo rural para reducir la pobreza. Informe IV”, Conferencia Internacional del Trabajo, 97.ª reunión, OIT, Ginebra, junio de 2008.

29 El incumplimiento subsistirá hasta el año 2005, a partir de cuando se produce una transformación en la convocatoria y funcionamiento, así como la modificación legislativa del sistema de fijación de salarios, lo que será tratado más adelante.

30 La categorización se practica a partir en función de lo dispuesto por el artículo 1, literal e) del Decreto Ley 14.791 de 8 de junio de 1978 (DINACOPRIN), norma que será analizada más adelante en este capítulo.

3.8 Reservas y supeditaciones a las políticas económicas sobrevenidas en la década de los 60

No obstante estas exclusiones sectoriales, la versatilidad con la que operó en la actividad privada el sistema de fijación de salarios mínimos dentro del marco estructurado por los Consejos de Salarios, resulta demostrativa de su ajuste a los objetivos y prescripciones del CIT N.º 26.

Pero, en el decurso de la década de los 60, la crisis económica alcanza un hito de inflexión, imponiendo reservas y supeditaciones que representan, por un lado, fuertes restricciones sustantivas respecto de los salarios y su poder de compra, y, por el otro, un difícil manejo participado con los actores sociales, con descaecimiento del diálogo, explosión conflictiva y empleo de medidas prontas de seguridad para impedir huelgas y movilizaciones. Claramente, la producción del país se estanca y no se verifica un crecimiento económico (apenas un 0,6 % anual), a lo que se agrega una escalada progresiva y prolongadora de inflación.³¹

Las manifestaciones más importantes de la restricción de las prácticas negociales (tanto autónomas y bilaterales, como las actuadas tripartitamente en los Consejos de Salarios) surgen a partir de la sanción del paquete de medidas económicas que se adoptan en el año 1968.

En primer lugar, el Poder Ejecutivo sanciona el 28 de junio el Decreto N.º 420/68 que congela precios y salarios y, por primera vez en la historia del país, se desactivan las escalas móviles pactadas en los convenios colectivos y laudos vigentes, que debían operar a partir del 1.º de julio de ese año como mecanismos de actualización de los sueldos. Es un paso que procura frenar la espiral inflacionaria desatada. El decreto se implementa por medidas prontas de seguridad, por lo que su constitucionalidad abrió importantes debates en los ámbitos políticos y académicos.

En una segunda etapa, se obtiene la mayoría parlamentaria para aprobar, el 16 de diciembre, la Ley N.º 13.720 que crea la Comisión de Productividad, Precios e Ingresos (COPRIN), a la que se le cometen las competencias —en lo que a este análisis concierne— de controlar los procesos de negociación colectiva y establecer ajustes salariales por acto administrativo, con la fijación de montos mínimos y máximos de carácter general y nacional.

Si bien la COPRIN tiene inicialmente una composición tripartita —al igual que los Consejos de Salarios—, la representación gubernamental conserva la mayoría absoluta (contando con cinco miembros en un total de nueve) y, además, actúa como órgano meramente consultivo, desde que sus resoluciones deben ser previamente homologadas por el Poder Ejecutivo para tener plena eficacia.³²

Cierto es que formalmente no se proscribía la negociación colectiva, pero esta ve cercenadas sus posibilidades de actuación en los hechos, por cuanto los convenios a celebrarse por las partes interesadas, solo pueden recaer sobre aspectos que, directa o indirectamente, no

31 "En 1951 el costo de la vida se elevó en un 20,9 %, y a partir de ese año experimentó subas anuales superiores al promedio de la década anterior. El período 1954-1961 registra un promedio de alza de precios de alrededor del 20 % anual, a un ritmo ascendente... Durante la década del 60 los aumentos en el costo de la vida alcanzaron niveles hasta entonces desconocidos en el país y muy poco frecuentes en el mundo. El promedio del período alcanzó al 60 % anual. En 1967 el aumento conquistó el nivel récord: 136 %. En los precios por sectores de la producción, se produjo también una acelerada evolución al alza" (La crisis económica. Instituto de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración, Cuadernos Nuestra Tierra N.º 26, Montevideo, 1969. Redactores: Raúl Trajtenberg, Raúl Vigorito, Samuel Lichtensztejn y Alberto Couriel).

32 "La Coprin fue una extensión natural de la ley de Subsistencias de 1947, que permitió al Estado controlar los costos de los productos de primera necesidad, realizar inspecciones e incluso secuestrar mercaderías, en el marco de un estatismo creciente. La "congelación" fue ferozmente criticada: Carlos Quijano afirmaba, desde las páginas del semanario Marcha: "Nunca, en país alguno, la congelación de precios ha podido ser alcanzada. En cambio sí la congelación de salarios ha tenido mayor efectividad, porque el 'agente de retención' es el patrono". Efectivamente: la única variable que el gobierno podía controlar eran los salarios —y hasta por ahí nomás—. La "congelación" implicó aceptar la reducción de salarios y pasividades reales que habían provocado dos grandes devaluaciones desde noviembre de 1967. Y en los hechos funcionó, porque las otras variables decisivas, como el tipo de cambio y los precios, también se alinearon, al menos mientras el Gobierno resistió la tentación de imprimir dinero nuevo para gastar más de lo que tenía. Los precios, que crecían a un promedio de 10 % mensual a inicios de 1968, aumentaron solo 1,6 % en el segundo semestre (artículo periodístico de ARREGUI, Miguel, "La "congelación" de 1968 fue un truco. Una historia del dinero en Uruguay (XXXIV). *El Observador*, Montevideo, 2018).

representen un incremento salarial o una fijación de categorías.³³ Resulta innegable que el *quid* de toda negociación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo involucra intereses y cuestiones de contenido salarial y económico; quitar esta posibilidad a los interlocutores sociales representa vaciar de contenido la pactación negocial.

Se ingresa, por consecuencia, a una etapa de suspensión de los mecanismos de fijación de salarios mínimos en los términos previstos por el CIT N.º 26 y por la Ley N.º 10.449; los Consejos de Salarios dejan de funcionar, se interrumpe su convocatoria y toda la materia retributiva ingresa en un encierro político administrativo con las características que determina la Ley N.º 13.720.

Son las resoluciones de la COPRIN las que periódicamente van disponiendo adecuaciones salariales, de modo que los ingresos se mantienen e incluso evolucionan en lo inmediato por encima de la inflación, aunque en muy pocos años la realidad va cambiando, y desaparece la paridad pretendida con las medidas económicas implementadas para frenar el alza de los precios de bienes y servicios.

3.9 El Convenio N.º 131

La Conferencia General de la OIT celebrada en el año 1970 sancionó el CIT N.º 131, por considerarse necesario adoptar otro instrumento para complementar los Convenios N.º 26 sobre métodos de fijación de salarios mínimos, N.º 100 sobre igualdad de remuneración y N.º 99 sobre salarios mínimos en la agricultura. Su fin es asegurar mayor protección a los trabajadores contra remuneraciones indebidamente bajas, con especial atención a las necesidades de los países en vías de desarrollo.

La norma internacional insta a que los Estados miembros que ratifiquen este Convenio se obliguen a 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”. A tal efecto, se dispone que la autoridad competente de cada país haya de determinar los grupos de asalariados a los que se deba aplicar el sistema, “de acuerdo con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas” o “después de haberlas consultado exhaustivamente, siempre que dichas organizaciones existan”. Y se exige explicar detalladamente las exclusiones que se efectúen y sus motivos en la Memoria Anual que cada Estado presente a la OIT.

Según lo dispone el art. 4, el Estado ratificante establecerá y mantendrá “mecanismos adaptados a sus condiciones y necesidades nacionales, que hagan posible fijar y ajustar de tiempo en tiempo los salarios mínimos de los grupos de asalariados comprendidos en el sistema protegido”.

Los servicios técnicos de la OIT explican que “el Convenio núm. 131 no se refiere únicamente a los salarios mínimos establecidos por ley. De hecho, los salarios mínimos pueden fijarse dando fuerza de ley a las disposiciones pertinentes contenidas en los convenios colectivos. En estos casos no se requiere que los convenios colectivos se amplíen de manera que sean aplicables a todos los trabajadores y los empleadores de un sector específico o de todas las ramas de actividad en un país dado. El único requisito es que los salarios mínimos negociados colectivamente sean jurídicamente vinculantes para las partes”.

Así es que el principio general se asienta sobre el respeto pleno de la libertad de negociación, con una reserva que dispone el núm. 1.º del art. 2: “Los salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no podrán reducirse y la persona o personas que no los apliquen estarán sujetas a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza”.

³³ Como dato anecdótico, cabe anotar que aun frente a la política fuertemente intervencionista del Estado, las prácticas de negociación no desaparecieron en el país y fueron penetrando espacios no sujetos a contralor administrativo, implementándose convenios colectivos que pactaban sobre-sueldos, disfrazados, a través de la concesión de beneficios para el mejor goce de la licencia anual (que servirá años después para consolidar lo que denominamos “salario vacacional”), primas por antigüedad y evaluaciones de tareas.

Por ello, se permite a los Estados adoptar las clasificaciones que estimen pertinentes con el fin de fijar, para ciertos grupos de trabajadores, salarios mínimos también especiales, observando las siguientes reglas:

- Ningún salario podrá ser inferior al salario mínimo general aprobado en trabajos ordinarios.
- Las tasas que se convengan entre trabajadores y empleadores tendrán fuerza de ley.
- Se otorgará plena libertad de negociación colectiva a las partes.
- Los salarios que se convengan no tendrán carácter extraordinario porque:
 - a) deberán atender a situaciones específicas de realización del trabajo;
 - b) corresponderán a factores económicos incluidos en los requerimientos de desarrollo y de productividad de la especialidad, y
 - c) al ser distintas las necesidades de algún grupo de trabajadores debido a la naturaleza de sus ocupaciones, las tasas de salarios habrán de ser congruentes con estas circunstancias y, por lo mismo, los mínimos podrán fijarse con algunas variantes.

La norma internacional hace hincapié en que “deberán adoptarse medidas apropiadas, tales como inspección adecuada, complementada por otras medidas necesarias, para asegurar la aplicación efectiva de todas las disposiciones relativas a salarios mínimos”.

La RIT 135 —también aprobada en ese mismo año— regula más específicamente las disposiciones del Convenio y reitera los criterios prevalentes para la Organización en cuanto a la determinación del nivel de los salarios mínimos; a saber: (a) las necesidades de los trabajadores y de sus familias; (b) el nivel general de salarios en el país; (c) el costo de la vida y sus variaciones; (d) las prestaciones de seguridad social; (e) el nivel de vida relativo de otros grupos sociales, y (f) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, la productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.

Asimismo, la norma aclara que cuando el sistema de salarios mínimos a aplicarse a los trabajadores comprendidos por el Convenio sea fijado a través de un mecanismo que prevea un solo salario mínimo de aplicación general, ello no es incompatible con la fijación de diferentes tarifas en distintas regiones o zonas, para permitir que se tomen en cuenta las diferencias en el costo de la vida.

A su vez, se desarrollan las alternativas que pueden asumir los mecanismos previstos en el artículo 4 del Convenio, de modo que la fijación de salarios mínimos pueda llevarse a cabo mediante: (a) legislación; (b) decisiones de la autoridad competente, ya 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, o (e) medidas que confieran fuerza de ley a las disposiciones de los contratos colectivos.

En cuanto a los reajustes de salarios mínimos, los Estados deben tomar en cuenta, de tiempo en tiempo, los cambios en el costo de la vida y otras condiciones económicas, recomendándose —además— la realización de “encuestas periódicas sobre las condiciones económicas nacionales, incluyendo las tendencias en los ingresos por habitante, en la productividad y en el empleo, desempleo y subempleo”.

3.10 Durante la dictadura, en Uruguay se ratifica el Convenio 131

Uruguay ha de recorrer un camino aciago de su historia a partir del 27 de junio de 1973, cuando son disueltas las cámaras del Parlamento y se concreta el golpe de Estado que habrá de derivar en la dictadura que gobernó por casi catorce años.³⁴ Existe abundante bibliografía que

³⁴ Es el presidente electo constitucionalmente, José María Bordaberry, el autor de un “autogolpe” y se convierte en un gobernante de facto, iniciando así la dictadura cívico militar.

describe y analiza circunstanciadamente este lapso de conculcación del Estado de derecho, de las vías democráticas y de las libertades individuales y públicas.

Solo habremos de citar que ese mismo día “[...] comenzó a organizarse el aparato institucional que daría forma al gobierno de facto. De esta manera, a través del mismo decreto que disolvió el Parlamento, se creó el Consejo de Estado, cuyas atribuciones fueron: desempeñar las funciones de la Asamblea General y controlar la gestión del Poder Ejecutivo en lo referente al respeto a los derechos individuales y a las normas constitucionales y legales”. “[...] el 30 de junio se emitió el decreto de disolución de la CNT y se dispuso la clausura de sus locales y el arresto de dirigentes sindicales”.³⁵ Apresamiento, torturas, desapariciones, destituciones y despidos por motivos políticos o sindicales son señales de “la severidad con que se reprimió toda la actividad sindical, al punto que durante diez años, declarar una huelga en el Uruguay fue poco menos que imposible”.³⁶

La inevitable consecuencia fue el cercenamiento de la libertad sindical, por lo que en materia de salarios, es el gobierno quien determina, periódicamente y de forma unilateral, los ajustes y el valor de un mínimo nacional.

Como se señala, resulta paradójico que “en el año de mayor represión política y social de la historia nacional, nuestro país ratifica el Convenio Internacional de trabajo N.º 131, relativo a la fijación de salarios mínimos, mediante el Decreto “ley N.º 14.567 de 30 de agosto de 1976. Normativa que, obviamente, fue sistemáticamente incumplida por los gobernantes de la época[...]”.³⁷

En ese transcurso, el 8 de junio de 1978 se dicta un Decreto Ley N.º 14.791 que crea la Dirección Nacional de Costos, Precios e Ingresos (DINACOPRIN), integrada como dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas y erigida en el nuevo organismo que centraliza la fijación de los salarios.

De ese modo, se reafirma una determinación administrativa del salario (ya sin distinguir entre mínimos y máximos, como la hacía la Ley N.º 13.720) y desplazando incluso la actuación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en la materia, según la asignación de competencias que se le confiriera por Decreto 574/974 de 12 de junio de 1974. Las funciones encomendadas a DINACORPIN son de tal grado y alcance, que incluso se delega a su resolución las cuestiones que se susciten en materia de remuneraciones y la formulación de categorías laborales en la actividad privada.

Claramente, se trata de un mecanismo que contradice abiertamente lo dispuesto en los Convenios N.º 26 y 131, por lo que el país cae en severos incumplimientos ante la OIT y se le formulan reiteradas observaciones.

El desvío se ahondó más aun cuando, a partir de setiembre de 1983, la determinación de los aumentos de salarios fue dejada al “libre arbitrio de las partes”, limitándose el Poder Ejecutivo a establecer un salario mínimo nacional y las remuneraciones mínimas de los trabajadores rurales. Desde un punto de vista teórico, pudo pensarse que ello provocaría, en definitiva, una fuerte expansión de la negociación colectiva; no obstante, en los hechos la idea resultaba impracticable, en virtud de que la mayor parte de los sindicatos se encontraban desarticulados, las organizaciones incipientes nucleadas en torno al Plenario Intersindical de Trabajadores (PIT) debían sortear serias dificultades para desarrollar actuación gremial y se mantenían aun las restricciones a los derechos individuales y a la libertad sindical.

35 LARROBLA, Carla, La dictadura cívico militar (1973-1985).

36 OIT, Relaciones de trabajo en el Uruguay, Informe de una misión de la OIT, Serie Relaciones de Trabajo N.º 66, Ginebra, 1987.

37 Rodríguez Azcúe, Álvaro, “Los métodos de fijación del salario en el Uruguay y los particularismos del Derecho del Trabajo”, Revista de la Facultad de Derecho N.º 31, Montevideo, julio-diciembre, 2011.

4. La evolución inmediata a la reinstitucionalización democrática en el país

4.1. El regreso a la vida democrática

La recuperación democrática de gobierno a partir de marzo de 1985, tras el periodo de tránsito que sigue al Pacto del Club Naval y las elecciones celebradas en noviembre de 1984³⁸, representa una reimplantación del sistema de relaciones laborales preexistente al golpe de Estado, al tiempo que en la materia que analizamos en este capítulo, la nueva convocatoria de los Consejos de Salarios, que representa el comienzo de su **segunda etapa** de funcionamiento.

Esta política es instrumentada por la entrante administración de Gobierno, una vez fracasados los intentos que siguieron a la Concertación Nacional Programática (CONAPRO) para lograr un pacto de concertación amplio en materia laboral, pero materializando el funcionamiento de un Consejo Superior de Salarios, de carácter informal, con un ámbito con participación más reducida de los principales dirigentes de las organizaciones de cúpula de los interlocutores sociales y el entonces Ministro de Trabajo, Prof. Hugo Fernández Faingold. Este último representa el empleo del “teléfono rojo” (una imagen ciertamente representativa que utiliza Juan Raso), lo que hace posible distender la conflictividad desatada con el advenimiento del Estado de derecho, hacer consultas y acuerdos políticos y posibilitar la aplicación del programa económico del Gobierno para enfrentar la crisis generada por el militarismo³⁹. Y a través del primero, se efectiviza la puesta en funcionamiento de aquellos órganos de fijación de salarios en un marco para el ejercicio pleno de las relaciones colectivas de trabajo y la libertad sindical.

En el desarrollo de las políticas referidas a la materia salarial, se introducen, sin embargo, ciertas variaciones importantes con relación a las estructuras originarias, lo que implicó una suerte de ingeniería político-social, para posibilitar la convivencia de fuentes múltiples en el orden formal y sustancial.

Observamos que la Ley de Consejos de Salarios de 1943 recibe una aplicación heterodoxa, desde que se optó por prescindir de la elección directa de los delegados profesionales por votación secreta, lo que no solo llevaría tiempo, y resultaba apremiante dar señales de participación democrática y sustantividad a las negociaciones que posibilitaran el ajuste de salarios deprimidos, sino que existe una suerte de conformidad implícita sobre que las organizaciones profesionales de trabajadores y empleadores con representatividad garantizarían una real efectividad al sistema. En los hechos, no se plantearon resistencias a la práctica de designar delegados de los actores sociales en los Consejos de Salarios, propuestos directamente por tales organizaciones.

También se recurrió al instituto del convenio colectivo para plasmar los resultados de aquellas negociaciones, cuando se obtenía un acuerdo con la participación de ambos sectores profesionales; en especial, con la práctica de los actores sociales de celebrar negociaciones bilaterales, al margen de los propios Consejos de Salarios, con el fin de superar las pautas rígidas que imponía el Poder Ejecutivo para pactar salarios. Eso generó una red de convenios colectivos suscriptos “inter partes”, sin la intervención estatal previa, pero cuya vigencia llegaba a surtir efecto únicamente entre los pactantes. De allí que dichos convenios (“puros” o típicos, tal como los calificamos en numerosos trabajos de doctrina) fueran volcados al ámbito de cada Consejo de Salarios, buscando la “homologación” del Poder Ejecutivo (donde se aprobaban, en ocasiones,

38 Existe una amplísima bibliografía sobre este periodo histórico y la transición; solo indicaremos algunas referencias indicativas, de elección ejemplificativa, para orientar al lector interesado: Maiztegui Casas, Lincoln, *Reseña Orientales, una historia política del Uruguay*, vol. 5, ed. Planeta, Montevideo, 2010; GONZÁLEZ, Luis Eduardo, *Transición y restauración democrática, en Uruguay y la democracia*, tomo 3, ed. Banda oriental, Montevideo, 1985; RIAL, Juan, *Uruguay: elecciones de 1984*, ed. Banda oriental, Montevideo, 1985; MIERES, Pablo, *Los partidos uruguayos: imágenes y desafíos*, Cuadernos Claeh N.º 32, Montevideo, 1985.

39 Un hito de esta crisis fue marcado por la “ruptura de la tablita” cuando en noviembre de 1982, con un alto déficit fiscal y fuertes pérdidas de reservas, el Banco Central del Uruguay dejó de vender dólares y la cotización de esta moneda trepó a niveles inusitados (NOTARO, Jorge, “La Batalla que ganó la economía, 1972-1984” en *El Uruguay del siglo XX. La Economía*, Instituto de Economía, EBO, Montevideo, 2001.

por la mayoría de representantes de trabajadores y empleadores). Este instituto les otorgaba la extensión *erga omnes* para todo el sector de actividad de la jurisdicción de cada órgano tripartito, objetivo prioritario para los pactantes, de modo de evitar que empresas no afiliadas a las organizaciones patronales, pagasen retribuciones inferiores.

En forma concomitante, fue puesta en práctica la fijación administrativa de los salarios, aprobándose un decreto que recoge cada acuerdo o decisión (laudo) votada en los Consejos de Salarios, recurriéndose a las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo por el Decreto Ley N.º 14.791 (DINACOPRIN), norma que no fuera anulada por el Parlamento electo democráticamente, al asumir en 1985.⁴⁰ Ello porque permitía garantizar un mecanismo de envoltura, a través de la sanción de decretos del P. E. que recogían íntegramente los *laudos* aprobados en los Consejos de Salarios con la finalidad de *homologarlos* y darles la ya mencionada eficacia extensiva. También para decretar porcentajes de aumentos generales obligatorios, alternando la actuación de los Consejos de Salarios —inicialmente cuatrimestral— con períodos sin su convocatoria, y para suplir los vacíos generados en algunos sectores de la actividad privada, ante la ausencia de acuerdos en los respectivos Consejos, o frente a la imposibilidad práctica de constituir un grupo de negociación por la inexistencia o debilidad de las organizaciones profesionales, o por las dificultades materiales para generar aquellos ámbitos (servicio doméstico, actividades rurales, etc.).

En dicho contexto se introdujo un sistema *sui generis*, que funcionó bajo la determinación de razones estrictamente prácticas, posiblemente muy valederas, pero alejado de una base jurídica dotada de certeza y estabilidad para los actores del sistema. Sus resultados fueron muy heterogéneos, partiéndose de convenios colectivos inicialmente escuetos y con un alcance subjetivo que fue creciendo rápidamente, hasta lograrse más amplios acuerdos de largo plazo que permitieron, entre otras cosas, verificar una recuperación progresiva del salario real y consolidar prácticas de paz social en muchos sectores de actividad.

4.2. La sucesión de administraciones de gobierno y el cambio de rumbo

A partir de 1990, una nueva administración da un giro importante sobre el modelo de relaciones laborales en el país, así como en materia salarial. Con un programa económico de corte neoliberal, se dispone el retiro del Estado como actor principal en la negociación colectiva y en la determinación de salarios, tal como operara desde 1943, con los períodos interruptivos antes descritos y se reinstalara en 1985.

Esta nueva dirección política lleva a una desarticulación de los Consejos de Salarios, los que dejaron de ser convocados por la vía de los hechos, quedando así librado al libre juego de poder entre los actores sociales, la regulación de las remuneraciones y sus adecuaciones periódicas.⁴¹ El Poder Ejecutivo se limita a disponer unilateralmente la fijación de un salario mínimo nacional, así como las tarifas retributivas de los trabajadores rurales y domésticos (considerados sectores que carecían de posibilidades reales para organizarse y negociar).

40 La Ley N.º 15.738 del 13 de marzo de 1985 dispuso declarar que las normas dictadas con carácter de actos legislativos durante el período de facto, entre el 19 de diciembre de 1973 y el 14 de febrero de 1985, se identificaran como "decretos-leyes", que dichos actos se declaran con valor y fuerza de ley, agregándose que no ingresaban dentro de dicha convalidación una lista de decretos-leyes que se enumeran como no vigentes o nulos (entre ellas, por su relevancia laboral, la N.º 15.137 (asociaciones profesionales); N.º 15.385 (convenios colectivos); N.º 15.530 (huelga) y N.º 15.587 (fuero sindical); la ley fundamental N.º 3 (huelga de los funcionarios públicos).

41 Las principales críticas dirigidas a la orientación del modelo anterior residían en el balance negativo extraído por el Gobierno respecto de las negociaciones por rama de industria o actividad, incapaces de contemplar la diversidad de factores a los que debe sujetarse cada empresa, provocándose —según esta visión— desfasajes consecuentes en materia productiva, económico-financiera, comercial, tecnológica y de empleo. Se ha sostenido que a la luz del impulso cobrado por el proceso de integración regional, con la suscripción por Uruguay del Tratado de Asunción (MERCOSUR) junto a Argentina, Brasil y Paraguay, y la mayor apertura internacional de nuestra economía, resultaba necesario adecuar la negociación a las particulares condiciones de las unidades productivas conocidas directamente por cada empleador y el sindicato de empresa (ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, *Las relaciones laborales en Uruguay: informe RELASUR*, Cap. La negociación colectiva en el Uruguay, OIT, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (España), ed. FCU, Montevideo, 1995).

En ese entonces y durante el curso de una década y media (1990 a 2005), se mantiene esta metodología, resultando constatable, de un lado, que la negociación colectiva se devaluó por la descentralización, atomización y bilateralización preponderante de esta y una caída muy fuerte en el número de acuerdos celebrados y registrados y, por el otro, la desaplicación de los convenios internacionales ratificados por Uruguay en materia de fijación de salarios mínimos. En ese periodo, Uruguay recibe numerosas observaciones de los organismos de control de normas de la OIT por incumplimiento de sus obligaciones internacionalmente contraídas; en particular, se subraya la necesidad de que operen reajustes de las tasas de salario mínimo en función de los criterios vinculados con las necesidades de los trabajadores y de su familia, así como de que se corrija la ausencia de una consulta efectiva a las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores.⁴²

4.3 La llegada de la izquierda al Gobierno en 2005, los cambios y una readecuación de las normas y prácticas a los compromisos que formulan los Convenios internacionales

Apenas instalado el gobierno del Frente Amplio⁴³ que surgió de las urnas, se convocan nuevamente los Consejos de Salarios a través del dictado de un decreto del 7/3/2005. Se produce, de ese modo, la restauración del sistema histórico implementado por el ordenamiento jurídico vigente, dándose inicio a la **tercera etapa** de funcionamiento de los órganos salariales tripartitos.

Pero, además, existiendo actividades privadas no comprendidas por la ley de 1943, se conforma un espacio tripartito para dar cabida al trabajo rural, creándose un Consejo Tripartito Rural, con la finalidad de establecer criterios básicos para que funcionen Consejos de Salarios en el sector. Poco tiempo después se hará lo mismo para alcanzar al servicio doméstico.

En forma paralela, el Poder Ejecutivo también dicta otro Decreto (104/005) que genera una Mesa —en este caso, bipartita— para acordar, con los funcionarios públicos, un marco regulador de la negociación colectiva y la determinación de remuneraciones y condiciones de trabajo en el ámbito del Estado.

Una rápida observación del escenario, trasunta que simples actos de administración operan como disparadores de un nuevo escenario para las relaciones laborales en el país y, específicamente, para fijar los salarios mínimos de la totalidad de los sectores que componen la actividad laboral en el país. La dirección que se recorre se caracteriza por una apertura a la participación, el diálogo y la negociación entre los actores sociales y entre estos y el Estado.⁴⁴

Queda así planteado un compromiso explícito con la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de junio de 1998 y, particularmente, con los CIT 26, 99 y 131 relativos a la fijación de salarios mínimos, considerados incumplidos en las décadas anteriores. En esta materia, como nación ratificante de las normas internacionales, está obligada a establecer mecanismos de salarios mínimos aplicables a todos los grupos de asalariados, cuyas condiciones de empleo lo permitan, así como a consultar exhaustivamente a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas sobre su establecimiento, aplicación y modificación.

42 A título ejemplificativo, se indican: observación (CEACR) - adopción: 1991, publicación: 78.ª reunión CIT (1991); observación (CEACR) - adopción: 1997, publicación: 86.ª reunión CIT (1998); Observación (CEACR) - Adopción: 2003, Publicación: 92ª reunión CIT (2004).

43 Fuerza política uruguaya fundada como partido en 1971 y que se ubica en la izquierda del espectro político nacional.

44 El primer decreto de convocatoria a Consejos de Salarios dispone en sus Considerandos, que es firme intención del Gobierno garantizar la participación de los empresarios y las organizaciones sindicales en la determinación de las condiciones de trabajo y la fijación de salarios, así como fomentar la negociación colectiva en cuanto mecanismo adecuado para un desarrollo normal y equilibrado de las relaciones laborales.

4.4. Algunas características relevantes del régimen que se instaura

(1) La consulta a los interlocutores sociales

Se pone en funcionamiento el procedimiento de consulta y diálogo entre el gobierno y las organizaciones sindicales y organizaciones empresariales. Una primera manifestación de ello resulta de la convocatoria a:

- a) un **Consejo Superior Tripartito** en la actividad privada comprendida por la Ley 10.449 (en sentido estricto);
- b) un **Consejo Tripartito Rural** en el ámbito de las actividades de esta naturaleza (ampliando la esfera de aplicación de los mecanismos previstos en la ley);
- c) una **Mesa de Negociación Bipartita** en la Administración Pública.

La fuente de creación y puesta en funcionamiento de estos órganos es la de los propios decretos dictados por el P. E. El Consejo Superior Tripartito para los Consejos de Salarios generales, reconoce algunos antecedentes, en primer término, referidos a los distintos proyectos previos a la sanción de la ley de 1943, los que no se plasmaron en el texto vigente; en segundo lugar, a la experiencia de 1985. En esa oportunidad, funcionó un Consejo Superior de Salarios, como órgano "ad-hoc" e informal de alto nivel (como se comentara).

Para reeditar aquella experiencia, el decreto de 7/3/05 establece concretamente las atribuciones que deberá cumplir el Consejo Superior Tripartito:

- 1) analizar y resolver una reclasificación de los grupos de actividad en los que los Consejos funcionarían y sobre los conflictos que se planteen al respecto;
- 2) analizar y proyectar modificaciones a introducir en la Ley 10.449 de 1943.

Este Consejo Superior cuenta con 21 integrantes, y para integrarlo el P. E. convocó a las organizaciones más representativas de los empleadores y trabajadores. La realidad demostraba que existían más dificultades prácticas para conformar la representación del sector empleador en el Consejo Superior, que la del sector trabajador. A diferencia del año 1985 en el que se salía de la dictadura y el movimiento sindical había sido diezmando e inmovilizado, ahora los empresarios debían asimilar una obligación de negociar colectivamente, después de una década sin hacerlo o haberlo asumido en forma individual negociando en el ámbito de cada empresa.

Si bien inicialmente una veintena de organizaciones patronales se presentaron al MTSS reivindicando representatividad, este aplicó extensivamente los criterios subsidiarios de la Ley N.º 13.556 que determina, en casos de existir más de un sindicato, aquel que es legitimado para negociar colectivamente. Esos criterios son la antigüedad, continuidad e independencia y, sobre esa base, el Gobierno selecciona a 14 organizaciones empresariales (entre las que se encontraban las Cámaras de Industrias, de Comercio y Servicios, de Productos del País, de la Construcción, del Transporte, de la Industria Frigorífica, de Armadores y de Industrias Pesqueras, CAMBADU, ANMYPE, Asociación de los Medios de Comunicación y Prensa y Asociaciones del sector Turismo). Contra todas las previsiones iniciales, en un plazo muy breve, la representación empleadora se compacta y conforma su delegación con 6 representantes titulares y 7 alternos, a través de acuerdos internos, dando una respuesta responsable a la nueva realidad. El PIT-CNT, única central sindical, asume sin dificultades la representación del sector trabajador, participando con 6 delegados titulares. Por su parte, el Ministerio de Trabajo se presenta con 9 delegados, integrantes en su inmensa mayoría de la DINATRA.

En cuanto al Consejo Tripartito Rural, las competencias son más genéricas y amplias, por cuanto al no estar previsto este sector en la Ley 10.449, ni existir experiencias de negociación

tripartita previas, debió cometérsele la función de determinar y fijar los criterios básicos para la instalación y funcionamiento inmediato de Consejos de Salarios en el trabajo rural.

(2) La clasificación de grupos

La estructura negociada es estructurada a través de un proceso de descentralización de niveles, que obliga a negociar por rama o grupos de actividad. En el sector privado, el Gobierno anuncia su propósito de que esa negociación transcurra en ámbitos de mayor concentración incluso que los que existían en 1985; de allí la convocatoria a reformular una nueva clasificación del Decreto 178/985.

El proyecto gubernamental propicia a reducir los 48 grupos existentes en la etapa anterior a un máximo de 16 grupos (o, eventualmente, 17 grupos si se incluía al servicio doméstico en su ámbito). Esta política responde a un principio de realidad, vinculado con la ausencia de una infraestructura adecuada (edilicia, principalmente), así como con poco personal técnico con preparación, en la medida que el núcleo de funcionarios fue reduciéndose a lo largo de los años.

La resistencia inicial que oponen los empleadores a la propuesta gubernamental no solo respondió consideraciones ideológicas y estratégicas, sino que fue el producto de una realidad histórica de atomización de las grandes cámaras empresariales, así como de reacción frente al peligro de no ver contempladas las asimetrías y especificidades existentes entre unidades productivas que serían obligadas a compartir un mismo grupo de actividad y competir entre sí en este terreno, además de hacerlo en el mercado. Por otra parte, la clasificación de grupos del proyecto gubernamental, si bien responde a una matriz basada en criterios económicos, en realidad resulta ambigua y poco clara para el sector empresarial.

Sin embargo, también en este caso, el Consejo Superior constituyó un espacio fértil para negociar, lo que aparejó una rápida coincidencia del PIT-CNT con la propuesta clasificatoria que realizara el Gobierno y la elaboración de una contrapropuesta empresarial basada en la creación de 29 grupos. Los debates son arduos, pero finalmente el 16/4/05 se celebró un acuerdo para estructurar 20 grupos de actividad, previo a un reacomodamiento interno negociado de diversos sectores y al aporte arbitrado por la DINATRA sobre muy pocas situaciones concretas.

Este acuerdo consensuado es el instrumento que recoge el Poder Ejecutivo para dar contenido al decreto del 19/5/05 sobre determinación de los grupos de Consejos de Salarios finalmente convocados. Pero simétricamente a la centralización de los ámbitos negociales en menos de la mitad de los grupos existentes desde 1985, es mantenida la diversificación para negociar salarios a través de un número significativo de subgrupos especificados en el Acta de Acuerdo del Consejo Superior Tripartito.

A este respecto, es procedente señalar dos aspectos complementarios.

En primer lugar, las partes han convenido que la determinación de subgrupos no es taxativa, de modo que cada Consejo tiene facultades para crear nuevos ámbitos sectoriales al interior de la unidad central de negociación. Esto le da dinamismo a la negociación, asegurando abarcar ámbitos disímiles o diferenciados de actividad, así como la participación de sectores empresariales y sindicales con representaciones propias. Al mismo tiempo, el acuerdo determina que la fusión o eliminación de los subgrupos acordados únicamente podrá ser considerada por el Consejo Superior Tripartito, el que resolverá por consenso, reservándose la decisión final al P. E. en caso de no lograrse este último.

En segundo lugar, tal como ocurriera en el pasado, la mayoría de los Consejos actúan por subgrupos, pero sin ajustarse a lo previsto por la Ley 10.449 que estipula que el cometido de estos últimos es el de estudiar o investigar determinados problemas concretos, con carácter meramente informativo (art. 11); por el contrario, en los subgrupos transcurren todas las etapas de discusión y negociación de la mayor parte de los acuerdos, los que luego deben ser aprobados (en general, "a tapas cerradas") por el Consejo *madre* o principal. Impera nuevamente en la práctica el realismo impuesto por la amplitud de los temas planteados en las negociaciones y por la existencia de realidades internas muy diferentes en cada sector.

En cuanto al Consejo Tripartito Rural, dicho ámbito superior de consulta y negociación también se plasmó en una decisión unánime acordada tripartitamente, por la que se propicia su mantenimiento y la instalación de Consejos de Salarios en 3 Grupos de actividades: ganadería y agricultura; forestación; viñedos, fruticultura, horticultura, floricultura, criaderos, apicultura y otras actividades no incluidas en el grupo anterior, y forestación. La clasificación acordada también es recogida por el decreto del P. E., con la reserva de que se podrán incorporar en el futuro nuevas ramas y giros de actividad en los grupos creados, o transferirlas de grupo.

Además, la norma dispone el funcionamiento del Consejo Tripartito Rural, con carácter consultivo, y para cumplir los siguientes cometidos:

- a) debatir y acordar una política laboral para el sector agropecuario sobre:
 - determinación y fijación del salario mínimo nacional;
 - condiciones de trabajo;
 - pautas de relacionamiento entre las organizaciones sindicales y empresariales;
 - garantías para asegurar el ejercicio efectivo ejercicio de los derechos de sindicalización y negociación colectiva;
 - políticas de formación profesional y generación de trabajo;
 - pautas que aseguren la no discriminación;
- b) de seguimiento de las actividades de los Consejos y Subconsejos de Salarios del sector;
- c) estudiar una posible reestructura de los grupos de actividades agropecuarias partiendo de su integración a cadenas productivas.

(3) La integración de los Consejos de Salarios

De acuerdo con el modelo legal, la estructura tripartita de los Consejos de Salarios se conforma con 3 representantes del P. E. y 4 de los interlocutores sociales (2 por los trabajadores y 2 por los empleadores). Tampoco en la nueva instalación de los órganos tripartitos se realizaron las elecciones previstas por la Ley 10.449 para designar los representantes de los sectores profesionales. Fundándolo en lo previsto por el art. 8 de la norma, el P. E. recurre al expediente de la designación directa de los delegados a partir de nóminas presentadas por las organizaciones representativas. Asimismo, se observa que en ningún momento se procede a controlar los requisitos personales que, de acuerdo con el texto legal, resultan exigibles para reunir la calidad de delegado ante los Consejos (edad mínima de 23 años, ciudadanía natural o legal y antigüedad en la actividad, entre otros). Debe señalarse, no obstante, que en los hechos ninguna de estas circunstancias mereció objeciones públicas de parte de los interlocutores. Esto traduce, en los hechos, el grado de conformidad y convalidación tácita de los actores que hemos mencionado, primando la ventaja comparativa que implica su participación en los procesos de decisión de políticas que involucran y afectan los intereses directos de los grupos sociales.

(4) Las competencias de los Consejos de Salarios y el intervencionismo estatal

Una primera atribución y, por su naturaleza, la más importante, es la fijación de salarios mínimos por categorías en cada sector o grupo de actividad.

Apenas puesto en funcionamiento el mecanismo tripartito, los integrantes de los Consejos de Salarios fueron instruidos sobre pautas económicas para orientar la negociación salarial y fijar salarios mínimos por categorías. Les corresponde al Ministerio de Trabajo y al Ministerio de Economía y Finanzas (en particular, a través de la Asesoría Macroeconómica) instrumentar algunos criterios definidos como generales, para ir orientando la discusión de las partes y al Gobierno en los Consejos de Salarios.

El dilema de las autoridades se centra en la necesidad de que la política salarial y

la macroeconómica sean consistentes, teniendo en cuenta que, entre 2001 y 2004, los salarios reales cayeron más de un 20 %, lo que es objeto de una fuerte reivindicación por el movimiento sindical, generándose un debate acerca de cómo procesar la recuperación del poder adquisitivo.

Esas orientaciones cuantifican un valor *piso* del que debe partirse en la negociación, dejando un margen acotado para la *libre* negociación entre las partes. Y, por último, el instructivo prevé una recuperación salarial considerándose solo el periodo de los últimos 12 meses, de forma tal que comparado el salario vigente al 30/6/05 con el abonado el 1/7/04, deberá mantenerse el valor representativo de este aplicando el IPC del periodo. Ello implicará un incremento del IPC para quien no recibió aumentos en el año, o la prorrata, si el aumento percibido hubiese sido inferior al IPC.

De acuerdo a estas pautas, claramente se anuncia que habrá recuperación salarial —a valores alcanzados a comienzos de la década de los 90, cuando dejaron de convocarse los Consejos—, pero que ese proceso será progresivo. Para recuperar y mantener el valor real del salario, se adelanta la inflación futura, a partir de distintas opciones técnicas para su previsión, las que podrán ser negociadas en cada grupo. Y se agrega un porcentaje, también negociable, de incremento real del poder de compra, determinado en una banda que oscila entre un 2 % y un 4 % anual.

La segunda función importante de los Consejos de Salarios es la formulación de categorías, convertida en una ardua labor desde que exige tanto la descripción de cargos, funciones y tareas, como el establecimiento de pautas de calificación profesional y requerimientos mínimos para acceder a determinadas categorías. No obstante, en la práctica, las urgencias iniciales obligarán a seguir un proceso opuesto al previsto por la ley de Consejos de Salarios. Se procede a fijar, en primera instancia, los salarios mínimos y los porcentajes de incremento de las remuneraciones, postergándose para posteriores rondas de negociación, la revisión y formulación de categorías, pese a reconocerse que muchas han desaparecido, han sido sustituidas o han quedado ampliamente desvirtuadas por la organización del trabajo contemporánea, fruto de reconversiones estructurales, innovaciones tecnológicas, tercerizaciones y potenciación de nuevas actividades.

Los Consejos están también facultados para decretar inspecciones de contabilidad, bajo determinadas garantías, pudiendo asimismo visitar y examinar los establecimientos y citar a declarar a empleadores y trabajadores, en la medida que resulte conveniente o necesario. Se trata de competencias accesorias, para facilitar el acceso a información fidedigna, al tiempo de combatir la informalidad y los pagos en negro que desestructuran la economía y afectan las metas fiscales. El ejercicio de estas facultades, sin embargo, muestra grados muy poco significativos de aplicación.

5. Rondas sucesivas de negociación en los Consejos de Salarios

A partir de esta restauración del funcionamiento de los Consejos de Salarios, se sucedieron varias rondas negociales para determinar salarios mínimos por categorías en los diferentes grupos económicos de actividad.

Destacaremos una breve reseña de comentarios sobre los principales aspectos vinculados con el salario y su fijación en el sector privado.

Con relación a la **Segunda Ronda** de Consejos de Salarios, que tuvo lugar entre julio de 2006 y 2008, se señala que: "Aunque originalmente un número importante de grupos acordaron convenios que tenían un año y medio de duración, éstos se prorrogaron por un semestre más siguiendo las mismas condiciones anteriores. Uno de los objetivos del Poder Ejecutivo para esta segunda ronda fue la de extender la duración de los acuerdos. Las pautas presentadas propusieron ajustes semestrales de menor entidad que los de la primera ronda. Los ajustes propuestos, al igual que en el período anterior, estaban basados en la inflación esperada, en correctivos de inflación y en

rangos de recuperación que iban de 3.5% a 5.5% en el total del convenio, con ajustes decrecientes en el tiempo”.⁴⁵

Para la **Tercera Ronda**, el P. E. presentó su propuesta de lineamientos el 05/06/2008 y según recoge la prensa de la época: “La novedad más importante de la reunión fue la flexibilización para concretar acuerdos, que amplía los elementos de negociación entre las partes. La propuesta fue que podría haber dos tipos de acuerdo salarial; uno como se venía haciendo hasta ahora con ajustes semestrales y con valor de dos años y el otro modo sería un acuerdo con valor por dos años y medio con un ajuste semestral y dos ajustes anuales”. “...el factor común de las dos fórmulas es que se abandonan los 'correctivos' que hasta ahora se aplicaban al fin de cada semestre debido a la inflación, conocidos como 'cláusula gatillo', y que recién se aplicarían al final del convenio de dos años (o al año y medio en la alternativa de 30 meses). Esto permite que el sueldo no se modifique enseguida si la inflación se dispara.”⁴⁶

El P. E., en un informe producido para la **Cuarta Ronda** de Consejos de Salarios, da cuenta que: “Los ajustes salariales se han caracterizado por conformarse únicamente por ajustes fijos; estos componentes se refieren a los ajustes por inflación, correctivos por inflación y ajustes reales fijos negociados en los convenios. Recién en la Cuarta Ronda, aparece dentro de los lineamientos del Poder Ejecutivo una primera aproximación a la incorporación de ajustes variables como un componente más de los ajustes salariales” (p. ej.; la mediana de las expectativas de crecimiento del PIB, descontado la mediana de expectativas de crecimiento del empleo según las expectativas del BCU).⁴⁷

Entre 2012 y 2013, se lleva a cabo la **Quinta Ronda** de Consejos de Salarios y el MTSS informa que negociaron 188 mesas y 183 convenios cerraron la negociación de forma tripartita (trabajadores, empresarios y P. E.), mientras que 5 optaron por realizar un acuerdo bipartito, es decir, sin participación del P. E. El balance resultante indica que; “[...] se procesó la información de 183 convenios tripartitos, lo cual involucró a 834.747 trabajadores, donde 704.051 son trabajadores formales (aportan a alguna caja de seguridad social) y 130.716 trabajadores informales (no realizan ningún tipo de aporte a alguna caja de seguridad social). Acorde con los lineamientos del Poder Ejecutivo, los convenios aumentaron notoriamente su duración, y la inmensa mayoría se establecieron por un período de tres años y más, lo cual refleja la estabilidad percibida por los sectores respecto a su propia actividad y el contexto macroeconómico. En línea con esto también cabe destacar la importante aceptación del lineamiento orientado a la desindexación de los salarios —por medio de una cláusula específica y/o ajustes anuales—, lo cual es una garantía para todas las partes en cuanto a la no afectación en la estabilidad alcanzada que pudiesen derivarse de vaivenes coyunturales. Se aprecia una política de mejora de los salarios más sumergidos a nivel general, lo cual es aplicado mediante la herramienta de los ajustes diferenciales que fueron ampliamente utilizados en esta ronda”.⁴⁸

Una evaluación del P. E. sobre la **Sexta Ronda** de Consejos de Salarios subraya que, a diciembre de 2017, el salario mínimo nacional se ubica en el nivel más alto desde el retorno de la democracia. Asimismo, en cuanto al ajuste general de los salarios se tiene en cuenta que: “[...] a pesar de la mejora de un conjunto de indicadores económicos, en particular la recuperación del crecimiento de la economía y la baja de la inflación, el mercado laboral se ha deteriorado en relación a la situación existente en la ronda salarial de 2015 (si bien presenta buenos niveles en términos históricos). La tasa de empleo cayó y la de desempleo aumentó, en particular entre los trabajadores menos calificados”.⁴⁹

Por efecto de este cuadro de la realidad, se produce una variación de los lineamientos del P. E. para la **Séptima Ronda** de Consejos de Salarios, procurándose atender en forma prioritaria,

45 Cukerman, m., MOURELLE, J. y TISNÉS, E., “Consejos de Salarios y su utilidad como instrumento de proyección”, Documento de trabajo Banco Central del Uruguay N.º 006 - 2017.

46 <https://www.montevideo.com.uy/Noticias/ULTIMA-RONDA-DE-CONSEJOS-DE-SALARIO-uc63313> (Portal Montevideo).

47 <https://www.mtss.gub.uy/documents/11515/aa76847c-0b88-4c2d-acde-cc3ee6048a2a>.

48 <https://www.mtss.gub.uy/documents/11515/59add4c5-f7d4-45ca-b79a-6d747e50fc35>.

49 <https://www.mtss.gub.uy/documents/11515/f451612b-7957-418c-805d-9bcc9a84a909>.

equilibrada y balanceada los siguientes objetivos: mejorar los niveles de empleo, reduciendo la tasa de desempleo; compatibilizar el crecimiento del salario real con la necesidad de crear puestos de trabajo, de forma que la masa salarial acompañe el crecimiento del PIB; promover aumentos salariales diferenciales, atendiendo la situación de los trabajadores con ingresos más bajos así como la realidad de cada uno de los sectores; proteger las mejoras salariales obtenidas en los últimos 13 años, asegurando el mantenimiento del salario real; continuar promoviendo la negociación colectiva en diversos aspectos sustanciales para las empresas y los trabajadores, entre ellos, la Cultura del Trabajo para el Desarrollo, la capacitación, las condiciones de trabajo y de salud, la productividad, el acceso a nuevos derechos y el cumplimiento de obligaciones por todas las partes. Tales pautas se centran en estas recomendaciones: (a) lograr acuerdos a 24 o 30 meses con ajustes semestrales (o anuales por acuerdo de partes), determinándose porcentajes diferenciados según se trate de sectores en problemas, sectores medios o sectores dinámicos; (b) determinar aumentos adicionales para salarios bajos (trabajadores que perciban hasta 25 % por encima del SMN), del orden del 1 %, 2 % y 2,5 % según el tipo de sector; (c) admitir un correctivo a los 18 meses de vigencia de los convenios, si corresponde, de un ajuste salarial (en más) por la diferencia entre la inflación acumulada durante dicho período y los ajustes salariales otorgados en este, de forma de asegurar que no haya pérdida del salario real; (d) convalidar que se pacte una salvaguarda (si a los 12 meses de vigencia del convenio, la inflación superara el 8,5 %, podrá convocarse al Consejo de Salarios respectivo. En ese ámbito, las partes sociales podrán acordar adelantar la aplicación del correctivo por inflación previsto, lo que será acompañado por el P. E. (e) además, que se acuerde un correctivo aplicable al final del convenio, si corresponde, consistente en un ajuste salarial adicional (en más) por la diferencia entre la inflación observada durante la vigencia del convenio y los ajustes salariales otorgados en este, de forma de asegurar que no haya pérdida de salario real; (f) también procede una cláusula gatillo si la inflación medida en años móviles (últimos 12 meses) superara el 12 %, aplicándose al mes siguiente un ajuste salarial adicional por la diferencia entre la inflación acumulada en el año móvil y los ajustes salariales otorgados en dicho período, de forma de asegurar que no haya pérdida de salario real. En caso de aplicarse la cláusula gatillo, la medición de la inflación de referencia a efectos de determinar una nueva aplicación de esta será la inflación acumulada a partir de ese momento. Una vez transcurrido un año desde la aplicación de la cláusula, la referencia será la inflación medida en años móviles. Paralelamente, se fijan los montos del SMN a regir a futuro, con incrementos del 11,7 % en enero de 2019, 4,33 % en julio de 2019 y 4,15 % en enero de 2020.⁵⁰

6. Las reformas de fondo: creación de un sistema de negociación colectiva y la fijación de los salarios mínimos

6.1. Importancia de regular un sistema de negociación colectiva

A partir de 2005, se realizaron diversos intentos por generar, a través del diálogo social, una puesta al día en el modelo de relaciones laborales.

En un modelo que, como el uruguayo, ha visto prevalecer históricamente una cuasi inexistencia de normas sustantivas que regulen los distintos institutos de las relaciones colectivas de trabajo, sin duda, constituía una disyuntiva políticamente difícil encarar la adopción de normas en esta materia. El Consejo Superior Tripartito, creado con el fin de actualizar la ley de 1943 —entre otras atribuciones—, no estuvo a la altura de las circunstancias para alcanzar este cometido y muy poco se progresó entre los representantes de los tres actores que formaban parte de este.

Fue entonces que el P. E., con la participación activa del MTSS, asumió el desafío y generó un conjunto significativo de normas laborales, algunas de las cuales transitaron la vía parlamentaria, aprobándose leyes de puntual repercusión en el derecho colectivo hasta entonces vigente en el país. Por señalar solo dos de ellas, en primer lugar se aprobó la Ley N.º 17.940 sobre normas para la

⁵⁰ <https://www.mtss.gub.uy/documents/11515/32b88eea-2373-459a-8cf6-526e75972f45>.

protección de la libertad sindical (2006) y la Ley N.º 18.566 sobre normas que crean un sistema de negociación colectiva (2009).⁵¹

Interesa subrayar la finalidad perseguida por esta última ley, para lo cual transcribiremos declaraciones del entonces ministro de Trabajo, Eduardo Bonomi⁵²: “creo que lo que realmente se necesita es un sistema nacional de negociación que combine la fijación del Salario Mínimo Nacional en consulta con las partes, el Consejo de Salarios, donde se fija el salario mínimo por categoría en cada rama de actividad, y un tercer piso que establezca la negociación por empresa, con la ley de negociación colectiva como marco. Entiendo que ese sistema nacional de negociación deberá articular esos tres aspectos e institucionalizar un ámbito donde se pueda atender la prevención de conflictos. La negociación por empresa dará un mayor dinamismo a los acuerdos y dará mayores posibilidades como, por ejemplo, la de aumentar el salario por productividad, por planes de producción o por resultado de cada sector. Si alcanzamos ese sistema, significará un salto hacia adelante en lo que refiere a negociación colectiva”.

Esa es la esencia de ley comentada, a la que se opusieron férreamente las organizaciones de empleadores, presentando una queja ante la OIT contra el proyecto del P. E., antes de sancionarse la norma legal, lo que generó un enfrentamiento de conceptos que hasta el presente se mantiene sin zanjar.⁵³

6.2 La nueva estructura de la negociación de salarios mínimos

La Ley N.º 18.566 prevé una estructura piramidal del sistema de negociación colectiva en el país, que queda estructurado en tres niveles básicos:

- a) un nivel macro de diálogo y negociación en la cúspide (Consejo Superior Tripartito);
- b) un nivel intermedio, de negociaciones múltiples por ramas o sectores de actividad (indistintamente, en los Consejos de Salarios o a través de negociaciones bilaterales en aquellos niveles sectoriales), y
- c) un nivel micro, que básicamente contempla la negociación en la empresa.

En consecuencia, es en el plano intermedio que se ubican las dos vertientes con facultades para fijar los salarios mínimos, así como se regulan los procedimientos, los sujetos habilitados para negociar, los instrumentos (sus requisitos, alcances y efectos) y formalidades que deben observarse en este proceso.

Hemos tenido ocasión de describir el sistema creado por la ley, expresando lo que sigue.

En cuanto al proceso que se desenvuelve en el contexto de los grupos económicos o de actividad de los Consejos de Salarios, se mantienen las principales características que preveía la Ley N.º 10.449 que los creara. No obstante, la nueva ley introduce modificaciones sustanciales al régimen originario, en aspectos considerados necesarios para su actualización y la flexibilización de su funcionamiento. Con referencia a la integración y designación de los delegados sectoriales, se elimina el mecanismo de la elección directa por voto secreto que instauraba la anterior ley de 1943. En efecto, el art. 13 de la ley que se comenta estipula que el Poder Ejecutivo designará los delegados de los trabajadores y empleadores “en consulta con las organizaciones más representativas de los respectivos grupos de actividad”. La norma prevé un mecanismo subsidiario para aquellos grupos en los que no existe una organización suficientemente representativa; en tal caso la designación del Poder Ejecutivo recaerá en representantes que le sean propuestos por las organizaciones que

51 No menos importante resulta la Ley N.º 18.508 sobre negociación colectiva en el sector público (2009), esta sí resultado de un acuerdo concertado entre el Gobierno y la organización sindical que representa a los funcionarios del Estado. Lamentablemente, en nuestra opinión, el desenvolvimiento ulterior del relacionamiento —fundamentalmente negocial— entre ambas partes, ha frustrado las expectativas abiertas por aquel entendimiento primigenio.

52 Verdades en el diario *La República* en su edición del 2 de enero de 2007.

53 Este tópico es objeto de análisis en el capítulo correspondiente al análisis del CIT N.º 98 sobre protección de la libertad sindical y negociación colectiva.

integren el Consejo Superior Tripartito, o a través de mecanismos de elección que este órgano proponga.

En cuanto a la convocatoria de los Consejos de Salarios, el Estado deja de tener la discrecionalidad atribuida a la anterior ley de 1943, ya que la norma que comentamos distingue expresamente dos posibles situaciones. La primera consiste en el llamamiento voluntario, que continúa siendo una iniciativa del Poder Ejecutivo (el que opera de oficio y en cualquier época); la segunda dispone la preceptividad de aquel para convocar al órgano tripartito si mediare solicitud de organizaciones representativas del sector de actividad correspondiente, debiendo hacerlo dentro de un plazo de 15 días contados a partir de la solicitud. No obstante, mientras esté vigente un convenio colectivo celebrado entre las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores de la actividad o sector, dicha convocatoria no es considerada necesaria por la ley (art. 12).

También se regulan las materias que han de ser objeto de negociación y resolución en estos ámbitos, limitándose a fijar los salarios mínimos por categorías laborales (cometido originario que prevé la ley N.º 10.449), así como la actualización de las remuneraciones de todos los trabajadores de la actividad privada (función agregada por el art. 12 de la ley, más allá de que se trate de una práctica reiterada en el pasado). Asimismo, por imperio de la norma originaria de 1943, subsiste la competencia de decretar inspecciones de contabilidad, visitar y examinar los establecimientos comerciales e industriales y citar a declarar a patronos, empleados y obreros (art. 13); también la de actuar como organismo de conciliación en los conflictos del grupo para el que fueron constituidos (art. 20). Otra facultad asignada a estos órganos proviene de la Ley N.º 17.940 de 2 de enero de 2006, que faculta a los Consejos de Salarios a reglamentar la licencia sindical reconocida como facilidad para el desarrollo de la actividad gremial a delegados y representantes de los trabajadores (art. 4).

La nueva normativa incorpora en forma expresa una limitación del elenco de materias para cuya regulación son competentes los Consejos de Salarios. En efecto, solo se admite que por acuerdo colectivo bilateral de los sectores sociales, sean concertadas las condiciones de trabajo con efecto extensivo para todo el grupo o rama de actividad (conforme se analizará infra).

Corresponde señalar que se mantienen vigentes los procedimientos previstos por la ley de 1943 en cuanto refiere a que las decisiones de los Consejos de Salarios se adoptarán por mayoría simple, y que para efectuarse una votación sobre salarios ha de mediar una anticipación de 48 horas desde la inclusión de la propuesta en el orden del día de la sesión, salvo unanimidad de las partes en sentido contrario (art. 14 de aquella norma).⁵⁴

Por último, es atribuido por la ley el efecto *erga omnes* de las decisiones de los Consejos de Salarios dentro de su respectivo grupo de actividad, con sujeción a las únicas formalidades de su registro y publicación por parte del Poder Ejecutivo (art. 12), lo que ha llevado a concluir a un importante sector doctrinario que "ha desaparecido (o al menos permanecerá inaplicado), el instituto de la homologación de los laudos previsto por la Ley N.º 10.449, y cuyo objeto era, precisamente, el de la extensión de su ámbito aplicativo frente a terceros."⁵⁵

La segunda vertiente negocial corresponde a los niveles intermedios por sector de actividad o cadenas productivas y es la que tiene lugar bajo la forma de una negociación colectiva típica, es decir bilateral, autónoma y no institucionalizada (como ocurre con los Consejos de Salarios).

A su respecto, la ley también incorpora otro cambio importante al régimen vigente con anterioridad a su sanción. "Sus previsiones consagran el alcance *erga omnes* de los convenios colectivos celebrados a nivel de rama o cadenas productivas (lo que es contemplado también para los

54 Resulta interesante señalar que en las últimas rondas, cuando los acuerdos salariales sobrepasan los lineamientos del P. E., las decisiones se toman por mayorías de votos de los actores sociales. Y, curiosamente, los delegados gubernamentales dejan asentado en el acta final, posturas como la siguiente: "En este estado se somete a votación la propuesta presentada conjuntamente por el sector empleador y el sector trabajador la cual es votada en forma afirmativa por ambos sectores. La delegación del Poder Ejecutivo más allá de entender que el presente acuerdo constituye un logro alcanzado luego de una profusa negociación de carácter tripartito orientado por un objetivo de importancia general, se abstiene de votar afirmativamente por exceder los lineamientos del Poder Ejecutivo formulados para la presente ronda del Consejo de Salarios" (Grupo N.º 13 "Transporte y Almacenamiento", 02.01.2019).

55 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, ed. FCU, 2010.

convenios por sectores de actividad), siempre que hayan sido celebrados por la organizaciones profesionales de trabajadores y de empleadores más representativas. 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 jurídica formal de que el convenio sea registrado y publicado por el Poder Ejecutivo (art. 16). Ello extiende la aplicación no solo de los salarios mínimos, categorías laborales, actualización de remuneraciones y reglamentación de la licencia sindical, sino también de la regulación de las condiciones de trabajo en los términos que vienen de explicarse, cuya observancia resulta de ese modo preceptiva: (a) del lado empleador, a las empresas pertenecientes a la organización pactante, a las afiliadas a otras organizaciones de menor representatividad (que no hubieren acordado con aquella una negociación unitaria) y a las empresas no afiliadas a ninguna organización profesional de empleadores; (b) del lado trabajador, a los trabajadores afiliados a la organización celebrante del convenio, a los afiliados a otros sindicatos de menor representatividad (siempre que no hubieren acordado entre ellos negociar en forma conjunta) y a los trabajadores no afiliados a ningún sindicato.⁵⁶

7. El logro de una armonía adecuada entre las normas internacionales y el ordenamiento interno para la fijación de salarios mínimos

7.1. Restablecimiento de la observancia de los Convenios Internacionales ratificados y las opciones de cara al futuro cercano

La evolución del proceso ha llevado que al presente se verifique una sintonía entre las previsiones de los Convenios Internacionales ratificados por el país y la legislación nacional aprobada.⁵⁷ Entendemos que también existe conformidad en el funcionamiento de los regímenes de fijación de los salarios mínimos que se aplican en la práctica.

En la etapa de culminación de la última negociación sectorial de salarios para la actividad privada, el actual ministro de Trabajo, Ernesto Murro, hizo un balance, informando que en esta ronda de Consejos de Salarios, en un 94 % de grupos cerrados (es decir, 203 en un total de 230 ámbitos que aun negociaban), los acuerdos fueron alcanzados por consenso de los actores sociales, y que un 35 % lo hicieron con valores salariales superiores a los indicados por el P.E. En palabras del Ministro, “esto ha permitido que el salario aumente durante 14 años consecutivos y alcance un 55,5 % por encima de los precios, algo que no había sucedido en la historia del país”.

Más recientemente, el secretario de Estado, al disertar en el paraninfo de la Universidad de la República, destacó una frase sugestiva, a la vez que indicativa, de un punto de vista valorativo trascendente: “Menos negociación colectiva y derechos no garantiza mayor empleo”.⁵⁸

No por ello se han acallado las críticas al sistema, en particular dentro de las filas del empresariado y sus organizaciones profesionales, que postulan que la negociación colectiva, incluida la salarial, sea de libre elección.⁵⁹ Y privilegian la negociación por empresa, como ámbito más apropiado por ser aquel que empleador y trabajadores conocen la realidad concreta que enfrenta cada unidad productiva. Una dirección que han seguido diferentes países que incorporaron reformas laborales en los últimos años (como paradigmáticamente lo demuestran España —a partir de 2012— y Brasil —con las normas instauradas desde 2016—).

La realidad nacional se encuentra en un proceso electoral muy próximo y por ello no resulta llamativo que existan debates sobre los temas salariales, en tanto forman parte de las propuestas vinculadas con el manejo de la economía nacional.

56 Ibidem.

57 Más allá de algunas disonancias que, en opinión de la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT, ameritan una reformulación de algunas regulaciones de la Ley N.º 18.566.

58 Jornada Académica En el centenario de la OIT: el Futuro del Trabajo. Análisis y Comentarios al Informe de la Comisión Mundial “Trabajar para un futuro más prometedor”, Montevideo, 15 de marzo de 2019, Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la UDELAR y CINTERFOR-OIT.

59 Así lo señalan en la queja promovida ante la OIT, según consignáramos en este análisis.

Por ese motivo, se han hecho públicas visiones contundentemente enfrentadas al modelo de negociación colectiva e, incluso, se ha llegado a estigmatizar la fijación de salarios mínimos. En esa dirección, se ha expresado que: “Hay dos cosas que tenemos que volver a discutir. Una es volver a eliminar los Consejos de Salarios, solo son queridos por los negociadores y los sindicalistas, pero en definitiva los Consejos de Salarios para aquella persona que perdió su trabajo le ponen una barrera tan alta que no logra recomponer su vida laboral”. “Segundo —agregó— eliminar el SMN. Toda esa gente que ha quedado sin trabajo en algún momento podría trabajar si no tuviéramos un SMN, si no hubiese un decreto firmado por la burocracia del sector público que dice que los salarios tienen que ser más altos de tanto o cuánto”.⁶⁰

Otros sectores políticos, en cambio, matizan esta opinión radical; uno de los precandidatos presidenciales para las próximas elecciones entiende que: “Para que subsistan los Consejos de Salarios hay que hacerle adecuaciones, no lo digo yo. Hoy hay sindicalistas modernos, que están viendo la jugada, que lo saben”. “Mantener Consejos de Salarios en igualdad de condiciones geográficas no parece muy lógico; no es lo mismo trabajar en un supermercado en la costa de Montevideo, que en Santa Catalina; no es lo mismo participar en un emprendimiento de una empresa que le está yendo bien o un rubro que no le está yendo bien; no es lo mismo justo una empresa puntual en un lugar del país que otra cosa. Hay que establecer un mecanismo que sea realmente tripartito[...]. fallar a favor del obrero, que es la parte más débil, pero también terminar con esa política de conflicto. Tenemos que ir a la política de cooperación.”^{61 62}

7.2. Nuestra valoración

Hemos expresado nuestra opinión al valorar la experiencia signada por alternancias sucesivas de funcionamiento y conculcación de los Consejos de Salarios a lo largo de más de siete décadas y media, que recogemos para anotar las siguientes ideas.

1. Los Consejos de Salarios constituyen un mecanismo de reafirmación conceptual y práctica del tripartismo como expresión de principio, susceptible de dar cabida y promover la participación de todos los intereses involucrados en el seno del conglomerado social.
2. No puede perderse de vista que el ejercicio de los cometidos asignados por la ley a estos órganos tripartitos excede incluso la mera consulta o el asesoramiento, ya que se trata de órganos de formación de decisiones, a través de la formulación de laudos que son aprobados y extendidos a terceros (antes, por un acto administrativo del Poder Ejecutivo; bajo la ley vigente, sin requerirse acto administrativo alguno y resultando suficiente la pactación colectiva por las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores o la decisión adoptada por mayoría en el seno de cada Consejo).
3. Han demostrado constituir mecanismos de efectos redistributivos no solo en el corto, sino también en el largo plazo. Los Consejos de Salarios resultaron altamente beneficiosos, al promover un mecanismo de fijación de retribuciones mínimas que los empleadores no podían abatir. De ese modo, fue posible contemplar las necesidades de aquellos sectores de actividad con escasa o nula presencia sindical, incapaces de obtener un mejoramiento

60 Ec. Gustavo Licandro, Exsubsecretario del Ministerio de Economía y Finanzas del último gobierno nacionalista (1990-1995), disertando en desayuno de trabajo de la Asociación de Dirigentes de Marketing, febrero de 2019.

61 Declaraciones del Dr. Luis Lacalle Pou en Soriano en el mes de febrero de 2019, recogidas por Montevideo Portal (<https://www.montevideo.com.uy/Noticias/Para-Lacalle-Pou-Consejos-de-Salarios-tienen-que-ir-hacia-un-modelo-de-cooperacion-uc711149>).

62 En similar sentido se han pronunciado otros precandidatos. Dentro del mismo Partido Nacional, quien lidera el sector Alianza Nacional, el Dr. Jorge Larrañaga, ha declarado que “la convicción de mantener la negociación colectiva ha sido manifestada públicamente y en nuestros documentos programáticos, y también en las reuniones que mantuvimos con el PIT-CNT y con las cámaras empresariales cuando fuimos con nuestro equipo” (*La Diaria*, 27 de febrero de 2019). En similar dirección se pronunció Juan Sartori: “Los Consejos de Salarios son un ámbito excelente para que los trabajadores, los empresarios y el Gobierno estén todos en el mismo barco”, aunque llamó a “cambiarles un poco el perfil” en el sentido que el Gobierno sea un “verdadero árbitro”, cosa que, según él, no ocurre en la actualidad (Montevideo Portal, 28 de febrero de 2019). Por su parte, en filas del Partido Colorado, el otrora presidente de la República en dos periodos, Dr. Julio María Sanguinetti, subrayó que está a favor de que ese mecanismo siga funcionando, y recordó que es “una construcción del batllismo”, ya que fue creado por la Ley 10.449, de 1943, durante la presidencia de Juan José de Amézaga (*La Diaria*, 28 de febrero de 2019).

de las condiciones de trabajo por medio de la negociación colectiva directa, tal como ha sido destacado con frecuencia respecto de la realidad del interior del Uruguay. Las prácticas tripartitas sirvieron incluso para superar los niveles establecidos por el salario mínimo nacional, el que progresivamente se fue transformando en un mero dato referencial, ya que las remuneraciones mínimas fijadas por categorías y por actividad, en términos generales, siempre han resultado sensiblemente superiores a aquel.

4. Es principalmente en el plano sustantivo donde ha quedado demostrada su idoneidad para la promoción de la negociación colectiva de la mayor parte de las regulaciones sobre condiciones de trabajo y calidad de vida de los trabajadores, que han surgido en el ámbito de la actividad privada (y luego pública) a lo largo de su evolución. La producción normativa constituye un corolario del funcionamiento de estos mecanismos negociales convertidos en uno de los factores determinantes del progreso y la superación de los estándares mínimos, de carácter imperativo, que surgen de la reglamentación heterónoma del trabajo.
5. Al mismo tiempo, han servido como fuente de inspiración para la actividad reglamentaria del Estado, a través del dictado de leyes, decretos y resoluciones administrativas que recogen y extienden, con carácter general, algunos de los beneficios decantados por las prácticas de negociación (tal como ha ocurrido, entre otros, con el sueldo anual complementario, el salario vacacional, la elevación de los recargos de las horas extras y la prima por nocturnidad). Esta realidad responde al fenómeno de desborde o deslizamiento de las facultades previstas en la ley respecto de los órganos tripartitos, que siempre trascendió el ámbito meramente jurídico formal, para convertirse en un mecanismo retroalimentador de la negociación colectiva, en términos cuantitativos y cualitativos. Como consecuencia de ello, debe afirmarse que la actividad negociada emanada de los Consejos de Salarios se fue transformando en una fuente material del proceso sociológico de generación de normas reglamentarias de las relaciones de trabajo, al tiempo que contribuyó positivamente a la organización productiva del país, dotándola de una gama de categorías y de descripciones de tareas, así como de pirámides salariales que, por su extensión a todas las empresas de cada grupo de actividad, propendieron a erradicar el *dumping social* y la competencia desleal fundados en los costos diferenciales de la mano de obra.
6. Paralelamente, la instrumentación de los ámbitos negociales tripartitos ha constituido una fuente generadora de prácticas y reglas de conducta implícitas en la dinámica del sistema de relaciones laborales uruguayo, cuya característica predominante es la de la desregulación en materia de procedimientos de índole colectivo. Entre sus principales manifestaciones, se destaca el arraigo de una cultura de negociación entre los interlocutores sociales, que en muchas circunstancias compensa la exacerbación del conflicto como medio de acción directa, facilitando el surgimiento de equilibrios sociológicos que impiden la disfuncionalidad del sistema.
7. Todo lo apuntado se complementa con la configuración de otra constante, representada por el cumplimiento y la observancia pacífica de los acuerdos colectivos alcanzados, en la medida que con el transcurso del tiempo no solo han proliferado compromisos obligacionales a través del establecimiento de cláusulas de paz en los propios convenios, sino que de las prácticas profesionales deriva un garantismo inmanente, aun al margen de los escasos aportes tutelares que proporciona el ordenamiento jurídico en la materia. La inclusión de un deber de paz por vía legal también constituye un avance, aun cuando debiera extenderse, con mayor claridad normativa, no solo a los asuntos pactados, sino a los que fueron negociados y finalmente transados en los convenios colectivos.⁶³
8. La temprana ratificación de los CIT N.º 26, 99 y 131 constituye un signo de madurez y

63 ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, "Los Consejos de Salarios y la experiencia de su desarrollo a partir del 2005", versión desgrabada del Curso de Actualización en Posgrados, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, 6 a 8 de junio de 2005.

compromiso del país con los fines y derechos fundamentales que promueve la OIT. Asimismo representa un desafío para alcanzar un desarrollo más equitativo, justo y protector del trabajo decente, que constituye un valor inherente a la condición humana. Precisamente, uno de sus componentes esenciales exige el acceso a un ingreso que asegure un nivel de vida adecuado y suficiente para proveer la satisfacción de las necesidades físicas, intelectuales y morales, de todos y cada uno de quienes formamos parte de la comunidad nacional. Por lo tanto, al Estado le compete regular, controlar y garantizar la observancia efectiva de este derecho fundamental.

CAPÍTULO II. TIEMPO DE TRABAJO

URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT N.º 1 Y 30 *

1. Introducción

La evolución del derecho del trabajo está ligada a la protección y promoción de la actividad del trabajador e históricamente sus tutelas en muchos casos se vinculan a la duración del tiempo de trabajo.

Desde el comienzo del industrialismo, la confrontación “capital/lucro - trabajo/salario” —esencia del conflicto entre empresa y trabajadores— tendrá uno de sus aspectos más relevantes en los diversos aspectos que vinculan el tiempo de labor con el contrato de trabajo. Esa vinculación entre tiempo de trabajo y salario, propia de las primeras reivindicaciones de la limitación de la jornada, está recordada en una vieja tonada inglesa que decía: “Eight hours to work, eight hours to rest, eight hours to sleep, eight shillings a day”, que mezcla cuatro ideas estrechamente ligadas entre sí: el trabajo limitado, el derecho al descanso y al sueño, la idea del salario a través de una paga, que en las primeras épocas estaba ligada al día de trabajo⁶⁴.

No debe extrañar que el tiempo de trabajo siga siendo uno de los temas centrales del conflicto laboral, porque en la mayoría de los casos las cuestiones sobre la duración de la prestación implican por un lado la tutela de los tiempos de descanso del trabajador y una mayor o menor solidez del salario, y por el otro un mayor o menor costo empresarial. Como expresa Bosch, el factor tiempo y el monto del salario son dos elementos que aparecen en toda vinculación de trabajo subordinado y tienen la particularidad de que ambos pueden cuantificarse. Esta característica determinará que gran parte de la construcción de la promoción y las tutelas del derecho del trabajo tenga como eje central estos dos elementos.⁶⁵

Debe también señalarse que el tiempo de trabajo (o su contracara representada por los *tiempos de descanso*) constituye en la esfera laboral uno de los objetos propios del sinalagma contractual: el empleador a cambio del pago del salario se apropia de la disponibilidad del tiempo del trabajador. El adagio anglosajón “time is money” se aplica íntegramente en el ámbito del contrato de trabajo.

La apropiación del tiempo de trabajo por parte del empleador a cambio del pago del salario está reconocida por De Ferrari, quien expresa: “Corrientemente se dice que la obligación principal del trabajador es suministrar la prestación del trabajo[...] Creemos sin embargo que la principal obligación del trabajador consiste en permanecer a la orden del patrono, siendo secundario que se preste o no el servicio convenido”⁶⁶. En otras palabras, el trabajador cumple con poner a disposición del empleador —a cambio de un salario— su tiempo de trabajo, *tiempo* que el empleador podrá utilizar o no para la prestación de las tareas convenidas. Lo fundamental es por lo tanto la apropiación del tiempo de trabajo por parte del patrono, cuya contracara es la puesta a disposición de ese tiempo por parte del trabajador y a favor de su contraparte.

Recuerda Bosch que en 1870 los trabajadores de la mayoría de los países industrializados

64 JAIME, Héctor, Prólogo a “El tiempo de trabajo - Jornada de trabajo y descansos”, San Cristóbal (Venezuela), 2011.

65 * Por Juan Raso Delgue BOSCH, Gerhard, ob. cit., p. 147.

66 DE FERRARI, Francisco, *Derecho del Trabajo*, Vol. I, 2.ª edición actualizada, Buenos Aires, 1968, p. 206.

tenían que trabajar un promedio de entre 2.900 y 3.000 horas al año y en 1992 la duración media del trabajo se había reducido hasta un 50 %, influida también por los efectos del crecimiento de la contratación a tiempo parcial, prácticamente desconocida en el siglo XIX y muy reducida en el industrialismo taylorista. Sin considerar esa influencia del contrato a tiempo parcial, la duración media del trabajo anual en los países económicamente avanzados sigue estando generalmente por encima de las 2.000 horas y en muchos casos ese promedio se eleva a los promedios de comienzo del siglo XX por la realización de horas de trabajo extraordinario: “La realidad es que en muchas partes del mundo sigue estando a la orden del día la conquista de la jornada de 8 horas y de la semana de cuarenta y ocho, un período de descanso semanal reglamentario y unos horarios de trabajo máximo para prevenir accidentes y proteger la salud de los trabajadores”.⁶⁷ Como ha expresado la OIT en el reciente Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo, “el 36,1 por ciento de la mano de obra mundial trabaja demasiadas horas (más de 48 horas semanales)”.⁶⁸

Finalmente, en este marco introductorio importa destacar que Uruguay fue el primer país en América en establecer en 1915 con carácter general la jornada de 8 horas diarias y 48 horas por cada seis días de labor, “dos dimensiones estrechamente ligadas entre sí”, como expresa Plá Rodríguez.⁶⁹ Estos mismos límites reconocerán los Convenios Internacionales del Trabajo N.º 1 y 30, que construirán un camino de integración normativa (en especial con la aprobación del Decreto de 29 de octubre de 1957), ejemplo entre los más claros de la rica retroalimentación existente entre normas nacionales y reglas de los convenios y recomendaciones de la OIT.

Hoy la cuestión del “tiempo de trabajo” enfrenta nuevos desafíos ante la transformación de muchas modalidades de trabajo. Cuando creíamos haber alcanzado un marco de tutelas suficiente para proteger al trabajador en relación a la duración de la jornada y los diversos tipos de descanso (descanso intermedio, descanso semanal, licencia, etc.), las nuevas realidades productivas ponen en crisis criterios que se consideraban ya inmutables.

Muchos retos y desafíos del futuro del trabajo apuntan precisamente al tiempo de labor y a la búsqueda de soluciones que tutelen a los trabajadores en estos tiempos de cambio. La tarea no es fácil y debemos en todo caso evitar que los *cambios* se vuelvan justificaciones para desconocer la necesidad de establecer límites a la jornada de trabajo, justificados para promover la salud psico-física del trabajador. Un derecho laboral tan caro a la historia del movimiento sindical y que significó un beneficio concreto para todos los trabajadores del industrialismo del siglo XX hoy vuelve a ser cuestionado.

2. La OIT y el tiempo de trabajo

La cuestión de la limitación de la jornada laboral apareció como una preocupación prioritaria en los antecedentes directos de las *normas internacionales del trabajo*. En efecto, como expresa Ackernan, en las Conferencias Técnicas de Berna (1905 y 1913), convocadas por la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores (institución fundada en Basilea en 1901 y precursora de la Organización), se aprobaron cuatro convenios internacionales, tres de los cuales referían al trabajo nocturno de las mujeres, la prohibición del trabajo nocturno de los jóvenes en la industria y la fijación de una jornada máxima de diez horas para el trabajo de las mujeres y los niños.⁷⁰

67 BOSCH, Gerhard, *Tendencias y nuevos aspectos de la duración del trabajo*, en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 118, N.º 2, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999, p. 150 y 151.

68 OIT, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo: Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, 2019, p. 20.

69 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, T. III, Vol. 1, Montevideo, 1988, p. 9.

70 ACKERMAN, Mario, “La jornada de trabajo en las normas de la OIT”, en *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI - Retos, oportunidades y riesgos emergentes* (PERAN QUESADA, Salvador - Director y Coordinador), Granada 2014, p. 1.

Los dos documentos constitutivos de la OIT —el Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919 y la Constitución de la Organización (elaborada entre enero y abril de 1919)— se refieren expresamente a la limitación de la jornada de trabajo.

El Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919 en el Preámbulo de la Parte XIII, afirma que es necesario adoptar medidas para la “reglamentación de las horas de trabajo y la fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo”, con una expresa referencia a la jornada de 8 horas y la semana de 48 horas.

Por su parte, el preámbulo de la Constitución de la OIT reconocía la necesidad de establecer condiciones laborales básicas para evitar la “injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos”. Y en relación a esta premisa, indicaba que se volvían necesarias la “reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo”, derechos que serían confirmados en el Convenio Internacional del Trabajo N.º 1 aprobado ese mismo año por la Asamblea de la Organización.

La preocupación de la Organización por las cuestiones vinculadas al tiempo de trabajo (jornada, trabajo nocturno, descansos, licencias, etc.) se materializó en más de 35 convenios internacionales del trabajo y recomendaciones, en las que se regulan en términos generales o con relación a determinadas actividades o condiciones (mujeres, niños, condiciones de insalubridad del trabajo, etc.) tutelas vinculadas con la prestación de trabajo vinculada al factor *tiempo*.⁷¹

Finalmente, queremos señalar —en este examen que refiere fundamentalmente a los convenios internacionales del trabajo y a las normas nacionales sobre la duración del trabajo y los descansos— que los convenios internacionales del trabajo 1 y 30, así como la Ley nacional N.º 5.350, no sufrieron modificaciones o enmiendas, o revisiones a lo largo de su vida centenaria. Ello no excluye que las transformaciones del trabajo propias de nuestra época puedan reclamar ajustes, que hasta ahora no se han realizado. La *jornada de 8 horas* sigue siendo el símbolo de una centuria que construyó la protección del trabajo a partir de la reglamentación de los tiempos de labor.

3. El proceso de aprobación de la Ley N.º 5.350 y de ratificación de los Convenios Internacionales del Trabajo 1 y 30

3.1. La aprobación de la Ley N.º 5.350

La ley 5.350 de 17 de noviembre de 1915 se aprobó en pleno conflicto mundial para definir en los orígenes mismos del derecho laboral uruguayo la función tutelar que la disciplina cumpliría a lo largo de más de un siglo, con una redacción que despierta curiosidad por la forma como se designó el sujeto obligado por la ley (es decir, el empleador).⁷² La “Ley de las 8 horas” —como es conocida popularmente y hoy vigente en todo su articulado— marca el primer paso en la definición de la idea de un trabajo estable y a tiempo completo, a partir del cual el conflicto social y la legislación posterior fueron definiendo diversos tiempos: los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso, los tiempos de duración del contrato y los tiempos para la generación de los derechos de la seguridad social. También debe señalarse —como destaca Barbagelata— que su alcance incluyó el trabajo industrial y no industrial (con excepción de los trabajadores

71 ACKERMAN, Mario, ob. cit., p. 2.

72 El art. 1 de la Ley 5.350 expresa: “El trabajo efectivo de los obreros de fábricas, talleres, astilleros, canteras, empresas de construcción de tierra o en los puertos, costas y ríos; de los dependientes o mozos de casas industriales o de comercio, de los conductores, guardas y demás empleados de ferrocarriles y tranvías; de los carreros de playa, y, en general, de todas las personas que tengan tareas del mismo género de las de los obreros y empleados que se indican, no durará más de ocho horas por día”. El art. 3 agrega: “En casos especiales podrá aumentarse el término del trabajo diario de los adultos; pero en ningún caso excederá de 48 horas por cada seis días de labor”. Señala Plá Rodríguez que el legislador, pagando tributo a su falta de experiencia en la materia, siguió un método enumerativo que no parece nada sistemático ni técnico, aunque es cierto que la frase final del artículo otorga a la enumeración un alcance amplio y general, que resta importancia a la minuciosidad y empirismo de la enumeración (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, T. III, Vol. 1, cit., p. 11).

domésticos y rurales), “en términos generales e igualitarios, y sin discriminación por edad, sexo, condición física u otro factor”.⁷³

En la aprobación de la ley confluyeron la acción de las primeras luchas de las organizaciones sindicales, en su mayoría de tendencia anarquista, y un gobierno —el de José Batlle y Ordóñez— que pretendía modernizar el país y establecer tutelas para los trabajadores asalariados. Hubo un particular contexto político y social que permitió adelantarse a otros países en la aprobación de una ley de especial significación en el desarrollo de las tutelas obreras. Como señala el mensaje del Poder Ejecutivo sobre el primer proyecto de limitación de la jornada, “Nuestra República debe aprovechar estos tiempos de formación que corren para ella, en que es fácil corregir vicios y defectos incipientes, así como para implantar instituciones nuevas y prepararse para ocupar un puesto distinguido entre las naciones civilizadas[...] por lo racional y avanzado de sus leyes, por su amplio espíritu de justicia y por el vigor físico, moral e intelectual de sus hijos”.⁷⁴

Ya en 1911 se registraron las primeras huelgas, en reclamo de la limitación de la jornada, que tenía generalmente una duración de 11 horas, pudiendo extenderse hasta las 15 horas. En ese año se recuerda la huelga del personal de tranvías, que se extendió rápidamente a la mayoría de los gremios obreros⁷⁵.

Paralelamente, el país había ingresado a comienzos del siglo en un proceso de evolución social, impulsado por el Gobierno de la época. Las dos presidencias de José Batlle y Ordóñez, popularmente llamado Don Pepe (1903-1907 y 1911-1915), se caracterizaron por el empuje reformista que imprimió el Estado en los planos: social, económico, político, educativo. Ello permitió desarrollar un incipiente proceso industrial, al que contribuyeron los numerosos migrantes que llegaban de los países europeos.

Ante los reclamos de los trabajadores, el Gobierno entendió que era necesario promover una legislación laboral que asegurara protecciones mínimas a los obreros. No es casual que las primeras leyes aprobadas fueron la Ley 5.032 de 21 de julio de 1914, que determinó las responsabilidades de los empleadores en materia de seguridad laboral, y al año siguiente la Ley 5.350 de 8 horas, que reconocía derechos esenciales para los trabajadores: el límite de 8 horas de la jornada, el límite semanal de 48 horas y el derecho al descanso semanal luego de seis días de labor.

Como apunta Barbagelata, el régimen legal en materia de jornada de trabajo continúa basándose en la Ley N.º 5350, pese a que normas posteriores establecieron horarios especiales para determinadas actividades y la protección de menores o mujeres. También destaca las reducciones de la jornada que derivan la llamada “semana inglesa” en la actividad comercial y en general en las oficinas y las modificaciones aportadas por la Ley 15.996 sobre horas extra.⁷⁶ De todos modos el núcleo central del sistema de jornada y descanso sigue girando en torno a la ley de 1915.

3.2. La ratificación de los CIT 1 y 30

Uruguay —un país, a comienzos del siglo xx, socialmente avanzado no solo en el contexto latinoamericano, sino también en comparación con países europeos— fue miembro fundador de la Organización Internacional del Trabajo y hoy conserva un vínculo estrecho con la Organización, siendo uno de los Estados que más convenios internacionales del trabajo ratificó.

Sin perjuicio de ello, el país no ratificó ningún convenio internacional hasta el año 1933. La explicación histórica es sencilla: no se reparó en la importancia de los convenios, porque el

73 BARBAGELATA, Héctor Hugo, *Derecho del Trabajo*, T. I, Vol. 1 - *Introducción*, 2.a Ed., Montevideo 1995, p. 16.

74 La cita es recordada por BARBAGELATA Héctor Hugo, en *Derecho del Trabajo* - T. I Vol. 1, cit., p. 20.

75 Uruguay Educa, “Se aprueba Ley de las 8 horas”, en <http://uruguayeduca.edu.uy/efemerides/1329>.

76 BARBAGELATA, Héctor Hugo, *Derecho del Trabajo*, T. 1, Vol. 2 (segunda edición ampliada con la colaboración de RIVAS, Daniel), Montevideo, 1999, págs. 34 y 35.

país gozaba en esos años de protecciones laborales similares o superiores a las indicadas en los documentos de la OIT.

Sin embargo, en 1933, se advirtió la omisión —que no dejaba de ser importante para un país miembro de la OIT desde su fundación— y el 5 de abril de 1933 se promulgó el Decreto-Ley N.º 8.950 por el que se aprobaron *en bloque* y sin especiales fundamentaciones los convenios internacionales del trabajo del N.º 1 al 33 (con excepción de los Convenios N.º 28, 29 y 31). Es evidente que de esa serie de convenios se destacarán el N.º 1 y el 30 —que pese a haber sido aprobados por la Conferencia con una diferencia de 11 años (1919 y 1930)— ingresaron a través de una misma ratificación a nuestro derecho nacional.

La ratificación de estos dos convenios constituye la demostración de la construcción de un mismo pensamiento jurídico-laboral desarrollado por la Organización y por nuestro país. En efecto, aun hoy, los Convenios N.º 1 y 30, pese a su importancia, han tenido una baja tasa de ratificaciones: en efecto, de los diez Estados miembros de mayor importancia industrial solo tres ratificaron el CIT 1 y ninguno ratificó el CIT 30. En el marco del Mercosur, señalamos que mientras Argentina, Paraguay y Uruguay ratificaron ambos convenios, Brasil no ratificó ninguno de ellos.⁷⁷

3.3. La Constitución Nacional

Al referirnos a las normas nacionales sobre tiempo de trabajo debemos, obviamente, recordar que en el año 1934 se incorporó a la Constitución la norma que fuera conservada en los sucesivos textos constitucionales: “La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicios como obrero o empleado [...] la limitación de la jornada” (art. 57). Plá Rodríguez interpreta la norma constitucional en el sentido de reconocer el derecho a la jornada de ocho horas a todos los trabajadores, y confía a la ley la posibilidad de que se regule el tema de distintas maneras dentro del esquema constitucional.⁷⁸

3.4. Los pactos internacionales sobre el tiempo de trabajo

Corresponde también señalar que nuestro país complementó su marco jurídico de fuente internacional con la aprobación de importantes pactos internacionales y regionales, que incluían normas de tutela con relación al tiempo de trabajo y a los descansos.

Entre ellos, recordamos por su vigencia en el tema que nos ocupa:

- la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Naciones Unidas, 1948), art. 24;
- la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), art. XV;
- la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Río de Janeiro, 1947), arts. 12-16;
- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas (Naciones Unidas, 1966), art. 7, lit. d.;
- el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (San Salvador, 1988), art. 7, lit. f y g.;
- la Declaración Sociolaboral del Mercosur (Brasilia, 2015), art. 11.

4. El decreto de 27/10/1957: la retroalimentación entre la ley y los convenios internacionales

El texto probablemente más citado por doctrina y jurisprudencia en materia de tiempo de trabajo en Uruguay es el Decreto de 27 de Octubre de 1957. Podría sorprender que un *decreto* ocupe un lugar tan importante en la normativa nacional, pero su valoración deriva del hecho

⁷⁷ ACKERMAN, Mario, ob. cit., p. 8 y 9.

⁷⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, T. III, Vol. 1, cit., p. 11.

de que la función del texto fue, a través de su reglamentación integrar los Convenios N.º 1 y 30 con las leyes internas, conformando así el cuadro de derechos y obligaciones de empleadores y trabajadores, con relación al complejo tema de la jornada laboral y sus descansos.

Diversas soluciones recogidas en el decreto son extraídas directamente de los Convenios Internacionales 1 y 30. Entre las más importantes, señalamos:

a) El "horario legal"

En la línea de lo previsto a la duración del trabajo indicada en el art. 2 del CIT N.º 1 y en el art. 3 del CIT N.º 30, donde se establece que la jornada laboral no podrá exceder de 8 horas diarias y de 48 horas por semana, el art. 19 del decreto reconoce el principio de que "la duración del trabajo efectivo del personal o personas ocupadas por cuenta ajena no podrá exceder de 8 horas por día y de 48 horas por semana".

b) El cómputo de las 48 horas

El art. 2, lit. b del CIT 1 expresa: "Cuando, en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre las organizaciones patronales y obreras (a falta de dichas organizaciones, entre los representantes de los patronos y de los obreros) la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, una disposición de la autoridad competente, o un convenio entre las organizaciones o representantes supradichos, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la semana. El exceso del tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria". El decreto confirma la previsión al afirmar en su art. 20 que "Cuando se haga uso de la distribución desigual entre los días laborales de las 48 horas de trabajo por semana, que autorizan el Art. No. 3 de la LEY No. 5.350 y el inciso b) del Art. No. 2 del CONV. 1, el exceso de tiempo diario que se autorice no podrá exceder de una hora".

c) La distribución desigual de la jornada

El art. 2, lit. c) del CIT N.º 1 expresa que "cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana".

A su vez, el art. 4 del convenio agrega: "También podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido en el artículo 2 en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana".

El decreto de 1957 dedica amplio espacio a la regulación de las normas internacionales indicadas en sus arts. 21 (*Ciclo de tres semanas*) y art. 23 y 24 (*Concepto de Equipos*).

d) El concepto de disponibilidad laboral

El Decreto regula el concepto de "horas de trabajo" reconocido en el Convenio N.º 30, cuyo art. 2 establece: "A los efectos del presente Convenio, la expresión *horas de trabajo* significa el tiempo durante el cual el personal está a disposición del empleador". El Decreto de 1957, bajo el *nomen juris* de *Qué se entiende por trabajo efectivo*, precisa el alcance de la norma internacional al expresar: "A los efectos del cómputo de las horas de trabajo se considera trabajo efectivo todo el tiempo en que un obrero o empleado deja de disponer libremente de su voluntad o está presente en su puesto respectivo o a la disposición de un patrono o superior jerárquico".

e) El trabajo promedial

El art. 5 del CIT 1 autoriza que en los casos excepcionales en que se consideren inaplicables los límites señalados en el artículo 2, los convenios celebrados entre las organizaciones patronales y las organizaciones obreras, en que se fije el límite diario de las horas de trabajo basándose en un período de tiempo más largo, podrán tener fuerza de reglamento si el Gobierno, al que deberán comunicarse dichos convenios, así lo decide. La duración media del trabajo, calculada para el número de semanas determinado en dichos convenios, no podrá en ningún caso exceder de cuarenta y ocho horas por semana.

La solución es regulada a nivel nacional por el art. 12 del Decreto del '57 que autoriza en términos similares la regla sobre "trabajo promedial".

f) Derogaciones temporales

El art. 3 del CIT N.º 1 expresa que el límite de horas de trabajo "podrá ser sobrepasado en caso de accidente o grave peligro de accidente, cuando deban efectuarse trabajos urgentes en las máquinas o en las instalaciones, o en caso de fuerza mayor; pero solamente en lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa".

El Decreto en su art. 11 regula la norma internacional, con un agregado importante: exige la comunicación a la Inspección del Trabajo "con indicación del momento en que se inició la alteración de la jornada y la forma en que se hará la compensación respectiva. La falta de comunicación será considerada como infracción al horario y hará pasible al patrono o empresario de las penas que establecen las leyes que se reglamentan".

g) Las infracciones

El Decreto de 1957 establece penas y multas "por infracción a los Convenios Internacionales de Trabajo N.º 1 y 30", así como a las demás disposiciones sobre horario de trabajo. La norma es importante en la medida que reconoce la autoejecutabilidad de los CIT 1 y 30, autorizando a la Inspección del Trabajo a aplicar sanciones por la violación de las normas contenidas en los documentos internacionales.

5. Cuestionamiento del tiempo de trabajo como derecho fundamental laboral

Pese a que los derechos vinculados al tiempo de trabajo fueron entre los primeros en ser reconocidos por normas internacionales de altísima jerarquía y por las legislaciones nacionales, hoy están cuestionados y se intenta con diversas argumentaciones debilitar las tradicionales tutelas que acompañaron el desarrollo del derecho del trabajo.

Como ha expresado Sánchez-Castañeda, "Si en un primer momento el derecho del trabajo fue acotando poco a poco la jornada de trabajo, además de ir generando una noción de descanso semanal, días obligatorios de descanso y vacaciones pagadas pensando en las necesidades personales, familiares y sociales; en una segunda etapa, la discusión ya no ha girado en función de las necesidades del trabajador, sino de los requerimientos de la empresa. La cual ante la imposibilidad de no poder hacer modificaciones a los límites de la jornada de trabajo y la obligación de pagar tiempo extra de trabajo, ha optado por organizar, reorganizar o modular el tiempo de trabajo por hora, por día, semanal o anual, banalizando de esta manera la jornada de trabajo".⁷⁹

Las normas que regulan el tiempo de trabajo deben incluirse en la categoría de los derechos fundamentales laborales, entendiendo por tales aquellos que por su especial *dureza*

⁷⁹ SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, "Tiempo de trabajo y las adaptaciones de la legislación laboral mexicana", en AA. VV., *La ordenación del tiempo de trabajo...* cit., pp. 135 y 136.

están al abrigo de eventuales modificaciones y manipulaciones, ya sea a nivel de la legislación o de las propias partes del contrato.

Valdés Dal-Ré indica que tres son los rasgos estructurales de estos derechos: a) la forma universal de su imputación; se trata de “derechos universales”; b) su indisponibilidad tanto activa, pues son inalienables por su titular, como pasiva, ya que no son expropiables por otros sujetos”; c) su *status* conformado por reglas generales y abstractas contenidas en normas supraordenadas.⁸⁰ Estos tres rasgos de los derechos relativos al tiempo de trabajo hoy entran en crisis y se pretende desconocerlos en nombre de las reglas del mercado.

La regulación del trabajo sigue siendo un eje central del derecho laboral —expresa Monereo Pérez—, que “ha tratado de neutralizar el hecho de que la persona del trabajador sea tratada como una estricta mercancía (*el trabajo no es una mercancía*, reafirma como principio de la justicia social la declaración de Filadelfia de la OIT de 1944). Por ello ha tratado de civilizar el trabajo poniendo límites a las condiciones de utilización productiva y a la subordinación del trabajador, aspirando igualmente, a una *mediación jurídica* entre *vida activa* y *vida contemplativa* en la *sociedad del trabajo*”.⁸¹

La idea de un trabajador que realizaba su labor a lo largo de una jornada de ocho horas, para luego disfrutar de un tiempo de descanso extenso y continuado para reponer energías y poder disfrutar de su vida familiar y social es cuestionada. Aquel trabajo estable a tiempo completo definió un modelo productivo, a partir del cual el conflicto social y la legislación fueron definiendo y regulando diversos *tiempos*: los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso, los tiempos de duración del contrato y los tiempos para la generación de los derechos de la seguridad social.

Hoy los modos de producción flexibilizan los esquemas rígidos del tiempo de trabajo, ya sea a través de una disponibilidad mayor del trabajador conectado a su empleador por medio de las herramientas que ofrecen las nuevas tecnologías (celular, laptop, etc.), ya sea apostando a la idea de que es el propio trabajador quien administra su tiempo de trabajo, ajustándolo a las tareas, productos o servicios que se ha obligado a realizar. La lógica de los “tiempos fijos de la fábrica” es sustituida por modalidades de realización de *tareas-objetivo*, que requieren *otros tiempos* y no necesariamente deben desarrollarse en la oficina o la fábrica.

Los derechos del trabajador relativos a una jornada fija y predeterminada ceden ante mecanismos de flexibilidad que apuestan a desregular los tiempos a través de dos vías: a) la distribución irregular de la jornada o b) el recurso a acuerdos atípicos de tiempo parcial. Aparecen así expresiones nuevas como “los contratos cero horas” de la legislación británica, en los que se le exige al trabajador una disponibilidad continua para prestar servicios cualquier día de la semana, a demanda del empresario, sin un mínimo de horas garantizado.⁸² Esta modalidad se va difundiendo en diversos países bajo el nombre de “trabajo a demanda” o “trabajo intermitente”, no muy diferente en su concepción al ejemplo británico. Si bien es cierto que el trabajador teóricamente no está obligado a responder al requerimiento del empleador, la realidad muestra que el empresario dejará de comunicarse con el trabajador que cumple con su *disponibilidad* para responder a la solicitud de la prestación de una tarea.

Las nuevas formas de producción exigen en opinión de los empleadores formas más flexibles de regular y organizar el tiempo de trabajo. “La tensión entre la garantía de los derechos de ciudadanía de los trabajadores —expresa Moreno Vida— y del principio de eficiencia económica se vence hoy día hacia este último”. Las garantías mínimas del derecho del trabajo “se eliminan a cambio de la *seguridad en el mercado*”.⁸³ Cada vez más se confunden tutelas laborales con tutelas mercantiles. Como expresa Supiot: “Hablamos hoy indiferentemente de reforma del mercado

80 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo*, Informe General del XVII Congreso Mundial de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2 a 5 de Setiembre de 2003, AUDTSS, p. 42.

81 MONEREO PÉREZ, José Luis, autor del prólogo de AA. VV., *La ordenación del tiempo de trabajo...* cit., p. XV.

82 cfr. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La luna europea y sus dos caras”, en AA. VV., *La ordenación del tiempo de trabajo [...]* cit., p. 74.

83 MORENO VIDA María Nieves, “Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas”, AA. VV., *La ordenación del tiempo de trabajo...* cit., p. 33 y 34.

de trabajo o de derecho del trabajo, como si el mercado se identificara con el derecho [...] Los economistas son considerados especialistas para debatir de derecho del trabajo. Las ciencias económicas son consideradas hoy como el fundamento legítimo de lo que debería ser”.⁸⁴

En diversos países se buscan soluciones a los efectos de ordenar el tiempo de trabajo en ciclos que exceden a los indicados por la organizaciones Internacional del Trabajo. Como ya señalamos, en forma impuesta o negociada se buscan respuestas a nuevas modalidades de producción como el *just in time*, el trabajo sobre demanda, la distribución irregular del tiempo de trabajo en periodos que varían hasta un año, etc. Otros problemas derivan también de la modalidad cada vez más difusa de la teledisponibilidad, es decir esa subordinación que se extiende fuera de la jornada de trabajo estimulada por las nuevas tecnologías (laptop, celulares, etc.).

En otros términos, bajo el lema de nuevas formas de organizar el trabajo, se expresa una fuerte y constante presión del empleador para apropiarse del tiempo libre del trabajador, tradicionalmente garantizado por “la jornada de 8 horas”. La empresa afirma que para ser competitiva necesita hacer uso también de espacios de tiempo que no están expresamente reconocidos en el contrato de trabajo típico. Esa “apropiación del tiempo libre” es reconocida por el Tribunal Constitucional español, el que expresa: “la concepción del tiempo libre del trabajador no como tal sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario y de la sumisión del deber de trabajo y rendimiento no solo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la prestación, sino también durante el tiempo de descanso, no resulta en modo alguno acorde con la configuración actual del derecho [...] la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada”.⁸⁵

Los que sostienen la necesidad de flexibilizar el tiempo de trabajo afirman que la legislación que regula la duración de la jornada y los descansos es obsoleta, porque está pensada para otras realidades industriales (básicamente el modelo taylorista-fordista de la 2.^a revolución industrial). Sin perjuicio de reconocer la oportunidad de ajustes a las normas, no debemos olvidar que es función del derecho del trabajo afirmar las tutelas en torno al *tiempo de trabajo* como uno de sus objetivos más importantes. Al hablar de “modernizar” la legislación, no debemos perder de vista que los ritmos actuales de trabajo muchas veces contribuyen al desgaste psico-físico del trabajador, que se refleja en trastornos como ansiedad, nerviosismo, insomnio, depresión, enfermedades cardiovasculares (hipertensión, arritmias) y digestivas (gastritis, úlceras). Como señala acertadamente Sánchez-Castañeda, “a finales del siglo XIX los trabajadores estaban sujetos a jornadas de trabajo de 14 o 16 horas; hoy en día a principios del siglo XIX los trabajadores se encuentran en una vulnerabilidad laboral, que paradójicamente no proviene de una jornada de trabajo agotadora, sino de una modulación del tiempo de trabajo, que si bien en la mayoría de los casos se encuentra dentro de los límites legales, los vuelve a colocar en esquemas de acritud laboral: el cansancio y la fatiga de las largas jornadas del siglo XIX ahora son sustituidas por las enfermedades mentales (como la depresión, el agotamiento, la ansiedad o el estrés), en muchas ocasiones consecuencia del trabajo por turnos, las horas extras no deseadas, el pluriempleo o el trabajo a destajo”.⁸⁶

No debe negarse la existencia de transformaciones de los modos de producción, pero ello no puede justificar la pérdida absoluta de derechos, trabajosamente adquiridos a lo largo de la historia, como es el caso de las tutelas sobre el tiempo de trabajo. La invocación de la crisis económica o de la necesidad de aumentar la competitividad en el mercado no pueden legitimar —como señala Molina Navarrete— opciones que van en una única dirección: la inseguridad jurídica para los intereses del trabajador. “La vida social —señala el autor— siempre exige adaptaciones ante la presión de las nuevas demandas de la sociedad y del mercado, y eso nos

84 SUPLOT, Alain, entrevista de Mathilde Goanec, “Mediapart”, 3 de mayo de 2016.

85 STC 192/03, fj. 7, citado por LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España”, en AA. VV., *La ordenación del tiempo de trabajo [...] cit.*, p. 115 y 116.

86 SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, ob. cit., p. 143.

obliga a la evolución y a la flexibilidad. Pero sin un orden estable básico no es posible. Pero ese orden no es ya nacional, sino que, en una sociedad —del riesgo— global, debe ser cada vez más transnacional, supra-legal”.⁸⁷ De esta comprobación surge la importancia de la labor de la OIT para generar un “orden internacional”: en épocas de globalización es más que nunca necesario establecer reglas comunes para todos aquellos países que pretenden beneficiarse del comercio internacional.

En este ya complejo panorama, aterrizan las nuevas tecnologías digitales y el trabajo vía aplicaciones, que ponen en cuestión el paradigma mismo del tiempo de trabajo. Nace un nuevo modelo de organización empresarial que permite una descentralización productiva de vastísimo alcance, desconocida solo hace una o dos décadas atrás, y una nueva construcción de los tiempos de trabajo y su retribución. Las tecnologías ya no se limitan a crear espacios de teletrabajo (*online*), sino que ofrecen actividades que requieren una ejecución local del trabajo (*offline*). La flexibilidad —expresa De Stefano— alcanza límites desconocidos en el pasado: los trabajadores ofrecen sus tareas “*just-in time*” y son retribuidos sobre una base de “*pay-as-you-go*” (un eufemismo para referirnos al viejo trabajo “a destajo”), es decir que en la práctica son retribuidos solo durante los momentos en que trabajan para el cliente.⁸⁸ Nace así, en nuestra opinión, una nueva forma de destajo, más rígida que el antiguo trabajo por pieza: el “destajo cibernético”.

Otro cuestionamiento que ha recibido el tiempo de trabajo responde a la vinculación de la duración de la jornada con la extensión del desempleo. En época de desempleo creciente, ¿debe reducirse la jornada de trabajo como instrumento de redistribución del empleo? Mugnolo recuerda que —ante el desempleo creciente en EEUU y Europa, la OIT en 1933 planteó la implementación de la jornada de 40 horas, que finalmente se plasmó en una resolución que señalaba la reducción de la duración del trabajo como un medio idóneo para el combate del paro.⁸⁹ Como afirma Monereo Pérez, el tema del desempleo ya no afecta con toda su dureza a una clase, sino que su fuerza es expansiva: “Los seres humanos han de cargar con el desempleo masivo como un destino personal”. Y agrega: “En este contexto se sitúan las propuestas encadenadas para reducir la jornada, flexibilizarla y partir el empleo. La lucha por la reducción de la jornada de trabajo y el reparto del empleo es una lucha política que desborda no solo los límites del conflicto convencional que gira en torno al contrato de trabajo, sino inclusive los objetivos tradicionales de las políticas de empleo ya que reivindicar una reducción sistemática de la jornada supone enfrentar intereses y valores de signo muy opuesto; y, en todo caso, comportaría la realización de reformas estructurales [...] encaminadas no ya solo a mejorar las condiciones de vida y trabajo del ciudadano trabajador, sino más innovadoramente como mecanismo de reparto del trabajo disponible, reduciendo asimismo el paro forzoso”.⁹⁰

De todos modos, toda política pública o negociada entre los actores sobre la distribución del tiempo de trabajo debe necesariamente establecer compensaciones sociales para quienes puedan verse perjudicados por ellas, porque la reducción de la jornada muchas veces es acompañada por la reducción del salario. El riesgo de políticas de reducción de la jornada, sin establecer al mismo tiempo amortiguadores sociales es promover una mayor precarización del empleo a través de jornadas cortas con salarios reducidos.

Finalmente se plantea también a nivel global la cuestión de conciliar el tiempo de trabajo con otros tiempos, en particular los tiempos de la vida privada y familiar, que indican la necesidad de establecer tiempos de descanso para las tareas de la vida familiar, el cuidado de los hijos, los demás familiares a cargo, etc.

87 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, ob. cit., p. 82.

88 DE STEFANO, Valerio, ob. cit., p. 4.

89 MUGNOLO, Juan Pablo, “Flexibilización y tiempo de trabajo en la Argentina”, en AA. VV., *La ordenación del tiempo de trabajo [...]* cit., p. 151.

90 MONEREO PÉREZ, José Luis, prólogo, ob. cit., p. XXVI y XXVII.

6. Los desafíos y perspectivas sobre el tiempo de trabajo

A 100 años de la aprobación del CIT N.º 1, anticipada por nuestra Ley N.º 5.350, la cuestión del tiempo contractual de trabajo —bandera de las reclamaciones sindicales ya a fines del siglo XIX— sigue marcando la agenda del derecho laboral y de las relaciones laborales. Las conquistas laborales en materia de tiempo de trabajo aseguraron al trabajador no solo la limitación de la jornada, sino también tiempos de descanso *dentro* y *afuera* de la jornada, así como períodos pagos de vacaciones anuales. Por otra parte, el tiempo de trabajo jurídicamente definido tenía como efecto natural la composición de un salario congruo, como contraprestación de la realización de tareas en una medida de tiempo preestablecida.

Hoy la crisis del Derecho laboral, producto de nuevas formas de organización del trabajo, lleva de la mano el cuestionamiento de sus principales institutos: los temas y problemas del tiempo de trabajo son transversales a todos los países y se expresan en prácticas impulsadas por la economía global. La erosión de las *seguridades* del industrialismo clásico se evidencia de forma diversa: aumentos descontrolados de trabajo extraordinario en los sectores pobres con escasa formación (como indicamos en el capítulo introductorio, el 36,1 % de la población mundial trabaja más de ocho horas); disponibilidad continua de los trabajadores con altas competencias y responsabilidades; situaciones intermedias que mezclan trabajo presencial con tiempos de guardia o a la orden, formas semiautónomas de prestación de los servicios que eluden los controles normativos, distribución irregular de la jornada de trabajo.

En este debate, es necesario separar los efectos producidos por los cambios, de las argumentaciones ideológicas que pretenden hacer de esos cambios un instrumento para derribar las tutelas laborales. Los argumentos que hoy pretenden eliminar protecciones al tiempo de trabajo no son diferentes de lo que expresaban los empleadores a comienzos del siglo pasado: la caída de la productividad, la pérdida de libertad en la decisiones empresariales, los costos laborales, la reducción de la competitividad a nivel de mercado...

En el análisis de un tema de tanta actualidad, es necesario examinar algunos *nudos* de la cuestión, sin despreciar la perspectiva contemporánea. Entendemos que estos nudos —que la mayoría de las veces están interrelacionados— son: a) el concepto de trabajo efectivo; b) la reducción del horario de trabajo; c) la flexibilidad del tiempo de trabajo, d) la disponibilidad continua y e) la autonomía de los tiempos de trabajo.

a) El concepto de trabajo efectivo

Con relación al primer punto, Carinci *et al.* expresan que el horario de trabajo sigue siendo el criterio fundamental para medir la obligación retributiva del empleador y en tal sentido su presupuesto indefectible es la noción de “trabajo efectivo”⁹¹. Esta noción, si bien podría interpretarse en el sentido de que se computará para el cálculo de la jornada el tiempo en que el trabajador haya trabajado efectivamente⁹², en realidad extiende ese concepto a situaciones que en puridad son de *no trabajo* pero con algunas características especiales. Son situaciones como la recogida por el ya citado art. 2 del Convenio Internacional del Trabajo N.º 30, que refiere en el tiempo en que el trabajador está a disposición del empleador. Este concepto extiende por lo tanto la jornada de trabajo no solo al tiempo en que el trabajador efectivamente trabaja, sino también aquel en que está a la orden del empleador o —como nos gusta expresar— bajo el “haz obligatorio” del poder de dirección de su empleador.

Entendemos que la regla del art. 2 del CIT N.º 30, conserva plena vigencia y actualidad, y las excepciones al precepto deberán ser precisas y limitadas, para evitar la creciente tendencia de abandonar los criterios de la limitación de la jornada, reactivando el destajo y la tarea singular como medida del salario.

91 CARINCI, Franco; DE LUCA TAMAJO, Raffaele; TOSI, Paolo y TREU, Tiziano, *Diritto del Lavoro...* cit. p. 234.

92 Ver PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, T. III, V. 1, Montevideo, 1988, p. 16.

b) La reducción del tiempo de trabajo

Con relación a la reducción del horario de trabajo, la evolución histórica de la disciplina indica que una reclamación constante de los trabajadores ha sido la reducción del horario de trabajo. Si, por un lado, las normas de las ocho horas marcaron el comienzo del derecho laboral industrial, no es menos cierto que posteriores reglas disminuyeron la jornadas de trabajo, ya sea por la existencia de causas que así lo ameritaban (actividades insalubres, trabajos particularmente exigentes, trabajo de menores, etc.), ya sea porque los trabajadores siempre consideraron una jornada más breve sin reducción del salario como una condición más beneficiosa de su vínculo laboral (*Semana Inglesa*, semana de 40 horas, etc.).

Esta tendencia a la reducción del tiempo de trabajo aparece en la legislación, en la negociación colectiva y en el contrato de trabajo, y puede referirse a la duración diaria, semanal y, en los últimos años, anual. Por otra parte, la crisis económica y más aun las innovaciones tecnológicas han contribuido a reforzar la exigencia de reducciones estables de horarios y/o nuevos regímenes de jornada, cuya finalidad no es la protección de la salud del trabajador, sino una vía para combatir el creciente desempleo. En estos casos la reducción del horario de trabajo —consignada muchas veces en convenios colectivos que procuran una más solidaria distribución del tiempo de trabajo— ha sido muchas veces acompañada por reducciones salariales.⁹³

Cualquiera sea su causa, la cuestión de la reducción del tiempo de trabajo sigue siendo un planteo firme en la agenda de las relaciones laborales, en los que se conjugan aspectos (y derechos) humanos, con cuestiones económicas, porque no debe olvidarse que el derecho del trabajo —y en especial la materia relativa al tiempo de trabajo— constituye una transacción entre la economía y las tutelas sociales, porque detrás de todo derecho existirá un costo que alguien deberá asumir (la empresa, el trabajador, el Estado o la sociedad).

No puede además ignorarse la principal justificación ética de la reducción del tiempo de trabajo: se supone que las horas que se quitarán a unos trabajadores, serán ocupadas por otros trabajadores desempleados, compensándose en muchos casos la reducción de personal, en los casos de sustitución de la mano de obra por nuevas tecnologías.

Finalmente debe recordarse que la reducción del tiempo de trabajo tiene consecuencias beneficiosas para el trabajador sometido a los ritmos estresantes de la vida moderna. Las ventajas de la reducción para el trabajador son obvias: un menor desgaste psicofísico; en principio, una mayor consistencia del salario; finalmente mayor tiempo para vivir en familia y en la comunidad.

Pero también es cierto que la reducción del tiempo de trabajo puede tener un efecto paradójico: el incremento del trabajo extraordinario para los trabajadores con mayores aptitudes y el pluriempleo para unos y mayor desempleo para otros. Por lo tanto, cualquier política de reducción del tiempo de trabajo como forma de redistribución del empleo deberá establecer reglas severas que impidan el trabajo extraordinario y la acumulación de empleos en una misma persona.

c) La flexibilización del tiempo de trabajo

Retornando a la cuestión de la necesidad o menos de flexibilizar el tiempo de trabajo, hemos recordado que los nuevos modos de organización del trabajo exigen que la gestión de la empresa no se concentre solo en la producción, sino también y principalmente en el mercado, por lo que el nuevo criterio de eficacia empresarial es representado por la capacidad de respuesta inmediata de la empresa a los cambios de la demanda y la capacidad para absorber las fluctuaciones del mercado.⁹⁴ Seré afirma que “la descentralización productiva engloba dos finalidades...: por un lado procura la rápida adaptación de la estructura empresarial a los cambios

93 CARINCI, Franco; DE LUCA TAMAJO, Raffaele; TOSI, Paolo y TREU, Tiziano, *Diritto del Lavoro...* cit., p. 234.

94 CUENCA ALARCÓN, Miguel, ob. cit., pp. 20 y 21.

económicos, fenómeno —claramente— apreciable en aquellas empresas que presentan ciclos productivos y fluctuaciones importantes en los niveles de oferta y demanda y, por otro lado, opera como un elemento que facilita la flexibilidad funcional y numérica de la mano de obra, dando a las empresas la posibilidad de maximizar el rendimiento de la misma”.⁹⁵ Ello determina que la moderna organización del trabajo, como recuerda Bosch, se basa cada vez menos en una duración diaria o semanal uniforme.⁹⁶

En los nuevos modelos productivos, la empresa busca el mejor aprovechamiento posible del tiempo de trabajo, tratando de evadir las barreras de rigidez establecidas a partir del Convenio Internacional del Trabajo N.º 1 y la legislación industrial sobre la jornada, que establecieron límites de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales. Pero esas *rigideces* constituyen también tutelas a la salud psicofísica del trabajador y a la conservación de un salario congruo. En efecto, en toda política flexibilizadora del tiempo laboral, no debe olvidarse que en definitiva están en juego opciones para optimizar la explotación del trabajo con menores costos.⁹⁷

El tema de la flexibilización de los tiempos de trabajo reenvía a otra cuestión que se debate en todas las políticas laborales flexibilizadoras: ¿quién flexibiliza? Podemos en efecto imaginar la confrontación de flexibilidades sobre los tiempos de trabajo impuestas autoritariamente por el empleador o por el Estado, y flexibilidades negociadas, en las que el convenio colectivo puede ser un instrumento adecuado para compatibilizar las tutelas laborales con las necesidades productivas.

Ejemplos diversos existen en Europa donde se han desarrollado acuerdos negociados de anualización de la jornada de trabajo o de la distribución del tiempo de trabajo en ciclos distintos a los previstos en la legislación industrial típica. Pero también en estos casos debe alertarse sobre los peligros de una flexibilidad negociada, cuando el sindicato —especialmente a nivel de empresa— no tiene la suficiente autonomía (de hecho o de derecho) para negociar con el empleador. La flexibilidad del tiempo de trabajo negociada no debería nunca eludir los controles públicos en materia de control de horarios. En tal sentido, Lettieri expresa: “Después de un siglo de progresiva reducción, el horario colectivo de trabajo ha entrado en una fase de gran indeterminación y segmentación en todos los países industrializados. En muchos países la tendencia a la reducción no solo se ha parado, sino también se ha invertido. No es nada raro que los trabajadores cuyo horario está fijado por convenio colectivo o contrato individual en 40 horas o por debajo, realicen un número creciente de horas extraordinarias”.⁹⁸

Por tales motivos, se vuelve necesario que las normas sigan tutelando al trabajador, estableciendo límites a su tiempo de labor, independientemente de cualquier política de flexibilización. Como ha expresado el Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo de la OIT, se vuelve más que nunca necesario “perseverar en los esfuerzos encaminados a aplicar límites máximos al tiempo de trabajo” así como un mínimo de horas de trabajo garantizadas que genere opciones reales de flexibilidad y control sobre los horarios de trabajo”, sin descuidar “medidas para mejorar la productividad”.⁹⁹

95 SERE, Jorge U., "Ventajas e inconvenientes de la descentralización empresarial", en *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo, 2000, p. 47.

96 BOSCH, Gerard, ob. cit., p. 159.

97 BOSCH, Gerard, ob. cit., p. 159 y ss.

98 LETTIERI, Antonio, *La revolución en el tiempo de trabajo*, en *Revista de Derecho Social* N.º 7, Albacete (España), 1999, p. 31.

99 OIT, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo* cit., p. 13.

d) La disponibilidad continua

A los cambios operados en el sistema productivo, se suma el impacto de las nuevas tecnologías en el tiempo de trabajo. Estas (nos referimos a las tecnología informática y de la comunicación, que representamos en herramientas como las *laptop*, los celulares, los *ipod*, etc.), acompañadas por nuevos conceptos de compromiso con el trabajo, van configurando un nuevo esquema de utilización de la prestación temporal del trabajo. Al trabajador se le pide una disponibilidad completa, que no se mide en el horario real de trabajo, sino en el tiempo en que el trabajador se pone a la orden o a disposición del empleador, tiempo que puede ocupar las 24 horas del día o todos los días del año. Esto plantea un nuevo e intenso debate en la cuestión del tiempo de trabajo: ¿cómo ajustar estos tiempos de trabajo a las tutelas del trabajador?

Examinemos más de cerca esta nueva realidad contemporánea, en la que el vínculo laboral exige al trabajador una subordinación continua, que impide una real desconexión entre su vida de trabajo y su vida familiar o privada. El obrero y el empleado del modelo taylorista marcaban su tarjeta a la salida de la fábrica o de la oficina y ese marcado establecía una nítida diferencia entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, entre las horas en el empleo y las horas para dedicar a su vida personal. Hoy las nuevas tecnologías, y en especial instrumentos como la *laptop* y el celular, establecen un contacto permanente entre el empleador y el trabajador, que no se interrumpe con la finalización de la jornada laboral en sentido estricto.

Las tecnologías determinan una disponibilidad continua del trabajo, que abre una nueva zona de conflicto, entre los derechos del empleador y las tutelas de los trabajadores. Por un lado ha cambiado la morfología de la subordinación (hablamos de teledependencia), por el otro existen nuevos espacios donde es difícil establecer el límite entre las obligaciones de la empresa y las que debe observar el trabajador.¹⁰⁰ Nace una nueva y más sofisticada forma de subordinación, la "subordinación on-line", dentro y fuera de las horas de trabajo. El trabajador debe permanecer localizable y dispuesto a incorporarse al trabajo, cuando ello sea requerido por el empleador. Y esta obligación de *permanecer localizable* no excluye los tiempos de descanso en el día, la semana o el año.

Como ha expresado la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en estas situaciones "lo que ha perdido el trabajador, más allá de poder estar mirando televisión o leyendo un libro, es la libertad de excluirse de realizar el trabajo si es llamado para ello y aun cuando puede disponer de su voluntad, ello siempre va a ser limitado a esa sujeción en la que se encuentra, la que a su vez se debe a una necesidad de la empresa y a un beneficio que la misma otorga a sus clientes, que a su vez redundan en su propio beneficio".¹⁰¹

Vinculado a la cuestión de la disponibilidad continua, se abren nuevos espacios para construir tutelas que refieren a los tiempos de desconexión entre el trabajo y la vida personal.

e) La conciliación de los tiempos de trabajo y la vida personal y familiar

El tema que adquiere especial importancia en la cuestión del tiempo de trabajo refiere a la conciliación de la vida laboral con los tiempos que requiere la vida personal y familiar del trabajador. Ello requiere establecer una serie de derechos y tutelas que permitan al trabajador y a la trabajadora ausentarse del trabajo o reducir la jornada laboral en función de determinadas causas. Nuevas normas van introduciendo instrumentos jurídicos como son los permisos retribuidos para la atención de menores y personas dependientes, la reducción y reordenación de la jornada de trabajo por cuidado de personas dependientes, el reconocimiento de los derechos relativos al riesgo por embarazo y el riesgo durante la lactancia natural, mayor tiempo de suspensión del

¹⁰⁰PÉREZ DE LOS COBOS, Orihuel F., *La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica en AA. VV. La Subordinación o dependencia en el contrato de trabajo en el proceso de transformación de la empresa*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, julio 2005, p. 170.

¹⁰¹Sent. N1 288 de 24.10.2007, en Anuario de Jurisprudencia Laboral, Montevideo 2007, c. 340.

contrato por maternidad, el reconocimiento del permiso por paternidad, periodos de excedencia por cuidado de hijos o familiares, etc.¹⁰²

Las actuales modalidades de trabajo —y las posibilidades que brindan los instrumentos tecnológicos— apuntan a posibilidades contradictorias con relación al tiempo de trabajo. Si por un lado, vemos que las tecnologías pueden condenar al trabajador a un estado de subordinación continua fuera y dentro del trabajo, por el otro lado esas mismas tecnologías permiten abrir nuevos espacios de autonomía en los tiempos de trabajo, en los cuales el trabajador puede cumplir con sus obligaciones laborales y atender sus compromisos personales y familiares. Como ha expresado el reciente documento de la OIT de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo, “los obreros necesitan una mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo, sin dejar de satisfacer las necesidades de la empresa. Aprovechar la tecnología para ampliar las oportunidades y conciliar la vida profesional con la vida personal puede ayudarles a alcanzar este objetivo y encarar las presiones derivadas de la difuminación de la línea divisoria entre el tiempo de trabajo y el tiempo privado”.¹⁰³

7. Conclusiones

A modo de resumen, queremos destacar algunas conclusiones:

1. La inclusión de la cuestión del “tiempo de trabajo” en documentos jurídicos de altísima jerarquía (Constitución, convenios internacionales del trabajo, pactos internacionales) determina que los derechos del trabajador con relación a la jornada y a los descansos son derechos *fundamentales laborales*. Este hecho debe ser considerado como punto de partida, toda vez que nos referimos al tiempo de trabajo y sus reglas.
2. Los temas vinculados al tiempo contractual de trabajo (su limitación y ordenación) —bandera de las reclamaciones sindicales ya a fines del siglo XIX— vuelven a plantearse hoy con la misma intensidad que en los orígenes del derecho del trabajo moderno. Las conquistas laborales en materia de tiempo de trabajo, que aseguraban al trabajador no solo tiempos de descanso, sino también un salario congruo en relación al período que insumía el desarrollo de sus tareas, entran en crisis a partir de una nueva forma de organización del trabajo, funcional a un modo de producción construido desde la demanda global y apoyado en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC).
3. Los temas y problemas del tiempo de trabajo son transversales a todos los países y se expresan en prácticas impulsadas por la economía global. La erosión de las *seguridades* del tiempo de trabajo se evidencia de forma diversa: aumentos descontrolados de trabajo extraordinario en los sectores pobres con escasa formación; disponibilidad continua de los trabajadores con altas competencias y responsabilidades; situaciones intermedias que mezclan trabajo presencial con tiempos de guardia o a la orden. Ya no es fácil diferenciar esa línea tan nítida en el pasado entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. El incremento del trabajo extraordinario, las exigencias cada vez mayores de disponibilidad, la intensidad de los ritmos laborales que unen esfuerzo físico y/o intelectual con nuevas responsabilidades son causa de patologías laborales físicas y psíquicas, que alcanzan a gran parte de los trabajadores.
4. A su vez, la conciliación de la vida laboral y familiar exige abrir espacios de autonomía para que el trabajador pueda cumplir con las diversas obligaciones que ambas situaciones imponen.
5. El derecho del trabajo es un derecho en constante transformación y no puede desconocer las transformaciones del trabajo, y su función es adaptarse a las nuevas realidades sin resignar su rol expresado en las tutelas del ciudadano trabajador. El gran laboralista

102 PERÁN QUESADA, Salvador, “Tiempo de trabajo y género: la perspectiva española”; en AA. VV., *La ordenación del tiempo de trabajo...* cit., pp. 166 y ss.

103 OIT, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo* cit., p. 13.

latinoamericano Américo Plá Rodríguez expresaba hace algunas décadas: “El derecho del trabajo es un derecho en constante formación: está siempre inacabado, incompleto, imperfecto. Es un derecho provisorio: las normas laborales nunca pueden considerarse definitivas: tienen una nota de transitoriedad, de plasticidad, de fácil envejecimiento”. El análisis de nuevas normas en los temas vinculados al tiempo de trabajo debe separar las regulaciones que realísticamente reclama el nuevo contexto productivo, de los reclamos desreguladores del poder del capital.

6. No nos tenemos que escandalizar ante la necesidad de adaptar un derecho laboral, que fue construido a imagen y semejanza de la segunda revolución industrial, para poder enfrentar con nuevas herramientas jurídicas los complejos fenómenos actuales del trabajo. Pero tampoco debemos olvidar que la función central del derecho del trabajo sigue siendo la tutela de los trabajadores, que se expresa en los grandes principios de la disciplina: a) la protección de la dignidad humana; b) la necesidad de una justicia distributiva; c) la igualdad de trato a todos los trabajadores; d) la protección social, y e) en especial la libertad de los grupos (libertad sindical, pero también libertad de opinión de grupos no sindicalizado, como pequeños empresarios, trabajadores autónomos, informales, género, defensores de derechos humanos, etc.).

Nunca han sido tan necesarias la investigación y la reflexión conjunta de los juristas y de los operadores del sistema (desde cualquier perspectiva: jurídica, económica, sociológica, etc.) en el tema del tiempo de trabajo. El desafío de la consolidación de los principios tradicionales y la necesidad de construir reglas adecuadas a las actuales transformaciones del trabajo es —en definitiva— nuestro propio desafío intelectual y humano.

CAPÍTULO III. LIBERTAD SINDICAL

URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT N.º 87 y 98*

* Por Juan Raso Delgue

1. Introducción

La libertad sindical —como expresa la doctrina nacional— es un derecho fundamental del hombre por constituir un valor que forma parte de la conciencia universal de nuestro tiempo.¹⁰⁴ Plá Rodríguez ha expresado que no solo es un derecho de todo trabajador, sino que debe considerarse como derecho humano de la persona, es decir un derecho que “posee todo hombre por el solo hecho de ser hombre”.¹⁰⁵ La calidad de *derecho humano* permite calificar la libertad sindical con un derecho de especial jerarquía y trascendencia, así reconocido por la conciencia jurídica universal y que, por lo tanto, “está a salvo de cualquier limitación, desconocimiento o desvirtuación cometida o intentada por el legislador común”.¹⁰⁶

En 1919 el Tratado de Versalles, en su Parte XIII dedicada al *trabajo*, confirmaría la necesidad de asegurar a los trabajadores condiciones humanas de labor, como expresión de la justicia social, base de la paz universal.¹⁰⁷ El texto fue elaborado entre enero y abril de 1919 por una Comisión del Trabajo establecida por la Conferencia de Paz, que se reunió por primera vez en París y luego en Versalles. El documento organizaba una estructura representativa de carácter tripartito y contenía ideas ya experimentadas en la Asociación Internacional para la Protección Internacional de los Trabajadores, fundada en Basilea en 1901 y que habían sido promovidas a nivel teórico por dos empresarios, Robert Owen (1771-1853) de Gales y Daniel Legrand (1783-1859) de Francia.

En el preámbulo de la Constitución se afirmaba la necesidad de establecer tuteladas laborales y, en especial, de promover normas sobre el reconocimiento del principio de libertad sindical.¹⁰⁸ Este documento será un paso importante hacia la constitucionalización social, que —como expresa Sarthou— significa “el ingreso de los derechos de los trabajadores en el orden económico y social, con la misma jerarquía de las libertades políticas al capítulo de derechos, deberes y garantías de las constituciones que se sancionan en las décadas del '30 y '40 en América latina, al influjo de los prestigiosos antecedentes de las Constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919. Podríamos decir que en el más alto nivel normativo, propietarios y trabajadores, después de una disputa de más de un siglo, realizan un pacto implícito, por lo menos en lo declarativo, por el cual capital y trabajo se reconocen recíprocamente derechos de propiedad y libertad de industrial, por un lado, y los derechos económicos sociales que incluyen la libertad sindical, por otro”.¹⁰⁹

El proceso de reconocimiento al más alto nivel constitucional e internacional de la libertad sindical será completado en las diversas constituciones latinoamericanas (Chile en 1925, Perú y Uruguay en 1934, Colombia y Venezuela en 1936, Bolivia en 1938, Nicaragua y El Salvador

104 * Por Juan Raso Delgue.

ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, “La protección de la libertad sindical a los trabajadores”, rev. Derecho Laboral T. XLI, N.º 190, Montevideo 1998, p. 620, quien cita a JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justo, *La Libertad Sindical*, Montevideo, 1980, p. 8; cfr. SERÉ, Jorge, *Curso de Derecho Laboral I*, Montevideo, 2004, p. 178.

105 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Los derechos humanos y la OIT”, en rev. Derecho Laboral T. XXXVII, N.º 173-174, Montevideo, 1994, p. 4 y 9, quien recuerda el art. 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas (París, 10-XII-48), cuyo texto expresa: “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

106 *Idem*, p. 4.

107 SARTHOU, Helios, ob. cit. p. 18.

108 RODGERS, Gerry; SWEPSTON, Lee; LEE, Eddy y VAN DAELE, Jasmien, *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Ginebra, 2009.

109 SARTHOU, Helios, “Rasgos ontológicos generales de la Libertad Sindical”, en *Trabajo, Derecho y Sociedad*, Montevideo, 2004, pp. 18 y 19.

en 1939, Cuba en 1940, y Guatemala y Ecuador en 1946), mientras que en Europa —luego de la corta vida de la Constitución española de 1931 inspirada en la de Weimar— recién luego de concluido el segundo conflicto mundial comenzará un proceso de constitucionalismo de los derechos sindicales.

En la actualidad las constituciones de todos los países incluyen derechos sociales y laborales, lo cual permite hablar de la “constitucionalización de los derechos laborales fundamentales”. De todos modos, y pese a estas normas de alta jerarquía, lejos aun estamos en el mundo de poder afirmar la vigencia plena de estos derechos.

2. La libertad sindical en la Constitución uruguaya

La tutela de los derechos inherentes a la libertad sindical ingresó en el texto de la Constitución nacional de 1934.

La norma (el actual art. 57 de la Constitución) expresa:

“La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica”.

“Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje”.

“Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.”

En particular, al referirse al derecho de huelga, la norma constitucional se ajusta a una fórmula declarativa: no establece o introduce un nuevo derecho, sino que simplemente reconoce un derecho y por lo tanto se afilia a la idea de que ese derecho es preexistente a la misma fórmula constitucional.

El art. 57 de la Constitución establece tres reglas en materia de derecho colectivo:

- a) la promoción legal de “la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica”;
- b) la promoción de “tribunales de conciliación y arbitraje”;
- c) la declaración de que “la huelga es un derecho gremial” y sobre tal base “se reglamentará su derecho y efectividad”.

Seré acota que la amplia previsión constitucional del art. 57 reconoce no solo la licitud de las organizaciones sindicales, sino que “el constituyente mandata al legislador su promoción, el otorgamiento de franquicias y el dictado de normas para el reconocimiento de su personería jurídica por lo que cualquier ley que impida o limite la formación de sindicatos gremiales será manifiestamente anticonstitucional”. Agrega el autor que “el otorgamiento de la personería jurídica es totalmente irrelevante a los efectos del desempeño de la actividad sindical, por otra parte nunca se dictaron normas ni para promover los sindicatos, ni para otorgarles franquicias o facilitarles la obtención de la personería jurídica”.¹¹⁰

Rosenbaum señala que el art. 57 debe integrarse con los arts. 7 y 54 de la Carta. El primero reconoce el derecho de los habitantes de la República, entre otros, al honor, la libertad y el trabajo, mientras que el segundo expresa que la ley reconocerá a todo obrero o empleado la independencia de su conciencia moral y cívica. Por su parte debe tenerse presente lo expresado en los arts. 72 y 332 para completar el cuadro constitucional de tutelas del derecho a la libertad sindical.¹¹¹

Recordamos que el art. 72 de la Carta expresa que la “enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. Con relación a esta norma, Seré recuerda que existe en nuestra doctrina una visión amplia del concepto de inherencia, en cuanto

¹¹⁰SERÉ, Jorge U., ob. cit., pp. 205. La afirmación del autor debe relativizarse luego de la posterior aprobación de la Ley N.º 17.940, que precisamente promueve la actividad sindical.

¹¹¹ROSENBAUM RIMOLO, Jorge., ob. cit. p. 623.

deben considerarse inherentes a la personalidad humana aquellos derechos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por nuestro país.¹¹² Importa también destacar el art. 332 de la Constitución en cuanto indica que las normas de la Carta que establecen derechos a los individuos son aplicables aun a falta de reglamentación: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que está será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a la doctrinas generalmente admitidas”.

3. El rol de la OIT y del derecho internacional del trabajo

La Organización Internacional del Trabajo desempeñó desde su constitución un rol irremplazable de defensa y promoción de la libertad sindical. Ya en el preámbulo de su Constitución —como vimos—, existía una referencia expresa a la libertad sindical, calificada de *principio*. Esa misma Constitución en varios artículos hacía referencia a las “organizaciones”, sean de trabajadores o de empleadores, que tenían el derecho a reclamar ante los Estados por el no cumplimiento de las obligaciones que imponía el documento de la OIT.¹¹³

En la cultura jurídica universal los convenios N.º 87 (1948) y 98 (1949) —ratificado por Uruguay por Ley N.º 12.030 de 27.11.1953— expresan la consolidación del derecho sindical en la época moderna, y —compartiendo expresiones de Sarthou— significan una “guía o codificación virtual de una concepción justa, progresista y democrática del sindicalismo”.¹¹⁴

Otros convenios internacionales ratificados por nuestro país hacen referencia a la libertad sindical, reafirmando y consolidándola. Señalamos así el CIT N.º 11 (ratificado por Decreto-Ley N.º 8.950) que garantiza los derechos sindicales a los trabajadores de la agricultura; CIT 110 (ratificado por Decreto-Ley N.º 14.113) relativo a los derechos sindicales de los trabajadores de las plantaciones; CIT N.º 141 (ratificado por Ley N.º 16.039) que reafirma los principios de la libertad sindical con relación a las organizaciones rurales¹¹⁵; el CIT N.º 151 (ratificado por Ley N.º 16.039) relativo a las relaciones laborales en la Administración Pública, que trata de la protección del derecho de sindicación en ese ámbito, y el CIT N.º 154 (ratificado también por la Ley N.º 16.039) que trata sobre la protección del derecho de sindicación en “todas las ramas de la actividad económica”.¹¹⁶

Lima destaca también la importancia de las recomendaciones de la OIT que, aunque no tengan fuerza vinculante, deben ser consideradas como doctrinas más recibidas. Entre ellas, recuerda la R 113 sobre la consulta en las ramas de actividad económica y en el ámbito nacional (1960); la R 119 sobre la terminación de la relación de trabajo (1963); la R 129 sobre las comunicaciones dentro de la empresa (1967); La R 130 sobre el examen de las reclamaciones (1967); La R 143 sobre los representantes de los trabajadores (1971); la R 159 sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública (1978); la R 163 sobre la negociación colectiva (1981); la R 149 sobre la organización de los trabajadores rurales (1975), y la R 166 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (1982).¹¹⁷

La importancia del rol de la OIT en la cuestión de la libertad sindical se proyecta en los controles sobre el cumplimiento de las normas internacionales. En 1951 la Organización instituyó como órgano tripartito, compuesto por nueve miembros del Consejo de Administración, el

112 SERÉ, Jorge U., ob. cit., p. 205, quien cita a RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*. T. III, Montevideo, 1988, p. 110.

113 MANTERO DE SAN VICENTE, *Derecho Sindical*, segunda edición actualizada por BECERRA, Rodolfo y NICOLIELLO, Ariel, T. 1., Montevideo, 2015, p. 88.

114 SARTHOU, Helios, *Rasgos...*, cit., p. 27.

115 Ver MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo, *La libertad sindical y la negociación colectiva en el ámbito del trabajo rural*, en rev. *Derecho Laboral*, T. XXXVI, N.º 170, Montevideo, 1993, pp. 336 y ss. y SERÉ, Jorge U., ob. cit., pp. 184 y 185.

116 Ver SERÉ, Jorge U., ob. cit., p. 185 y 188.

117 LIMA JULIANI, Marcos, *La Protección de la Actividad Sindical en la ley 17.940*, Montevideo, 2017, p. 27.

Comité de Libertad Sindical, con el cometido de examinar las quejas presentadas contra países que hubieren ratificado o no los convenios 87 y 98 (en el caso de no ratificación el procedimiento requiere el consentimiento del país interesado).

Las quejas pueden ser presentadas por organizaciones de trabajadores, de empleadores o los gobiernos, no siendo admisibles las interpuestas por particulares. Una vez examinadas las quejas, el CLS envía un informe al Consejo de Administración, el cual es sometido a aprobación de este último.¹¹⁸

Sabido es que las resoluciones del Comité no solo han tenido influencia en las quejas puntuales presentadas ante dicho organismo, sino que han conformado una verdadera *jurisprudencia* internacional en la materia.

Además debe recordarse que la libertad sindical ha sido reconocida en normas internacionales de altísima jerarquía, entre las que citamos, por su vigencia en nuestro país: a) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 23 (Naciones Unidas, 10.12.1948); b) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXII (Bogotá, 1948); c) la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, art. 26 (Bogotá, 1948); d) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8 (Naciones Unidas, 16.12.1966); e) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 22 (Naciones Unidas, 16.12.1966); f) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", art. 8 (San Salvador, 17.11.1988).

Corresponde también señalar la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998. Esta Declaración —aprobada en Ginebra por la Conferencia Internacional del Trabajo el 19 de junio de 1998, por impulso del director Juan Somavía—¹¹⁹ es uno de los textos más importantes de la OIT y tiene como principal objetivo la ratificación y aplicación efectiva de los siete convenios internacionales del trabajo considerados fundamentales: entre ellos destacan los convenios N.º 87 y 98 precisamente sobre la libertad sindical y la negociación colectiva.¹²⁰

El Comité de Libertad Sindical siempre ha hecho especial énfasis en los derechos consignados en los documentos internacionales. En múltiples ocasiones —ha indicado— el Comité ha subrayado la importancia del principio afirmado en 1970 por la Conferencia Internacional del Trabajo en su resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, en la que se reconoce que "los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles".¹²¹

El rol activo de la OIT en esta materia y la ratificación de sus convenios colectivos —fundamentalmente los N.º 87 y 98— tuvieron especial importancia en Uruguay, donde no se aprobaron hasta el año 2006 normas legales, que establecieran especiales procedimientos de protección de un derecho de tan alto rango y las sanciones correspondientes. Con anterioridad a la aprobación de la Ley N.º 17.940, la protección estaba fundamentada principalmente desde el año 1934 en la Constitución y a partir de 1953 en los Convenios Internacionales N.º 87 y 98, ratificados por nuestro país por Ley N.º 12.030 de 27/11/1953).

La Ley 12.030, siguiendo el ejemplo del Decreto 8.950 del año 1933, aprobó también

¹¹⁸ *Idem*, p. 29.

¹¹⁹ Juan Somavía - chileno - fue elegido noveno Director General de la Oficina Internacional del Trabajo por el Consejo de Administración de la OIT el 23 de marzo de 1998. Asumió su mandato de cinco años el 4 de marzo de 1999, convirtiéndose así en el primer representante del hemisferio sur en dirigir la Organización. En marzo de 2003, Somavía fue reelegido para un segundo mandato de cinco años, y para un tercer mandato el 18 de noviembre de 2008 que concluiría en setiembre de 2012.

¹²⁰ Acompañan a estos convenios, los también considerados fundamentales sobre trabajo forzoso (núms. 29 y 105), lucha contra la discriminación (núms. 100 y 111) y edad mínima (núm. 138).

¹²¹ OIT, "La libertad sindical - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT" - Sexta edición - Ginebra 2018, párrafo 68.

en bloque veintinueve convenio internacionales del trabajo, individualmente especificados entre N.º 42 al N.º 103: entre ellos se ratificaron el CIT N.º 87 y el CIT N.º 98. El proyecto de ley fue acompañado por el Mensaje del Poder Ejecutivo de fecha 19 de mayo de 1953 que —repetiendo conceptos expresados en anteriores proyectos— señalaba al Parlamento la conveniencia de la ratificación de los convenios internacionales del trabajo “suscritos *ad-referendum* por nuestros representantes con los países que integran la O.I.T.”. Plá Rodríguez señala que llama la atención la afirmación de que los convenios internacionales del trabajo hubieran sido suscritos *ad-referendum* por los representantes de gobierno con los de otros países, porque ello de algún modo —al equiparar los convenios internacionales del trabajo con tratados ordinarios— “parece desconocer las peculiaridades del régimen de la O.I.T.”.¹²²

El proceso de discusión en la Cámara fue breve en virtud del Mensaje que acompañaba el proyecto de ley, en que se estudiaba detenidamente el régimen jurídico de los convenios de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la OIT y se señalaban —en cada caso— los motivos que justificaban su ratificación.

Con relación al CIT N.º 87 el Mensaje expresaba:

Convenio N.º 87: Relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho sindical

“La ratificación de este Convenio es aconsejable ya que reglamentará, dentro de los principios internacionales admitidos en la actualidad, los artículos 39 y 57, párrafo primero de la Constitución de la república que consagra, el primero como un derecho fundamental, el que tienen todas las personas de asociarse dentro de la legalidad, y dispone, el segundo, que la ley promueve la organización de sindicatos gremiales acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica.”

Luego el Mensaje detalla los diversos derechos y obligaciones que nacen con su ratificación, a partir de recordar las normas del documento.

En el caso del CIT N.º 98 el Mensaje expresa:

Convenio N.º 98: Relativo a la aplicación de los principios relativos al derecho de organización y de negociación colectiva¹²³

“Este Convenio puede ratificarse pues se refiere a algunos aspectos de la cuestión de la libertad sindical y de las relaciones industriales¹²⁴, y especialmente, a la aplicación de los principios del derecho de organización y de negociación colectiva, convenios colectivos, conciliación y arbitraje y cooperación entre las autoridades públicas y los Sindicatos¹²⁵ de empleadores y trabajadores. Tiene pues este convenio estrecha relación con el N.º 87, cuya ratificación también se aconseja en este Mensaje.”

Luego el Mensaje reseña los principales aspectos del convenio con respecto a la protección contra los actos discriminatorios antisindicales y al “fomento del pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria y de Convenios colectivos con objeto de reglamentar por estos medios las condiciones de empleo”.

Finalmente, recordemos que la Ley N.º 12.030 establecía en sus artículos 2 a 4 un sistema de sanciones para las infracciones a los convenios. El Poder Ejecutivo al reglamentar los convenios, debía establecer sanciones pecuniarias “para penar el incumplimiento de las disposiciones de los mismos” y en caso de reincidencia la multa se elevaría al doble.

La ley ya en 1953 estableció el criterio de que existía una presunción en contra del empleador en caso de violación de los convenios. Su art. 3 en efecto expresa: “Las infracciones

¹²² PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los convenios internacionales del trabajo*, Montevideo, 1965, p. 420.

¹²³ El informe altera así el *nomen juris* del Cit N.º 98 que es “Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva”. Probablemente el Poder Ejecutivo temía que la expresión “derecho de sindicación” pudiera abrir un innecesario debate en el Parlamento y optó por la expresión más *light* de “derecho de organización”.

¹²⁴ Llama la atención la expresión de “relaciones industriales”, en una época (1953) en que esta expresión no era usada en nuestro régimen de derecho colectivo del trabajo.

¹²⁵ Aquí también es atípica la expresión de “sindicato de empleadores”, en nuestro país se denominan “cámaras” o simplemente “organizaciones de empleadores”.

se presumirán en todos los casos imputables a los patronos, sean personas físicas o morales, los que serán civil y solidariamente responsables de la contravenciones declaradas contra sus representantes. Directores, Gerentes, agentes o empleados”.

El sistema de sanciones contra los incumplimientos de los convenios colectivos se consolidaría en el devenir de los años, pero lo que importa destacar de la Ley 12.030 es que el Uruguay —en el año 1953— comienza a tomar muy en serio la ratificaciones de estos documentos internacionales, que ya no solo reconocen derecho existentes con anterioridad en nuestro país, sino que introduce nuevas tutelas que van conformando la construcción del derecho del trabajo nacional.

4. Las reglas de los CIT Nros. 87 y 98 en materia de libertad sindical

La importancia de los Convenios Nros. 87 y 98 —en la historia jurídica nacional— se expresa en el hecho de que reconocieron explícitamente a partir de 1953 (año de su ratificación) los distintos derechos inherentes a la libertad sindical, que la Constitución anticipaba de forma muy genérica en el año 1934. Recién en el año 2006 la Ley 17.940 vendría a regular expresamente diversos derechos sindicales (no discriminación, licencia sindical, actividades de proselitismo, etc). Pero aun hoy en día importantes aspectos de la libertad sindical, relativos a los vínculos entre las organizaciones de empleadores con el Estado y los empleadores, siguen regulados por los Convenios Nros. 87 y 98.

Por lo tanto es en virtud de esos dos convenios internacionales del trabajo, que tuvieron soporte jurídico cuestiones como la autonomía de las organizaciones de trabajadores y empleadores ante el Estado con referencia a su constitución, elección de representantes, organización y representación; protección de los trabajadores ante los actos discriminatorios o de injerencia de los empleadores; tutelas de los propios sindicatos ante otras organizaciones sindicales, según veremos a continuación.

4.1. La libertad sindical ante el Estado

Con relación a la cuestión de la libertad sindical ante el Estado, debemos señalar que en Uruguay —y más allá de la previsión genérica del art. 57 de la Constitución— las normas *legales* que regulan el punto son precisamente las contenidas en el CIT 87. Este reconocimiento al valor jurídico de la norma internacional es especialmente importante, porque no existen en el país normas de origen nacional sobre los diversos aspectos que regulan la constitución, organización y la personería jurídica de las organizaciones sindicales.

El CIT N.º 87 reconoce expresamente los derechos de libertad sindical ante el Estado que así enumera:

a) Derecho de constituir sindicatos sin autorización previa de la autoridad administrativa (art. 2 del CIT 87)

Expresa el ya citado art. 2 del Convenio N.º 87 que “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes”.

Este derecho está a la base de todos los demás derechos, puesto que es difícil imaginar un sistema de relaciones laborales en el que se reconozca la plena libertad sindical, si las organizaciones deberían requerir la aprobación previa de la autoridad administrativa (v. g. el Estado).

b) Derecho a la libre creación, organización y disolución de las organizaciones (arts. 3 y 4 del CIT 87)

El art. 3 del Convenio N.º 87 indica que “las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de

elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción". Agrega la norma que "las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal".

Por su parte, el art. 4 expresa que "las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa", lo cual en buen romance establece que el sindicato no puede ser disuelto por el Gobierno.

El artículo viene a reafirmar la plena autonomía de la organización en un aspecto vital de su existencia: la forma de organizarse, también llamada *autarquía sindical*. En virtud de ello —expresa Ermida— el sindicato (y las organizaciones patronales, aunque es evidente que estos derechos importan especialmente a la organización de trabajadores) es autónomo con relación al ejercicio del poder disciplinario interno, a las elecciones de sus autoridades, a la forma y estructura a darle a la organización y a las decisiones que derivan en su disolución.¹²⁶

c) Derecho de los sindicatos a obtener personería jurídica sin condiciones limitativas (art. 7 del CIT 87)

Otra particularidad que forma parte de la libertad sindical ante el Estado y la sociedad, es el derecho de las organizaciones a obtener la personería jurídica sin ningún tipo de condiciones o limitaciones. Así lo establece el art. 7 del Convenio Internacional N.º 87 que expresa: "La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio".

4.2. La libertad sindical ante el empleador

Los derechos sindicales abrieron también espacios de libertad y tutelas ante la acción e injerencia de los empleadores, según enumeraremos a continuación:

a) Derecho al fuero sindical

Entendemos con la expresión "fuero sindical" el conjunto de garantías y tutelas de los que goza todo militante sindical, independientemente de su rol en la organización, ante los actos de persecución, discriminación o injerencia de los empleadores.

El art. 1 del Convenio N.º 98 expresa que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo". Luego agrega en el artículo siguiente que "dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en 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". En tal sentido, la definición de *acto de discriminación antisindical* del art. 1 del Convenio N.º 98 es suficientemente amplia para incluir todo trabajador perjudicado por causas sindicales, independientemente de la condición de *dirigente sindical*.

b) Prácticas desleales o actos de injerencia

La tutela de las organizaciones sindicales y de sus afiliados contra las llamadas prácticas desleales o actos de injerencia constituye una garantía para asegurar la total independencia de las organizaciones de trabajadores en el ejercicio de sus actividades con respecto a los empleadores.¹²⁷

¹²⁶ERMIDA URIARTE, Oscar, *Sindicatos en...*, cit., p. 127.

¹²⁷OIT, *La Libertad Sindical...*, cit. (2018), párrafo 1188.

El Convenio N.º 98 expresa en su art. 2 que “las organizaciones de trabajadores y empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya sea se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración”. La norma agrega que “se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores”.

Hay múltiples ejemplos de actos de injerencia, como por ejemplo la constitución de sindicatos amarillos o “títeres”, las pesquisas antisindicales, la solicitud a los trabajadores a qué sindicato pertenecen, la afiliación de personal de dirección o de confianza de la empresa en la organización sindical, etc.¹²⁸

4.3. La libertad sindical ante otras organizaciones sindicales

a) La cuestión de la unidad y pluralidad sindical

Los modelos de relaciones laborales —con referencia al actor sindical— se dividen en dos categorías básicas: modelos de unicidad sindical y modelos de pluralidad sindical. En los sistemas de unicidad sindical (los casos más notorios son Argentina y Estados Unidos) solo es posible en la empresa o en la actividad la presencia de un único sindicato, que representa a todos los trabajadores (afiliados o no).¹²⁹

Para Plá Rodríguez el principio de la pluralidad sindical es el corolario de la libertad de constitución de los sindicatos.¹³⁰ La opinión del Comité de Libertad Sindical es que la idea de “pluralismo sindical” reposa en el art. 2 del Convenio N.º 87, que consagra “el derecho de constituir las organizaciones que estiman convenientes”. En tal sentido el Comité ha indicado dos claras reglas que marcan el modelo de pluralidad sindical estatuido por el Convenio N.º 87:

- a) “Las disposiciones que exigen un solo sindicato por empresa, oficio o profesión, son incompatibles con el artículo 2 del Convenio”.¹³¹
- b) “La existencia de una organización sindical en un sector determinado no debería constituir un obstáculo para la constitución de otra organización si los trabajadores así lo desean.”¹³²

4.5 Derecho a afiliarse a entidades internacionales

El art. 5 del Convenio N.º 87 reconoce que “toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores”.

La solidaridad sindical internacional constituye uno de los objetivos básicos de todo movimiento sindical y ha inspirado la norma contenida en el artículo 5 del Convenio N.º 87, según la cual toda organización. Como ha expresado el Comité de Libertad Sindical: “el artículo 5 del Convenio es solo el reconocimiento, como lo indican los trabajos preparatorios del instrumento, de la solidaridad de intereses que une a los trabajadores por una parte y a los empleadores por otra; esta solidaridad no se limita ni a una empresa ni a un ramo de actividad determinados, ni siquiera a la economía nacional, sino que se extiende a la economía internacional entera. Este derecho corresponde por otra parte a la práctica seguida por la Organización de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo, al haber reconocido ambas formalmente las

128 OIT, *La Libertad Sindical...* cit. (2018), párrafos 1194 y ss., en los que el Comité de Libertad Sindical señala “formas de injerencia”.

129 Para emplear una terminología argentina, el sindicato mayoritario es el único que tiene “personería gremial”, y por lo tanto el único habilitado para representar los intereses colectivos de los trabajadores de determinado sector o industria.

130 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...* cit., T. IV, V. 1, p. 65.

131 OIT, *La libertad sindical...* cit., párrafos 316 y 317.

132 OIT, *La libertad sindical...* cit., párrafo 313.

organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores asociándolas directamente a sus trabajos”.

5. La aplicación de los CIT Nros. 87 y 98 en el derecho nacional

Como hemos expresado, no existieron en nuestro país, antes de la aprobación de la Ley 17.940 de 2 de enero de 2006, normas nacionales que tutelan la libertad sindical. La protección de los derechos sindicales era confiada a la Constitución y a los Convenios Nros. 87 y 98.

Mientras no existieron mayores problemas relativos a los temas vinculados a la autarquía sindical referida en el Convenio N.º 87, la cuestión de las tutelas de los militantes sindicales siempre se apoyó en las reglas del Convenio N.º 98. Es así que la posición de la jurisprudencia prácticamente unánime fue que “el Convenio Internacional del Trabajo N.º 98 consagra en su art. 1 la protección del fuero sindical, estableciendo un conjunto de medidas de protección al dirigente sindical que lo pongan al cubierto de la arbitrariedad patronal [...] El citado Convenio dispone que tanto los trabajadores como los sindicatos deberán gozar de una *adecuada protección* contra todo acto de discriminación en relación con su empleo y contra todo acto de injerencia de las organizaciones patronales sobre las organizaciones de los trabajadores [...] El ámbito de la protección en el derecho comparado, tal como lo señala *Abella de Artecona*, generalmente alcanza al despido y excepcionalmente a otras formas más sutiles de persecución. Agrega que normalmente los procedimientos tienen carácter reparatorio, es decir, que actúan a posteriori del acto lesivo”.¹³³

Si bien los tribunales reconocieron ampliamente la protección consagrada en el art. 1 del Convenio N.º 98, la nota tuvo dos limitantes: a) por un lado se consideró que no era autoejecutable; b) por el otro, no se admitió la reinstalación del militante sindical despedido. Pero esta posición no significó desconocer los derechos de libertad sindical y se tradujo en los hechos en sentencias que condenaban a la empresa culpable de una discriminación o un despido sindical a abonar un “plus” en concepto de despido abusivo, que generalmente cuantifica en 1, 2 o 3 veces el monto de la indemnización por despido común.

Con relación a la autoejecutabilidad, la Suprema Corte de Justicia había señalado en el año 1990 en la sentencia N.º 25 de 27.VI.90 que el CIT 98 no es asimilable a las normas del derecho interno y su contenido es programático y por lo tanto no autoejecutable.¹³⁴ Contra esta posición se destaca una sentencia del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er Turo, que expresa que la normativa de estos Convenios “no es programática por lo que su amparo puede efectivizarse de conformidad con el art. 72 de la Constitución de la República, ya que no hace más que explicitar un derecho fundamental ya contenido en la Carta”.¹³⁵

Sin perjuicio del debate sobre la autoejecutabilidad del Convenio, la Corte se alineó en definitiva en considerar que la violación de los Convenios N.º 87 y 98 constituye una ilicitud, pero solo es reparable con daños y perjuicios: “El despido antisindical constituye una especie del despido abusivo, en tanto se asocia a la voluntad unilateral del empleador de romper el vínculo laboral como instrumento para combatir el legítimo ejercicio de la actividad sindical del trabajador. Y la nota de ilicitud refiere a la violación de las normas antes citadas (nota: CIT N.º 87 y 98) sobre protección de la actividad gremial”¹³⁶.

Con relación a la posibilidad de solicitar la nulidad del despido de un militante sindical y su reinstalación, nuestra jurisprudencia se mantuvo hasta comienzo de 2006 —sin ley nacional habilitante— una posición contraria a dicha posibilidad. La posición ya sostenida por la Corte ha sido reiterada en diversas oportunidades a los largo de los años: “No procede la acción de

133TAT 2.º Sentencia N.º 172 de 9.6.2000, Tosi, Echeveste, López, con citas de Ermida Uriarte (*Normas de acción gremial en la empresa*, RDL N.º 131, pp. 571) y Abella de Artecona (*Garantías de Protección a los representantes sindicales*, RDL N.º 153, p. 75), en Anuario... cit., año 2000, caso 414. Esta posición es una reiteración de opiniones ya expresadas en sentencia de 1995.

134Ver Raso Delgue, J. y Pratt Percovich, L., ob. cit., pp. 58 y ss.

135TAT 1.º, Sent. N.º 330 del 8.8.96, Presa, Nario, De Paula en Anuario cit., año 1996-1997, caso 1569.

136S. C. J., Sent. N.º 393 del 13.9.2000, Alonso de Marco (r), Mariño, Cairoli, Guillot, Echeveste, en Anuario cit., año 2000, caso 409.

reinstalación porque sin texto expreso habilitante no se puede obligar al patrón a hacer lo que la ley no le impone, considerando además que el art. 32 de la Constitución lo protege en el ejercicio de su dominio sobre la empresa”.

6. Los Convenios 87 y 98 y la ley nacional

Como indicamos en el numeral anterior, pese a la ratificación del CIT 98 en el año 1953, una norma tan relevante y clara sobre la protección de la libertad sindical no disponía de un mecanismo adecuado para asegurar el cumplimiento de los preceptos jurídicos sobre este punto.

En puridad, la Ley N.º 17.940, más que introducir nuevos derechos en nuestro sistema jurídico, legisla sobre los instrumentos jurídicos necesarios para que pueda concretamente tutelarse el precepto contenido en el CIT 98, además de incluir otros beneficios que conforman el abanico de la libertad sindical.

Ello también refleja una vieja discusión de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país. Mientras se sostuvo por parte de prestigiosa doctrina¹³⁷ la autoejecutabilidad de los tratados internacionales y en especial los Convenios Internacionales del Trabajo Nros. 87 y 98 —es decir que se reconocía que ellos eran directamente aplicables en nuestro ordenamiento interno, sin necesidad de ulterior reglamentación legal—, la jurisprudencia negó esa posibilidad.¹³⁸

Este fenómeno —noreconocer la autoejecutabilidad de las disposiciones internacionales— no es solo nacional, sino que se repite en otros países latinoamericanos, puesto que “nuestra cultura política —expresa el autor colombiano Molina con sentido crítico y al referirse a la análoga situación en su país— generalmente reconoce de manera exclusiva al órgano legislativo material o formal, la potestad de crear las leyes. El operador jurídico normal no acepta con facilidad que una ley pueda provenir de una fuente distinta a dicho órgano: solo es derecho legislado aquel que provenga del legislador”.¹³⁹

A lo sumo, como expresáramos, la jurisprudencia aceptó —luego de un largo debate— la posibilidad de reconocer una indemnización por daño moral al trabajador despedido en violación de la libertad sindical, cuantificándola misma en un monto entre una y tres indemnizaciones por despido. Pero en este caso siempre se trató de una reparación *imperfecta*, a través de una cuantificación monetaria, que en definitiva no evitaba el quiebre del vínculo laboral. En cambio los tribunales siempre resistieron la reinstalación del trabajador como forma de reparación *perfecta* del despido por razones sindicales. Ermida Uriarte ha señalado que el restablecimiento de la situación alterada “es en rigor lo único que levanta efectivamente todos los obstáculos, que el acto ilícitamente perturbador de la acción sindical había opuesto a la misma; es decir, es el único mecanismo que protege acabada y directamente el bien jurídico tutelado”.¹⁴⁰

6.1. La aprobación de la Ley N.º 17.940

La Ley N.º 17.940 aprobada el 2 de enero de 2006 es uno de los ejemplos más certeros de la permanente retroalimentación jurídica que existió en el país entre convenios internacionales del trabajo y leyes internas.

La ley no introduce en nuestro derecho conceptos nuevos en materia de libertad sindical. El art. 1 se ajusta a una fórmula declarativa: “Declárase” —dice la norma— para luego agregar que es nula la discriminación que menoscaba la libertad sindical de conformidad al art. 57 de la Constitución, el art. 1 del Convenio Internacional del Trabajo N.º 98 y los lits. a) y b) de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

137 cfr. Abella de Artecona, M., “Garantías de protección de los representantes sindicales”, en rev. Derecho Laboral, T. XXXII, N.º 153, Montevideo, 1989, p. 80.

138 Ver *supra* N.º 5.

139 MOLINA MONSALVE, Carlos E., *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*, Bogotá, 2005, p. 228.

140 ERMIDA URIARTE, Oscar, *La protección contra los actos antisindicales*, Montevideo, 1987, p. 58.

Es decir que la norma no viene a incorporar nuevas prerrogativas en nuestro ordenamiento jurídico, sino que simplemente reconoce un derecho consolidado en el país a lo largo de muchas décadas a través de la aprobación de dos importantes documentos de altísima jerarquía: la Constitución y el art. 1 del Convenio Internacional del Trabajo N.º 98.

La nueva ley vino por lo tanto a dotar de *ejecutabilidad* al art. 1 del Convenio Internacional del Trabajo N.º 98 y establece los procedimientos para obtener la “reparación perfecta”, es decir, “la efectiva reinstalación o reposición del trabajador despedido o discriminado” (según indica el art. 3, lit. A de la ley).

La nueva ley no hizo referencia explícita a todos los aspectos de la libertad sindical, sino que se limitó a regular los derechos que derivan de la “libertad sindical positiva”, que el Convenio Internacional del Trabajo N.º 87 define como el derecho de trabajadores y empleadores a constituir sin autorización previa las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas, y las situaciones previstas por el art. 1 del Convenio N.º 98, que asegura a los trabajadores el goce de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical.

La especial referencia a la dimensión individual de la libertad sindical obedece seguramente al hecho de que los actos discriminatorios que más preocupan a las organizaciones sindicales, son aquellos que tienen por protagonistas a trabajadores individualmente considerados, y por lo tanto, más vulnerables ante actitudes persecutorias.

Bajo el *nomen juris* de “nulidad de los actos discriminatorios”, el art. 1 de la ley declara la nulidad absoluta de los actos de discriminación tendientes a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso a este.

La norma, para reforzar su vínculo con el Convenio Internacional de Trabajo N.º 98, repite el texto del art. 1 de la norma internacional, al expresar que es absolutamente nula cualquier acción u omisión que tenga por objeto:

“A) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

B) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en 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”.

A diferencia del Convenio N.º 98 que se refiere a todo “acto”, la norma nacional habla de “acción u omisión”, es decir que el acto discriminatorio puede expresarse a través de un “hacer” o de una “omisión”. En realidad la diferente redacción no modifica la amplitud del concepto de “acto discriminatorio”, puesto que aun las “omisiones” siempre se expresan a través de un comportamiento activo: por ejemplo, se discrimina a un trabajador en sus derechos al ascenso, porque se nombra a otro trabajador en un cargo superior.

Debe también señalarse, al examinar el segundo inciso del art. 1, que la norma emplea la expresión “En especial, es absolutamente nula [...]”. Es decir que los actos discriminatorios no se agotan en las dos modalidades indicadas en los literales A y B, sino que estas son tomadas como ejemplos principalísimos, pero no únicos, de discriminación. La expresión permite por lo tanto reforzar la idea de que la ley ampara también aquellas situaciones que se encuadren en hipótesis de “libertad sindical negativa”.

Como surge del texto, “los actos discriminatorios están dirigidos, por definición a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo”.¹⁴¹ En este aspecto la norma nacional introduce una variante no menor a la redacción del art. 1.1 del Convenio N.º 98: ampara aun los actos discriminatorios referidos al momento del acceso al empleo.¹⁴² Esto significa que deberán considerarse nulas las

141 MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, “Los dictámenes del Comité de Libertad sindical de la OIT” en rev. Derecho Laboral, T. XLI, N.º 190, Montevideo 1998, p. *Derecho...* cit., p. 150.

142 El art. 1.1 del Convenio Internacional del Trabajo N.º 98 expresa que “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección

contrataciones de trabajadores, instrumentadas por ejemplo a través de un procedimiento de selección de personal que evalúe las conductas sindicales de los postulantes: sería así absolutamente nula una contratación efectuada sobre la base de formularios de selección que traten de averiguar —directa o indirectamente— si el trabajador ha sido afiliado en el pasado a alguna organización sindical o formulen preguntas de opinión sobre la valoración de las actividad sindical.

El concepto de “acto discriminatorio” remite al de fuero sindical, que Ermida Uriarte define como “el conjunto de medidas de protección del dirigente y el militante sindical, que tienden a ponerlos a cubierto de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y posibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical”.¹⁴³ El autor agrega que la definición de “acto de discriminación antisindical” del art. 1 del Convenio N.º 98 “es muy próxima a la del fuero sindical... (de modo que) el acto de discriminación antisindical viene a ser el objeto del fuero sindical amplio que, en la concepción predominantemente latinoamericana, es el instrumento de protección del trabajador contra los actos que perjudiquen en su acción sindical o a causa de ella”.¹⁴⁴

Al referirnos concretamente al concepto de “acto discriminatorio”, en los términos redactados en el art. 1 de la ley, la acción u omisión discriminatoria se expresa en “una ruptura del principio de igualdad a través de una desventaja, rebaja, privación, negación, descalificación o disminución”¹⁴⁵ aplicada al trabajador en virtud de su accionar sindical.

En cuanto al sujeto-autor del acto discriminatorio, es evidente que en la amplia mayoría de los casos será un empleador, puesto que es él quien conduce la empresa, *contrata trabajo*, establece las políticas laborales y detenta el poder de dirección necesario para acometer con el acto. Sin embargo, en determinadas circunstancias el sujeto actuante puede ser el Estado aun en la actividad privada, cuando interviene en los conflictos entre las partes¹⁴⁶, o el mismo sindicato cuando acciona discriminando trabajadores que no pertenecen a su organización o acciona contra otro sindicato o actúa contra sus trabajadores subordinados. Un típico ejemplo de discriminación sindical (que atenta contra la libertad sindical negativa) es la situación en la que el sindicato negocia con la empresa un convenio, donde se establece que la afiliación sindical es requisito para la contratación del trabajador.¹⁴⁷

La doctrina ha ido conformando una verdadera casuística de los actos discriminatorios, a la que se suma la opinión del Comité de Libertad Sindical de la OIT y los informes anuales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

Bronstein distingue entre las prácticas antisindicales del empleador en contra de sindicalistas a título individual, la que llama de tipo “preventivo” y las de tipo “represivo”. Las primeras son aquellas que persiguen el propósito de impedir la constitución de un sindicato, o de impedir que los trabajadores adhieran a un sindicato ya constituido, o impedir que el sindicato designe a sus autoridades. Las de tipo represivo se expresan a

contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”, sin especial referencia al “acceso” al empleo.

143 ERMIDA URIARTE, Oscar, *La protección...*, cit., p. 9.

144 *Idem*.

145 *Idem*.

146 BRONSTEIN, Arturo, recuerda que la intervención y disolución de los sindicatos era una práctica corriente de las dictaduras.

“Hoy —agrega— parece haber desaparecido, pero en muchos países los Estados siguen violando la libertad sindical, cuando por ejemplo niegan expresa o tácitamente la concesión del registro o de la personería jurídica a la organización. Otro motivo de preocupación resulta de la injerencia del Estado en la constitución o en el funcionamiento de los sindicatos, que muchas legislaciones favorecen a través de una reglamentación exagerada de la vida sindical. Una forma particularmente sofisticada de acoso antisindical (aunque no trasladable a nuestro sistema de relaciones laborales) consiste en la colusión entre las autoridades públicas y los empleadores: al tiempo que las primeras demoran el registro del sindicato, los segundos despiden o toman represalias contra los trabajadores que intentan sindicalizarse. Un número relativamente importante de quejas ante el CLS, denuncian precisamente ésta práctica (BRONSTEIN Arturo, “Protección de la Libertad Sindical”, en *El Derecho Sindical en América Latina*, Montevideo 1995, pp. 89 y 90).

147 cfr. Godínez Vargas Alexander, “Fuero sindical: límites a la protección”, en rev. Derecho Laboral T. XLI, N.º 191, Montevideo, 1998, p. 739.

través de represalias de los trabajadores sindicalizados, con motivo del ejercicio de sus derechos sindicales.¹⁴⁸

Frente a actos discriminatorios claros como, por ejemplo, el despido de un dirigente sindical durante una huelga, aparecen situaciones más difusas que buscan ocultar la discriminación o simplemente provocar un perjuicio difuso o indirecto al trabajador, para penalizarlo por el ejercicio de su actividad sindical.

Entre estos últimos actos, podemos señalar a vía de ejemplo las siguientes situaciones:

- a) la convocatoria de una comisión disciplinaria (o la instrucción de un sumario, agregamos nosotros) inmediatamente después de declararse una huelga;¹⁴⁹
- b) la suspensión y/o la aplicación injusta de otras sanciones disciplinarias;¹⁵⁰
- c) los cambios de tareas u horarios, la rebaja de remuneración;¹⁵¹
- d) el descenso de grado y/o la postergación en la carrera;¹⁵²
- e) los traslados con la finalidad de perseguir a militantes sindicales;¹⁵³
- f) los despidos por razones económicas, pero realizados con una finalidad persecutoria;¹⁵⁴
- g) el despido por ausencia en el trabajo como consecuencia de una detención o condena por actividades sindicales lícitas, que la legislación califica como delito;¹⁵⁵
- h) provocar la jubilación obligatoria de un trabajador, sin exigirla a otros trabajadores en iguales condiciones;¹⁵⁶
- i) la inscripción en "listas negras";¹⁵⁷
- j) políticas salariales discriminatorias (por ejemplo, premios a los trabajadores que no se plegaron a la huelga o aumentos a quienes no participan en asambleas);¹⁵⁸
- k) políticas discriminatorias en la contratación de trabajadores y, en especial —a nuestro juicio—, la contratación de rompehuelgas.

El acto antisindical puede también expresarse a través de una conducta que aparentemente pretende premiar al sindicalista con un tratamiento de favor, pero que oculta la intención de desprestigiarlo ante las bases o ante otros dirigentes o un ascenso para sustraer al dirigente o militante de la sección o establecimiento en el que desempeñaba su acción colectiva.¹⁵⁹

Ermida Uriarte recuerda que son también actos antisindicales los que están dirigidos a privar injustificadamente al trabajador de las facilidades, prerrogativas o garantías complementarias de la actividad sindical previstas en la Recomendación 143 y sin las cuales libertad sindical podría ser "letra muerta": el tiempo libre para el desempeño de la actividad sindical; el derecho a ingresar y desplazarse en las empresas o centros de trabajo; la posibilidad de comunicación directa con las direcciones de las empresas y con los representantes de estas suficientemente autorizados para tomar decisiones; la facultad de recaudar las cuotas sindicales; el derecho de difusión y comunicación que incluye las facultades de colocar avisos, distribuir boletines, folletos, publicaciones, comunicados y otros documentos en la empresa; el derecho a disponer de locales

148 BRONSTEIN, Arturo A., ob. cit., p. 89.

149 OIT, "La Libertad Sindical. Recopilación de dictámenes y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT", Ginebra 2018, párrafo 1110.

150 ERMIDA URIARTE, Oscar, *La protección...* cit., p. 47.

151 *Idem*.

152 OIT, "La Libertad Sindical", Recopilación... cit., Ginebra 2018, párrafo 1117.

153 OIT, "La Libertad Sindical", Recopilación... cit., Ginebra 2018, párrafo 1117.

154 OIT, "La Libertad Sindical", Recopilación... cit., Ginebra 2018, párrafo 1111.

155 OIT, "La Libertad Sindical", Recopilación... cit., Ginebra 1985 párrafo 548.

156 OIT, "La Libertad Sindical", Recopilación... cit., Ginebra 2018, párrafo 1109.

157 OIT, "La Libertad Sindical", Recopilación... cit., Ginebra 2018, párrafo 1089.

158 CARINCI, Franco *et al.*, "Diritto del Lavoro - 1. Il diritto sindacale", 4. Ed., Turín, 2003, p. 135.

159 ERMIDA URIARTE, Oscar, "La protección..." cit., p. 47.

adecuados proporcionados por las empresas y obtener de estas las demás facilidades materiales y el derecho de contar con la información necesaria para el desarrollo de la actividad sindical.¹⁶⁰

Sin perjuicio de lo expresado en la Recomendación 143, corresponde en el marco de la Ley N.º 17.940 ligar el concepto de acto antisindical con las previsiones contenidas en los arts. 4, 6 y 7 de la misma ley, que refieren a la licencia sindical, a la retención de la cuota sindical y a las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical. Las acciones que obstaculicen lo preceptuado por estas normas podrán, según la forma de expresión, ser consideradas actos antisindicales contra la libertad sindical y/o actos de injerencia en la organización.

Más difícil es la determinación de los “actos omisivos”, pudiéndose señalar entre ellos el rechazo a contratar, a promover, a conceder determinados tratos económicos a determinados trabajadores en virtud de su actividad sindical. En realidad el acto omisivo, como ya hemos indicado, aparece generalmente vinculado a conductas activas del empleador: por ejemplo, la postergación de un ascenso se vuelve discriminatoria en la medida que se asciende a otros trabajadores con méritos inferiores. Es decir que el acto omisivo —como dijimos anteriormente— se perfecciona generalmente a través de un *hacer* en favor de otro. En otras palabras, el deber del empleador —para evitar conductas “omisivas”— consistirá en promover o adoptar las medidas adecuadas y que estime necesarias, para garantizar que en el ámbito del trabajo se respete el libre ejercicio de los derechos que la ley reconoce a los trabajadores”.¹⁶¹

Con relación al tema de los actos omisivos se plantea la cuestión de cómo debe repararse al trabajador perjudicado. ¿Comprobado el acto omisivo, surge —por ejemplo— a favor del trabajador discriminado el derecho al ascenso, a la recomposición de su carrera, a recibir igual trato económico con el trabajador que ha sido beneficiado por la discriminación? En otras palabras, ¿establecida la nulidad de una omisión, la consecuencia es la extensión positiva del beneficio omitido?¹⁶² Parecería más razonable admitir en estos casos el derecho a una indemnización o resarcimiento, que reconocer un derecho del trabajador a exigir el *hacer positivo* del empleador. De todos modos, consideramos que una definición sobre el tema dependerá muchas veces de las situaciones concretas que se planteen en el contencioso judicial: mientras parece razonable la posibilidad de recomponer una carrera, más discutible sería obligar al empleador a contratar a un trabajador, que rechazó por motivos sindicales. De todos modos reconocemos que el punto es opinable y en lo personal consideramos prematuro definir una posición sobre el punto.

Finalmente corresponde indicar que existen —como en toda esta materia— zonas grises entre lo que debe considerarse o no acto discriminatorio.

A vía de ejemplo, señalemos algunos casos que el Comité de Libertad Sindical o la doctrina han excluido de la calificación de acto discriminatorio. No son actos antisindicales:

a) el despido del trabajador por ausentarse de su empleo sin el consentimiento del empleador;¹⁶³

b) invocar la *negligencia* del trabajador en el trabajo;¹⁶⁴

c) una dura resistencia a reivindicaciones sindicales, que responden a un conflicto de interés;¹⁶⁵

d) la reacción a conductas sindicales ilegítimas del trabajador,¹⁶⁶ como por ejemplo podría ser el caso de sanciones aplicadas a trabajadores que no respetan los regímenes de turnos asignados en caso de una declaración de servicios esenciales.

160ERMIDA URIARTE, Oscar, “La protección...” cit., pp. 47 y 48.

161GODINEZ VARGAS, Alexander, ob. cit., p. 739.

162CARINCI, Franco *et al.*, ob. cit., p. 102.

163OIT, “La Libertad Sindical”, Recopilación... cit., Ginebra 2018, párrafo 1123.

164OIT, OIT, “La Libertad Sindical”, Recopilación... cit., Ginebra 2018, párrafo 1219.

165CARINCI, Franco *et al.*, ob. cit., p. 137.

166 *Idem.*

6.2. La nulidad de los actos discriminatorios

La ley confiere coercibilidad al art. 1 del CIT N.º 98, y lo hace al punto de considerar al acto antisindical como absolutamente nulo. La consecuencia es que declarada la nulidad del acto, se procede a reconstruir la situación anterior. A vía de ejemplo, declarado un despido, procederá la reinstalación, mientras que declarada —por ejemplo— la nulidad de un ascenso discriminatorio, deberá volverse a la situación anterior. Mientras que parece clara la situación de la reinstalación en caso de despido, consideramos que deberá reflexionarse con mayor atención en los casos de discriminación, que no se resuelven en un despido. Algunas soluciones parecen claras: por ejemplo, comprobada la aplicación de una suspensión disciplinaria como acto sindical, se anulará la sanción y se abonarán al trabajador los jornales que se hubieran descontado. En cambio, en la hipótesis que indicábamos con anterioridad —el ascenso discriminatorio de otro trabajador—, la consecuencia no será el derecho de ocupar el cargo superior y/o recibir la retribución superior, sino en dejar sin efecto el ascenso. El trabajador discriminado no podrá por lo tanto reclamar un salario superior, pero sí podría reclamar los daños y perjuicios que se deriven de la postergación en el ascenso.

La reinstalación es una forma de *reparación perfecta* de la acción antisindical y tiene como consecuencia no solo la “efectiva” reincorporación del trabajador a su lugar de trabajo, sino que este tendrá además el derecho a percibir la totalidad de los jornales correspondiente al “período que insuma el proceso de reinstalación y hasta que ésta se efectivice” (art. 3, lit. A). Ermida Uriarte ha expresado que “La salvaguarda de la actividad sindical solo se alcanza plenamente en un régimen de estabilidad absoluta, es decir de nulidad del despido con reincorporación efectiva... dado que solo aquella (la estabilidad absoluta) asegura que el trabajador pueda seguir actuando sindicalmente.”¹⁶⁷

Corresponden dos comentarios sobre el tema de la reinstalación. El primero es que la ley indica que la reinstalación debe ser “efectiva”, es decir que el empleador no podrá sustituir la reinstalación con el otorgamiento de una licencia o con el envío al seguro de desempleo. El empleador no cumplirá con la sentencia simplemente abonando el salario al trabajador, sin reintegrarlo a su lugar de trabajo: la obligación es el reintegro al trabajo, siendo el pago del salario una simple consecuencia.

La segunda consideración se refiere a la previsión legal que la reparación se completa con el pago de la totalidad de los jornales correspondientes al “período que insuma el proceso de reinstalación y hasta que ésta se efectivice”. ¿Qué debe entenderse en este caso por “proceso”? ¿La norma toma en consideración para medir a los salarios caídos el período en que duró el “procedimiento judicial” o debe entenderse por “proceso” un “transcurso de tiempo” (como indica la Real Academia), en este caso el transcurso de tiempo que va desde el despido a la reinstalación efectiva? Consideramos que es este último significado —“transcurso de tiempo”— el que la norma da a la expresión “proceso”. La redacción de la norma es clara: el “proceso” termina con la efectiva reinstalación; es decir que no se está refiriendo al procedimiento judicial, porque este concluye con la sentencia y no con la reinstalación. La consecuencia lógica es que si el “proceso de reinstalación” termina con la efectivización de esta es porque se considera que comenzó con el despido.

Por otra parte no debe olvidarse que la percepción de la totalidad de los salarios es la consecuencia de la nulidad absoluta del acto discriminatorio. Por lo tanto la extensión del período considerado debe medirse con la situación real de *no trabajo* que el acto nulo originó.

La reinstalación o la reposición a la situación anterior no es la única consecuencia que aparece la nulidad del acto. En efecto, la misma ley, en su art. 3, lit. F, refiere a la vigencia del sistema de astreintes (previsto por el art. 374 del CGP), agregando además que estas son independientes del eventual resarcimiento del daño y su producido beneficiará a la parte actora.

¹⁶⁷ERMIDA URIARTE, Oscar, *La protección...* cit., pp. 64 y 65.

Es decir que el trabajador tendrá derecho a percibir en su totalidad las astreintes a que se hubiera condenado al empleador (es, por ejemplo, el caso de un empleador que demora la reinstalación efectiva o que se niega a efectuar una evaluación objetiva de méritos para un ascenso). La norma abre también la posibilidad de acumular a las acciones de reinstalación o reposición a la situación anterior, la reparación de los daños materiales o morales que —además de la pérdida del salario— hubiera sufrido el trabajador.

Evidentemente la ley reacciona con extrema severidad ante el acto antisindical y este hecho, si bien se comparte en el plano teórico, podría restringir su efectiva aplicación. En efecto, nos preguntamos cómo reaccionarán los jueces al tener que aplicar la nueva ley. El mecanismo “sancionatorio” que la ley introduce puede tener alcances tan severos en términos de condena final al empleador, que ello podría determinar —en nuestra opinión— posiciones prudentes de los magistrados. Probablemente los resultados serán similares a las condenas por daño moral que se han efectivizado hasta el presente en materia de libertad sindical: las condenas han sido más bien excepcionales y se han apoyado en pruebas contundentes. Es cierto que la nueva ley traslada el peso de la prueba al empleador, pero en definitiva el trabajador deberá también aportar elementos concretos para fundamentar el derecho, a riesgo de que quede librada su suerte a la prueba que presente la contraparte.

Pensamos además que —aunque este tema también está confiado a otra mesa de debate— ni el juez ni las partes tienen posibilidad de apartarse de la declaración de existencia o no existencia de una nulidad absoluta. Estamos ante una nueva situación procesal del “todo o nada”, porque en nuestra opinión el texto legal no habilita a reclamar la instalación o en su defecto una indemnización triple por daño moral, situación que probablemente flexibilizaría la aplicación de la ley.

6.3. La “causa razonable” de despido o perjuicio

La ley en el art. 2 *in fine* introduce el concepto de “causa razonable” como justificación de la acción del empleador que conduce al despido o a un perjuicio para el militante sindical.¹⁶⁸

La primera observación que debemos efectuar es que la ley es desordenada sobre el punto, que bien hubiera merecido una regulación separada entre los arts. 1 y 2. La regla de la “causa razonable” aparece inserta en el proceso de tutela especial, como respuesta del empleador a la pretensión del trabajador de haber sido despedido o perjudicado por razones sindicales. Por lo tanto debería concluirse que el concepto de “causa razonable” solo es esgrimible en el ámbito del proceso de tutela especial, mientras que es ajeno al proceso general (art. 2.1).

No existen a nuestro juicio justificaciones para pensar que la “causa razonable” solo opera en el ámbito del proceso de tutela especial, por lo que interpretamos —por analogía— que la “causa razonable” debe ser considerada una regla para todo el sistema tuitivo de la ley. No creemos que el silencio de la ley con relación al proceso general implique que en este último proceso existan *otras* causas razonables.

Por otra parte la amplitud del concepto en los términos de la ley acompaña nuestra conclusión. Si bien es cierto que el último inciso del art. 2 solo refiere taxativamente (en nuestro concepto) a “tres causas razonables”, también es cierto que la tercera es de una amplitud tal que puede abarcar cualquier situación que permita justificar la actitud del empleador.

Examinemos la tres causales indicadas por la ley:

A) La capacidad o la conducta del trabajador

A.1. La capacidad

El primer problema que plantea la causal es la significación de la palabra “capacidad”. En nuestro criterio no debe confundirse la expresión “capacidad” con “capacitación”. La capacidad

¹⁶⁸Expresa el último inciso del art. 2: “Corresponderá al empleador, debidamente notificado del contenido de la pretensión de amparo, 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 entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”.

tiene que ver con la “aptitud psicofísica” para el trabajo y no con los conocimientos del trabajador para su realización. La capacitación profesional, los conocimientos del trabajador deben ser evaluados por el empleador en el momento de la contratación. Si el trabajador luego no tiene la pericia suficiente en el trabajo, ello se deberá a un defecto de elección del empleador, que de algún modo debe sufrir las consecuencias de su elección. Por otra parte la posibilidad de que se pueda despedir a un militante sindical por impericia involuntaria en el trabajo podría dejar abierta una puerta a la discrecionalidad del empleador.

Por lo tanto “capacidad” significa otra cosa y hace muchos años nos referimos a este concepto, cuando analizamos el Decreto-Ley 15.180 sobre seguro de desempleo. Aquella ley en su art. 2 da un concepto de “capacidad”, que a nuestro juicio es trasladable a la causal de la ley que analizamos: “es la aptitud psicofísica para el desempeño de la tarea habitual”. En esa oportunidad indicábamos como ejemplo de falta de aptitud psicofísica la enfermedad, la disminución física o psíquica, la ancianidad.¹⁶⁹ Como ejemplos de situaciones que pueden legitimar el despido, podemos pensar en la ancianidad de un trabajador, que ya no lo vuelve apto para la tarea que realiza, un trastorno psicológico, el alcoholismo, el consumo habitual de drogas (situaciones que consideramos más afines a una patología que a una conducta).

A.2. La conducta

Sobre la “causa razonable” referida a la “inconducta” consideramos que la expresión abarca un espacio más amplio que la condición de “notoria mala conducta”, eximente de indemnización en nuestro régimen de despido común. Pueden existir inconductas que, aun sin alcanzar el nivel de una “notoria inconducta”, constituyan causa razonable de despido. En ese caso el empleador podrá despedir sin incurrir en las sanciones de la ley, aunque deberá abonar el despido en la medida que la falta disciplinaria del trabajador no alcanzó el nivel de “notoria mala conducta”. Evidentemente el juez deberá prestar mucha atención y asegurarse de que la “inconducta” no sea provocada o enfatizada como mero pretexto para justificar una actuación antisindical.

B) Las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio

La norma es suficientemente amplia para alcanzar diversas situaciones que la empresa podrá invocar como justificativas de su decisión.

Nos parece obvio que la causal debe obedecer siempre a necesidades “objetivas” de la empresa. Es decir, no cualquier deseo o capricho de la empresa constituye una “necesidad de empresa”. La “necesidad” debe evaluarse en función de criterios objetivos que justifiquen la situación, entendiendo por tales aquellos que objetiva y razonablemente adoptaría cualquier persona prudente a los efectos de asegurar el normal desarrollo de una empresa.

Es evidente que esta causal evoca inmediatamente la cuestión de la reducción de personal a consecuencia de una reestructura de la empresa. En este caso, además de existir razones fundadas, consideramos que el empleador deberá despedir en forma proporcional a sindicalistas y no sindicalistas. De no mantener la proporción —despedir porcentajes mayores de los unos o de los otros— estaría violando la libertad sindical ya sea en sentido positivo, ya sea en el negativo. Solo podría justificarse la variación de esta proporción en la medida que se acordara una reestructuración en base a otros criterios objetivos: antigüedad, cargas familiares y aun sorteos que se realizaran con las garantías suficientes.

C) Otra causa de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada

Con esta fórmula, la ley abre un amplio e innominado abanico de posibilidades, que deberán ser de “entidad suficiente” para justificar el despido o el perjuicio.

Considero que en este caso la ley está pensando en las diversas hipótesis lícitas de extinción del vínculo contractual (no referidas en las dos causales anteriores): entre ellas, recordamos el caso fortuito y la fuerza mayor, la quiebra, el abandono, el cese de la empresa, etc.

Más compleja es la transferencia del establecimiento como eventual causa para justificar la decisión de despedir a sindicalistas. En este caso participamos de la idea que la transferencia

¹⁶⁹ Ver nuestra *La desocupación y el seguro de desempleo*, Montevideo, 1983, p. 199.

de la empresa no incide en el contrato individual y en las relaciones generales de los trabajadores con la empresa. Por lo tanto el nuevo empleador deberá respetar la situación sindical en la empresa que adquiere y no podrá considerar el hecho de la transferencia como una “causa de entidad suficiente” para despedir a sindicalistas.

Otra causa legítima para la extinción del vínculo es el vencimiento del plazo o la conclusión de una obra en un contrato temporal. En este caso no estamos ante una situación de despido, porque lo que pone fin a la relación no es una decisión del empleador, sino la ocurrencia del término o la finalización del trabajo acordada de antemano por las partes.

6.4. Las reglas sobre los actos de injerencia

Recordamos que el Convenio Internacional del Trabajo N.º 98 expresa en su art. 2 que “las organizaciones de trabajadores y empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya sea se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración”. La norma agrega que “se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores”.

Como surge de su propio texto, el Convenio —luego de plantear la hipótesis de actos de injerencia realizados por organizaciones de empleadores o trabajadores— se detiene en los actos de injerencia patronales en las organizaciones de trabajadores, que son los que habitualmente se verifican en las relaciones laborales. Estos actos —también conocidos como “prácticas desleales”— se expresan generalmente a través de actitudes contrarias al reconocimiento del sindicato o a la concesión de las facilidades y prerrogativas necesarias para un desarrollo eficaz de la acción sindical.¹⁷⁰

Hay múltiples ejemplos de actos de injerencia, como por ejemplo la constitución de sindicatos amarillos, las pesquisas antisindicales, la solicitud a los trabajadores a qué sindicato pertenecen, la afiliación de personal de dirección o de confianza de la empresa en la organización sindical, etc.¹⁷¹

La ley uruguaya no se refiere directamente a los actos de injerencia, porque se concentró sobre la problemática que más preocupaba al movimiento sindical, como son los actos que se verifican directamente contra los trabajadores o aquellos que atacan a la libertad sindical, en el momento de la constitución de un sindicato, que es evidentemente el momento de mayor fragilidad de toda incipiente organización.

Pese al silencio de la ley, por una vía elíptica, los “actos de injerencia” ingresan al cuadro de tutelas legales, por el reenvío a las normas reglamentarias. En tal sentido el decreto reglamentario 66/006 en su art. 7 declara expresamente vigente el Decreto N.º 93/968 del 3 de febrero de 1968. Este olvidado decreto —que recobra vida “en los hechos” (pues nunca fue derogado)— es el que refiere expresamente a los derechos sindicales colectivos y declara la ilicitud de los actos de injerencia.¹⁷²

¹⁷⁰ERMIDA URIARTE, Oscar, *La protección...* cit., p. 18.

¹⁷¹OIT, “La Libertad Sindical”, Recopilación... cit., Ginebra 2018, párrafo 1194 y ss., en los que el Comité de Libertad Sindical señala “formas de injerencia”.

¹⁷²Decreto 93/968:

Artículo 8.- Ninguna organización de trabajadores o empleadores podrá realizar ningún acto que signifique injerencia con relación a otra organización ya se efectúe directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

A los efectos de este artículo se consideran actos de injerencia, principalmente, las medidas que tienden a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o por una organización de empleadores a sostener económicamente o en otra forma, organizaciones de trabajadores con el objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Por lo tanto la protección establecida por el art. 2 del Convenio N.º 98 conserva toda su vigencia y —por disposición del decreto antes mencionado— se sanciona con multas a través de la Inspección General del Trabajo. Debe consignarse que la cuantificación de las multas, indicadas en el decreto, ha sido elevada por vía de la aprobación del art. 289 del Decreto-Ley N.º 15.903 en la redacción dada por el art. 411 de la Ley N.º 17.736.¹⁷³

6.5. Otros derechos sindicales y la promoción del diálogo social

Completando el cuadro de los derechos de la libertad sindical, la Ley 17.940 regula los temas de la licencia sindical (art. 4), la retención de la cuota sindical (art. 6) y las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical (art. 8).

También la ley —de conformidad con los principios de la OIT— comete al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la función de instrumentar mecanismos tripartitos con fines de consulta, contralor y seguimiento de la aplicación de la ley (art. 9).

Es decir que la ley, con criterio que compartimos, abre un importante espacio a la autoregulación en la materia, por lo que entendemos que los organismos tripartitos vigentes —especialmente a partir de la normativa introducida en oportunidad de la nueva convocatoria de Consejos de Salarios— deberán cumplir con la ineludible obligación de actuar en el seguimiento de la ley. El art. 6 del decreto reglamentario hace expresa referencia a los Consejos Superior Tripartito y Tripartito Rural como órganos habilitados para la consulta, contralor y seguimiento de la ley.

Siempre en materia de cogestión autónoma del sistema legal, señalemos el reenvío del decreto reglamentario al Decreto 234/967 del 5/4/1967, que expresamente autoriza al Poder Ejecutivo a aplicar de oficio o a petición de partes los arts. 4 y 5 de la Ley 10.013 de 25/6/1947: dichas normas habilitan, en el ámbito de las empresas concesionarias de servicios públicos, a convocar un Tribunal Arbitral, integrado por un delegado de la Suprema Corte de Justicia, uno del Poder Ejecutivo y un tercero de la Facultad de Derecho, a los efectos de “poner en práctica las disposiciones de los convenios 87/1948 y 98/1949 de la Organización Internacional del Trabajo”.

7. Conclusiones

A modo de conclusión y balance, podemos señalar que la aprobación de la Ley 17.940 significó la culminación de un proceso de consolidación de la libertad sindical, en los que se retroalimentaron normas constitucionales, los CIT N.º 87 y 98 (art. 1) y finalmente normas legales internas, en un indudable avance de los derechos colectivos de los trabajadores.

Hoy la protección de los derechos de la libertad sindical en Uruguay está asegurada por lo que Barbagelata definió como *bloque de constitucionalidad*: la suma de disposiciones y principios

Artículo 9.- Las infracciones a lo dispuesto por los CONV. 87 y CONV. 98 y el presente decreto, se penarán con multas cuyo monto se fijará entre los importes de uno a cincuenta jornales o días de sueldo por cada trabajador comprendido en la infracción o afectado por ella. En caso de reincidencia el monto de la multa se fijará entre los importes de dos a cien jornales o días de sueldo del trabajador comprendido en la infracción o afectado por ella. Compete a la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social la imposición y percepción de las multas citadas.

En el caso de las violaciones a las prohibiciones establecidas en el artículo 7º de las multas a aplicarse oscilarán entre los veinticinco a los cincuenta jornales o días de sueldo de los trabajadores afectados por ella y de cincuenta a cien jornales en caso de reincidencia.

Artículo 10.- A los efectos de este decreto se considera reincidencia el hecho de que en los tres años anteriores a la constatación de la infracción el empleador responsable de la misma, haya sido objeto de una sanción definitiva por trasgresión a los Convenios de que se trata o al presente decreto.

Artículo 11.- Los empleadores serán civil y solidariamente responsables de las infracciones y de las contravenciones en que incurran sus directores agentes o directores.

173 El art. 289 de la Ley 15.903 de 10 de noviembre de 1987 en la redacción dada por el art. 411 de la Ley N.º 16.736 eleva las multas al importe de uno a ciento cincuenta jornales o días de sueldo de cada trabajador comprendido en la infracción. Se establece además que en los casos en que la sanción a imponer tenga como fundamento la infracción a las disposiciones de los Convenios Internacionales del Trabajo Nos. 87 y 98 referentes a la libertad sindical, la base de cálculo se determinará de acuerdo al número total de trabajadores de la infractora.

de rango nacional y supranacional, como lo son los convenios internacionales del trabajo¹⁷⁴. Tal *bloque de constitucionalidad* está integrado no solo por normas o reglas, sino también por *principios* extraídos por la jurisprudencia y la doctrina”.¹⁷⁵

Como ha demostrado la experiencia nacional en la última década, el rol de los convenios internacionales del trabajo, acompañado por la legislación interna, ha sido más preventivo que sancionatorio, evitando despidos u otras actitudes discriminatorias en función de la militancia sindical, que es en definitiva el objetivo principal de toda legislación.

174 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos*, en rev. Derecho Laboral, T LIII, N.º 237, p. 141. *El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales en “El trabajo y la Constitución”*, Estudios en homenaje a Manuel Alonso Olea, Madrid, 2004.

175 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *El bloque...* cit.

CAPÍTULO IV. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

**URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS
CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT N.º 98, 151
Y 154 ***

1. Introducción

La negociación colectiva integra el elenco de los derechos fundamentales en las relaciones colectivas de trabajo y se encuentra sustentada en la Constitución de la OIT, habiendo sido en la Conferencia de 1944 —al adoptarse la Declaración de Filadelfia— que se reconoce la obligación solemne de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan, entre otros fines, “el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas” (lit. e) del cap. III).

Por su parte, la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, consagra expresamente la libertad de asociación y la libertad sindical, así como el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. A ese respecto, se manifiesta que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios internacionales específicos en cada materia, “tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios”.

Las libertades de asociación y sindical constituyen derechos que conllevan a que las organizaciones de trabajadores y empleadores negocien con eficacia las relaciones de trabajo. Los servicios técnicos de la OIT señalan precisamente que, al combinarse con una sólida libertad sindical, las buenas prácticas de la negociación colectiva garantizan que los empleadores y los trabajadores negocien en un plano de igualdad y que los resultados sean justos y equitativos.

Como viene de expresarse en el capítulo de este trabajo referido a la libertad sindical, Uruguay es ratificante del CIT N.º 98 aprobado en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1949, por la sanción de la Ley N.º 12.030 de 27/11/1953.¹⁷⁶

La segunda parte de este Convenio fundamental, después de disponer las garantías de los trabajadores contra actos antisindicales y de las organizaciones profesionales de éstos y de los empleadores contra actos de injerencia de unas respecto de las otras, creándose organismos adecuados a las condiciones nacionales para garantizar el respeto al derecho de sindicación, postula el fomento de la negociación colectiva.

Para ello, dispone a texto expreso lo siguiente: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo” (art. 4).

El desenvolvimiento posterior de las experiencias negociales entre sindicatos y empresas o sus organizaciones en el mundo, lleva a que la OIT propusiese la discusión de un nuevo convenio internacional sobre la temática y eso se concretó en dos instrumentos aprobados en la Conferencia General celebrada en 1981: el CIT N.º 154 y la recomendación que lo desarrolla (RIT N.º 143). Existía consenso en cuanto a la necesidad de regular aspectos concretos referidos a dichas prácticas. De allí que se sostenga que “la combinación de ambos convenios [el 98 y

¹⁷⁶Nos remitimos al amplio desarrollo que, sobre este proceso, se describe en el referido capítulo.

el 154] confirma que el derecho a la negociación colectiva puede ejercerse con efectividad". Partiendo del concepto de que la negociación colectiva es una de las formas importantes que adopta el diálogo social, el CIT N.º 154 aparece como una norma muy flexible "porque tiene un carácter promocional. Hay numerosas formas de aplicarlo según el contexto y las preferencias de cada país: puede aplicarse en países con situaciones económicas y sociales distintas, con marcos legislativos dispares, y en diversos sistemas de relaciones laborales".¹⁷⁷

Antecedentemente, la OIT había adoptado el CIT N.º 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (Conferencia General de 1978), disponiendo que: "Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones" (art. 7).

2. La regulación en el ordenamiento nacional y la importancia de los principios y reglas que disponen las normas internacionales

El ordenamiento jurídico de nuestro país ha carecido, durante un largo periodo, de una reglamentación sistemática y orgánica en materia de negociación colectiva, lo que recién viene a concretarse a partir de 2009, con la aprobación de las Leyes N.º 18.508 y 18.566, respectivamente. La primera regula la negociación colectiva en el sector público, mientras que la segunda crea un sistema de negociación colectiva que reorganiza y dicta normas regulatorias de la negociación colectiva en distintos niveles de su estructura funcional.

Al igual que ocurre con otros institutos propios del derecho colectivo del trabajo (como los sindicatos y la huelga), el Estado se abstuvo de dictar una reglamentación sustantiva, imperando de hecho un alto grado de autonomía en la dinámica de los actores sociales. Si lo hizo respecto de la protección sindical y el otorgamiento de facilidades para el desarrollo de esa actividad a partir de 2006 (tal como fuera tratado en el tema sobre la libertad sindical en este trabajo). Dicha impresencia del Estado en el plano de la regulación asume tales características que el derecho a la negociación colectiva; a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos comparados, ni siquiera es objeto de una referencia explícita en los textos constitucionales.¹⁷⁸

En efecto; el multicitado art. 57 de la Carta de 1934 nada expresa respecto de la negociación colectiva. Promueve la constitución de sindicatos gremiales y ordena otorgarles franquicias y reconocerles personería jurídica. También promueve la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Y declara que la huelga es un derecho gremial, respecto del cual la ley reglamentará su ejercicio y efectividad.

Este silencio ha llevado a que se atribuya la justificación teleológica del instituto y, por ende, su reconocimiento jurídico, al propio derecho de sindicalización que tutela la disposición comentada de la Carta, entendiéndose que la negociación constituye un componente imprescindible de la acción gremial en particular y del sistema de relaciones colectivas del trabajo en general.

Se agrega otro argumento, centrado en el reconocimiento constitucional de los "derechos inherentes a la persona humana" (art. 72), lo que —para Barbagelata— implica el reconocimiento supralegal del derecho a negociar colectivamente. Al mismo tiempo, las elaboraciones de la doctrina reafirman la composición triangular que asume el derecho colectivo del trabajo, una de cuyas aristas está representada, precisamente, por el convenio colectivo.¹⁷⁹

177 ONLEY, Shauna y RUEDA, Marleen, Convenio núm. 154. Promoción de la negociación colectiva, OIT, Departamento de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo (DIALOGUE), Ginebra, 2005.

178 ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, "La negociación colectiva en el Uruguay", en *Las Relaciones Laborales en Uruguay*, Informe RELASUR, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ed. F.C.U., Montevideo, 1995. El desarrollo que sigue recoge el contenido de este trabajo, con las actualizaciones y complementaciones que incorpora el autor.

179 Bibliografía nacional indicativa: FRANCISCO DE FERRARI, *Derecho del Trabajo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971, vol. IV, pág. 390 y

De allí que la fuente normativa principal de la negociación colectiva, durante varias décadas y en un país que como Uruguay conoce altos grados de desarrollo y genera un porcentaje considerable de instrumentos negociadamente pactados (convenios colectivos, acuerdos, decisiones sobre salarios, laudos, etc.), haya estado conformada básicamente por los instrumentos internacionales de la OIT ratificados por el país. En especial destacan los convenios ya mencionados, N.º 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación) y N.º 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva).

Complementariamente, son incorporados a la legislación interna otros convenios internacionales que regulan distintos aspectos concernientes a la negociación colectiva, entre los cuales el N.º 151 (sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública) y 154 (sobre el fomento de la negociación colectiva), los que son ratificados por la Ley N.º 16.039 de 8 de mayo de 1989.

El escenario existente abre un cauce muy trascendente a estas normas internacionales.

En primer lugar, en el plano legal han sido escasas las disposiciones vinculadas con la negociación colectiva. A título ilustrativo podemos mencionar:

- La Ley N.º 9.675 de 4 de agosto de 1937, que pese a ser dictada para resolver un conflicto concreto producido en el sector de la construcción, sin embargo puede considerarse como un primer atisbo de reglamentación de los convenios colectivos en el país. Si bien es cierto que su artículo 2.º se refiere en forma concreta a los efectos de las convenciones suscritas por la Liga de la Construcción o entidades afiliadas, una vez cumplidos ciertos requisitos formales, el artículo 1.º posee, en cambio, un alcance más general, facultando a los entonces Instituto Nacional del Trabajo y Servicios Anexados y de Jubilaciones y Pensiones del Uruguay, la vigilancia, en lo que les sea pertinente, de los convenios celebrados entre patrones y obreros. Es a partir de la sanción de esta ley que algunos prestigiosos autores distinguieran entre los denominados convenios colectivos comunes, que rigen entre las partes celebrantes y están previstos con carácter general por el referido artículo 1.º, y los convenios colectivos denominados "*erga omnes*", cuyos efectos se extienden a terceros, aun no suscriptores de tales convenciones, y que serían aquellos especiales acordados en el ámbito de la industria de la construcción.¹⁸⁰
- La Ley N.º 9.347 (1934) sobre cierre uniforme de comercios.
- La Ley N.º 10.449 (1943) que implícitamente promueve la negociación en los Consejos de Salarios para fijar categorías y salarios mínimos.
- La Ley N.º 12.590 de 23 de diciembre de 1958, que prevé la posibilidad de fraccionar las vacaciones, computar los feriados y acumular los descansos compensatorios en los establecimientos sujetos a regímenes de turnos, a través de convenios colectivos debidamente aprobados.
- La Ley N.º 13.556 de 26 de octubre de 1966, que, al reglamentar distintos aspectos en materia de descanso anual, introduce una disposición de carácter general acerca de quiénes son los sujetos legitimados para celebrar un convenio colectivo (derogada por la actual Ley N.º 18.566).
- La Ley N.º 13.728 de 17 de diciembre de 1968 que, en materia de viviendas, postula la implementación de fondos sociales para su construcción.

sigs.; Américo PLÁ RODRÍGUEZ, Régimen legal vigente en el Uruguay en materia de convenios colectivos, en Estudios sobre la negociación colectiva en memoria de F. De Ferrari, Montevideo, 1973, pág. 503 y sigs.; Héctor-Hugo BARBAGELATA, Evolución de la negociación colectiva en el Uruguay, *ibidem*, pág. 477 y sigs. y Régimen de los convenios colectivos, Montevideo, FUECI, 1955; Oscar ERMIDA URIARTE, Sindicatos en libertad sindical, FCU, Montevideo, 1985, pág. 45 y sigs.; Helios SARTHOU, El objeto de los convenios colectivos de trabajo, en Anales del Foro, Montevideo, 1983, No. 43-44, pág. 33; Osvaldo MANTERO, La negociación colectiva en el Uruguay, CEALS, Montevideo, 1992, pág. 16; Ubaldo SERÉ, El convenio colectivo como fuente en el derecho del trabajo, en Veintitrés Estudios sobre Convenios Colectivos, FCU, Montevideo, 1988, pág. 67 y sigs.; Jorge ROSENBAUM RIMOLO, El régimen jurídico vigente en materia de convenios colectivos después de la aprobación de la ley No. 15.738, *cit.*, pág. 90 y sigs.; J. ROSENBAUM, E. AMEGLIO y J. RASO DELGUE, Intervención y autonomía en las relaciones de trabajo en Uruguay, AA. VV., Montevideo, Ed. F.C.U., 1993.

180 Américo Plá Rodríguez, *Régimen legal vigente...*, *cit.*, pág. 510 y sigs.; Héctor-Hugo Barbagelata, *Evolución...*, *cit.*, pág. 486.

- El Decreto-Ley N.º 14.407 de 22 de julio de 1975, que al estipular las prestaciones de seguridad social sobre enfermedad, reglamenta los seguros complementarios, haciéndolo ambas normas a través de convenios colectivos, con las formalidades que expresamente se establecen (modificada y con derogaciones que incorpora la Ley N.º 18.731).
- La Ley N.º 16.170 de 28 de diciembre de 1990 en su artículo 438, reglamentada a posteriori por el Decreto N.º 555/91 de 16 de octubre de 1991, que ordena el registro de los convenios colectivos que se celebren.

En segundo lugar, la jurisprudencia contribuye solo parcialmente en la materia, debido a que su competencia se limita a conflictos de carácter individual, excluyéndosele atribuciones en asuntos o contiendas colectivas. Por esa razón, los fallos que recaen en cuestiones concernientes a la negociación colectiva, refieren sobre todo a la interpretación de los convenios colectivos, su vigencia, la aplicación de normas de convenios colectivos para dilucidar reclamos individuales de derecho, los sujetos intervinientes, los efectos y alcances, la colisión con normas de orden público, su denuncia, los incumplimientos de compromisos de paz, etc.

En tercer término, se subraya la importancia que asumen las elaboraciones doctrinarias, a través de las opiniones emitidas por los expertos con fuerte influencia y que, de forma indirecta, ayudan a desarrollar la teoría de las instituciones del derecho colectivo del trabajo.¹⁸¹

En cuarto lugar, existiendo una extendida cultura de negociación, también la consolidación de prácticas que generan los propios operadores jurídicos del sistema de relaciones laborales, construyen procedimientos usuales, no escritos, informales, pero más o menos estandarizados.

De allí que la normación conceptual, los principios y las reglas que rigen la negociación colectiva y los convenios colectivos de trabajo, haya estado conformada por los enunciados de los convenios y recomendaciones internacionales, cuya influencia penetra los análisis y posturas de los juslaboralistas, sirve de orientación a la hora de interpretar las normas existentes y coadyuva en la integración de vacíos no previstos por normas internas, ante situaciones concretas que plantean la necesidad de plasmar pautas que den seguridad jurídica al sistema aplicable en el medio.

3. El papel de la negociación colectiva

La expansión y desarrollo del convenio colectivo como instrumento de fijación de salarios y de condiciones de trabajo lo han convertido en una de las fuentes formales y materiales de mayor significación en la producción de regulaciones laborales, al punto de haberse proyectado como una herramienta flexible de regulación de las cambiantes necesidades del mundo del trabajo.

Hemos señalado que la negociación colectiva no solo opera como mecanismo de superación de las insuficiencias inherentes a la contratación individual, sino que al mismo tiempo ha permitido, en forma gradual, la generación de niveles mínimos de protección superiores a los *pisos* legales impuestos por normas heterónomas inderogables o de orden público.

Uno de los factores que más ha sopesado en esta dirección, ha sido el predominio de la negociación colectiva por ramas, profesiones o sectores de actividad en el país. Este es un fenómeno que tuvo su punto de partida en los Consejos de Salarios creados por la Ley N.º 10.449, ya que —como se analiza en el capítulo sobre salarios mínimos— están estructurados por grupos de actividad económica (ramas o sectores) y ello promovió la conformación de una organización sindical predominante en esos niveles (federaciones, confederaciones, asociaciones de segundo grado). Fenómeno este que potencia la fortaleza de las organizaciones, evitando la atomización que implican aquellos sistemas que promueven la negociación por empresa.

¹⁸¹ Un simbolismo de esto emerge del hecho que, durante la dictadura, se dictó una ley (anulada en 1985) que llevaba por número 15.328 y versaba sobre los convenios colectivos. Rubén CAGGIANI escribió un ensayo crítico, basándose precisamente en el apartamiento jurídico de esta regulación en relación con los convenios de la OIT, que el autor adopta como la normativa vigente en el país (convenios colectivos de trabajo. La Ley 15.328 y las Normas Internacionales sobre Negociación Colectiva, Texto y Contexto N.º 13, FCU, Montevideo, 1983).

De igual forma, por la vía de los hechos, constituye una variable para institucionalizar, en cierto modo, la conflictividad, proporcionándoles causas a la misma y posibilitando períodos de tregua durante la vigencia del convenio. Ello se ha vuelto más notorio a través de la práctica generalmente aceptada de pactar convencionalmente preceptos obligacionales (cláusulas de paz) en los acuerdos celebrados a partir de la reimplantación de los Consejos de Salarios en 1985 y desde la sanción de la Ley N.º 18.566, por efecto de lo que estipula el art. 21 (“Durante la vigencia de los convenios que se celebren, las partes se obligan a no promover acciones que contradigan lo pactado ni aplicar medidas de fuerza de ningún tipo por este motivo. Esta cláusula es de aplicación a todos los temas que integraron la negociación y que hayan sido acordados en el convenio suscrito”).

Por último, no menos trascendente resulta la función de garantía de cumplimiento de las normas de derecho individual de trabajo, desde que la práctica negocial contribuye también a la aplicabilidad real del ordenamiento jurídico formal. En especial, las provisiones que asignan funciones participativas a los celebrantes del convenio colectivo y crean instancias, mecanismos u órganos para la interpretación y vigilancia del cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

4. Los modelos de negociación colectiva y sus prototipos

Tradicionalmente, la negociación colectiva no es tributaria de un modelo uniforme y excluyente en el sistema de relaciones laborales uruguayo; por el contrario, se destaca que se ha instaurado una negociación “a doble pista”, que transcurre en ámbitos y con estructuras diferenciadas.¹⁸² Trayectos alternativos que —en nuestra opinión— pueden incluso ampliarse a tres sendas.

En efecto; desde sus orígenes, se desarrolló un **prototipo de “negociación típica”**, de carácter bilateral, autónomo y no institucionalizado, en la que intervienen, generalmente, una organización sindical de empresa, de sector de actividad o rama de industria, de oficio o profesión, y un empleador o una organización patronal. Es posible sostener que el Estado ha asumido frente a esta una actitud prescindente, de relativa no injerencia.

Este modelo de amplia autonomía de las partes se corresponde con los sistemas de “protección negativa”, en su vertiente abstencionista en lo legislativo o reglamentario, configurándose un procedimiento poco rígido que ha contribuido a encauzar las relaciones sociales y generar regulaciones sobre materias muy vastas, relativas a condiciones de trabajo y empleo, seguridad e higiene, prestaciones económicas y complementos de seguridad social, entre muchas otras más.¹⁸³

Complementariamente, también se recurre a una segunda vertiente de negociación, diferenciada, tratándose de una **“modalidad atípica”** (en relación a lo previsto por el CIT N.º 98 y N.º 154, respectivamente) y ello es fruto del desenvolvimiento de los Consejos de Salarios.

Una vez instalados en los años 40 estos órganos tripartitos, con representantes de los trabajadores, de los empleadores y del Estado, se sigue un procedimiento de discusión y negociación en el sentido corriente del término.¹⁸⁴ Más aun: de no mediar acuerdo, se procede a una votación y la decisión llega a tomarse incluso por mayoría (o sea, con la discordia de una de las partes). Este proceso culmina, además, con la homologación oficial por el P. E. de las decisiones acordadas respecto de las materias que la ley comete a estos órganos de integración tripartita (salarios mínimos y categorías, en lo fundamental).

182 BRONSTEIN, Arturo, La evolución de las relaciones de trabajo en el Uruguay: logros y desafíos, en Rev. Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 1989, vol. 108, N.º 1, pág. 92.

183 Rosenbaum Rimolo, Jorge, La negociación colectiva de trabajo en el Uruguay (Reflexiones sobre su estructura y funcionamiento), en Rev. de Relaciones Industriales y Derecho Laboral, Año I, No. 1, Lima, 1989.

184 “Todas las formas de trato entre empleadores y trabajadores y sus respectivos representantes, siempre y cuando supongan una negociación en el sentido corriente” (La negociación colectiva en los países industrializados con economía de mercado, OIT, Ginebra, 1974).

La RIT N.º 91 sobre convenios colectivos da una definición de estos, según la cual las partes intervinientes quedan limitadas a los representantes de trabajadores y empleadores, excluyéndose a terceros, como el Estado.

En el Cap. II se dispone que “la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”.

También se agrega que: “Todo contrato colectivo debería obligar a sus firmantes, así como a las personas en cuyo nombre se celebre el contrato”, agregándose que: “Las disposiciones de un contrato colectivo deberían aplicarse a todos los trabajadores de las categorías interesadas que estén empleados en las empresas comprendidas por el contrato colectivo (Cap. III)”.

En consecuencia, la negociación de convenciones colectivas ha de ser el resultado de tratativas y acuerdos bilaterales, transcurrir en niveles libremente elegidos por las partes y no quedar sujeta a procedimientos condicionantes de su eficacia y validez.

Sin embargo, observamos que las realidades nacionales hacen que los Estados puedan incluso extender “[...] la aplicación de todas o ciertas disposiciones de un contrato colectivo a todos los empleadores y trabajadores comprendidos en el campo de aplicación profesional y territorial del contrato” (Cap. IV), lo que, en cierta forma, legitima la finalidad que se le reconoció a la homologación gubernamental de los acuerdos sobre tarifas salariales y categorías, emanados de los órganos tripartitos.

Por otra parte, el surgimiento de los Consejos de Salarios y su conformación como órgano de integración tripartita, que es convocado por el P. E., que funcionan a nivel de grupos económicos de actividad y cuyas decisiones (en algunos casos, adoptadas por mayoría) deben homologarse para que la obligatoriedad de los acuerdos alcance a terceras empresas y trabajadores de la rama o sector, fueron creados en el país como un mecanismo acorde con los CIT sobre fijación de salarios mínimos (N.º 26 y 131, tal como se analizara en el capítulo pertinente sobre los salarios mínimos).

Ha de recordarse que la principal competencia de este sistema es, precisamente, determinar los salarios mínimos para cada categoría profesional en los diversos Grupo de actividad. Salarios mínimos que imperan por sobre el salario mínimo nacional, que determina el P. E. como escalón de base y por debajo del cual no se admiten remuneraciones inferiores.

En nuestra opinión y tal como lo hemos sostenido en diversos trabajos, estos procedimientos —en los que aparece interviniendo un tercero (el Estado)— implican negociaciones colectivas válidas (es decir, procesos donde se plantean reivindicaciones, se llevan a cabo discusiones e intercambios y en general se celebran acuerdos).¹⁸⁵ Negociaciones que responden a **un modelo “impuro”, que también produce normas “atípicas”,** como los llamados laudos salariales.¹⁸⁶

Interpretamos que ello produjo que, en menos de una década de su funcionamiento, se consolidara una práctica según la cual los interlocutores sociales llevan adelante verdaderas negociaciones paralelas a los Consejos de Salarios. A través de esa práctica, una vez alcanzado un acuerdo, trasladan el convenio colectivo así acordado al seno del órgano tripartito para que resulte aprobado (a sabiendas de que cuentan con su propia mayoría) y refrendado por un laudo oficial (decreto del P. E.). Ello ocurre porque se busca lograr el efecto extensivo (*erga omnes*)

¹⁸⁵ Eso no significa confundir negociación colectiva con convenio colectivo, entre los cuales existe una relación de género y especie respectivamente. Como afirma Octavio BUENO MAGANO, “La primera es un proceso que conduce a la realización del segundo” (La representación sindical”, en rev. Derecho Laboral N.º 129, Montevideo, 1983.

¹⁸⁶ ROSENBAUM RIMOLO, Jorge: “La negociación colectiva de trabajo en el Uruguay (reflexiones sobre su estructura y funcionamiento)”, cit.; “Los Consejos de Salarios”, en Formas de Tripartismo en Uruguay, RELASUR, OIT, Montevideo, 1995; “Laudos de Consejos de Salarios”, en Treinta y seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo, en conmemoración de los 20 años de la fundación del Grupo de los Miércoles, AA.VV., Montevideo, Ed. F.C.U., 1995; Tendencias y Contenidos de la Negociación Colectiva en Cono Sur de América, OIT, Lima (Perú), 2001.

que el acto administrativo —mal llamado “homologación” del laudo— produce respecto de terceras empresas no pactantes del convenio, por no estar afiliadas a las entidades patronales que negocian, ni ser participes directas en las unidades de contratación. Solo así es factible uniformizar los estándares de las tarifas salariales mínimas y de categorías y condiciones de trabajo, eliminando la competencia desleal entre empresas, basada en costos de mano de obra diferenciales.

Este proceso es generador de un tercer **modelo de negociación colectiva “mixta”** o, si se prefiere, **“ecléctica”**, que recorre —por un lado— el camino de la negociación colectiva *pura* (una negociación *de a dos* partes) y —por el otro— utiliza las vías impuras de los Consejos de Salarios para *oficializar* el acuerdo alcanzado. Con un agregado que no resulta nada menor, estas prácticas no se limitan exclusivamente a determinar categorías, definir tareas o funciones y fijar salarios mínimos, sino que comienzan a enriquecer los contenidos de la negociación colectiva, pactándose todo tipo de condiciones de trabajo y empleo, salud y seguridad, previsión social, formación profesional, productividad, y empleo, relaciones entre empleadores y trabajadores y/o entre sus organizaciones profesionales, cláusulas de paz, facilidades sindicales, etc. Se aprecia un crecimiento efectivo de las materias normativas y obligaciones de estos acuerdos (que sustantivamente son convenios colectivos, pero formalmente adoptan la vestidura de las decisiones de los consejos tripartitos), lo que desborda las previsiones primigenias de la Ley N.º 10.449 de 1943.

5. Recorrido previo a la reforma

Producida la institucionalización democrática a partir de 1985, retoman vitalidad las relaciones laborales, lo que, en el plano colectivo, aparejó un ejercicio de la libertad sindical en todas sus facetas: la reconstrucción de la central sindical, una mayor afiliación y crecimiento de las organizaciones gremiales; la implementación de una negociación colectiva relevante desde los Consejos de Salarios (que son nuevamente convocados por el P. E.); reivindicaciones con altos grados de conflictividad. Lo que se produce en esta etapa, es la reimplantación del modelo imperante en el país antes del golpe de Estado; la salida de un periodo oscuro de negación de la libertad sindical y latencia de las formas de ejercicio conocidas y practicadas hasta el momento de su conculcación por el golpe de Estado.

Pero inevitablemente emergen naturales disfuncionalidades derivadas de la aplicación heterodoxa de los Consejos de Salarios, entre ellas, no hay tiempo ni estructuras para organizar una votación de delegados; el P. E. tiene que dictar decretos homologatorios de las decisiones como una facultad delegada de la Ley de COPRIN).

Ello se agrava cuando, en la década de los 90, los Consejos de Salarios son desarticulados y el Estado se retira de los procesos negociales. Esto perjudicó gravemente al movimiento sindical y retrajo fuertemente la negociación colectiva, apareciendo carencias y dificultades de adaptación a las nuevas realidades.

Los actores comienzan a percibir que muchas de las características salientes del modelo clásico de relaciones de trabajo no se acompañan ya con las imposiciones de una era signada por la internacionalización de los mercados y las transacciones, la globalización de la economía, la integración regional en el MERCOSUR, la competitividad y las variaciones en las demandas de consumo, las transformaciones tecnológicas y de los procesos productivos, los cambios operados en las estructuras organizativas de las empresas y la segmentación de los mercados de trabajo, entre los principales factores a destacar.

En la pactación colectiva de condicionarse de trabajo y de salarios, debe enfrentarse una descentralización de los niveles tradicionales de negociación, pasando la empresa a ocupar un sitio más destacado que el que ostentaba como centro negocial, lo que cambia el paradigma estructural de los sujetos celebrantes de los convenios colectivos.

La realidad exhibe una fragmentación ya que, por un lado, subsisten niveles de protección relativamente uniformes y bases mínimas de regulación de las relaciones de trabajo en aquellas

ramas de actividad, sectores o empresas en las que se verifica la presencia de organizaciones de trabajadores con suficiente poder y representatividad como para forzar la negociación colectiva. Pero esos casos son los menos.

En cambio, allí donde no existe tal empoderamiento sindical, la negociación cede lugar a la imposición unilateral de condiciones laborales, lo que potencia un neocontractualismo y una desregulación que se procesa por la vía de los hechos.¹⁸⁷ Las empresas actúan en esta dirección como mecanismo de supervivencia frente a la competitividad, al tiempo que se ve crecer la informalidad y la desestructuración económica.

Panorama que se agudiza con la crisis del año 2000, centrada en la banca y el quiebre del dólar, lo que produce un fuerte impacto sobre la clase trabajadora, que ve reducir el poder real de los salarios en un 25 %. Es así como se retrae el consumo interno y decrecen las exportaciones, centrándose el impacto fundamentalmente en la industria manufacturera, la construcción y el comercio. Tiempos de dificultades económicas, pero con consecuencias sociales, políticas y culturales. La salida de la crisis es comparativamente rápida y ya en el 2003 comienzan a avizorarse indicadores positivos que impulsan de nuevo un crecimiento progresivo que acompaña el cambio de gobierno en el año 2005.

En todos esos años de marchas y contramarchas, si algo caracteriza a la negociación colectiva son los grados de inseguridad jurídica que genera en la práctica, la ausencia de reglas claras, explícitas y de uniforme aplicación. Más allá de los reveses de la economía y los cambios en los modos de producción, los mercados y la inserción internacional que debe asumir el país, la actividad negocial de los actores sociales se ve desalentada —en cierto modo— por factores normativos. En esa época señalamos que no es posible responder sin vacilaciones acerca de cuál es la eficacia de un convenio, su extensión o su perdurabilidad ultra activa, no existen soluciones normativas respecto de los criterios de articulación cuando concurren acuerdos de diverso nivel, ni resulta clara la posibilidad de denuncia de estos. Se discute la exigibilidad, alcances y efectos de una obligación de negociar. Tampoco se prevén medios efectivos que garanticen grados mínimos de información a los efectos de negociar. Las partes se ven enfrentadas a la incertidumbre que plantea el deber de paz durante la vigencia de los acuerdos y deben negociarse, en cada convenio, cláusulas obligacionales que estipulen garantías mínimas frente al desarrollo de conflictos.¹⁸⁸ En doctrina, varios autores ratifican un cuadro semejante al descrito y expresan algunas propuestas.¹⁸⁹

En ese entonces, varios fueron los intentos para encarar la regulación de la negociación colectiva; nos referiremos a algunos de ellos.

El primero surge de la publicación del informe a cargo de una misión de estudio de las relaciones laborales del país, solicitada por el gobierno del Dr. Sanguinetti a la OIT en el año 1986 y de la que formaron parte tres expertos internacionales (Efrén Córdova, Arturo Bronstein y Oscar Ermida Uriarte). En las conclusiones y recomendaciones del documento se indica que “[...] la misión entiende que la posibilidad de que existan reglas de juego sencillas y explícitas que se apliquen al desarrollo de las negociaciones colectivas no suscitaría oposición de parte de los interlocutores sociales [...]”; agregándose que “[...] parecería, pues, factible elaborar una serie de reglas básicas dirigidas a facilitar el proceso de negociación”. En el ámbito legislativo, fueron presentados, por distintos sectores políticos, diversos proyectos de ley para regular heterónomamente la negociación colectiva (e, incluso, los mecanismos de fijación de salarios), los que no prosperaron.¹⁹⁰

187 ROSENBAUM, J., y GAMENDIA, M., “Recuerdos del futuro: el derecho del trabajo y la flexibilidad, en *La Justicia Uruguaya*, t. 116, (Sección Doctrina), Montevideo, julio-agosto 1997.

188 ROSENBAUM, Jorge y SLINGER, Leonardo, *La regulación legal de la negociación colectiva*, en *rev. Derecho Laboral* N.º 180, Montevideo, octubre-diciembre 1995.

189 Citamos a vía de ejemplo las siguientes opiniones: Raso Delgue, Juan, “Un marco legal para la negociación colectiva: ¿por qué y para qué?”; Gauthier, Gustavo, “Contenido de un eventual marco regulador de la negociación colectiva”; Nicolliello, Ariel, “La regulación legal de la negociación colectiva”, en *Rev. Derecho Laboral* N.º 180, 1995.

190 OIT, *Relaciones de trabajo en el Uruguay*, Informe de una misión de la OIT, Serie Relaciones de Trabajo N.º 66, Ginebra, 1987.

Una segunda tentativa se plasma con la organización de un Encuentro Nacional Tripartito en 1988 (conocido como Encuentro del Parque Hotel), donde se elabora un borrador sobre los temas que debería contener una regulación marco de la negociación colectiva. Pero la delegación que representaba a las organizaciones empleadoras manifestó carecer de mandato suficiente para oficializar las propuestas.

El tercer ensayo es propiciado por la OIT en 1991, habiéndose elaborado un documento de base y un proyecto de conclusiones para el Seminario Nacional Tripartito sobre Negociación Colectiva organizado conjuntamente con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que finalmente no llegó a desarrollarse por la ausencia de la central sindical al evento.

También en el ámbito del Programa RELASUR (de la OIT y el Gobierno de España) se organiza, esta vez con mayor grado de éxito, un Seminario Nacional Tripartito sobre "Marco institucional para la Negociación Colectiva" en 1994. Las partes avanzaron respecto de anteriores instancias, formalizándose un documento que enuncia algunas líneas de intención y propuestas concretas sobre la materia.¹⁹¹

6. La normación de un sistema de negociación colectiva

En el año 2005 asume un nuevo gobierno y, como ha sido comentado, se cumplen las promesas electorales y son convocados nuevamente los Consejos de Salarios. Al mismo tiempo, se genera un ámbito tripartito en el Consejo Superior de Salarios, propicio para el diálogo social y la reforma de la negociación colectiva prevista en la Ley N.º 10.449.¹⁹²

Pero, poco a poco, fracasa la experiencia de consensuar un proyecto de ley sobre negociación colectiva; el peso de la realidad se impone y el P. E. toma la iniciativa. El entonces ministro de Trabajo, Sr. Eduardo Bonomi, presenta un primer documento abierto, contenido de un conjunto de bases generales para forjar "un Sistema de Negociación Colectiva".¹⁹³

La idea básica de esta propuesta busca conjuntar tres instrumentos, a través de una ley que sirva de marco: a) la fijación del Salario Mínimo Nacional en consulta con las partes; b) los Consejos de Salarios, donde se fijan los salarios mínimos por categoría en cada rama de actividad; y c) un tercer ámbito de desarrollo de la negociación por empresa. Al tiempo de articular esas tres vertientes, se procura institucionalizar procedimientos para la prevención de conflictos colectivos.

El argumento del Gobierno es expuesto por el ministro: "activar una normativa que ponga en manos de los actores de las relaciones laborales, una serie de procedimientos para posibilitar la negociación en los diversos niveles en un marco de seguridad jurídica, procediendo de paso a ajustar y actualizar la Ley N.º 10.449 sobre Consejos de Salarios, que constituyó hasta el momento el único sostén institucional de la negociación colectiva en su faz salarial".

En el año 2009 y tras intensas discusiones, el Parlamento sanciona dos leyes sobre negociación colectiva, una sobre negociación colectiva para la función pública (**N.º 18.508**) y la otra que crea un sistema de negociación colectiva (**N.º 18.556**). La aprobación legislativa de esa última fue acompañada por la bancada del partido de Gobierno (Frente Amplio) y por varios parlamentarios del Partido Nacional (de la oposición).

191 "Bases para un debate sobre la conveniencia de establecer un marco institucional para la negociación colectiva en Uruguay", en Revista RELASUR N.º 4, Montevideo, 1994.

192 Véase en este trabajo la referencia sobre estos desarrollos en el capítulo referido a salarios mínimos.

193 Como antecedente, se llevó a cabo una Jornada de Análisis y Propuestas Acerca de la Negociación Colectiva en el Uruguay, convocada por la OIT y el gobierno electo, que tuvo lugar en la Intendencia Municipal de Montevideo en la que participaron varias cámaras y organizaciones empresariales, la central de trabajadores PIT-CNT, representantes del Gobierno, el director general de la OIT para la región y el Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

La primera de las normas referidas surge en el sector público, de un acuerdo marco suscrito el 22 de julio de 2005, entre el Gobierno y las organizaciones sindicales que nuclean a todos los funcionarios públicos a través del PIT-CNT. Siguiendo la terminología de la doctrina española sobre concertación social¹⁹⁴, se señala que aquel constituye “un convenio para convenir, y trata básicamente de un conjunto de reglas compromisorias”.¹⁹⁵

Mientras era tramitado el proyecto de segunda ley en el Poder Legislativo, 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, presentan ante la OIT una comunicación iniciando un procedimiento de queja. Se argumenta 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 libertad sindical y fomento de la negociación colectiva, ratificados por Uruguay.¹⁹⁶

Esta 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” (núm. 1383 del informe del CLS).

También se pronunció la propia Comisión Tripartita de Normas de la 100.^a Conferencia General de la OIT del 2011 y posteriormente en el caso fue seguido por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Todos ellos han formulado varias observaciones, las que mayoritariamente se mantienen aun sin resolverse desde que no ha sido posible alcanzar un acuerdo entre el Gobierno y las organizaciones profesionales de los actores sociales.

Hasta aquí el decurso de los hechos recientes; pero como las leyes mencionadas se encuentran vigentes en el ordenamiento positivo nacional, anotaremos sucintamente los principales aspectos descriptivos del actual sistema de negociación colectiva en Uruguay. Para ellos habremos de seguir la estructura de la Ley N.º 18.566 y paralelamente efectuaremos algunos sucintos señalamientos respecto de las normas que incorpora la Ley N.º 18.508 en cuanto a los funcionarios públicos.

6.1. Principios y derechos para la negociación colectiva

Del análisis de la norma legal surgen ratificados, en primera instancia, la mayoría de los principios y derechos fundamentales que consagran las normas internacionales y las opiniones técnicas de la OIT como base de sustento del sistema de negociación colectiva. Entre ellos la ley regula los siguientes:

a) el derecho a negociar colectivamente (art. 2), cuyo fundamento deviene de la regla (o subprincipio) de la autonomía colectiva de las partes. En su aplicación del mismo, se determina la esencialidad que del lado de los trabajadores intervenga como sujeto legitimado para negociar, una o varias organizaciones sindicales representativas, mientras que por la parte empleadora, lo hagan indistintamente uno o varios empleadores individuales o las organizaciones patronales.

194 Calificación que emplea Manuel ALONSO OLEA, en tanto los acuerdos marco permiten tanto convenir con eficacia estatutaria como extraestatutaria (art. 83.2 y 83.3 del ET).

195 BAJAC, Laura Carolina, “La negociación colectiva en el sector público en la República Oriental del Uruguay”, ponencia presentada en el XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Rep. Dominicana, 9 a 12 de noviembre de 2010.

196 OIT, Caso núm. 2699 (Uruguay) - Fecha de presentación de la queja. 10-FEB-09.

b) La garantía del libre ejercicio de la negociación en todos los niveles, aun cuando la ley organice tres en particular. Entendido así —como trataremos de argumentar más adelante— condice con las estipulaciones del art. 4, núm. 1 de la RIT N.º 163.

c) La promoción de la negociación colectiva por parte del Estado, a cuyos efectos se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar la actividad negocial de los actores sociales, las que deberán ser objeto de consultas previas y, cuando sea posible, de acuerdos entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

d) La formación para la negociación colectiva, facultándose a las propias partes a adoptar medidas que puedan resultar convenientes para la preparación, adiestramiento y aprendizaje de las personas que negocian (art. 6 de la ley, en consonancia con lo que prevé el lit. 4 del Cap. II de la RIT N.º 163).

e) La promoción de la comprensión mutua y las buenas relaciones laborales entre los tres actores principales del sistema, con el fin de desarrollar la economía en su conjunto o algunas de sus ramas, mejorar las condiciones de trabajo y elevar el nivel de vida (art. 5 de la ley). A través de la colaboración y la consulta se propicia el examen conjunto de cuestiones que resulten de mutuo interés y el compromiso del Estado de recabar opiniones, asesoramiento y asistencia de las organizaciones sociales para la formulación de la legislación laboral; creación y funcionamiento de órganos en materia de empleo, formación profesional, seguridad e higiene en el trabajo, productividad y seguridad social, y elaboración y puesta en práctica de planes de desarrollo económico y social.

f) La exigencia de cumplir con dos principios básicos de la negociación colectiva (según el art. 4 de la ley):

1) el deber de negociar de buena fe, lo que requiere la realización efectiva de esfuerzos por ambas partes para llegar a un acuerdo (lo que supone la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas, el establecimiento de una relación de confianza mutua, evitar retrasos injustificados y el cumplimiento, respeto y mantenimiento de los compromisos asumidos mientras dure el convenio). La ley presume la existencia de mandato suficiente conferido a los negociadores por sus representados para conducir las negociaciones y concluir acuerdos, a lo que agrega que para garantizar la efectividad de los intercambios, las posiciones que las partes adopten en los procesos de negociación requerirán ser debidamente fundadas;

2) el deber de intercambiar informaciones, en especial cuando resulte necesario dilucidar, cuantificar, demostrar o fundamentar propuestas, peticiones o respuestas entre las partes.

Sobre este punto, el Comité de Libertad Sindical formuló una observación concreta al analizar el procedimiento de queja promovido por las organizaciones empresariales que entienden que las organizaciones sindicales deben tener personería jurídica para poder atribuirseles responsabilidad en caso de infracción al principio de reserva.¹⁹⁷ Frente al análisis del proyecto de ley, el Comité consideró “que todas las partes en la negociación, gocen o no de personería jurídica, deben ser responsables ante eventuales violaciones del derecho de reserva de las informaciones que reciban en el marco de la negociación colectiva”.

Claramente, los recelos patronales recaen no solo respecto de la afectación en su imagen que pueda causarse frente a una difusión de datos considerados confidenciales o reservados entre los trabajadores de cada empresa y/o ante la opinión pública, sino por el eventual uso desviado de esta (es decir, si llega a manos de sus competidores, proveedores y clientes, o del Estado (cuando se trata de empresas licitantes) o de organismos recaudadores (de Seguridad Social, fiscales, etc.).

Lo que la norma finalmente expresa es que “tratándose de información confidencial, la comunicación lleva implícita la obligación de reserva, cuyo desconocimiento hará incurrir en

¹⁹⁷ Que los sindicatos tengan personería jurídica, no resulta preceptivo en ordenamiento vigente en el país en materia de ejercicio de la libertad sindical asociativa (CIT N.º 87). La Constitución estipula que se concederá personería a las organizaciones gremiales, pero la decisión de tramitarla es potestativa y no inhibe que funcionen de hecho y desarrollen plenamente actividad sindical.

responsabilidad a quienes incumplan” (art. 4). Efectivamente, no se determinan de modo concreto dichas responsabilidades, por lo que entendemos que procede la aplicación de sanciones administrativas por el MTSS y, además, las responsabilidades civiles y penales que pudieran derivarse de una sentencia judicial firme. Incluso, este alcance no solo afecta a la organización incumplidora, sino eventualmente a las personas físicas que la representan o que pudieran haber realizado un uso indebido de aquella información.

En cuanto a la negociación colectiva en el sector público, la **Ley N.° 18.508** es coincidente en determinar similares reglas de principio; así, el art. 5 también dispone la obligación de negociar de buena fe, detallando los derechos y obligaciones que ello impone; a saber: “a) La concurrencia a las negociaciones y a las audiencias citadas en debida forma. b) La realización entre las partes de las reuniones que sean necesarias, en los lugares y con la frecuencia y periodicidad que sean adecuadas. c) La designación de negociadores con idoneidad y representatividad suficientes para la discusión del tema que se trata. d) El intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate. e) La realización de los esfuerzos conducentes a lograr acuerdos que tengan en cuenta las diversas circunstancias del caso”.

Se ratifica que habrán de adoptarse medidas para que sus negociadores, en todos los niveles, tengan la oportunidad de recibir una formación adecuada (art. 7).

Y con referencia al derecho de información, sienta el postulado de que las partes tienen la obligación de proporcionar, en forma previa y recíproca, la información necesaria que permita negociar con conocimiento de causa (art. 6). El Estado asume, en consecuencia, la obligación de proporcionar a las organizaciones representativas de los trabajadores del sector público “toda la información disponible referente a: A) Los avances de los proyectos de Presupuesto y Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal. B) La situación económica de los organismos y unidades ejecutoras y la situación social de los funcionarios. C) Los cambios tecnológicos y reestructuras funcionales a realizar. D) Los planes de formación y capacitación para los trabajadores. E) Posibles cambios en las condiciones de trabajo, seguridad, salud e higiene laboral”.

6.2. La estructura de niveles de negociación en el sistema

Se entiende como principio internacional, que la negociación colectiva puede desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad y de la industria.

La **Ley N.° 18.566** incorpora un esquema orgánico de coordinación organizado sobre la base de tres niveles principales.

Los órganos de control de la OIT, actuando en el procedimiento de queja comentado, han sugerido modificar la norma, estableciendo que el nivel de negociación colectiva sea establecido por las propias partes, y no impuesto por la ley.

No obstante esta observación, en nuestra opinión, lo dispuesto en la norma no conculca la posibilidad de celebrarse negociaciones colectivas y acuerdos en ámbitos distintos a los dispuestos por la norma legal y que siempre son de libre elección de las partes sociales, como ocurre por ejemplo en negociaciones por franja, por oficios o profesiones, en secciones de un establecimiento, a través de negociaciones internacionales, etc.

Y tampoco consideramos que constituya una irregularidad la convocatoria de los Consejos de Salarios impuesta legalmente, en la medida que —como observamos previamente— se está cumpliendo con los CIT N.° 26, 99 y 131 sobre métodos para la fijación de salarios mínimos. La ley es clara en cuanto a que si en estos ámbitos tripartitos se negocian otras condiciones de trabajo, estas deben contar con el consenso de ambos actores sociales. Lo que se proyectó en su ámbito son las competencias que delinea la Ley N.° 10.449 de 1943 (fijar el monto mínimo de los salarios por categoría laboral).

Descriptivamente diremos que la estructura negocial así organizada comprende tres niveles principales:

- (1) un nivel macro de diálogo y negociación en la cúspide (Consejo Superior Tripartito);
- (2) un nivel intermedio, de negociaciones múltiples por ramas o sectores de actividad, que puede transitar en forma indistinta en los Consejos de Salarios o a través de negociaciones bilaterales en aquellos ámbitos, y
- (3) un nivel micro, que básicamente contempla la negociación en la empresa.

En forma correlativa, en la **Ley 18.508** también se estructura un sistema de negociación colectiva sustentado para el sector público, en tres niveles, de forma que los procesos negociales en los ámbitos del Poder Ejecutivo y en los de los entes autónomos y servicios descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado funcionarán de igual forma en tres niveles (art. 10).

La estructura del sistema en tres niveles para la actividad privada es la siguiente estructura: (1) En cuanto al **nivel superior**, se crea el multicitado **Consejo Superior Tripartito**. Como señaláramos, su existencia encuentra antecedentes de larga data, desde que operó en los hechos un Consejo Superior durante la segunda etapa de convocatoria de estos (al recuperarse la democracia en el país) y también fue incorporado por el Decreto 105/005 de 7 de marzo de 2005 al convocárseles nuevamente en su tercera etapa (que se mantiene hasta la actualidad).

El ámbito está previsto como un órgano de coordinación y gobernanza de las relaciones laborales por el art. 7 de la ley, y sus principales funciones son de asesoramiento del P. E. (literales A, C, D y E). En los únicos asuntos en los que el Consejo tiene potestades resolutorias, es cuando debe efectuarse la clasificación de los grupos de negociación tripartita por rama de actividad o cadenas productivas y designarse las organizaciones negociadoras en cada ámbito (literal B).

Entre las observaciones que formulara el Comité de Libertad Sindical sobre el proyecto de ley, se objetaba la función prevista en la letra D de la norma antes comentada, en cuanto dispone que le compete: "Considerar y pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los niveles de negociación tripartita y bipartita". La observación "pide que el Gobierno tome las medidas necesarias, incluida la modificación de la legislación vigente, para que el nivel de negociación colectiva sea establecido por las partes y no sea objeto de votación en una entidad tripartita, como es el Consejo Superior Tripartito". Creemos que ello se supera en el texto legal vigente, en tanto que —como viene de señalarse— se trata de una función asesora y no decisoria.

Originariamente, la Ley N.º 18.566 preveía su integración con 9 representantes del Gobierno, 6 de las organizaciones más representativas de empleadores y 6 de las organizaciones sindicales más representativas. Las observaciones efectuadas por los órganos de control de la OIT señalaban la falta de paridad y por ello se modificó la integración, reduciéndose el número de representantes estatales también a 6 integrantes (Ley N.º 19027 de diciembre de 2012). Además, se objeta que la presidencia del órgano no sea ejercida por una persona independiente.

Conforme estipula el art. 9, el Consejo Superior Tripartito podrá ser convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de oficio; también esto ocurrirá preceptivamente ante la propuesta de cualquiera de las partes.

En cuanto a su funcionamiento, la norma dispone que para celebrar las sesiones se requerirá la asistencia mínima del 50 % (cincuenta por ciento) de sus miembros, con el requisito que se contemple la representación tripartita del órgano, lo que implica que ausencia de representantes de una de las delegaciones impide que el órgano sesione. Si no se reúne el quórum, se efectuará una segunda convocatoria dentro de las 48 horas para la que se requerirá el 50 % (cincuenta por ciento) de los integrantes del Consejo.

Para adoptar resoluciones, debe reunirse el voto conforme de la mayoría absoluta de sus integrantes.

En el año 2016, el Consejo Superior Tripartito dictó un Texto Ordenado del Reglamento para su funcionamiento, regulación de competencias, convocatoria y organización, creándose una Mesa Coordinadora Tripartita que efectúa la convocatoria, elabora el orden del día, revisa los proyectos de actas de las sesiones del pleno, realiza el seguimiento de los temas, designa quién

conducirá las reuniones¹⁹⁸, trata los expedientes administrativos e informa sobre los recursos que son interpuestos.¹⁹⁹

Para el sector público, el esquema es similar, previéndose un ámbito general o de nivel superior, a través del **Consejo Superior de la Negociación Colectiva en el Sector Público**, que se encuentra previsto por el art. 10. Su integración es amplia: dos representantes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (uno de los cuales presidirá el Consejo), dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, dos representantes de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, dos representantes de la Oficina Nacional del Servicio Civil y ocho representantes de las organizaciones sindicales más representativas de funcionarios públicos de mayor grado a nivel nacional.

Las atribuciones consisten en propender a alcanzar acuerdos de máximo nivel en las materias que la ley asigna a los convenios que se alcancen entre las partes y todas aquellas que se definan y no impliquen limitación o reserva constitucional o legal. Las materias objeto de negociación en este ámbito público son definidas por el art. 4 y refieren a condiciones de trabajo, salud e higiene laboral, capacitación y formación profesional de los empleados en la función pública, estructura de la carrera funcional, sistema de reforma de la gestión del Estado, criterios de eficiencia, eficacia, calidad y profesionalización, relaciones entre empleadores y funcionarios y relaciones entre uno o varios organismos públicos y la o las organizaciones de funcionarios públicos correspondientes.

(2) El **nivel intermedio** del sistema de negociación colectiva privada, previsto por la Ley N.º 18.566, transita en las ramas de actividad o cadenas productivas (art. 11) y puede asumir dos vertientes operativas: (2.1.) la correspondiente a las negociaciones en los Consejos de Salarios; (2.2.) la negociación bipartita entre los dos sectores sociales.

(2.1.) Respecto de **la primera vertiente**, los procesos de **negociación colectiva en los Consejos de Salarios** poseen en Uruguay raíces profundas y vitales para el funcionamiento del sistema social desde su implementación en 1943.

Hemos señalado que “la propia alternancia de los mismos a lo largo del tiempo (épocas con y épocas sin su convocatoria), no ha hecho más que reafirmar que una sustitución de aquellos ámbitos, no parece resultar ni efectiva, ni realista, porque el país no ha conocido hasta el presente un modelo alternativo para el funcionamiento auténtico de la negociación colectiva y, en consecuencia, del cumplimiento de sus funciones sustantivas”.²⁰⁰

Por lo tanto, la ley convalida uno de los causes de negociación con mayor tradición e importancia en el país como lo es la **negociación colectiva atípica** que se desenvuelve en el contexto de los grupos económicos o sectores de actividad de aquellos Consejos y caracterizada por ser tripartita, institucionalizada y con un alto grado de intervención del Estado, cuyos cometidos principales son la determinación de categorías y la fijación de salarios mínimos.

No obstante, debe hacerse notar que el régimen originario (que fuera desarrollado en el capítulo referido a los salarios mínimos de este trabajo) es modificado en varios aspectos por la Ley N.º 18.556.

a) Para la **integración y designación de los delegados**, el mecanismo de elección directa por voto secreto, que instauraba la anterior ley de 1943, es reemplazado por la designación directa que hace el P. E., bajo condición que respecto de los delegados de los trabajadores y empleadores debe consultar con las organizaciones más representativas de los respectivos grupos de actividad (art. 13). Se prevé, asimismo, que para aquellos grupos en los que no existe una organización suficientemente representativa, se elegirán representantes que le sean propuestos

198 Si bien no se recoge la observación formulada por la OIT, en la práctica la presidencia del Consejo es rotativa entre los tres órdenes que lo conforman.

199 Vid. https://www.mtss.gub.uy/c/document_library/get_file?uuid=170c0740-d3eb-4315-b7af-754b5bdc8d24&groupId=11515.

200 Conferencia dictada en las Jornadas de Derecho Laboral en Homenaje a la Dra. Mila Duarte: “El sistema uruguayo de negociación colectiva”, Regional Norte de la UDELAR, Salto, 3 de abril de 2009.

por las organizaciones que integren el Consejo Superior Tripartito, o a través de mecanismos de elección que este órgano proponga.

b) El Estado deja de tener la discrecionalidad en la convocatoria de los Consejos de Salarios desde que si bien el llamamiento continúa siendo una iniciativa del P. E. (de oficio y en cualquier época), se vuelve preceptivo si mediare solicitud de organizaciones representativas del sector de actividad correspondiente. En este último caso, el P. E. cuenta con un plazo de 15 días a partir de la solicitud y solo puede abstenerse de hacerlo mientras esté vigente un convenio colectivo celebrado entre las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores de la actividad o sector (art. 12).

c) La norma legal dispone qué materias han de ser objeto de negociación y resolución de los Consejos de Salarios; entre ellas, se destacan: (a) fijar los salarios mínimos por categorías laborales; (b) la actualización periódica de las remuneraciones de todos los trabajadores de la actividad privada (art. 12); (c) la regulación de la licencia sindical (agregada por la Ley N.º 17.940, art. 4).

d) Las restantes competencias que disponía la Ley N.º 10.449 se mantienen vigentes; decretar inspecciones de contabilidad, visitar y examinar los establecimientos comerciales e industriales y citar a declarar a patronos, empleados y obreros (art. 13), así como actuar como organismo de conciliación en los conflictos del grupo para el que fueron constituidos (art. 20).

e) La normativa legal incorpora, además, la facultad de concertar condiciones de trabajo por acuerdo colectivo bilateral de los sectores sociales, al que le acuerda un efecto extensivo para todo el grupo o rama de actividad. Por lo tanto, al exigirse que la reglamentación de condiciones de trabajo sea acordada por los partícipes sociales, no resulta legalmente admisible alcanzar una mayoría simple entre los delegados gubernamentales y la delegación de una sola de las partes sociales, por la vía de su votación en el Consejo de Salarios. Esta disposición levanta las objeciones que planteara el Comité de Libertad Sindical inicialmente, en cuanto señalaba respecto del proyecto de ley que se espera “que todo convenio colectivo sobre fijación de condiciones de empleo sea el fruto de un acuerdo entre las partes”.

f) Sobre el alcance subjetivo de las decisiones de los Consejos de Salarios dentro su respectivo grupo de actividad, se determina un efecto *erga omnes* si se cumplen las formalidades de su registro y publicación por parte del P. E. (art. 12). Se suprime, por ende, el procedimiento de homologación de los laudos, que estaba previsto por la Ley N.º 10.449 y cuyo fin era extender su ámbito aplicativo respecto de terceros.

(2.2.) La **segunda vertiente negocial**, en los niveles intermedios por rama de actividad o cadenas productivas, responde al modelo de “típico”, vale decir **una negociación colectiva bilateral**, es decir, autónoma y no institucionalizada (sin participación ni presencia del Estado). El producto de este proceso —si se concreta el acuerdo— es un convenio colectivo cuyo fin es: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o d) lograr todos estos fines a la vez (art. 2 del CIT N.º 154).

a) En ella participan como sujetos habilitados para negociar y celebrar convenios colectivos un empleador, un grupo de empleadores, una organización o varias organizaciones representativas de empleadores, por una parte, y una o varias organizaciones representativas de los trabajadores, por otra (art. 14). En este ámbito, son observadas las reglas sobre representatividad de los sujetos colectivos que se encuentren legitimados para negociar convenios colectivos. Es así que de existir una pluralidad de sujetos negociadores, se prefiere en primer término del acuerdo previo entre las diferentes organizaciones; en caso de no lograrse, se reconoce a la organización profesional que inviste mayor representatividad.

b) El art. 1 de la Ley N.º 13.556 disponía determinadas pautas para determinar la mayor representatividad respecto de los sindicatos, pero quedaron superadas por la realidad desde que dejaron de efectuarse las votaciones para elegir los delegados de los sectores sociales. La Ley N.º

18.566 resume los criterios a considerar en la antigüedad, continuidad, independencia y número de afiliados de cada organización.

Estas regulaciones son extendidas, además, a las organizaciones profesionales de empleadores (que antes no estaban comprendidas).

c) A diferencia de los Consejos de Salarios, esta vía negociada que opera a nivel de una rama, en cuanto a contenidos normativos u obligacionales refiere, no tiene otras limitaciones que las que imperan en razón del principio de legalidad, del carácter prohibitivo de las leyes, del orden público y de las buenas costumbres.²⁰¹ De acuerdo con lo que dispone el art. 11, la celebración de un convenio colectivo en la rama o cadena productiva, puede recaer sobre cualquier tipo de materia, incluida —naturalmente— la regulación de condiciones de trabajo (en concordancia —como ya vimos— con lo previsto por el CIT N.º 154).

d) La ley también dispone el alcance subjetivo erga omnes de los convenios colectivos celebrados a nivel de rama o cadenas productivas, siempre que hayan sido celebrados por las organizaciones profesionales de trabajadores y de empleadores más representativas. Ese efecto subjetivo obligatorio de su aplicación comprende a todas las empresas y empleadores, así como a todos los trabajadores pertenecientes a estas, en el nivel respectivo de negociación, con la única exigencia jurídica formal de que el convenio sea registrado y publicado por el P. E. (art. 16). De acuerdo con ello, el efecto automático de aplicación del convenio colectivo así celebrado recae —del lado empleador— en las empresas pertenecientes a la organización pactante, las empresas afiliadas a otras organizaciones de menor representatividad (que no hubieren acordado una negociación unitaria conjunta con la organización celebrante) y las empresas no afiliadas a ninguna organización profesional de empleadores. Correlativamente —del lado trabajador—, beneficia a los afiliados a la organización celebrante del convenio, los afiliados a otros sindicatos de menor representatividad (siempre que no hubieren acordado entre ellos negociar en forma conjunta) y los no afiliados a ningún sindicato.

Para el sector público, la **Ley N.º 18.508** prevé igualmente un sector intermedio, de carácter sectorial o por rama, "a través de las mesas de negociación establecidas en función de las particularidades o autonomías". Según el art. 12, la negociación colectiva de nivel sectorial o por rama tendrá como cometido propender a alcanzar acuerdos de segundo nivel en las materias que expresamente determina la norma en su art. 4 (y que fueran señaladas al describir el Consejo Superior del sector (*supra*)).

(3) En el nivel inferior, el sistema abarca la **negociación colectiva en la empresa**, adaptada también a la modalidad negociada "típica", es decir, bilateral, autónoma y no institucionalizada. También su resultado será la celebración de un convenio colectivo tal como lo hemos caracterizado *supra*.

Los sujetos legitimados para negociar generalmente serán, por parte del empleador, una empresa, aunque en nuestra opinión también es legítimo que concurren varias empresas o empleadores (grupos de empresas, el conjunto económico, empresas transnacionales con establecimientos en distintos países, etc.). Del lado del trabajador, participan una o varias organizaciones representativas de estos (sean estas, indistintamente, sindicatos de base u

201 En otra dirección, el Comité de Libertad Sindical objetaba el proyecto de ley observando que: "[...] se asegure que en el registro y publicación del convenio colectivo solo se realice el control de cumplimiento de los mínimos legales y de cuestiones de forma, como por ejemplo la determinación de las partes y destinatarios del convenio con suficiente precisión y la duración del mismo". La Ley N.º 18.566 nada ha dispuesto sobre el particular; las menciones que se efectúan son genéricas. Así se prevé que: "Las decisiones de los Consejos de Salarios surtirán efecto en el respectivo grupo de actividad una vez que sean registradas y publicadas por parte del Poder Ejecutivo" (art. 12). Y en el art. 16, se establece que: "El convenio colectivo por sector de actividad celebrado por las organizaciones más representativas es de aplicación obligatoria para todos los empleadores y trabajadores del nivel de negociación respectivo, una vez que sea registrado y publicado por el Poder Ejecutivo". En nuestra opinión, tal como lo señalamos en el texto que se comenta, no existen facultades que autoricen al P. E. para impedir el registro y publicación del acuerdo (laudo o convenio colectivo) por razones sustantivas, es decir, disconformidad con el contenido material pactado entre las partes. Actualmente no sería jurídicamente viable que el P. E. supeditase lo regulado a condiciones dispuestas por el Gobierno respecto de la política económica, financiera o salarial, como sucedía en Brasil (art. 623 de la CLT) o en Argentina (con la derogada Ley 14.250 en su art. 4).

organizaciones de grado superior, como ocurre por ejemplo con las federaciones de rama; entendemos que también pueden hacerlo organizaciones gremiales del grupo o de la empresa multinacional, si existiere una organización unitaria de trabajadores de todo el conjunto).

La ley incorpora una variante respecto de la norma antecedente y de lo que disponen los CIT N.º 98 y 154, en aquellos casos en los que no exista sindicato en la empresa. Ya no estarán legitimados los delegados elegidos directamente por el personal (según las formas y con las garantías previstas por la ley N.º 10.449), sino que deberá negociarse con la organización más representativa de trabajadores de nivel superior.

El Comité de Libertad Sindical había señalado que “[...] la Recomendación sobre los contratos colectivos da preeminencia en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en caso de ausencia de tales organizaciones”.

Estimamos que se trata de un punto sensible, en especial por la preexistencia de regulaciones alineadas con esta solución en las Leyes N.º 10.449 y 13.556 (y con el CIT N.º 98). No obstante, puede interpretarse que la normativa vigente respeta el principio en cuanto designa a la organización sindical del nivel superior como sujeto alternativo para negociar en la empresa, cuando no existe un sindicato o comité de base. Siendo que el recurso a delegados electos directamente por los trabajadores constituye una opción limitada y nunca excluyente del sindicato (si este existe), sustituirlo por la organización profesional del sector o de la rama, acataría esa condición cuando preexiste una organización gremial de trabajadores con vocación para negociar, aunque esté organizada en un nivel superior.

En los hechos puede pensarse que si los trabajadores no constituyeron un comité sindical en la empresa, es porque —en algunos casos— no desean pertenecer a la federación o asociación de la actividad y, por tanto, quieren representarse con sus propios delegados. Pero ello no solo depende de cada situación y no necesariamente deviene así en la realidad cotidiana, sino que el recurso a la elección directa de delegados por voto de los trabajadores sin una estructura sindical resultaría excluyente de otro sindicato existente y con postulación para negociar (el del sector o rama de actividad). Reconocemos que se trata de un tópico opinable y las observaciones no debieran ser categóricas.

Hemos señalado que, en Uruguay, la negociación por empresa ha tenido una relevancia menor y accesorio.²⁰² Se desarrolló en forma principal durante el siglo pasado en la gran empresa (muchas de ellas multinacionales) cuyo número es reducido en el país u operó en forma subsidiaria en algunos ámbitos no alcanzados por convenios de rama (p. ej., en sectores concretos de la actividad rural, hasta entonces excluida de los Consejos de Salarios, y en actividades de servicios). Desde una perspectiva cualitativa, sus funciones han sido de complementación (regulación de materias no contempladas en los convenios de rama), de adaptación (de soluciones necesarias para la realidad concreta del centro de trabajo) o de superación (mejoramiento de condiciones o beneficios pactados en los niveles superiores).

Para el sector público, la **Ley N.º 18.508** genera idénticamente un tercer nivel, cuyo funcionamiento se verifica por inciso u organismo (de los presupuestos), haciéndolo “a través de las mesas de negociación entre las organizaciones sindicales representativas de base y los respectivos organismos”.

6.3. Criterios de articulación

Ante la diversidad de niveles que estructura el sistema de negociación colectiva, resulta inevitable que surjan problemas de coordinación de normas; por ello la ley determina criterios a observar (art. 15).

De ese modo, se dispone que los acuerdos colectivos de nivel inferior no puedan disminuir

202 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, AA.VV., Montevideo, Ed. F.C.U., 2010.

los mínimos adoptados en los convenios de nivel superior. Ello representa la aplicación de la regla de la conservación de la norma mínima obligatoria, a través de una presunción neta en cuanto a que la norma considerada como más favorable es aquella que proviene del acuerdo pactado en un plano jerárquicamente superior. Hemos señalado que este criterio se sustenta en las teorías de prevalencia del mandato ascendente en materia de representación de los sujetos legitimados a negociar.²⁰³

Y se dispone que cualquier excepción a dicha regla debe contar con el acuerdo tripartito previo del Consejo de Salarios respectivo. De no alcanzarse ese arreglo, la controversial posibilidad de negociar en unidades menores un descuelgue respecto del convenio colectivo de nivel superior, o aun de una decisión del Consejo de Salarios, queda jurídicamente inhabilitada.

6.4. Los efectos del convenio colectivo

La ley también incorpora regulaciones expresas en materia de efectos del convenio colectivo.

- a) En cuanto a su carácter obligatorio automático, se dispone — como vimos — que el convenio colectivo por sector de actividad, celebrado por las organizaciones más representativas, es de aplicación obligatoria para todos los empleadores y trabajadores del nivel de negociación respectivo, una vez que sea registrado y publicado por el P. E.
- b) También se postula su inderogabilidad in pejus, ya que el art. 16 dispone que el convenio colectivo es inmodificable por el contrato individual de trabajo en perjuicio del trabajador.

Se trata de una de las reglas enunciadas por la RIT N.º 91 que en su art. 3 prevé: (1) el efecto obligatorio; (2) la nulidad de la cláusula peyorativa de un contrato individual y su sustitución de oficio; (3) la admisibilidad únicamente del mejoramiento de las condiciones del convenio colectivo.

Hemos señalado que el art. 15 también refuerza este efecto al extender la imperatividad del convenio colectivo de nivel superior, limitando su derogación peyorativa a través de la disponibilidad colectiva en ámbitos inferiores.

- c) La norma legal incorpora asimismo la ultraactividad del convenio colectivo dejando librado al acuerdo de las partes la duración del convenio colectivo en cuanto refiere a su vigencia. Resulta admisible pactar, a través de la autonomía colectiva de las partes, mecanismos expresos o tácitos de prórroga de su plazo y también un procedimiento para la denuncia. Pero al art. 17 adiciona una solución que ha sido objeto de controversias doctrinarias, al disponer que cuando el término del convenio colectivo estuviese vencido, mantendrá la plena vigencia de todas sus cláusulas; se le otorga de ese modo un efecto ultraactivo.

Esta solución sigue una dirección contraria a la interpretación conceptual sobre la inherencia de la temporalidad del convenio colectivo que ha sostenido una de las corrientes más representativas del laboralismo nacional.²⁰⁴

En este aspecto, la norma no es absoluta desde que la ultraactividad legalmente dispuesta se atempera. En primer lugar, las partes pueden pactar la regla contraria, es decir, la caída *in totum* de los beneficios y regulaciones del convenio colectivo cuando venza su plazo, e incluso la enunciación concreta de aquellos contenidos o cláusulas que se mantendrán y las que perderán vigencia al finalizar el acuerdo.²⁰⁵

203 ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, "Un sistema de negociación colectiva...", cit.

204 PLÁ RODRIGUEZ, Américo, "La definición de los convenios colectivos", en Veintitrés Estudios sobre Convenios Colectivos, AA.VV., FCU, Montevideo, 1988. En el mismo libro, se analiza en profundidad la fundamentación favorable del instituto por Graciela GIUZIO ("La ultraactividad de los convenios colectivos de trabajo").

205 Un ejemplo se recoge en los convenios colectivos del sector Pesca, en cuanto pactan lo siguiente: "Regulaciones especiales acordadas por acuerdo. Se acuerda la vigencia de los siguientes beneficios y condiciones laborales, las que conforme lo dispone el art. 17 de la Ley N.º 18.566, una vez vencido el plazo originario, o en su caso alguna de sus prórrogas de mediar denuncia del convenio, perderá vigencia el acuerdo, extinguiéndose en su totalidad los beneficios y condiciones laborales especiales que se determinan a continuación [...]."

También prevé expresamente que la vigencia ultraactiva del convenio se extingue cuando se alcanza un nuevo acuerdo que lo sustituya.

En la intervención del Comité de Libertad Sindical motivada por el procedimiento de queja empresarial, se invitaba al Gobierno “a que discuta con los interlocutores sociales la modificación de la legislación para encontrar una solución aceptable en cuanto a la vigencia de los convenios colectivos”. Se trata de una observación que ha llamado la atención porque hace un llamamiento programático en un contexto en el que las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores han mantenido históricamente serias discrepancias, reflejando las distintas corrientes en pugna de la propia doctrina.²⁰⁶

Es este un punto también sensible y su formulación en los términos que estipula la norma legal vigente, más allá de las opciones de relativización del instituto por acuerdo de partes, puede provocar lo que han señalado los tribunales españoles comentando la norma del Estatuto de los Trabajadores y las reformas posteriores a 2012, señalando que el art. 86.3, al limitar esa vigencia al término de un año, “busca, en primer lugar, incentivar que la renegociación de los convenios se adelante al fin de su vigencia. Y, en segundo término, y cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio”.²⁰⁷

- d) El tercer tema vinculado con los efectos de los convenios colectivos es el relativo a su alcance erga omnes que analizamos precedentemente respecto de los acuerdos negociados en los distintos niveles.

6.5. Sobre la condición de paz, rescisión del convenio colectivo por incumplimiento de esta e interpretación

En negociaciones políticas, se hicieron concesiones, entre las cuales la incorporación de un artículo para asegurar la paz durante la vigencia de los acuerdos colectivos; se trata de una disposición contenida en el art. 21 de la ley, cuyo texto introdujo la oposición para acompañar la votación del proyecto que se discutía en el Parlamento.

La disposición estipula que: “Durante la vigencia de los convenios que se celebren, las partes se obligan a no promover acciones que contradigan lo pactado ni aplicar medidas de fuerza de ningún tipo por este motivo”. Y más adelante excluye de su alcance “[...] la adhesión a medidas sindicales de carácter nacional convocadas por las Organizaciones Sindicales”.

Queda así incorporado un mecanismo heterónomo para asegurar la paz social: “la cláusula de paz, por efecto directo de la ley, integrará una de las obligaciones principales de los convenios colectivos suscritos luego de su entrada en vigencia”. El deber de paz laboral regulado por la disposición integra el haz obligacional de las partes firmantes del convenio colectivo, debiendo estas abstenerse de practicar cualquier tipo de acción que contradiga lo pactado y, asimismo, a no aplicar medidas de fuerza de ningún tipo por este motivo.²⁰⁸

Constituía una práctica habitual que, a partir de 1985, los celebrantes de convenios colectivos asumieran un deber obligacional a través de “cláusulas de paz” pactadas autónomamente en los acuerdos, cuyo contenido y alcances variaban en cada sector o rama, así como en cada empresa, en tanto unidades de negociación de estos.²⁰⁹ En ocasiones, se

206 La ultra actividad y/o la contractualización individual de las normas del convenio colectivo que se extingue ha regido con diversos alcances y regulaciones en países como Alemania (art. 3 de la Ley de Convenios Colectivos de 1949), Austria (art. 13 de la Ley Federal de Relaciones Laborales de 1973), Bélgica (Ley de Convenios Colectivos de 1968), España (art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores), Holanda (Ley de Convenios Colectivos de 1927), Luxemburgo (Código del Trabajo), entre otros.

207 *El País* de Madrid, Cinco días - Legal, negociación colectiva, 13/09/2018.

208 ROSENBAUM CARLI, Federico, “Análisis del artículo 21 de la Ley N.º 18.566 sobre el sistema de negociación colectiva”, en Revista Profesionales & Empresas, CADE, t. XVIII, Montevideo, enero de 2013.

209 Entre la bibliografía sobre el tema, destacan: Mantero de San Vicente, Osvaldo, Derecho Sindical, FCU, Montevideo, 2004; Pérez del Castillo, Santiago, El derecho de huelga, FCU, Montevideo, 1.ª edición, 1993, pág. 299; CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo, Ensayo sobre la paz social: del conflicto a la paz laboral, FCU, Montevideo, 1998; Goldstein, Eduardo, “La obligación legal de paz y la rescisión de los convenios colectivos. Análisis del Art. 21 de la Ley N.º 18.566 de negociación colectiva de la actividad privada”, en Revista de la Facultad de Derecho N.º 31, Montevideo, julio-diciembre de 2011.

bilateralizaba el compromiso, asumiendo el empleador el deber de no afectar puestos de trabajo o efectuar envíos al seguro de paro, sin previa negociación con el sindicato.

Tradicionalmente, se trata de un tema discutido por la doctrina laboral, que deviene incluso de la determinación de la naturaleza jurídica que se atribuye al convenio colectivo. Por un lado, las corrientes contractualistas hacen derivar del acuerdo una obligación implícita, integrada al deber de buena fe en la ejecución de los contratos de carácter civil y comercial; la paz (es decir, la abstención de aplicar acciones o medidas de fuerza durante su vigencia) se encuentra implícita en las obligaciones que asumen los contratantes. Por otro, la escuela alemana habla de la "inmanencia" de esta obligación y distinguen, en el ámbito de la empresa, el deber positivo (aportar influencia en favor de la paz) del deber negativo (la prohibición de contiendas laborales). Distinta consecuencia se produce en el ámbito del Consejo de Empresa, donde los miembros individuales pueden, en su calidad de trabajadores, participar en una huelga, incluso si tienen carácter de dirigentes; pero si el propio Consejo infringe el deber de mantener la paz, puede ser disuelto por violación grave de sus deberes legales).

En sentido opuesto, otras corrientes entienden que la obligación de paz solo puede ser contraída en forma explícita; el convenio colectivo puede asumir una función de paz solo si así lo entendieron las partes con una expresa declaración de voluntad.

Es claro, entonces, que el legislador quiso cerrar el debate de la academia y optó por plasmarlo así en el texto de la ley.²¹⁰

Pero las incertezas quedan instaladas, por cuanto la expresión empleada refiere a la no adopción de acciones que "contradigan lo pactado" ni aplicar medidas de fuerza de ningún tipo por este motivo, agregándose que esta cláusula "es de aplicación a todos los temas que integraron la negociación" y "que hayan sido acordados" en el convenio suscrito.

La norma plantea una controversia interpretativa, ya que la regla que impide el accionar conflictivo implica que la controversia deba recaer en una cuestión contraria a lo pactado. Y si bien, más adelante, el texto hace referencia a "todos los temas que integraron la negociación" (es decir, aquellos que formaron parte de la agenda de discusiones durante el proceso negocial), sin embargo emplea una conjunción agregando "y que hayan sido acordados" (vale decir, que fueron concertados en el convenio).

De allí que paradójicamente se sostenga que solo los contenidos que se recogen a texto expreso no pueden dar motivo a acciones conflictivas mientras rija la convención, por el contrario, otros asuntos que formaron parte de las discusiones e integraban la reivindicación sindical, sobre los cuales no se llegó a un acuerdo, pueden ser replanteados y apoyado su reclamo con medidas de fuerza.²¹¹

Otro aspecto refiere a que los sujetos obligados por la tregua son "las partes" celebrantes del convenio colectivo. Y esto plantea otra disyuntiva desde que esas partes, del lado de los trabajadores, son la o las organizaciones sindicales que negocian y celebran el acuerdo. Pero el art. 57 de la Constitución, como hemos tenido ocasión de señalar, declara que la huelga "es un derecho gremial" (y no sindical). Por tanto, un colectivo de trabajadores actuando *ad hoc* de la organización puede ejercitar válidamente el conflicto colectivo, sin que ello represente un incumplimiento del convenio colectivo ni de la ley. Quienes no deberían hacerlo son los sindicatos

210 Si bien no se ha promovido una acción de inconstitucionalidad, para Helios Sarthou el art. 21 contraviene al art. 57 de la Constitución, en cuanto dice que hay que promover los sindicatos gremiales y no impedirlos. Agrega, además, que ningún sindicato puede impedir que una asamblea posterior declare un conflicto, porque no es posible que tenga interdicta la acción sindical (que un sindicato frene una posibilidad cuando surgen miles circunstancias, es realmente algo de retroceso enorme) (Entrevista en CX 36 Radio Centenario, 6 de agosto de 2009).

211 Por eso, en algunos convenios se pacta expresamente un alcance amplio (p. ej., en el Grupo del Transporte, última ronda, queda acordado lo siguiente: "[...] Durante la vigencia del presente acuerdo, las partes se obligan a no disponer medidas gremiales colectivas por los aspectos negociados y los que fueron acordados en el presente documento, o cualquier reivindicación que tenga como objeto salarios, beneficios, partidas complementarias y/o cualquier otro concepto de naturaleza salarial que hubiere sido objeto de negociación".

que fueron parte de la negociación colectiva, lo que implica su obligación de no convocar un conflicto, ni ejercer influencia respecto de su desarrollo.

En cuanto a las consecuencias de la violación de la paz laboral, la norma prevé dos alternativas: a) que se acuerde un procedimiento por las partes, cualquiera sea este, ya que la ley no establece requisitos; b) si no existe un procedimiento pactado autónomamente en el convenio, la parte afectada puede solicitar la declaración de la rescisión del convenio, promoviendo una acción ante la justicia laboral.

En este último caso, la ley procede a asignarle competencia a los órganos del Poder Judicial, lo que amerita señalar que esta solución viene a recoger una opinión que sostuviera años atrás la Suprema Corte de Justicia, expresando —en apretada síntesis— que: “la denuncia es un acto potestativo, cuyo procedimiento, oportunidad, alcance y legitimidad, no se han previsto por el derecho positivo nacional; de allí que tales aspectos se regulan en el propio Convenio” (Graciela Fernández: “Denuncias de los convenios Colectivos” en *Veintitrés Estudios sobre Convenios Colectivos* pág. 261; en idéntica posición se ubica Cristina Mangarelli en esa obra, pág. 365). Continúa sosteniéndose que “A la luz de lo expuesto es de señalar que los Convenios Colectivos involucrados, guardan silencio sobre el procedimiento a seguirse, las formalidades que se requieren, así como sobre la legitimidad; por lo que esos elementos y sus consecuencias deben ser evaluados de conformidad con las normas que regulan a los contratos”. Y se concluye que: “[...] le asiste razón a la Sala de mérito al establecer en su pronunciamiento la improcedencia básica de la denuncia de los convenios efectuada por la demandada, afirmando que: 'Lo que en puridad la parte demandada ejercitó en su momento, es una opción resolutoria de los Convenios de marras, y ello, en principio, debió efectivizarse a través de los Órganos jurisdiccionales'” (Sentencia N.º 162 de 15 de agosto de 2001, publicada en LJU, Suma 126027). Parte de la doctrina había llegado a esta conclusión sobre fundamentos distintos. Por una parte, Plá Rodríguez afirma que “la violación de la obligación de paz es uno de los ejemplos más claros de incumplimiento de suficiente entidad para justificar la retención de la otra parte ya que la normalidad de las relaciones laborales, la ausencia de conflictos o, mejor dicho, la forma de resolver las diferencias entre las partes sin necesidad de llegar al conflicto, constituye uno de los motivos más profundos y más estimulantes para la negociación colectiva. Es tan importante la normalidad y la continuidad del funcionamiento de las actividades de la empresa que muchas de las concesiones de carácter económico están originados en el deseo de obtener aquel resultado”. Y más adelante concluye que ello “[...] habilita, da lugar, viabilidad, a que se pida, se accione, exteriorizando la pretensión de disolver el negocio jurídico concertado, y la petición, salvo previsión legal expresa, se asume formulada, por ser de principio, ante los Órganos Jurisdiccionales”. Sarthou, en cambio, entiende que: “[...] ninguna norma jurídica vigente en el país autoriza a que una de las partes lo declare extinguido antes del vencimiento del plazo. La invocación de un presunto incumplimiento no habilita para una especie de justicia por su propia mano en el plano civil. El principio del debido proceso debió haber llevado a la parte demandada a que en Sede Judicial se determinara si existía derecho a la extinción anticipada al vencimiento del convenio e inclusive se identificara y responsabilizara al incumplidor. No es óbice para este acceso al campo jurisdiccional el hecho de que no exista una sede propia del derecho colectivo ya que es perfectamente posible en el plano jurídico que tal controversia deba dilucidarse ante los Tribunales Civiles”.²¹² En trabajos más recientes, se ha sostenido la procedencia de la intervención de la justicia laboral; se argumenta que el artículo 21 de la Ley N.º 18.566 puede ser considerado como una norma procesal especial en materia laboral y, en consecuencia, continuar vigente en plenitud, otorgando competencia a la justicia laboral para las acciones de declaración de la rescisión del convenio colectivo, en aquellos casos de incumplimiento del deber de paz laboral de cualquiera de las partes.²¹³

212 Transcripciones de sendas consultas, la primera requerida por la empresa y la segunda por los trabajadores, en Sentencia del TAT (único) de 18 de marzo de 1998.

213 GOLDSTEIN, E. y ROSENBAUM CARLI, F., “Competencia en materia de conflictos jurídicos colectivos de trabajo en el Uruguay”,

No obstante, otra corriente doctrinaria sostiene que: "El conflicto colectivo, aunque verse sobre la interpretación de una ley, de un convenio colectivo o de cualquier otra norma laboral y, aunque las partes desarrollen interpretaciones jurídicas para vestir su causa, no es nunca un conflicto jurídico sino una manifestación fáctica aplicada a buscar a nivel colectivo un relativo equilibrio en la negociación de las partes, el cual no depende, ni responde a criterios de justicia, sino de razonabilidad, conveniencia, oportunidad, relación de fuerzas y capacidad de resistencia".²¹⁴ Bajo esta óptica, se entiende que la norma constitucional que consagra la libertad sindical como principio (promoviendo la constitución de organizaciones gremiales, por una parte, y declarando que la huelga es un derecho gremial, por otra) indica al legislador que se crearán tribunales de conciliación y arbitraje (art. 57); el mandato del constituyente tácitamente dispone que sean estos órganos los que tienen el cometido de resolver los conflictos colectivos de trabajo. El ordenamiento nacional, en opinión de Rossi, "organiza y garantiza un sistema de solución de conflictos: estatal y heterónomo (art. 12 de la Constitución) y autónomo confiado a tribunales de conciliación y arbitraje para los conflictos colectivos de trabajo (arts. 57 y 65 de la Constitución)" Para la autora, se "exilia" de la jurisdicción estatal la solución de los conflictos colectivos del trabajo, lo que surge de lo previsto por el art. 106 de la Ley N.º 12.803, que asigna competencia a los juzgados de trabajo "para los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo", confirmando así que "los conflictos colectivos han quedado fuera de la jurisdicción del Estado y han sido confiados a los tribunales de conciliación y arbitraje que el legislador deberá promover por mandato constitucional".²¹⁵ En ese sentido, entendemos que este tipo de conflictos poseen un alcance colectivo, que la Ley N.º 10.449 creó los Consejos de Salarios y estos constituyen tribunales de conciliación y arbitraje para resolver las controversias colectivas de trabajo²¹⁶ y, por tanto, lo dispuesto por el art. 21 de la Ley N.º 18.566 contradice el mandato constitucional.

Continuando con el análisis del art. 21 de la Ley N.º 18.566, la norma aporta mecanismos para resolver las controversias en la interpretación de los convenios colectivos, siguiendo similar técnica al habilitar que las partes establezcan procedimientos que procuren agotar todas las instancias de negociación directa²¹⁷, y si ello no se logra, acudir a la intervención de la autoridad ministerial competente, para evitar el conflicto y las acciones y efectos generados por este.

Creemos que la primera alternativa viene a confirmar lo antes expresado en cuanto a que si la interpretación de un convenio constituye motivo de una potencial controversia colectiva, habrá de recorrerse las vías de entendimiento —respetando la paz laboral— a través de la conciliación —acercando a las partes para negociar— en el ámbito de los tribunales que prevé la Constitución (en nuestra opinión, el Consejo de Salarios con jurisdicción al efecto), o del arbitraje voluntario (cuando medie un acuerdo compromisorio a efectos de someter la decisión

Ponencia a las XXIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Paysandú, 1 y 2 de diciembre de 2018. En el mismo sentido, se han pronunciado. En sentido contrario, se señalan Plá Rodríguez (Curso de Derecho Laboral, tomo IV vol. 2); Sarthou (Siete tópicos sobre la tuitividad sindical en la ley 17.440, en Promoción y protección de la libertad Sindical AA.VV. FCU Montevideo, 2006; y Garmendia ("Concepto de "materia laboral". Vigencia material de la Ley N.º 18.572", en Revista de la Facultad de Derecho N.º 31, Montevideo, julio-diciembre 2011).

214 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, "Conflictos individuales y conflictos colectivos", en rev. Derecho Laboral N.º 241, Montevideo, enero-abril 2011 (cita de los autores antes mencionados).

215 ROSSI, Rosina, "Ámbito de aplicación del nuevo sistema laboral procesal", en Estudios en Homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte, Revista de la Facultad de Derecho N.º 31, Montevideo, julio-diciembre 2011. Esta corriente se basa en la opinión de autores como Barbagelata (ya citado); Ermida Uriarte ("La competencia material de la justicia del trabajo" Rev. Uruguaya de Derecho Procesal 1/1983); Mantero de San Vicente (Derecho sindical. FCU Montevideo, 1988); Ameglio y Mantero Álvarez ("Las modalidades de solución de conflictos colectivos de interés en rev. Derecho Laboral. N. 163"); y Loustaunau (La jurisdicción del Trabajo. FCU, Montevideo, 2007).

216 La ley de 1943 "le asigna a los órganos tripartitos en materia salarial, otras funciones complementarias, como las de participar —de acuerdo con la reglamentación— en la aplicación de la ley y la de actuar como organismo de conciliación en los conflictos que se originen entre patronos y obreros del grupo para que fueron constituidos" (ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, "Laudos de Consejos de Salarios, en Treinta y seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo, en conmemoración de los 20 años de la fundación del Grupo de los Miércoles, AA.VV., Montevideo, Ed. F.C.U., 1995").

217 A vía de ejemplo, en la industria de la madera se crea una Comisión Bipartita de Relaciones Laborales con amplias facultades, entre las cuales "[...] intervenir en los diferendos que versen sobre la interpretación o aplicación de los acuerdos o convenios colectivos internos vigentes para el personal obrero de la empresa", procurándose un acuerdo conciliatorio negociado (Sexta Ronda).

al dictamen o laudo de un tercero).²¹⁸ Agotadas esas instancias, opera la segunda opción, que supone la intervención de la DINATRA que, según el art. 18 de la ley, posee competencias en materia de mediación y conciliación en caso de conflictos colectivos de trabajo, aun cuando se enuncie que estos son voluntarios (acápito del art. 20). Los actores suelen acordar con frecuencia sus propios mecanismos interpretativos, creando incluso comisiones específicas con tal fin e incluso para que en su seno se planteen conflictos individuales.

Naturalmente que si la interpretación de un convenio es objeto de una controversia de carácter individual (p. ej., qué categoría profesional es aplicable a un trabajador que entiende que se encuentra mal categorizado y reclama diferencia de salarios), la demanda del actor interesado se dirimirá a través del juicio promovido ante la justicia laboral especializada.

7. Recapitulando nuestra valoración

- 7.1. La negociación colectiva, en tanto devenida en un principio y derecho fundamental de las relaciones colectivas del trabajo, forma parte componente esencial de la libertad sindical e integra el bloque de constitucionalidad pese a que la Carta no la regule en forma explícita.
- 7.2. Uruguay ha desenvuelto, durante varias décadas, los principales enunciados del derecho internacional, desde la temprana ratificación del CIT 98 (concomitante al CIT N.º 87), sin perjuicio de también haber acogido otros instrumentos posteriores que norman la negociación colectiva, en especial los CIT N.º 151 y N.º 154.
- 7.3. La conformación de Consejos de Salarios, sobre los años 40, constituyó una experiencia que no solo creó espacios para negociar colectivamente (al menos, bajo tres prototipos diferentes), sino que devino en un mecanismo que promovió efectivamente la constitución de sindicatos gremiales con estructura en los niveles de sectores y ramas de actividad y que fortaleció notablemente la libertad sindical.
- 7.4. Naturalmente, el camino recorrido no estuvo exento de marchas y contramarchas, además de haber desaparecido en la práctica el genuino ejercicio de la negociación colectiva como consecuencia del golpe del Estado y la conculcación del Estado de derecho entre 1973 y 1985.
- 7.5. Con la recuperación democrática, sobrevino la reimplantación del modelo históricamente prevalente en el país y ello debió enfrentar dificultades propias de la evolución ocurrida en todos los campos (político, económico, social, productivo y cultural), generándose una percepción sobre la necesidad de implementar reformas al sistema de negociación colectiva. Y, por otra parte, de dotar de mayor seguridad jurídica a los operadores de las relaciones colectivas de trabajo en sus vínculos negociales.
- 7.6. A partir de 2005, se inicia un proceso regulatorio de la negociación colectiva adaptativo, pero que recoge las vertientes conocidas por las que ha transcurrido la negociación a lo largo de los años en el país.
- 7.7. Se sancionan dos normas legales, la primera (Ley N.º 18.508) contando con el consenso inicial del Estado y las organizaciones sindicales de funcionarios públicos, fruto de un acuerdo marco; la segunda (Ley N.º 18.566), con la iniciativa del P. E. y acompañada por algunos sectores de la oposición en el Parlamento.
- 7.8. A partir de 2009, se organiza un sistema de negociación colectiva para todas las actividades (públicas y privadas), estructurado sobre tres niveles básicos, creándose órganos de gobernanza en la cúspide, fomentándose las negociaciones por rama y cadenas productivas y manteniendo la negociación residual por empresas.
- 7.9. En la actividad privada, desde la promoción del proyecto de ley, las principales cámaras empresariales manifestaron su disconformidad, promoviendo un proceso de queja ante la

²¹⁸Un ejemplo de ello surge del convenio colectivo de la industria del medicamento, en cuanto se dispone: "Interpretación: Las partes acuerdan que cualquier caso de duda, dificultad interpretativa, que pudiera dar lugar cualquiera de las cláusulas del presente acuerdo, se resolverá en el seno del Consejo de Salarios del sector" (acuerdo alcanzado en la Sexta Ronda).

OIT que provocara la formulación de numerosas observaciones de los órganos de control internacionales (en nuestra opinión, no todos justificados).

- 7.10. El sistema ha continuado funcionando; prueba de ello es que en la actividad privada se han desarrollado siete rondas de negociaciones entre 2005 y la fecha, alcanzándose un nivel de cobertura por acuerdos, laudos o convenios colectivos de la población económicamente activa formal, que es de los más altos a nivel mundial.

**CAPÍTULO V. NO DISCRIMINACIÓN
URUGUAY Y LA APLICACIÓN DEL
CONVENIO INTERNACIONAL DE LA OIT N.º 111 ***

1. Introducción

El rechazo de las prácticas de discriminación laboral, cualquiera sea su causa o motivo, ha sido una postura presente en toda la evolución del derecho del trabajo uruguayo. Ello no puede resultar extraño, desde el momento en que Uruguay posee una población multiétnica y multicultural, por lo que la tolerancia y el respeto de todas las nacionalidades, el origen nacional de sus habitantes, su color de piel, ideas filosóficas y religiosas, orientación sexual, ascendencia social, etcétera, son características que trascienden la frontera del mundo del trabajo y cortan transversalmente todas las áreas de nuestra sociedad.

En efecto, es conocido que la población de Uruguay se fue gestando a partir de diversas y sucesivas olas migratorias a lo largo de varios siglos, provenientes de los más variados rincones de nuestro planeta, lo que generó que el Estado tuviese un proceso de secularización temprano (en las primeras décadas del siglo xx la laicidad de la educación pública y el principio de neutralidad religiosa ya regían a nivel estatal) y se aprobasen numerosas normas constitucionales, legales y reglamentarias que consagraron la tolerancia de las más diversas ideologías y opiniones filosóficas, la libertad de religión y la igualdad entre hombres y mujeres.

El derecho laboral uruguayo siempre tuvo una orientación garantista y protectora del trabajador y ha tenido a la dignidad del trabajador y a la igualdad de trato como objetivos de la disciplina. Como nos recuerda el **profesor Héctor-Hugo Barbagelata**, con la creación del Derecho del trabajo se genera un cambio en la forma de concebir la igualdad de las personas, la que deja de ser un punto de partida del derecho para convertirse en una meta o aspiración del orden jurídico²¹⁹.

De esa manera, no puede resultar extraño que las distinciones o diferencias que hiciese el empleador, y pudiesen implicar que un trabajador de la plantilla quedase colocado en una situación inferior o más desfavorable que el resto, fueron tradicionalmente valoradas de manera negativa no solo por la normativa, sino también por la doctrina y la jurisprudencia laboral.

A su vez, si esa diferencia de trato se basa en causas o motivos que son considerados como disvaliosos, oprobiosos o contrarios a la moral o a la ética por parte de la comunidad (como son los casos de las diferencias basadas en el sexo, la nacionalidad, religión, opinión política o religiosa, color de piel, ascendencia social, edad, etc. de un trabajador), es evidente que esa práctica o medida empresarial no podría ser amparada o cobijada por el ordenamiento laboral, en la medida en que la igualdad, la libertad y la dignidad son derechos y principios fundamentales de la disciplina.

Prueba de la orientación jurídica que ha tenido nuestro derecho en esta materia es que muy tempranamente la Carta Magna estableció en su **art. 8** que “todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos y virtudes”.

Amparándose en esa norma, la doctrina ha sostenido de manera unánime que cualquier distinción, exclusión o preferencia que realice el empleador y que resulte caprichosa o arbitraria debe considerarse nula y sin valor jurídico. Solo se admiten las diferencias que puedan basarse en elementos objetivos como las calificaciones y aptitudes, el rendimiento, la productividad, la antigüedad laboral, entre otros factores.

219 * Por Alejandro Castello.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo; *El particularismo del Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, 1995, p. 14-15.

El **Convenio Internacional del Trabajo N.º 111** relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, aprobado por la OIT en el año 1958, fue ratificado por Uruguay el 16 de noviembre de 1989 por Ley N.º 16.063.

Como lo ha hecho notar el **profesor Américo Plá Rodríguez**, resultó muy llamativo que Uruguay hubiese demorado 31 años en ratificar este convenio fundamental, siendo que nuestro país se encuentra entre aquellos Estados que han ratificado un mayor número de convenios internacionales y que este instrumento siempre fue considerado como uno de los más importantes por la OIT.

Dice el reconocido juslaboralista compatriota que “una explicación posible es que nos considerábamos tan ajenos a la discriminación que entendíamos que estos convenios no nos afectaban como no nos afectaban los referentes a los trabajadores en minas de carbón o a las poblaciones indígenas. Otra explicación es que éramos insensibles o indiferentes al tema. Pero esta explicación no es aceptable porque en estos últimos años el Uruguay ha aprobado una serie de leyes que ratifican su ánimo igualitario y contrario a toda clase de discriminación”.

El autor reseña varias leyes que han aprobado tratados, pactos y convenciones internacionales que consagran la igualdad y la prohibición de la discriminación en materia laboral, concluyendo que “toda esta serie de leyes demuestra que no ha habido indiferencia”, agregando que la jurisprudencia aun antes de la ratificación del CIT 111 ya condenaba los actos de discriminación laboral, como los casos de despidos basados en causas discriminatorias, y que “la doctrina nacional ha sido también muy afirmativa en cuanto a la condena de toda forma de discriminación injustificada”.²²⁰

Coincidimos plenamente con esta explicación que realiza el maestro de la demora en la ratificación del CIT 111. Como se verá seguidamente, si bien la pluralidad, la tolerancia y la diversidad siempre han sido valores muy arraigados en la sociedad y el mundo del trabajo, el legislador y los actores sociales han estado muy atentos a la problemática de la discriminación laboral, aprobando diversas normas estatales y autónomas que consagran la igualdad y prohíben cualquier forma de discriminación en los lugares de trabajo, las cuales siguen y recogen los criterios y orientaciones del CIT 111.

2. Normativa vigente sobre igualdad y discriminación

En lo que concierne a las normas internacionales, Uruguay ha ratificado diversos instrumentos que consagran el derecho a la igualdad y la prohibición de toda clase de discriminación.

Entre ellos destacamos los siguientes:

- Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- Carta Internacional Americana de Garantías Sociales;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica);
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador);
- Declaración Universal de los Derechos Humanos;
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- Declaración Sociolaboral del Mercosur (2015);
- Convenio Internacional del Trabajo N.º 100 de OIT sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres;
- Convenio Internacional del Trabajo N.º 156 de OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

²²⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 4.ª edición, FCU, Montevideo, 2015, p. 357-359.

A nivel legal, varios textos instrumentan a nivel interno las nociones de igualdad y no discriminación que derivan de las normas internacionales, entre las que resaltamos las siguientes:

- Ley N.º 16.045 de 2 de junio de 1989 que prohíbe toda discriminación que vulnere el principio de igualdad de trabajo y oportunidades para ambos sexos en cualquier sector de actividad laboral.
- Ley N.º 17.817 de 6 de setiembre de 2004 sobre Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación (modificada por la Ley N.º 19.122 de 21 de agosto de 2013).
- Ley N.º 18.104 de 15 de marzo de 2007 sobre Igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.
- Ley N.º 18.561 de 11 de setiembre de 2009 sobre prevención y erradicación del acoso sexual en el trabajo y en la relación docente.
- Ley N.º 19.580 de 22 de diciembre de 2017 sobre violencia hacia las mujeres basada en género.

3. Concepto de discriminación

Si bien la igualdad y la discriminación son nociones que han sido reguladas desde hace muchos años en nuestro país, corresponde significar que la ratificación del CIT 111 implicó un salto cualitativo en la consideración del alcance y extensión de estos fenómenos y particularmente sobre la noción y definición jurídica laboral de estos. Es muy evidente la influencia que ha tenido este convenio internacional en nuestro ordenamiento laboral.

Recordemos que el artículo 1.º del CIT 111 establece:

“1. A los efectos de este Convenio, el término **discriminación** comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos **empleo y ocupación** incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.

Destaca **Oscar Ermida Uriarte** que la no discriminación es una herramienta al servicio de la igualdad, pero que estos conceptos no son lo mismo. En el ámbito del derecho del trabajo la igualdad actúa verticalmente, para reducir la contradicción entre el capital y el trabajo. En cambio, la no discriminación opera de forma horizontal, al procurar que no se afecte a los trabajadores más desprotegidos. La finalidad de la no discriminación es la eliminación de diferencias injustificadas entre trabajadores.²²¹

El reconocido autor ubica a la igualdad dentro de los principios y valores fundamentales del derecho del trabajo y lo define como el valor que *“da fundamento a todo el Derecho del trabajo y al resto de sus principios”*. Para **Oscar Ermida Uriarte** el deber del empleador de no discriminar deriva del principio de igualdad y es su instrumento, su concreción, un efecto y un reflejo de la

²²¹ ERMIDA URIARTE, Oscar, *Meditación sobre el derecho del trabajo*. FCU, Montevideo, 2011, p. 13.

igualdad. Entiende que la igualdad es el género y la no discriminación es la especie y ambos se insertan en el sistema de derechos humanos laborales.²²²

En igual dirección **Hugo Barretto** señala que es necesario hacer énfasis en la noción de igualdad en el derecho del trabajo, manifestando su preocupación por el viraje conceptual que representa tomar el principio de igualdad únicamente como no discriminación.²²³ Para el autor hacer hincapié en la igualdad es respetar la evolución del derecho del trabajo, y su búsqueda sirve para reparar la asimetría existente entre las partes de la relación laboral. La no discriminación debería ser un aspecto más —y no el único— de lo que este autor denomina un proyecto más complejo y omnicomprensivo, del derecho a la igualdad.²²⁴

Como lo ha hecho notar **Oscar Ermida Uriarte**, la definición de la discriminación laboral es elaborada, generalmente, a partir del artículo 1 del CIT N.º 111, conceptualizándose como “toda distinción, exclusión o preferencia carente de justificación suficiente, que tenga por efecto destruir o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo”.²²⁵ El autor señala que, a partir de ese concepto, la doctrina ha identificado algunos caracteres, a saber:

- puede tratarse de una acción o de una omisión, un hacer o un no hacer;
- supone una diferencia, una exclusión o aun una preferencia injustificada;
- tal diferencia debe carecer de una causa justificante, de un motivo justo y fundado;
- debe provocar un daño o un perjuicio al trabajador que recibe el tratamiento diferenciado.

En el mismo sentido, el **Prof. Héctor-Hugo Barbagelata** destaca que a partir del texto del CIT N.º 111 se puede concluir, siguiendo a Rosillón, que “existe discriminación siempre que una persona no disfruta plenamente —por razones que no se deberían tener en cuenta— de las mismas oportunidades o del mismo trato de que gozan otras personas en materia de empleo y de profesión”.²²⁶

4. Relación entre igualdad y discriminación

Tanto la legislación interna como la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre igualdad y discriminación. A partir del artículo 8 de la Constitución, se señala que no toda distinción entre trabajadores es ilícita, sino solo aquella que es injustificada, caprichosa, arbitraria, irracional o discriminatoria, pudiendo el legislador, y por ende también los particulares en las relaciones privadas que se crean entre estos, establecer condiciones o fórmulas de trato diferentes, sin que ello suponga una violación del principio de igualdad.

En ese sentido, es conocida la posición del **profesor Américo Plá Rodríguez**, quien en su famosa obra *Los principios del derecho del trabajo* destaca en su tercera edición, del año 1998, que suele confundirse dentro de la misma denominación dos conceptos que son diferentes: el de la **no discriminación** y el de la **igualdad propiamente dicha**, que el autor asimila con la noción de **equiparación**. Y ello le da al tema “un alcance incierto [...]; muchas veces se mezclan dos sentidos distintos con desprolijidad. Existe al respecto, una peligrosa ambigüedad”.²²⁷

Dice el autor que, por un lado, a través del “principio de no discriminación”, de amplia recepción en las declaraciones y pactos sobre derechos humanos y el CIT N.º 111 de OIT, se proscriben las distinciones por motivos o causas consideradas no admisibles por el ordenamiento

222ERMIDA URIARTE, Oscar; *Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación* en revista Derecho Laboral, tomo LIV, N.º 241, enero-marzo 2011, p. 8-9 y 14.

223BARRETTO, Hugo; *El derecho a la igualdad y la no discriminación en el derecho del trabajo, una revisión crítica* en Rev. Revista de Derecho Social Latinoamérica N.º 4-5, 2008, p. 52 y ss.

224BARRETTO, H., op. cit., p. 54.

225ERMIDA URIARTE, Oscar, *Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No discriminación* ob. cit. p 15 y 16.

226BARBAGELATA, Héctor-Hugo; *Los convenios 100, 111 y 156 ratificados por la Ley 16.063 y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*, en Cuaderno N.º 15 de Facultad de Derecho (Curso de actualización de Derecho Laboral), Montevideo, 1990, p. 147.

227PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; *Los principios del Derecho del trabajo*; 3ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 410.

jurídico, entre los cuales el género, la raza, el color de la piel, la religión, las opiniones políticas o filosóficas, la ascendencia nacional, el origen social y la actividad sindical constituyen los valores tutelados en el ámbito, entre otros, de las relaciones de trabajo.

Por otro lado, la "igualdad" o "equiparación" aplicados al ámbito salarial, entendidos estos en su sentido más rígido, restringido y absoluto, constituye un postulado que persigue una finalidad más amplia, en el sentido de conceder, a todo trabajador, la misma ventaja o beneficio que percibe otro trabajador que realiza labores de la misma categoría, sin importar si son del mismo valor ni tampoco si los trabajadores poseen diferentes aptitudes, calificaciones, rendimientos, antigüedad, etc. Según la versión más rígida del principio de igualdad, por el solo hecho de que dos trabajadores realicen la misma tarea y ocupen el mismo cargo o categoría, el empleador estaría obligado a pagarles la misma remuneración (cualquiera sea su fuente de determinación y su modalidad de pago).

La distinción entre los conceptos de "igualdad" y "no discriminación" surge claramente consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en diversas normas. Por un lado, la **Declaración Sociolaboral del MERCOSUR de 10 de diciembre de 1998** regula separadamente la igualdad y la no discriminación, sin recoger el principio de equiparación absoluta.

Así, el art. 1.º de la Declaración, bajo el acápite "No discriminación", establece el enunciado de que "todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, *sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar*".

Por su parte, los arts. 2.º y 3.º, bajo la denominación de "Promoción de la igualdad", destinan sus regulaciones a garantizar la equiparación o igualdad de trato y oportunidades respecto de las personas discapacitadas, y entre mujeres y hombres.

Echa de verse que la **Declaración Socio laboral del MERCOSUR** no consagra el principio de equiparación salarial absoluta, sino exclusivamente la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres y la igualdad de trato y oportunidades de empleo para los trabajadores discapacitados en relación al resto de la población económicamente activa. Es decir que, este instrumento internacional recoge una versión más relativa y flexible del principio de igualdad, entendido este de forma similar a la que se reconoce en el artículo 8 de nuestra Constitución, mandatándose a los Estados a la promoción del empleo a favor de los grupos que se consideran más vulnerables (discapacitados, mujeres, etc.).

Para el maestro, el CIT N.º 111 no recoge el principio de equiparación salarial absoluta. Por el contrario, solo desmerece aquellas medidas o prácticas del empleador que constituyan una distinción, exclusión o preferencia entre los trabajadores, siempre que se basen en motivos discriminatorios. Por lo tanto, bajo este instrumento internacional nada impide que el empleador pague a dos trabajadores que ocupen la misma categoría dos remuneraciones de valor diferente, siempre que ello no se justifique en motivos discriminatorios.²²⁸

En igual sentido, el **Convenio Internacional del Trabajo N.º 100**, sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, dispone en su artículo 2 que el Estado debe garantizar el "principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor".

Se desprende del texto de este instrumento internacional que tampoco recoge el principio de igualdad o equiparación absoluta, sino la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, siempre que realicen un trabajo de igual valor. De ahí que las distinciones salariales entre hombres y mujeres también son admisibles, si el trabajo que realizan no es de igual valor, aun cuando puedan desempeñar la misma categoría.

Quiere decir entonces que, en opinión de prestigiosa doctrina, los convenios internacionales del trabajo emanados de la OIT y ratificados por nuestro país, no impiden que

²²⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 3.ª edición, ob. cit. p. 411 y ss.

el empleador realice distinciones salariales entre los trabajadores, inclusive cuando su sexo sea diferente, siempre que se base en razones objetivas, razonables y justificadas, como por ejemplo que el trabajo que realicen, aunque sea en la misma categoría, no sea de igual valor.²²⁹

Al respecto, el **profesor Héctor-Hugo Barbagelata** señala que la ratificación de los convenios internacionales sobre igualdad de trato y no discriminación **no ha servido para ampliar el principio de igualdad**, aunque la descripción de los fenómenos tipificados como *discriminatorios* en el área laboral facilita la prevención y defensa contra actos o hechos de esa clase.²³⁰ Es decir, que dicho prestigioso autor tampoco reconoce el principio de igualdad en su versión más rígida, que es la equiparación absoluta.

El alcance del concepto de igualdad y no discriminación también se recoge en el preámbulo de la Constitución de la OIT, que dispone que un objetivo que debe perseguir la Organización y sus Estados miembros a través de la legislación es el principio de “salario igual por un trabajo de igual valor”, agregando que las mujeres deben percibir la misma remuneración que los hombres por un mismo trabajo.

Ello es interpretado por la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, como el reconocimiento del principio de la igualdad de remuneración para todo trabajo que posea igual valor, y no solamente para todo trabajo igual.²³¹

El **Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, que adoptara las Naciones Unidas en 1966, consagra como objetivo: “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie”, y acto seguido agrega: “[...] en particular, **debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres**, con salario igual por trabajo igual”.

Según recuerda el profesor suizo de Derecho del Trabajo, Alexandre Berenstein, el principio de igualdad recogido en dicho pacto internacional no tiene sino un alcance reducido, pues según su art. 2.º los Estados ligados por este no se obligan sino a asegurar “progresivamente” el pleno ejercicio de todos los derechos que allí se reconocen.²³²

De lo que se viene de desarrollarse desprende con toda claridad que nuestro ordenamiento jurídico no ha consagrado el principio de la equiparación salarial absoluta, sancionando únicamente la discriminación fundada en motivos ilícitos.

Al respecto, **Plá Rodríguez** ha señalado que “surge de la letra de los convenios internacionales que lo que se prohíbe es la discriminación injustificada, o sea, la distinción, exclusión o preferencia basadas en motivos ilegítimos (raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social)”. El autor concluye que la normativa internacional “**no habilita para la equiparación salarial en todo caso de diferencia**”.²³³

Esta concepción sobre la estructura del derecho del trabajo y el alcance de los principios de igualdad y no discriminación también es compartida en nuestro medio por **Héctor-Hugo Barbagelata**, para quien el propósito de las normas laborales determina la aplicación de dos criterios: a) el de “conservación” de las normas más favorables y, b) el de “sobrepujamiento” que prescribe la posibilidad de introducción válida de mejoras sobre el régimen resultante de las normas, aun de superior jerarquía.

Fundamenta la vigencia de ambas reglas en lo dispuesto por el art. 19, inc. 8, de la

229 La misma posición puede verse en: MORGADO VALENZUELA, Emilio; *Reflexiones iniciales acerca de la recepción del principio de no discriminación en el Convenio N.º 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 1958 en Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, AAVV, Lima, 2004, p. 235.

230 BARBAGELATA, Héctor-Hugo; *Los Convenios 100, 111 y 156 ratificados por la Ley N.º 16.063 y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación* ob. cit. p. 159.

231 OIT, “*La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*”. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 2007.

232 BERENSTEIN, Alexandre; “*A igual trabajo, igual salario*” en *El Salario*. Estudios en homenaje al Prof. A. Plá Rodríguez, Montevideo, 1987, tomo I, p. 655 y ss.

233 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; *Curso de Derecho Laboral*, tomo III, vol. 2, Ed. Acali, Montevideo, 1989, p. 111.

Constitución de la OIT, ratificada por la Ley N.º 6.991 de 23 de octubre de 1919 y por la aprobación de muchos convenios internacionales que las reiteran de diversa manera (*la norma superior no menoscabará “cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables”*). Y en lo que a la aplicabilidad del **sobrepajamiento** refiere, el autor lo justifica señalando que es consecuencia directa del reconocimiento de que las normas laborales fijan grados mínimos de protección.²³⁴

En nuestro medio, aun quienes han defendido la vigencia de la igualdad como principio general en el derecho del trabajo, al referirse a su aplicación respecto de las condiciones de trabajo y salarios en una empresa, afirman que “el principio igualitario no implica que aquellos que tienen mayores aptitudes, mayor laboriosidad, eficacia y contracción a sus tareas, puedan ser mejorados tanto en sus ascensos, remuneraciones, etc. De ahí que es común que se planteen en la justicia laboral, situaciones en las que el empleador, aparentando hacer lo que considera hacer su legítimo derecho, premia a un trabajador por considerarlo mejor que otro, cuando en la realidad **lo que ocultamente subyace es una quiebra del principio de igualdad por razones espurias, persecutorias o simplemente discriminatorias**”.²³⁵

En suma, la doctrina ha interpretado que el CIT N.º 111 y demás normas internacionales del trabajo no impiden el reconocimiento de diferencias salariales entre los trabajadores, inclusive cuando ocupan una misma categoría, en tanto carezcan de un sentido o finalidad discriminatoria.

En tal sentido, el **profesor Plá Rodríguez** ha dicho que “no contraría el principio el que una persona sea tratada especialmente. Lo que interesa desde este punto de vista no es que haya algún empleado más favorecido que otro, sino que algún empleado resulte discriminado (esto es, perjudicado) respecto de la generalidad”, agregando que “el principio de discriminación lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto. Y sin una razón válida ni legítima. El principio de igualdad encierra la idea de la equiparación, que es una fuente de conflictos y problemas; desnaturaliza el carácter mínimo de las normas laborales y lleva a impedir el otorgamiento de mejoras y beneficios que podrían existir”.²³⁶

Esta orientación doctrinaria uruguaya coincide con la sostenida en Argentina por el reconocido profesor argentino **Antonio Vázquez Vialard**, quien sostiene que “[...] resulta discriminatoria toda diferencia por razones de sexo, religión, raza o cualquier otro criterio, que no responda a causas objetivas fundadas en ‘principios de bien común’, pero una **igualdad que excluya toda posibilidad de diferenciación [...] nos introduciría a un crudo igualitarismo que no responde a nuestros principios, ni a una sana convivencia**”.²³⁷

El profesor español **Manuel Alonso Olea** va más allá aun y distingue las situaciones en que la diferencia y la desigualdad de trato se base en cualquier causa legítima en virtud de la cual el empresario pueda libremente decidir, o el empresario y el trabajador libremente convenir, de aquellas otras en que la diferencia de trato (y la desigualdad, por tanto) obedezca a **un mero capricho sin justificación alguna o que tenga tras de sí la intención torticera (ilegal) de molestar o dañar al afectado**. En estos casos, más que enfrentarnos a una situación de discriminación, en realidad se tratará de una ilicitud en el ejercicio de los poderes empresariales, dirigido hacia fines desviados a aquellos por los cuales tales poderes se reconocen. El problema, pues, se sitúa en un ámbito diferente al principio de igualdad, que no es otro que el del abuso del derecho.²³⁸

Por lo tanto, es muy claro que el CIT N.º 111 ha sido interpretado en nuestro ordenamiento

234 BARBAGELATA, Héctor-Hugo; *Derecho del Trabajo*, tomo I, vol. 1, FCU, Montevideo, 1995, p. 121.

235 MUIÑO FULCO, Ramón; “El principio de igualdad y las fuentes del Derecho del Trabajo” en Treinta y seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1995, p. 44.

236 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; *Los principios del Derecho del trabajo*, 3.ª edición, ob. cit., p. 414 y 415.

237 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio; *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Tomo I, 7.ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 440.

238 ALONSO OLEA, Manuel; “Igualdad y desigualdad en las remuneraciones” en *El Salario*. Estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, cit., p. 643.

jurídico en el sentido de que no consagra el principio de equiparación salarial absoluto, sino el principio de no discriminación, lo que significa que una exclusión, preferencia o diferencia en el trato es ilegítima si se basa en una causa caprichosa, arbitraria o prohibida.

5. Enfoque de la jurisprudencia

Siguiendo a la doctrina más recibida, la jurisprudencia uruguaya ha sostenido de manera unánime e invariable que el empleador no está impedido de realizar distinciones salariales entre los trabajadores del establecimiento, aun cuando ocupen la misma categoría, siempre que se respete el mínimo obligatorio y la diferencia no se base en motivos discriminatorios.

Esta posición ha sido recogida a nivel de nuestro máximo órgano judicial, señalando desde hace varios años que “[...] nuestro sistema no recibió el principio de la equiparación salarial absoluta; **lo que resulta ilícito es la desigualdad entre trabajadores en virtud de causales prohibidas por el ordenamiento jurídico** [...] No puede considerarse que otorgar una mayor remuneración por encima del mínimo salarial, en base a circunstancias objetivas como la antigüedad en el cargo, la eficacia de los servicios y otras parecidas, suponga un trato discriminatorio prohibido [...]”.²³⁹

La corporación también ha dicho que “[...] En nuestro derecho el empleador es libre de discriminar salarialmente a sus trabajadores y solo podrá reclamar quien no percibe el salario mínimo correspondiente a su categoría [...]”.²⁴⁰

Esta posición reiterada en múltiples fallos posteriores es seguida de manera pacífica por parte de nuestros tribunales del trabajo. Así, a vía de ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2.º Turno ha dicho que “El Tribunal adhiere a la postura jurisprudencial trazada por la Suprema Corte de Justicia, en tanto sostiene que nuestro sistema no recibió el principio de equiparación salarial absoluta [...]”.²⁴¹

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3.º Turno ha significado que “Es cierto que en nuestro Derecho Laboral no rige el principio de equiparación salarial”.²⁴² De igual modo en otro fallo puede leerse que “en nuestro sistema no se recibió el principio de equiparación salarial absoluta; lo que resulta ilícito es la desigualdad salarial entre trabajadores en virtud de causales prohibidas por el ordenamiento positivo”.²⁴³

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3.º Turno también ha dicho en la sentencia N.º 256/2014 de 16 de julio de 2014, que: “La Sala por unanimidad de sus integrantes, comparte el correcto análisis y fundamentación de la Sra. Juez a-quo, en cuanto concluye que en autos: se ha acreditado que los actores percibían salarios superiores a los laudos, que existe una diferencia salarial con otros trabajadores, y que existen causas objetivas para esta diferencia. Por lo tanto, no se configuran los tres elementos requeridos por el CIT N.º 111 para que exista discriminación” (fs. 892), en consecuencia, no hay motivos ilícitos en la diferencia salarial de unos y otros trabajadores, y no resulta prueba alguna de trato discriminatorio, por lo que la pretensión de los actores, de equiparación salarial con otros trabajadores, que por razones objetivas no discriminatorias, como bien dice la sentenciante *a quo*, resulta probado en autos, no puede prosperar y, por ende, conlleva a la confirmación de la sentencia recurrida, en cuanto al mérito de la causa así lo determina.

IV) Solo cabe consignar respecto al alcance del principio de “igual tarea, igual remuneración”, en que la recurrente basa su reclamación, la Sala con anterior integración y en términos totalmente trasladables al caso de autos, expresó: “Infólios no asistimos propiamente a una discriminación

239 Suprema Corte de Justicia, Sent. N.º 68 de 2/4/97 publicada en Anuario de Jurisprudencia Laboral, 1996-1997, caso 953.

240 Suprema Corte de Justicia, Sent. N.º 69 de 19/3/2003 publicado en Anuario de Jurisprudencia Laboral, 2003, caso 536.

241 Anuario de Jurisprudencia Laboral, 2002, caso 307.

242 TAT 3.º, Sent. N.º 127 de 15/4/2002.

243 Anuario de Jurisprudencia Laboral 2000 c. 1022.

salarial (criterio exteriorizado por S.C.J en sent. No. 68/97 y asimismo por este Tribunal. A.J.L-1999, c. 614, 1014 Ver AJL., 2000; c. 624, 625; 1022)".

"Como lo ha dicho la Corte en sentencia aludida, no todas las diferencias de remuneración son ilícitas ni deben presumirse como tales; es preciso diferenciar entre las soluciones con sentido discriminatorio, que violan las normas o convenios vigentes y las que carecen de tal sentido discriminatorio, y quien alega la discriminación debe probar la motivación ilegítima de la diferencia salarial para reclamar la de retribución. (Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Curso de Derecho del Trabajo, Tomo III, volumen 2, ocarinas 111 v 112); son de aplicación las normas especiales que se refieren a la no discriminación, contenidas en los Convenios N.º 100, 111 y 156 de la OIT, ratificados por la Ley N.º 16.083, del 6 de octubre de 1989."

"De todo ello resulta que nuestro sistema no recibió el principio de la equiparación salarial absoluto; lo que resulta ilícito es la desigualdad salarial entre trabajadores en virtud de causales prohibidas por el ordenamiento positivo. No puede considerarse que otorgar una mayor remuneración por encima del mínimo salarial, en base a circunstancias objetivas como la antigüedad en el cargo, la eficacia de los servicios y otras parecidas, suponga un trato discriminatorio prohibido."

"El patrono es dueño de incentivar a los empleados que así lo merezcan. El propio artículo 8 de la Carta, aunque proclama la igualdad de todos ante la ley, señala que pueden existir diferencias por talentos y virtudes de cada uno." (Sent. N.º 431 del 20.11.2007 - Dr. Roberto Hugo Molinari[®], Dr. Elías Piatniza Altman, Dra. Gómez Franco).

De igual modo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4.º Turno, en sentencia N.º 22/2014 de 22 de febrero de 2014, citando la jurisprudencia de los otros tres tribunales homónimos concluye que:

Para la resolución de la controversia planteada en autos, debemos partir de que este Tribunal ya se ha pronunciado sobre que el principio de equiparación salarial no está consagrado en forma absoluta por nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la doctrina laboralista más recibida, así como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, de las otras tres Sedes de Alzada competentes en materia del trabajo y la gran mayoría de jurisprudencia de primera instancia, coinciden en que en nuestro régimen vigente no rige el sistema de equiparación salarial absoluto, por lo que el empleador cumple con abonar el salario convenido con el trabajador siempre que respete los mínimos establecidos por laudos, decretos o convenios colectivos o el salario mínimo nacional cuando estos no rigen o fueran absorbidos por este, quedando la paridad o equiparación destinada exclusivamente a eliminar las discriminaciones por razón de nacionalidad, sexo, raza, opinión política, religión u origen social.

El Dr. Américo Plá Rodríguez, luego de analizar los Convenios Internacionales Nos. 100, 111 y 156, ratificados en nuestro país por la Ley N.º 16.083 de fecha 6 de octubre de 1989, concluye que los mismos imponen un sistema de equiparación salarial "simple y modesto", pues "no habilita para la equiparación salarial en todo caso de diferencia", sino que "prohíbe tan solo la discriminación injustificada, o sea, la distinción, exclusión o preferencia basada en motivos ilegítimos (raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social) que tiendan a anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación" (cfr. "Curso de Derecho Laboral", tomo. III, vol. II, pág. 111; idem "Anuario de Jurisprudencia Laboral" Año 2004, c. 427 y 428; Año 2005, c. 359).

En un fallo que es reiteradamente citado por la jurisprudencia nacional, refiriéndose a las normas que lo regulan, la Suprema Corte de Justicia también entiende que: "...nuestro sistema legal no recibió el principio de equiparación legal absoluta, lo que resulta ilícito es la desigualdad salarial entre trabajadores en virtud de causales prohibidas por el ordenamiento positivo.- Por otra parte, no puede considerarse que otorgar una mayor remuneración por encima del mínimo salarial, en base a circunstancias objetivas como la antigüedad en el cargo, la eficacia de los servicios y otras parecidas, suponga un trato discriminatorio prohibido.- El patrono es dueño de incentivar a los empleados que así lo merezcan ... Le correspondía al actor demostrar que la discriminación era ilícita, lo que no sucedió, por tanto, debe inferirse que obedeció a motivos permitidos por la ley..." (cfr. sent. N.º 68 de fecha 2.4.1997, Cairoli (r), Marabotto, Torello, Alonso De Marco y Mariño en "La Justicia Uruguaya", c. 13.277). Y en sentencia N.º 89 de fecha 21.4.1999 la Corporación concluye: "En nuestro derecho, el patrono es libre de discriminar salarialmente a sus trabajadores y solo podrá reclamar por

tanto quien no perciba el salario mínimo correspondiente a su categoría de donde, cuando, como en este caso, no se alega ni se prueba que se percibiere un salario inferior a ese mínimo no se configura un derecho a cobrar las diferencias, aunque haya habido o haya otro trabajador de igual categoría con mayor retribución” (cfr. “Anuario de Jurisprudencia Laboral”, Año 1999, c. 607).

En sentencia N.º 71 de fecha 30.3.2001 el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er. Turno entendió: “No se ajusta a ningún texto legal ni constitucional pretender calificar como discriminatorios, los casos en que dos trabajadores que cumplen igual tarea perciben diferente salario. Y no existe un derecho subjetivo a reclamar identidad de salario, salvo en los casos enunciados en la cita doctrinaria transcrita.- Por otra parte, le correspondía a la parte actora la carga probatoria de demostrar que la diferencia salarial obedecía a una discriminación ilícita (art. 139 CGP); lo que no surge acreditado en autos.- Como lo ha expresado la Sala en sentencia N.º 143 de 27/3/96: “...no existe obligación de equiparar los salarios de todos los integrantes de una categoría, en tanto se respete el laudo...” (cfr. Fiorentino, De Paula y Kerouglián en “Anuario de Jurisprudencia Laboral”, Año 2001, c. 438).

Siguiendo tales lineamientos, la Sala Laboral de 2º Turno en sentencia N.º 319 de fecha 30.10.2000 entendió que: “No todas las diferencias de remuneraciones son ilícitas ni deben presumirse como tales.- Es preciso distinguir entre las diferencias con sentido discriminatorio que violan las normas y convenios vigentes, y las que carecen de sentido discriminatorio y quien alega la discriminación debe probar la motivación ilegítima de la diferencia salarial para reclamar la identidad de retribución ... jurídicamente la empresa cumplía con pagar el mínimo fijado para la categoría. ...No es posible soslayar que no todas las diferencias de remuneración son ilícitas ni deben presumirse como tales” (cfr. Tosi, Echeveste y Lopez Ubeda en “Anuario de Jurisprudencia Laboral”, Año 2000, c. 623; en idéntico sentido ver ob. cit. Año 2006, sent. 247/2006 c. 200).

Criterios similares postula la Sala Laboral de 3er. Turno: “Como expreso nuestro máximo órgano jurisdiccional, en nuestro sistema no se recibió el principio de equiparación salarial absoluta; lo que resulta lícito es la desigualdad salarial entre trabajadores en virtud de causales prohibidas por el ordenamiento positivo; no puede considerarse que otorgar una mayor remuneración por encima del mínimo nacional, en base a circunstancias objetivas como la antigüedad en el cargo, la eficacia de los servicios y otras parecidas suponga un trato discriminatorio prohibido, ya que el patrono es dueño de incentivar a los empleados que así lo merezcan.- Le correspondía al actor demostrar que la discriminación era ilícita, lo que no hizo, por lo que, corresponde acoger el agravio y revocar la condena al pago de diferencia salarial” (cfr. Molinari, Gómez Franco y Piatniza en “Anuario de Jurisprudencia Laboral”, Año 2000, c. 624).

(...) En el caso debemos tener en cuenta que de tal manera como el patrón puede remunerar a sus trabajadores, de acuerdo a criterios razonables, como en el caso, con diferentes remuneraciones, siempre que se respete los salarios mínimos previstos por los laudos del sector, ello puede pactarse lícitamente en un Convenio Colectivo de empresa, tal como se hizo en el del 2005, sin pueda aducirse que se esté vulnerando ninguna norma de orden público. Y esto es lo que resulta plasmado en el fallo impugnado y al que remite extensamente la demandada al evacuar el traslado de la apelación.

(...) En suma, partiendo de la premisa de que no existe consagrado en nuestra legislación el principio de la equiparación salarial absoluta, se comparte el razonamiento de la recurrida vertido a fs. 4093 vto. -4094, lo que determina el rechazo de los agravios deducidos y la confirmatoria de la apelada.

Comentando la corriente jurisprudencial citada **Mario Garmendia** ha señalado que: “es posible establecer que en el espíritu de todas estas normas, se encuentra plasmada la idea de amparar el principio que podría enunciarse como “igual salario por trabajo de igual valor”. Esta máxima no consagra una equiparación salarial absoluta para quienes desempeñan el mismo trabajo, sino que admite la posibilidad o licitud jurídica de que se introduzcan distinciones en la retribución, a partir del valor concreto que posea el trabajo desarrollado por cada persona”.²⁴⁴

244 GARMENDIA ARIGÓN, Mario; “Reflexiones acerca del principio de igualdad aplicado a la materia salarial” en revista Derecho Laboral, N.º 194, abril-junio 1999, p. 566.

6. Negociación colectiva y Consejos de Salarios

La cuestión de la discriminación en el ámbito laboral también ha sido objeto de tratamiento por parte de los actores sociales, ya sea en el marco de las negociaciones de los Consejos de Salarios como de la negociación colectiva bilateral típica.

En efecto, es posible señalar que tanto el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres como la prohibición de la discriminación han sido plasmados en los 24 grupos de actividad de los Consejos de Salarios, incluyendo cláusulas promocionales tanto en laudos como en convenios colectivos.

Respecto de la forma o la técnica en la cual aparece reflejado el CIT N.º 111 en los instrumentos colectivos, normalmente se advierte una mención expresa al mismo lo cual denota la influencia que ha tenido a la hora de regular estos derechos y garantías para los trabajadores en Uruguay.

Son muy frecuentes las cláusulas de este tipo:

Cláusula de protección de derechos y oportunidades basados en género: Las empresas continuarán promoviendo la equidad de género en la relación laboral, conforme a la legislación vigente. Asimismo las partes se comprometen a difundir y a hacer respetar en el ámbito laboral lo dispuesto por las Leyes 19.580 (Violencia hacia las mujeres, basada en género) y 19.530 (Salas de lactancia materna) y Decreto 234/018 (Reglamentación de la Ley 19530).

Cláusula de Género y Equidad. Las partes acuerdan exhortar al cumplimiento de las siguientes leyes de Género: Ley 16.045 de no Discriminación por Sexo; Ley 17.514 sobre Violencia Doméstica, Ley 18.561 de Acoso Sexual, Ley 19.122 de acciones afirmativas y Ley 17.817 referente a Xenofobia, Racismo y toda forma de discriminación.

Las partes de común acuerdo reafirman el Principio de Igualdad de Oportunidades, Trato y Equidad en el trabajo sin distinción o exclusión por motivos de sexo, raza, orientación sexual, credo u otra forma de discriminación, de conformidad con las disposiciones legales vigentes (CIT N.º 100, 111, 156, Ley 16.045 y Declaración Sociolaboral del Mercosur).

Se acuerda en forma expresa el cumplimiento de lo establecido en la Ley 17.242 sobre Prevención de Cáncer Genito Mamario, la Ley 16.045 que prohíbe toda discriminación que viole el Principio de Igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en cualquier sector y lo establecido por la OIT según los CIT N.º 100, 111 y 156.

Queda expresamente establecido que el sexo no es causa de ninguna diferencia en las remuneraciones, por lo que las categorías se refieren indistintamente a hombres y mujeres.

Las empresas promoverán la equidad de género en toda la relación laboral. A tales efectos, se comprometen a respetar la no discriminación a la hora del ingreso al trabajo, al promover ascensos, adjudicar tareas y establecer la remuneración pertinente.

CLÁUSULA DE GÉNERO. Las partes exhortan al cumplimiento de las siguientes leyes de género; 16.045 de no discriminación por sexo; 19.580 (Violencia hacia las mujeres basada en género) y 19.530 (Salas de lactancia materna) y Decreto 234/018 (reglamentación de la Ley 19.530); 17.817 referente a xenofobia, racismo y toda forma de discriminación. Las partes de común acuerdo reafirman el principio de igualdad de oportunidades, trato y equidad en el trabajo, sin distinción o exclusión por motivos de sexo, raza, orientación sexual, credo u otras formas de discriminación, de acuerdo a las disposiciones legales vigentes (CIT 100, 111, 156 y Declaración Sociolaboral del Mercosur).

Cláusula de género: Las empresas continuarán promoviendo la equidad de género en la relación laboral, conforme a la legislación vigente. Asimismo, las partes se comprometen a difundir y a hacer respetar en el ámbito laboral lo dispuesto por las Leyes 19.580 (Violencia hacia las mujeres basada en género) y 19.530 (Salas de lactancia materna) y Decreto 234/018 (reglamentación de la Ley 19.530).

Se ha observado que este tipo de cláusulas se han multiplicado y extendido a la mayoría de los grupos de actividad de los Consejos de Salarios, fundamentalmente a partir del fomento e incentivo que ha realizado el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, invitando a las partes a incluir referencias a los Convenios Internacionales N.º 100, 111 y 156.

Queda clara entonces la influencia que han tenido las normas internacionales y particularmente el CIT N.º 111, a nivel de los actores sociales y la negociación colectiva.

7. Acciones afirmativas.

Como viene de señalarse, a través del “principio de no discriminación”, de amplia recepción en normas legales y autónomas que se apoyan en el **CIT N.º 111 de OIT**, se proscriben las distinciones por motivos o causas consideradas no admisibles por el ordenamiento jurídico, entre los cuales el género, la raza, el color de la piel, la religión, las opiniones políticas o filosóficas, la ascendencia nacional, el origen social y la actividad sindical constituyen los valores tutelados en el ámbito, entre otros, de las relaciones de trabajo.

Según dicho convenio, la **discriminación** es “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación [...]”.

Solo se admiten “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, no serán consideradas como discriminación”.

A su vez, el artículo 5 del CIT 11 dispone que “Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial”.

Basándose en esta excepción, Uruguay ha sancionado varias leyes que establecen acciones afirmativas (“discriminación positiva”) vinculadas al acceso al trabajo y a la educación y formación.

Respecto de esta clase de medidas, **Ronald Dworkin** ha señalado que “Suele decirse que el objetivo de los programas de acción afirmativa es lograr que la sociedad, dividida en grupos étnicos y raciales, alcance un nivel de conciencia racial tal que permita que cada uno de esos grupos tenga derecho a un parte proporcional de recursos, carreras y oportunidades. Dicha descripción falta a la verdad. La sociedad estadounidense actual es una sociedad que tiene conciencia racial; es la inevitable y evidente consecuencia de una historia de esclavitud, represión y prejuicios. Los hombres y las mujeres, y los niños y las niñas de raza negra no son libres de elegir en qué roles (o como miembros de qué grupos sociales) los caracterizarán los demás. Son negros, y ningún otro aspecto de personalidad o filiación, o ambición influirá tan profundamente en cómo otros los percibirán y tratarán, y en la variedad y naturaleza de las vidas que se abren ante ellos”.²⁴⁵

En similar dirección, **Francois Dubet** señala que “El modelo de las oportunidades ha ampliado esta representación a todos los grupos que, en razón de su identidad, se han vuelto víctimas de discriminaciones que hacen decrecer, y aun desaparecer, sus oportunidades de acceder a las mejores posiciones. La estratificación lineal de los ingresos estalla en una multitud de grupos definidos por las segregaciones de los que son objeto, sea cual sea su lugar en la sociedad. Obreras o ejecutivas, las mujeres son discriminadas: así lo demuestran su subrepresentación en el seno de los grupos dirigentes y los obstáculos específicos a los que muy a menudo se han visto confrontadas. Obreros o ejecutivos, los maghrebinos y los negros son discriminados: así lo indican

²⁴⁵DWORKIN, Ronald; *Una cuestión de principios*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, p. 364.

su escasez relativa en el seno de los grupos dirigentes y la alta tasa de desempleo, que, fuera de estos grupos, los golpea". Dice el autor que para corregir la desigualdad de oportunidades existen dos alternativas. Una es que se garantice la igualdad de acceso a los bienes y servicios de los cuales los más discriminados están más excluidos. La otra alternativa la caracteriza como una medida de compensación que frecuentemente fue señalada como una contradicción con lo precedentemente expuesto. Se trata de construir medidas de "discriminación positiva" que mitiguen las discriminaciones "naturales".²⁴⁶

Veamos sumariamente el contenido de las principales leyes que establecen acciones afirmativas para determinados grupos sociales.

7.1. Igualdad de género

Una de las normas más antiguas en esta materia es la Ley N.º 16.045, la cual, si bien no prevé la aplicación de medidas de acción afirmativa específicas, establece un dispositivo especial en su artículo 3.º que dispone:

"Asimismo, la discriminación de carácter compensatorio orientada a promover la igualdad de oportunidades y trato para ambos sexos en situaciones concretas de desigualdad, no se encuentra comprendida en la prohibición a que hace referencia el artículo 1.º de la presente Ley".

Recordemos que el artículo 1º prohíbe la discriminación que menoscabe la igualdad de trato para ambos sexos en cualquier rama o sector de actividad laboral, tanto refiera a la materia salarial como a cualquier otra condición de trabajo o el acceso al empleo.

7.2. Inserción laboral de trabajadores con discapacidad en el sector público

Uruguay tiene una larga tradición en materia de protección a las personas con discapacidad. La primera norma legal fue la Ley N.º 16.095 de 26 de octubre de 1989, modificada por la Ley N.º 16.592 de 13 de octubre de 1994 y reglamentada por el Decreto N.º 431/999, las cuales establecieron un régimen de cupo de puestos vacantes en el ámbito estatal, destinado para personas con discapacidad.

Este régimen legal fue derogado y sustituido por la actual Ley N.º 18.651 de 19 de febrero de 2010 sobre protección de las personas con discapacidad. Según lo que establece el art. 2 de la ley, se considera con **discapacidad** a toda persona que padezca o presente una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental que en relación a su edad y a su medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

El art. 48 de la Ley N.º 18.651 prevé que deberá dispensarse orientación y rehabilitación laboral y profesional a todas las personas con discapacidad según su vocación, posibilidades y necesidades procurándose la facilitación del ejercicio de una actividad remunerada.

Por su parte, el art. 49 de dicha ley dispone que "El Estado, los Gobiernos Departamentales, los entes autónomos y servicios descentralizados y **las personas de derecho público no estatales**, están obligadas a ocupar personal con discapacidad que **reúna condiciones de idoneidad para el cargo** en una proporción mínima no inferior al 4% de sus vacantes. Las personas con discapacidad que ingresen de esta manera gozarán de las mismas obligaciones que prevé la legislación laboral aplicable a todos los funcionarios públicos, sin perjuicios de la aplicación de normas diferenciadas cuando ella sea estrictamente necesario. La obligación mencionada refiere al menos a la cantidad de cargos y funciones contratadas, sin perjuicio de ser aplicable también al monto del crédito presupuestario correspondiente a las mismas si fuere más beneficioso para las personas amparadas por la presente ley".

Esta obligación de crear un cupo de las vacantes para destinar a las personas con discapacidad, ya estaba establecida en la Ley N.º 16.095 pero su aplicación había sido prácticamente nula debido a que carecía de régimen de control y de sanción.

²⁴⁶DUBET, François; *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012, p. 58 y 59.

En el régimen actual, para poder acceder a las vacantes (llamados a concurso) las personas con discapacidad deben inscribirse en el Registro de Personas con Discapacidad que funciona en la Comisión Nacional Honoraria de la Discapacidad (art. 49 de la Ley N.° 18.651).

Respecto al **régimen de control** del cumplimiento de la obligación legal de crear un cupo de puestos vacantes, de acuerdo a lo previsto por la ley (art. 49), el Tribunal de Cuentas, la Contaduría General de la Nación y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto deberán remitir a la Oficina Nacional de Servicio Civil la información que resulte de sus registros relativa a las vacantes que se produzcan en las entidades obligadas.

Por su parte, la Oficina Nacional del Servicio Civil deberá solicitar en forma anual informes a las entidades obligadas sobre las vacantes que se hayan generado y provisto en el año, debiéndose indicar a su vez el número de personas con discapacidad que hubieren ingresado a la entidad.

Con esta información, la Oficina Nacional del Servicio Civil deberá comunicar a la Asamblea General el total de vacantes, la cantidad de personas con discapacidad incorporadas en cada organismo indicando la discapacidad que presentan y el cargo ocupado, detallando a su vez los organismos incumplidores.

En lo que concierne al **régimen sancionatorio** por incumplimiento, el art. 51 de la Ley N.° 18.651 dispone que “el incumplimiento en la provisión de vacantes [...] aparejará la responsabilidad de los jefes de los organismos respectivos, pudiéndose llegar a la destitución y cesantía de los mismos por la causal de omisión, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Constitución de la República, en las leyes y en los reglamentos respectivos. Esta disposición será aplicable a quienes representen al Estado en los organismos directivos de las personas de derecho público no estatal”.

La Ley N.° 18.651 solamente ha sido reglamentada, en lo que a la obligación de crear cupos de puestos vacantes se refiere, por el Decreto N.° 79/014 de 28/02/2014, aplicable únicamente a la Administración Central.

7.3. Inserción laboral de trabajadores con discapacidad en el sector privado

Recientemente, el 9 de octubre de 2018, el Poder Ejecutivo promulgó la Ley N.° 19.691 dirigida a promover y facilitar la contratación de trabajadores afectados por discapacidad **en el sector privado**.

La norma legal contiene varias previsiones novedosas que representan nuevas obligaciones laborales para los empleadores privados. Las más trascendentes son las referidas a la obligación de destinar un cupo mínimo de empleos para trabajadores con discapacidad, así como la exigencia de acreditar una causa razonable para despedirlos, so pena de tener que pagar una indemnización especial (además de la común).

La norma está destinada a promover el empleo de “toda persona que padezca o presente una alteración funcional permanente o prolongada, física (motriz, sensorial, orgánica, visceral) o mental (intelectual y/o psíquica) que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. Para gozar de los beneficios legales el trabajador deberá inscribirse previamente en el Registro Nacional de Personas con Discapacidad que funciona en la Comisión Nacional Honoraria de Discapacitados, el cual entregará al trabajador un certificado que deberá presentar ante la empresa.

La ley establece que las empresas que cuenten con **25 o más trabajadores permanentes** tendrán la obligación de emplear a trabajadores con discapacidad, siempre que el candidato **“reúna condiciones e idoneidad para el cargo”**, en un porcentaje determinado sobre la totalidad de trabajadores permanentes (se excluyen zafrales, eventuales, pasantes, becarios, transitorios, a prueba, a plazo, por obra, etc.).

La cuota destinada a trabajadores con discapacidad irá aumentando año a año, hasta alcanzar el 4 % de la plantilla permanente. Los porcentajes son los siguientes:

i. Durante el primer año de vigencia de la ley: empleadores con 500 o más trabajadores: 3%; entre 150 y 499 trabajadores: 2 %; y entre 50 y 149 trabajadores: 1 %;

ii. Segundo año: 500 o más trabajadores: 4 %; entre 150 y 499 trabajadores: 3 %; entre 50 y 149 trabajadores: 2 %; y menos de 50 trabajadores: 1,5 %;

iii. Tercer año: 500 o más trabajadores: 4 %; entre 150 y 499 trabajadores: 3,5 %; entre 50 y 149 trabajadores: 3 %; y menos de 50 trabajadores: 2 %; y,

iv. A partir de los tres años de vigencia de la Ley: 4 % en todos los casos.

La ley aprobada establece que las personas con discapacidad gozarán de todos los derechos y obligaciones previstos en la normativa. Asimismo, la norma dispone beneficios adicionales, superiores a los que ya rigen para todos los trabajadores.

Por un lado, establece la exigencia de acreditar una **causa razonable para despedir**. La ley dispone que el despido de los trabajadores amparados por esta deberá obedecer a una causa razonable relacionada con la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

Este requisito es el mismo que se establece en la Ley N.º 17.940 para el despido del dirigente, delegado o representante sindical. Aunque la norma no lo aclare, es evidente que la carga de demostrar la “causa razonable” recaerá sobre el empleador, quien deberá justificar, principalmente de manera documental, los problemas disciplinarios o las dificultades económicas, financieras, tecnológicas, etc.

En caso de incumplimiento de dicha exigencia, el trabajador tendrá derecho a cobrar una indemnización especial equivalente a seis meses de salario, más la indemnización legal que corresponda (común, especial por enfermedad, etc.).

Además, el empleador deberá, dentro del término de tres meses a contar desde el despido, contratar a otra persona con discapacidad en sustitución del empleado desvinculado, salvo que el despido haya obedecido a la supresión del puesto de trabajo por reestructura y sin perjuicio de cumplir con la inclusión obligatoria referida.

Por otro lado, la ley establece el beneficio de una **licencia extraordinaria sin goce de sueldo por un período de hasta 3 meses continuos o discontinuos al año**, siempre que esta tenga por motivo su discapacidad y que se encuentre fuera de los casos previstos por el seguro por enfermedad y la licencia anual. Para hacer uso de este derecho, el trabajador deberá comunicarlo con 48 horas de anticipación, acompañando el certificado médico por el cual se solicita la licencia.

Se establece que los **aportes jubilatorios patronales** al Banco de Previsión Social (BPS) correspondientes a las personas con discapacidad que ingresen a trabajar a partir de la vigencia de la ley, se realizarán en forma gradual conforme a la siguiente escala:

(a) durante el primer año, 25 % del aporte;

(b) durante el segundo año 50 % del aporte;

(c) durante el tercer año 75 %;

(d) una vez cumplidos tres años de trabajo, el 100 % del aporte.

La norma establece una serie de medidas para facilitar la inserción en la empresa y la actuación del trabajador que tiene una discapacidad. Se dispone que si requieren apoyo para el cumplimiento de las obligaciones laborales podrán solicitarlo al empleador y este deberá autorizarlo, lo que incluye medidas como adaptaciones, identificación de compañeros mentores o apoyos naturales, entre otros.

En cuanto a la accesibilidad, se dispone que el empleador deberá realizar las construcciones, modificaciones o acondicionamiento necesario para facilitar el acceso del trabajador al local y su desempeño adecuado, contando con 12 meses de plazo desde su ingreso a la empresa para realizar las obras.

El pasado 6 de marzo de 2019 el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N.º 73/019, que reglamenta la Ley N.º 19.691, dirigida a promover y facilitar la contratación de trabajadores afectados por discapacidad **en el sector privado**.

El decreto reglamenta la obligación de las **empresas privadas**, que cuenten con **25 o más trabajadores permanentes**, de destinar una parte (cuota) de sus empleos para trabajadores con discapacidad.

La norma reitera la exigencia legal de que el candidato **“reúna condiciones e idoneidad para el cargo”** y que este debe demostrar su discapacidad con el certificado expedido por el Ministerio de Desarrollo Social, a través del Programa Nacional de Discapacidad (PRONADIS), el cual establecerá el plazo de vigencia.

El decreto mantiene la progresividad del porcentaje ascendente de la cuota o cupo laboral que deben respetar las empresas de más de 25 trabajadores permanentes, que va desde el 1 % hasta alcanzar el 4 % dentro de 3 años (18 de noviembre de 2021).

Para determinar la dimensión de la plantilla de la empresa, el Decreto N.º 73/019 establece que se entiende por **TRABAJADOR PERMANENTE** a “aquel que no se encontrare contratado en forma transitoria, esto es, bajo modalidades tales como contrato a prueba o ensayo, por temporada, por zafra, a término o para obra determinada”.

Una novedad del decreto es que en cada convocatoria para ingreso de personal que realicen los empleadores deberá **difundirse adecuadamente**. No se establece la forma de difusión, lo que deberá ser decidido por la empresa tanto en lo que refiere al medio (página web, publicación en medios digitales o prensa, etc.) como a la frecuencia y duración de los avisos. Lo importante es que la convocatoria llegue a conocimiento público y que la empresa conserve la documentación probatoria de la difusión.

Por otra parte, el decreto agrega —otra novedad— que la empresa podrá solicitar al MIDES-PRONADIS que le suministre datos de posibles postulantes a los puestos de trabajo, que reúnan las condiciones requeridas. Esto constituye un elemento importante porque facilitará la búsqueda de posibles candidatos.

7.4. Protección laboral de las mujeres que sufren violencia basada en género

La Ley N.º 19.580 de 22 de diciembre de 2017, conocida como “Ley de violencia hacia las mujeres basada en género”, establece mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención, protección, sanción y reparación de las mujeres que sufren violencia por tener esa condición.

Según la norma, la violencia basada en género “es una forma de discriminación que afecta, directa o indirectamente, la vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, así como la seguridad personal de las mujeres”, y por ello es necesario establecer medidas especiales de protección, incluyendo los problemas que tales actos pueden provocar en el empleo.

Esta ley define a la “violencia basada en género hacia las mujeres” como “toda conducta, acción u omisión, en el ámbito público o el privado que, sustentada en una relación desigual de poder en base al género, tenga como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o las libertades fundamentales de las mujeres”, agregando que “quedan comprendidas tanto las conductas perpetradas por el Estado o por sus agentes, como por instituciones privadas o por particulares”.

El art. 6 de la ley establece diferentes formas de “*violencia*” basada en género, como, por ejemplo, la física, la psicológica o emocional, la sexual, por prejuicio hacia la orientación sexual, la económica, la patrimonial, la simbólica, la obstétrica, la violencia en el ámbito educativo, la violencia política, la mediática, la doméstica, la femicida, la comunitaria, la étnica racial y la laboral.

En lo que concierne a esta última, la norma legal define la violencia laboral como aquella “ejercida en el contexto laboral, por medio de actos que obstaculizan el acceso de una mujer al trabajo, el ascenso o estabilidad en el mismo, tales como el acoso moral, el sexual, la exigencia de

requisitos sobre el estado civil, la edad, la apariencia física, la solicitud de resultados de exámenes de laboratorios clínicos, fuera de lo establecido en los marcos legales aplicables, o la disminución del salario correspondiente a la tarea ejercida por el hecho de ser mujer”.

En virtud de lo anterior, el concepto de **violencia laboral** es sumamente amplio, ya que comprende todo tipo de medida, acto o comportamiento que perjudique a la trabajadora para acceder a un empleo, ascender o permanecer en este, siempre que la medida lesiva o dañosa tenga como móvil “el hecho de ser mujer”. Por lo tanto, no todo caso de incumplimiento laboral que afecte a una trabajadora en su empleo constituye automáticamente una situación de “violencia laboral”. Se requiere que la acción u omisión tenga como causa y finalidad perjudicar a la trabajadora por el solo hecho de ser mujer. Quiere decir que la discriminación laboral por razones de género, cuando afecta a una trabajadora, será una forma de violencia laboral, comprendida en el régimen de la ley bajo estudio.

La norma bajo estudio dispone un procedimiento especial para tramitar las denuncias de violencia basada en género, las cuales deberán ser presentadas ante los Juzgados Letrados Especializados en Violencia Basada en Género, Doméstica y Sexual.

El art. 65 de la ley confiere al tribunal la potestad de adoptar una variada gama de medidas cautelares especiales, algunas de ellas son la de “G) Ordenar al empleador disponer el traslado o suspensión de la persona denunciada, cuando la violencia ocurre en el lugar de trabajo de la víctima” y “H) Disponer correctivos y otras medidas para evitar la discriminación o la violencia hacia las mujeres en el medio laboral o institucional”.

En el primer caso, resulta claro que si el tribunal ordena suspender la actividad laboral del denunciado, este no puede ser enviado al seguro de desempleo (porque no existe “falta de trabajo”) ni tampoco tendrá derecho a percibir remuneración, ya que no se encuentra a la orden de la empresa (no puede ser convocado hasta que finalice la suspensión ordenada por el juzgado). Del mismo modo, cualquier perjuicio, costo o dificultad que genere el “traslado” de lugar o cambio de horario de trabajo ordenado por el tribunal deberá ser absorbido por el propio trabajador.

Evidentemente, con este tipo de medida se pretende que el presunto agresor no tenga contacto físico con la presunta víctima.

En lo que concierne a los “correctivos” y “otras medidas” para evitar o dejar sin efecto la *violencia laboral*, su contenido no es definido en la ley por lo que el tribunal tendrá a su disposición un amplio espectro de medidas precautorias tendientes a ese fin, como por ejemplo dejar sin efecto medidas como el cambio de horario, el traslado de lugar de trabajo, la rebaja de categoría, la reducción de sueldo, etc., cuando estas medidas empresariales hayan tenido como finalidad perjudicar a la trabajadora por ser mujer.

Naturalmente, por tratarse de medidas cautelares, las mismas deberán ser provisorias y, por ende, el tribunal deberá fijar el plazo de vigencia de estas. No obstante ello, en función de la naturaleza de las medidas correctivas, en algunos casos pueden resultar autosatisfactivas, lo que implica que la decisión del tribunal tenga efectos definitivos y de fondo. Tal es el caso, a vía de ejemplo, de una medida que ordene a una empresa o entidad pública a permitir concursar por un puesto a una empleada excluida de un llamado por motivos que supuestamente se vinculan con el hecho de ser mujer.

El art. 40 de la Ley N.º 18.580 establece una serie de derechos a favor de las trabajadoras, dirigidos a “asegurar la permanencia de las mujeres en el trabajo” cuando estas son víctimas de violencia basada en género, en cualquiera de las formas antes señaladas.

En concreto, los derechos que la ley otorga a las trabajadoras son los siguientes:

- A) “A recibir el pago íntegro de su salario o jornal el tiempo que conlleve la asistencia a audiencias, pericias u otras diligencias o instancias administrativas o judiciales que se dispusieran en el marco de los procesos previstos en la ley.
- B) A licencia extraordinaria con goce de sueldo por el lapso de veinticuatro horas a partir de

la presentación de la denuncia en sede policial o judicial, prorrogables por igual período para el caso en que se dispusieran medidas cautelares en sede judicial.

- C) A la flexibilización y cambio de su horario o lugar de trabajo, siempre que existiera la posibilidad y así lo solicitara.
- D) A que las medidas de protección que se adopten ante la situación de violencia basada en género no afecten su derecho al trabajo y carrera funcional o laboral.
- E) A que se dispongan medidas para que la violencia basada en género en el ámbito laboral no redunde negativamente en la carrera funcional y en el ejercicio del derecho al trabajo.
- F) A la estabilidad en su puesto de trabajo. Por un plazo de seis meses a partir de la imposición de medidas cautelares por hechos de violencia basada en género, las mujeres en favor de quienes se hubieran dispuesto no podrán ser despedidas. Si lo fueren, el empleador deberá abonarles un importe equivalente a seis meses de sueldo más la indemnización legal que corresponda”.

En virtud de lo anterior, los derechos que poseen las trabajadoras que son víctimas de violencia basada en género podrían resumirse de la siguiente forma:

- 1) gozar de **tiempo libre remunerado** para concurrir a todas las instancias de los procesos que se entablen ante los tribunales por una denuncia de violencia basada en género, así como disponer de todo el día libre pago luego de que presente ante la Fiscalía o la Policía la denuncia referida;
- 2) solicitar el **cambio de horario o lugar de trabajo**, si ello fuere posible;
- 3) no sufrir perjuicios en **la carrera laboral** a raíz de las medidas de protección que se adopten en el marco de los procesos de violencia basada en género;
- 4) **no ser despedida** dentro de los 6 meses siguientes contados desde que se adoptaron las medidas cautelares y, en caso contrario, el derecho a cobrar una **indemnización especial** de 6 meses de sueldo, más la indemnización legal que corresponda.

Aunque la norma legal no lo aclara, es de toda evidencia que, para poder gozar los derechos antes mencionados, la trabajadora deberá demostrar documentalmente que ha formulado una denuncia de violencia basada en género y, en su caso, cuáles fueron las medidas protectorias adoptadas por el tribunal y desde cuándo.

En lo que concierne al derecho a **no sufrir perjuicios en la carrera laboral**, resulta claro que el empleador no puede adoptar represalias de ningún tipo contra la trabajadora, como consecuencia de la denuncia formulada ante la Fiscalía o la Policía, lo que incluye aquellos casos en que la denuncia haya sido formulada contra el propio empleador o cualquier integrante de la empresa (gerente, jefe, subordinado, etc.), por razones de *violencia laboral*.

En consecuencia, el empleador estará inhibido de rebajar la categoría, reducir el sueldo, limitar o negar formación profesional, retacear tareas, eliminar potestades funcionales o adoptar cualquier otra clase de medida que pueda redundar en un perjuicio en la carrera de la trabajadora, cuando la medida tenga como causa la acción judicial promovida por esta.

Finalmente, en lo que refiere a la protección de la **estabilidad en el empleo**, la normativa introduce en nuestro ordenamiento un nuevo tipo de *despido especial* (recordemos que ya existe el despido del trabajador enfermo, del trabajador accidentado, de la trabajadora grávida, del trabajador que denuncia ante el BPS y del trabajador víctima de acoso sexual).

La ley impone al empleador un deber de **no despedir** a la trabajadora que ha sido víctima de violencia basada en género, durante el plazo de 6 meses contados desde el día siguiente en que el juzgado adoptó medidas cautelares contra el agresor. Ello significa que constituye requisito indispensable que la trabajadora acredite, documentalmente, que el tribunal amparó la denuncia y adoptó medidas precautorias a su favor.

Como la ley no exige que el despido esté vinculado con la circunstancia de que la trabajadora haya realizado una denuncia de violencia basada en razones de género, así como tampoco ninguna otra condición o requisito especial, se trata de un caso de **responsabilidad**

objetiva del empleador, similar a la regulación del despido de la trabajadora grávida. Quiere decir que el empleador no podría exonerarse demostrando que el despido obedeció a causas no vinculadas con la denuncia de violencia basada en género (reestructura, dificultades económicas o financieras, cuestiones organizativas, etc.).

La única causal de exoneración de responsabilidad parecería ser entonces la configuración de notoria mala conducta por parte de la trabajadora. Si fuere así, la normativa resultaría ser muy rígida ya que inclusive en el caso del despido del trabajador accidentado, el ordenamiento prevé la posibilidad de exoneración de responsabilidad cuando el cese es por causa grave superveniente (art. 69, Ley 16.904).

La ley solo prevé la protección frente al despido, por lo que no habría obstáculo para enviar a la trabajadora al seguro de desempleo, cuando se registra falta o descenso del trabajo (y naturalmente, la medida no sea una represalia sino que tenga causa seria y objetiva).

La ley establece que la indemnización que debe pagar el empleador que despida a la trabajadora dentro del plazo de estabilidad laboral será de **6 meses de sueldo** y que la indemnización es complementaria y no sustitutiva de la indemnización común, por lo que se devenga aun cuando no se tenga derecho a esta y, además, es acumulable con cualquier otra que pueda corresponder (por ejemplo, el despido especial por enfermedad, despido por gravidez, etc.).

En cambio, parece evidente que no es acumulable con un despido abusivo, ya que el despido especial por violencia basada en género es en sí mismo una hipótesis de despido abusivo, salvo que la trabajadora demuestre que su despido estuvo vinculado a causas discriminatorias o particularmente ilícitas, diferentes de las cuestiones de género (por ejemplo, que el despido obedeció a motivos sindicales o religiosos).

7.5. Inserción laboral de personas afrodescendientes

La Ley N.º 19.122 de 21 de agosto de 2013 estableció, por primera vez en nuestro país, un régimen de cuota de puestos vacantes para las personas afrodescendientes.

Según el Decreto N.º 144/014 de 22/05/2014, reglamentario de la norma legal antes mencionada, “se considerará afrodescendiente a aquellas personas que, al postularse a cualquiera de los beneficios establecidos en la misma, se atribuyan esa calidad en base a su percepción de pertenencia en materia de etnia/raza. Los criterios que aplique el INE constituirán una guía para tal autodefinición”.

El art. 4 de la Ley N.º 19.122 dispone que “Los Poderes del Estado, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los Gobiernos Departamentales, los Entes autónomos, los Servicios Descentralizados y **las personas de derecho público no estatal**, están obligados a destinar el 8 % de los puestos de trabajo a ser llenados en el año, para ser ocupados por personas afrodescendientes que cumplan con los requisitos constitucionales legales para acceder a ellos, previo llamado público. Tales entidades deberán destinar los porcentajes del crédito asignado para cubrir los puestos de trabajo en cada uno de los llamados específicos que se realicen, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior”.

En virtud de lo anterior, en el caso de los afrodescendientes la cuota de puestos vacantes que debe destinarse para este segmento de población es del 8 % del total de puestos de trabajo de cada llamado a concurso que se realice por el organismo. El único requisito que se exige a este tipo de postulante es que cumpla con los requisitos constitucionales y legales para acceder al cargo (nacionalidad, buena conducta, etc.).

En lo que concierne al **alcance de la obligación de crear cupos laborales para afrodescendientes**, comprende solamente a las entidades estatales y paraestatales.

Cabe destacar que, de acuerdo a lo establecido en el art. 5 del Decreto N.º 144/014, “cuando no se presenten personas afrodescendientes en cantidad suficiente para cubrir los

porcentajes aplicables a que refiere el artículo 3 del presente decreto, o las que se presenten no reunieran las condiciones requeridas en cada caso, los cupos restantes podrán ser cubiertos con postulantes a las convocatorias generales”.

Según el tenor de dicha norma reglamentaria, resulta claro que no alcanza con autodefinirse como afrodescendiente para tener derecho a ocupar un cargo vacante dentro del cupo del 8 %, ya que es necesario que además “reúna las condiciones requeridas en cada caso”.

En lo que refiere al **régimen de control**, el Decreto N.º 144/014 establece que “al 31 de diciembre de cada año, todas las personas jurídicas obligadas por lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley N.º 19.122 **deberán informar a la Oficina Nacional de Servicio Civil el número de personas afrodescendientes ingresadas durante el año anterior**, con el detalle del puesto de trabajo ocupado y toda la información que le sea solicitada por ésta en el marco de sus competencias”.

A su vez, la ONSC deberá presentar un informe anual de la información remitida por cada organismo. Por otra parte, la Comisión Honoraria contra el Racismo, la Xenofobia y toda otra forma de Discriminación recibirá de los organismos un informe anual que explicita las acciones afirmativas llevadas adelante en el correr del año.

La Ley N.º 19.122 crea además una comisión de tres miembros (MIDES, MTSS y MEC) que tendrá a su cargo, entre otros cometidos, monitorear el cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicha ley, incluyendo “recibir información sobre incumplimientos de la ley y llevar un registro de los mismos”, así como “canalizar las denuncias por incumplimientos antes las autoridades competentes y poner en conocimiento de la opinión pública las resoluciones a que den lugar las mismas”. Interesa señalar que la Ley N.º 19.122 no prevé sanciones para el caso de incumplimiento del deber de crear cupos laborales.

7.6. Inserción laboral de personas trans

La Ley N.º 19.684 consagra acciones afirmativas para las personas trans. El texto de la norma aprobada tiene muchos aspectos distintos vinculados al derecho a la identidad de género, inclusión educativa, el establecimiento de una pensión reparatoria, derecho a la salud, a la vivienda, registro de estado civil, una pensión reparatoria para quienes hubieran sufrido persecución y represión en la dictadura cívico-militar y algunas vinculadas a la inclusión laboral.

En cuanto a la formación y capacitación para el trabajo se establece en el artículo 13 que el INEFOP (Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional) debe destinar un cupo no menor a 1 % para las personas trans en los programas de capacitación y calificación que se realicen. En este caso nos encontramos con un cupo instalado para la formación profesional. La aplicación de este artículo puede ocasionar dificultades en su aplicación, dada la magnitud censada de este colectivo respecto a la población en edad de trabajar.

Es interesante la disposición del artículo 14 de la ley. En este caso se otorga un estímulo a través de beneficios que otorga la ley de inversiones para empresas que contraten personas trans, en lugar de establecer un cupo. En efecto, incorpora a los beneficios de la ley de inversiones, N.º 16.906 de 1998, a aquellos emprendimientos que incorporen personas trans que residan en la República. Los beneficios son, entre otros, exoneraciones fiscales. Al hablar de que residan “en la República”, entendemos que habla de las categorías de residencia que se definen en la Ley 18.250, que regula todo lo atinente a la migración en el año 2008, entre ellos, aspectos laborales.

En cuanto al efectivo establecimiento de cupos se ha dispuesto solamente para las entidades públicas. Todos los órganos estatales y personas de derecho público no estatal, tales como el Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios descentralizados, y las personas de derecho público no estatal, deberán destinar el 1 % de los puestos de trabajo para la población trans.

Le comete también este artículo al Consejo Nacional Coordinador de Políticas Públicas de Diversidad Sexual para que haga un seguimiento de la norma y que en un término de cinco años haga un informe con una evaluación de impacto de todas las disposiciones de la ley.

La ley aun no ha sido puesta en práctica, por lo que resta esperar un tiempo para poder evaluar fundadamente su repercusión.

7.7. Inserción laboral de los jóvenes

Otro grupo social sobre el que la legislación laboral y social ha puesto especial atención en las últimas décadas es el de los jóvenes. Habiéndose constatado que se trata de un grupo especialmente vulnerable al desempleo, diversas leyes han establecido diversas medidas de incentivo y fomento de la contratación de jóvenes entre 15 y 29 años de edad.

La primera norma fue la Ley N.º 16.873 del año 1996, conocida como “Ley de empleo juvenil” que establecía cuatro modalidades contractuales (becas, aprendizaje simple y complejo, formación para egresados) bajo la forma de contratos laborales, con la finalidad de facilitar la inserción laboral de los jóvenes. La norma legal fue derogada por la Ley N.º 19.133 de 11 de setiembre de 2013, que crea nuevos programas de incentivos económicos para la contratación laboral (recientemente modificada por la Ley N.º 19.689 de 29 de octubre de 2018).

El nuevo régimen legal establece cuatro modalidades de contratación de los jóvenes en el sector privado: a) primera experiencia laboral, b) práctica laboral para egresados, c) trabajo protegido joven y d) práctica formativa en empresas. A su vez, se establece una modalidad especial para las entidades estatales y paraestatales: primera experiencia laboral.

En el caso de la PRIMERA EXPERIENCIA LABORAL, se trata de una modalidad destinada a jóvenes de entre 15 y 24 años que no hayan tenido una experiencia previa de trabajo formal por un plazo mayor a 90 días. Tiene una duración no menor a tres meses y no mayor a un año.

La PRÁCTICA LABORAL PARA EGRESADOS es aquella que comprende a toda persona joven egresada de centros públicos o privados habilitados en enseñanza universitaria, técnica, comercial, agraria o de servicios, sin experiencia laboral vinculada, directa y exclusivamente, a la titulación que posean. La modalidad está destinada a **jóvenes de hasta 29 años de edad**. El contratado debe tener formación previa y estar en busca de su primer empleo en relación a la titulación que posea. La experiencia laboral debe estar vinculada a los estudios cursados, la duración no inferior a 3 meses ni mayor de un año. No podrá ser empleado en más de una oportunidad, salvo que posea una titulación diversa a la que motivó la primera contratación.

En lo que concierne al TRABAJO PROTEGIDO JOVEN, es una forma de contratación para personas menores de treinta años que se encuentren desempleadas y en situación de vulnerabilidad socioeconómica. Los contratos no podrán ser inferiores a seis meses ni superiores a 18 meses.

Finalmente, las PASANTIAS O PRACTICA FORMATIVA EN EMPRESAS son aquellas que se realizan en el marco de propuestas o cursos de educación, formación y/o capacitación laboral de entidades educativas o formativas, con el objeto de profundizar y ampliar los conocimientos de forma que permita al o a la joven aplicar y desarrollar habilidades, conocimientos y aptitudes adquiridas en la formación y que son requeridas por la realidad productiva. Benefician a jóvenes de 15 hasta 29 años de edad y deben ser aprobadas previamente por el MTSS.

Los jóvenes gozan de todos los derechos laborales y previsionales, incluyendo la atención sanitaria y la cobertura obligatoria de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En principio, la pasantía será remunerada con el 75 % (setenta y cinco por ciento) del valor salarial de la categoría y actividad que corresponda con un piso de un Salario Mínimo Nacional, en proporción a las horas estipuladas. Sin embargo, el MTSS, previa consulta al INEFOP, podrá **autorizar excepcionalmente** prácticas formativas no remuneradas, las cuales no podrán exceder de un **máximo de ciento veinte horas**, ni representar más del 50 % (cincuenta por ciento) en la carga horaria total del curso o carrera. Las pasantías no pueden

superar las 120 horas salvo que el MTSS y el Ministerio de Educación y Cultura, previa consulta al INEFOP, autoricen una duración mayor.

La normativa prevé que la empresa debe cumplir ciertos requisitos para poder contratar jóvenes bajo las modalidades señaladas:

a) que se encuentre en situación regular de pagos con las contribuciones especiales de la seguridad social;

b) no haber efectuado en los 60 días anteriores a la contratación, ni efectuar durante el plazo de esta, despidos ni envíos al seguro de paro de personal permanente que realice iguales o similares tareas que el joven contratado. A tal fin se deberá presentar declaración jurada ante el MTSS;

c) que el porcentaje de contratados bajo estas modalidades no exceda del 20 % del total de la plantilla de la empresa.

d) Las contrataciones que se realicen así, como los beneficios que se obtengan a través de las modalidades establecidas en la presente ley, no podrán efectuarse con jóvenes que tengan parentesco con el titular o los titulares de las empresas, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad.

Una vez finalizada la contratación, el joven tiene derecho a que la empresa le otorgue un certificado de su actuación funcional. Los jóvenes no podrán beneficiarse más de una vez de cada tipo de modalidad contractual, salvo que la empresa hubiese rescindido esta antes de tiempo por causa injustificada.

Para promover e incentivar la contratación de los jóvenes las leyes establecen ayudas económicas a las empresas. En el caso de trabajo protegido y promovido se establece un subsidio parcial del salario del beneficiario, en los términos de las normas aplicables al programa Objetivo Empleo del MTSS. Este programa es un componente del Plan de Equidad del Programa Pro-Trabajo ejecutado por el MTSS, que brinda un incentivo a las empresas que opten por contratar trabajadoras/es desocupados/as formales por un período no inferior a 1 año.

El subsidio a la empresa contratante tendrá un monto máximo que será el 60 u 80 % de 2 Salarios Mínimos Nacionales vigente al momento de la contratación. El pago se hará a través de la generación de un crédito al empleador por concepto de aportes a la seguridad social en el BPS.

En el caso del contrato de Primera experiencia laboral el subsidio es de hasta el 25 % de las retribuciones mensuales nominales del trabajador. El monto máximo de subsidio será el 25 % (veinticinco por ciento) calculado sobre la base de \$ 17.968 a valores enero 2018.

Tratándose de Práctica laboral egresados "el subsidio consistirá en el 15 % (quince por ciento) de las retribuciones mensuales del trabajador sujetas a montepío" y "El monto máximo de subsidio será el 15% (quince por ciento) calculado sobre la base de \$ 17.968 (diecisiete mil novecientos sesenta y ocho pesos uruguayos) a valores de enero de 2018".

Finalmente, cuando se utiliza la Práctica formativa en empresas se otorga un subsidio de hasta el 50 % (cincuenta por ciento) de la remuneración calculada sobre el 75 % (setenta y cinco por ciento) del valor de la categoría y actividad que corresponda con un piso de un Salario Mínimo Nacional, en proporción a las horas estipuladas.

8. Conclusiones

A modo de corolario, podemos señalar las siguientes consideraciones:

- 1) el CIT N.º 111 de la OIT ha tenido una importante influencia en la legislación, la doctrina, la jurisprudencia e inclusive en la negociación colectiva de nuestro país;
- 2) a la luz de las disposiciones de esta norma internacional, el Parlamento ha aprobado varias leyes que prohíben cualquier clase de discriminación en el empleo o en el acceso a este;
- 3) cualquier práctica o medida que pueda adoptar el empleador y constituya una exclusión, distinción o preferencia basada en caprichos, arbitrariedad o circunstancias como la afiliación sindical, la opinión política, religiosa o filosófica, la nacionalidad, el sexo, la

- orientación sexual o la ascendencia social es considerada nula y sin valor jurídico alguno;
- 4) desde 2010 en adelante ha sido práctica frecuente que los convenios colectivos y laudos de los Consejos de Salarios contemplen cláusulas de promoción de la igualdad y prohibición de la discriminación laboral;
 - 5) varias leyes han consagrado acciones afirmativas, fundamentalmente a través de la imposición de cuotas de puestos de trabajo para grupos vulnerables como los afrodescendientes, los jóvenes, las personas trans, los trabajadores con discapacidad, las mujeres víctimas de violencia basada en género, entre otros.

**CAPÍTULO VI. TRABAJO FORZOSO
URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS
Convenios Internacionales del Trabajo N.º 29 y 105 ***

1. Introducción: concepto de trabajo forzoso

Al definir el concepto de trabajo regulado por el derecho laboral, Plá Rodríguez señala que este debe ser “libre”, en el sentido de voluntario, elegido por el propio trabajador, además de requerir las notas de subordinado, oneroso y realizado por cuenta ajena.²⁴⁷ “Queda excluido el trabajo forzoso o forzado o compulsivo —expresa el autor—, en que se impone al trabajador, sin contar en absoluto con su voluntad, la necesidad de trabajar, las condiciones del trabajo y el lugar donde hacerlo.”²⁴⁸

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 expresa enfáticamente en su art. 4 que “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

La OIT ha conceptualizado el trabajo forzoso como aquel que “se realiza de manera involuntaria y bajo amenaza de una pena cualquiera. Se refiere a situaciones en las cuales personas están forzadas a trabajar mediante el uso de violencia o intimidación, o por medios más sutiles como una deuda manipulada, retención de documentos de identidad o amenazas de denuncia a las autoridades de inmigración.”²⁴⁹

El CIT 29 brinda en su artículo primero una definición breve y comprensiva de un amplio espectro de situaciones: “La expresión **trabajo forzoso u obligatorio** designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

La definición contiene tres elementos básicos:

a) “Trabajo o servicio”: hace referencia a todo tipo de trabajo que tenga lugar en cualquier actividad, industria o sector, incluida la economía informal;

b) “Amenaza de una pena cualquiera” abarca una amplia gama de sanciones utilizadas para obligar a alguien a trabajar;

c) “Involuntariedad”: la expresión “se ofrece voluntariamente” se refiere al consentimiento otorgado libremente y con conocimiento de causa por un trabajador para empezar un trabajo y a su libertad para renunciar a su empleo en cualquier momento. No es el caso por ejemplo cuando un empleador o un reclutador hacen falsas promesas con el fin de inducir a un trabajador a aceptar un empleo que de otro modo no habría aceptado.”²⁵⁰

Seré, refiriéndose al trabajo forzoso, expresa que “no existiendo en nuestro derecho una teoría general del contrato de trabajo, le son de aplicación, *en principio*, las normas del Código Civil acerca de los requisitos esenciales para la validez de los contratos: capacidad, consentimiento, objeto y causa (Arts. 1261 y siguientes), así como los; criterios de interpretación sobre el nacimiento y extinción de las obligaciones. Concluye que desde el punto de vista jurídico, en nuestro derecho el trabajo forzoso es “cualquier trabajo realizado en forma compulsiva, prestado con un consentimiento viciado; debiendo además recordarse que nuestro país ratificó el CIT. No. 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso”.²⁵¹

247 * Por Juan Raso Delgue

PLÁ RODRÍGUEZ Américo, “Curso de Derecho Laboral”, T. 1, V. 1, p. 92.

248 *Idem*.

249 <https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang-es/index.htm>

250 *Idem*.

251 SERÉ, Jorge U., “Curso de Derecho Laboral”, Montevideo 2004, T.1, pp. 36 y 37.

La preocupación por el tema no ha cesado con la aprobación de los convenios internacionales, puesto que aparecen nuevas formas de trabajo forzoso, en el marco de lo que se ha denominado “esclavitud moderna” y vinculadas muchas veces con el problema de la trata de personas. Entre las actuales modalidades de trabajo forzoso, comprobamos la existencia de este en el sector rural, el trabajo doméstico, la construcción, la mendicidad forzada, la participación en actividades de manufactura vinculadas a las cadenas mundiales de suministro y finalmente la explotación sexual.

Es evidente que el trabajo forzoso está en las antípodas de la noción de trabajo decente, motivo por el cual “la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio” ha sido indicado a texto expreso en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, como uno de los compromisos que deben asumir los Estados, aun no habiendo ratificado los CIT 29 y 105.

Los datos estadísticos de la OIT indican que en el mundo existen por lo menos 24,9 millones de personas que trabajan en régimen de trabajo forzoso. Este número se divide según los continentes: 56 % en Asia-Pacífico, 18 % en África, 9 % en América Latina, 7 % en las economías desarrolladas y en Europa y un 3 % en Oriente Medio. El trabajo forzoso estaría generando 150.000 millones de dólares anuales en beneficios ilegales.²⁵²

De los 24,9 millones de personas atrapadas en el trabajo forzoso, 16 millones son explotadas en el sector privado, por ejemplo, en el trabajo doméstico, la industria de la construcción o la agricultura; 4,8 millones de personas son víctimas de la explotación sexual forzada; y 4 millones de personas se encuentran en situación de trabajo forzoso impuesto por el Estado.

Impactan los datos que vinculan género, trabajo forzoso y explotación sexual. El trabajo forzoso —concluye un Informe de la OIT— afecta en forma desproporcionada a las mujeres y niñas, que representan el 99 por ciento de las víctimas en la industria sexual comercial y el 58 % en otros sectores.²⁵³

2. La acción de la OIT con relación al trabajo forzoso

La preocupación de la OIT por la eliminación del trabajo forzoso a nivel global ha sido constante, y las principales expresiones de esta son los Convenios Internacionales N.º 29 “Sobre trabajo forzoso”, N.º 105 “Sobre eliminación del trabajo forzoso” y el protocolo complementario de 2014.

La importancia del tema ha sido puesta de manifiesto en la citada Declaración *relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de junio de 1998: entre los convenios —calificados como fundamentales y conocidos bajo el término de “normas fundamentales” en el trabajo—, se incluyen los Convenios 29 y 105 relativos al trabajo forzoso.

El art. 2 del CIT 29, luego de definir el trabajo forzoso en los términos apuntados en el numeral anterior, excluye del concepto diversas específicas situaciones:

- a) los trabajos o servicios relativos al servicio militar obligatorio y que tengan un carácter puramente militar;
- b) los trabajos o servicios que formen parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos;
- c) los trabajos o servicios exigidos en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
- d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros

²⁵²<https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang-es/index.htm>

²⁵³*Idem*.

o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos y, en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;

- e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de esta.

Por su parte el CIT 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957 es un “convenio breve”, que se aprobó con la intención de ampliar el alcance del CIT 29. El primer convenio refería básicamente a situaciones análogas a la esclavitud; el CIT 105 extiende el concepto a otras situaciones emparentadas con la esclavitud. En tal sentido su art. 1 expresa que los países ratificantes del convenio, se obligarán a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio:

- a) como medio de coerción o de educación política o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;
- b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;
- c) como medida de disciplina en el trabajo;
- d) como castigo por haber participado en huelgas;
- e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

Importa también destacar la aprobación el 11 de junio de 2014 del protocolo relativo al Convenio N.º 29 relativo al trabajo forzoso. El protocolo oficia como un agregado al convenio, por lo cual deberá ser ratificado también por aquellos Estados que ya ratificaron el CIT 29, que son 177. En la misma conferencia (N.º 103) se aprobó la Recomendación N.º 203, por lo cual los Estados miembros, mientras no ratifiquen el Protocolo, deberán seguir las directivas de la recomendación (sin diferencias en cuanto a que hayan ratificado o no el convenio)

El protocolo y la Recomendación N.º 203 expresan —con diverso grado de intensidad— que los Estados miembros deben promover políticas de prevención de situaciones posibles de trabajo forzoso. Entre estas medidas se señalan la promoción de la libertad sindical, programas de lucha contra la discriminación, iniciativas para luchar contra el trabajo infantil y promover las oportunidades educativas para los niños y las niñas. En esta línea los Estados deberán promover campañas de sensibilización específicas, programas de capacitación para grupos de población en situación de riesgo a fin de aumentar su empleabilidad, así como su capacidad y oportunidades de generar ingresos, la extensión efectiva de las tutelas laborales y de la seguridad social a todos los sectores de la economía, y que se cumpla de manera efectiva, políticas de empleo y migración que eviten situaciones de trabajo forzoso.

Además se establece que deberán dedicarse esfuerzos específicos para identificar y liberar a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, evitar la acción fraudulenta por parte de los reclutadores y las agencias de empleo, otorgar a las víctimas de trabajo forzoso protección adecuada en materia de alojamiento adecuado, salud, asistencia social y económica y el acceso de las niñas y los niños a la educación. Finalmente se establece que los Estados miembros deberían adoptar medidas para velar por que todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio tengan acceso a la justicia y a otras acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización por daños personales y materiales.

La preocupación de la OIT por la erradicación del trabajo forzoso se expresa también en otros convenios. Así, el CIT 95 (1949) sobre protección del salario, prohíbe en su art. 4 el pago total del salario en especie (por ejemplo, el caso de trabajo por “casa y comida”), el CIT 182 (1999), sobre las peores formas de trabajo infantil, indica entre estas —en su art. 3— “todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños,

la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados". El CIT 189 sobre trabajo doméstico (2011) reconoce en su art. 3 que los Estados miembros deberá asegurarse a los trabajadores domésticos la efectiva promoción y respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, entre los que se indica "la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio".

3. Uruguay: la ratificación de los Convenios Internacionales del Trabajo N.º 29 y 105 y la normativa nacional

Uruguay ha ratificado los Convenios Internacionales N.º 29 y 105, con la particularidad que el Convenio N.º 29 fue ratificado con posterioridad al N.º 105.

Como se ha expresado en otros capítulos, Uruguay, por Decreto-Ley N.º 8.950 de 05.04.1933, ratificó "en bloque" y sin especiales fundamentaciones los Convenios Internacionales del Trabajo del N.º 1 al 33, con solo tres excepciones: los Convenios N.º 28, 29 y 31. No existen elementos que permitan comprender la exclusión del CIT 29, aunque es imaginable que esta obedeció al hecho de que el país había ingresado en una época de dictadura militar, que quiso evitar que se considerara ilegal cualquier forma de "militarización del trabajo".

Concluida la dictadura, no existió una especial preocupación por la ratificación del CIT 29, cuya omisión quedó olvidada. Se habló siempre de la ratificación en bloque de los CIT 1 al 33, sin prestarse atención a los CIT que habían sido excluidos de aquella ratificación.

El Convenio N.º 105 sobre la abolición del trabajo forzoso (1957) fue ratificado por Ley N.º 13.657 de 16.05.1968, llenando el vacío jurídico existente a esa fecha. A su vez, el Convenio N.º 29 fue ratificado recién en el año 1994 por Ley 16.643 de 08.12.1994.

Además de la ratificación de los convenios y en la línea de las previsiones internacionales, el Código Penal uruguayo (de 1933) ha introducido recientemente por Ley N.º 19.643 de 20.07.2018 normas relativas al trabajo forzoso con sanciones que pueden llegar a ser muy severas, según indicamos a continuación:

Artículo 280. (Reducción de personas a la esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso).- El que redujere a una persona a esclavitud, a servidumbre bajo cualquier modalidad o a trabajo forzoso o a otra condición análoga, será castigado con pena de cuatro a dieciséis años de penitenciaría.

Artículo 280 bis. (Esclavitud sexual).- La pena prevista en el artículo anterior se agravará de un tercio a la mitad cuando se someta a una persona a esclavitud con el fin de que realice actos de naturaleza sexual.

Artículo 280 ter. (Unión matrimonial o concubinaria forzada o servil).- El que obligue a una persona mediante violencias, amenazas o con abuso de una situación de vulnerabilidad, a contraer matrimonio o a mantener un concubinato a cambio de un beneficio económico o de otro tipo, para sí o para un tercero, será castigado con dos a diez años de penitenciaría.

Quien, abusando de una situación de vulnerabilidad, establezca o mantenga una unión de naturaleza matrimonial, concubinaria, de noviazgo o análoga, con una adolescente, niña o niño como condición para que acceda a la vivienda, alimentos, vestimenta u otras necesidades básicas para la subsistencia, aun con su consentimiento, será castigado con dos a quince años de penitenciaría.

Artículo 280 quater. (Prostitución forzada).- Quien, con el fin de obtener un provecho económico o cualquier otra ventaja, mediante la fuerza, amenazas u otras formas de coacción o intimidación, haga que una o más personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual, será castigado con una pena de dos a diez años de penitenciaría.

Corresponde también señalar que la Ley N.º 18.250 de 06.01.2008 sobre "Migración" penaliza el tráfico y la trata de personas. Su art. 77 define y castiga el tráfico de personas, expresando: "Quien promoviere, gestionare o facilitare de manera ilegal el ingreso o egreso de personas al territorio nacional por los límites fronterizos de la República, con la finalidad de obtener un provecho para sí o para un tercero, será castigado con una pena de seis meses de prisión a

tres años de penitenciaría. Con la misma pena será castigada toda persona que en las mismas condiciones favoreciera la permanencia irregular de migrantes dentro del territorio uruguayo”.

Por su parte el art. 78 refiere a la “trata de personas”: “Quien de cualquier manera o por cualquier medio participare en el reclutamiento, transporte, transferencia, acogida o el recibo de personas para el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la explotación sexual, la remoción y extracción de órganos o cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad humana, será castigado con una pena de cuatro a dieciséis años de penitenciaría”.

El art. 81 considera agravantes especiales de los delitos descritos, con un incremento de un tercio a la mitad, las penas en ellos establecidos cuando medien las siguientes circunstancias:

- A) cuando se hubiere puesto en peligro la salud o la integridad física de los migrantes;
- B) cuando la víctima se trate de un niño o un adolescente, o el agente se haya prevalecido de la incapacidad física o intelectual de una persona mayor de dieciocho años;
- C) cuando el agente revista la calidad de funcionario policial o tenga a su cargo la seguridad, custodia o el control de las cuestiones relativas a la migración de personas;
- D) cuando el tráfico o la trata de personas se efectuara con violencia, intimidación o engaño o abusando de la inexperiencia de la víctima;
- E) cuando el agente hiciera de las actividades mencionadas en la presente ley su actividad habitual.

Debe de todos modos señalarse que, pese a la severidad de las normas, estas no siempre se aplican en todo su rigor. Se ha expresado que el sistema judicial suele condenar a los culpables de tales actos con base en otras leyes que prevén sentencias más leves.²⁵⁴

4. La política pública nacional en materia de trabajo forzoso

Las formas de trabajo forzoso en Uruguay tienen que ver fundamentalmente con tres situaciones específicas: a) el trabajo en la agricultura, a partir de la introducción ilegal de trabajadores extranjeros, que terminan siendo obligados a trabajar en la pesca o en la agricultura; b) la trata de la persona, siendo que la mayoría de las víctimas son mujeres y niñas traficadas con fines de explotación sexual comercial; c) trabajo infantil no remunerado.

En esta línea, agregamos que también en Uruguay —como en otros países— tiene lugar el tráfico de personas con fines de explotación sexual, donde la mayoría son mujeres y niñas.²⁵⁵ Lo cual indica que estamos ante una expresión de violencia de género, vinculada a una forma dolorosamente difusa de esclavitud moderna.

De todos modos corresponde señalar que el país reconoce el problema y considera una prioridad de sus políticas sociales la detección, control y eliminación de toda forma de trabajo forzoso. A fines de 2018 el Gobierno presentó el lanzamiento del proyecto Fortalecimiento de las Capacidades de Detección e Investigación de la Esclavitud Moderna, coordinado entre los ministerios del Interior y Relaciones Exteriores, la Organización Internacional para las Migraciones y el Gobierno británico.²⁵⁶

Siendo que Uruguay es considerado un país de origen, tránsito y destino de trata de territorio nacional²⁵⁷, desde la Dirección de Políticas de Género del Ministerio del Interior, se ha promovido un plan de capacitación de los funcionarios en este tema. “En todo tipo de delitos, sea quien sea que dirige la investigación, tiene que contar con una policía capacitada y sensibilizada en el tema [...] En las políticas públicas, una de las columnas vertebrales es la prevención, entonces cómo prevenimos si no detectamos, si no sabemos identificar el problema para luego poder

²⁵⁴Informe de la Confederación Sindical Internacional (CSI), “Normas Fundamentales del Trabajo Internacionalmente reconocidas en Uruguay”, Ginebra, 25-27 de abril de 2012.

²⁵⁵Informe CSI citado.

²⁵⁶<https://www.minterior.gub.uy/index.php/unicom/noticias/6225-deteccion-e-investigacion-de-la-esclavitud-moderna>.

²⁵⁷<https://www.minterior.gub.uy/index.php/unicom/noticias/6225-deteccion-e-investigacion-de-la-esclavitud-moderna>.

realizar una buena investigación”, expresa la Directora de Políticas de Género del Ministerio del Interior.²⁵⁸

La información publicada por este ministerio da cuenta que “cuando hablamos de esclavitud, pensamos en que es algo que forma parte del pasado, pero la esclavitud no terminó, sino que evolucionó y es lo que se conoce hoy como esclavitud moderna. Se considera esclavitud moderna la trata de personas de personas con distintos fines de explotación sexual y laboral, servidumbre forzada o por deudas y los matrimonios obligados. Este problema afecta a unos 45 millones de personas en el mundo. Este delito internacional de lesa humanidad, que priva a los seres humanos de sus derechos, afecta principalmente a niñas, niños, adolescentes y mujeres, sin importar su edad, condición socio económica, raza o etnia, género, identidad de género, por presentar alguna discapacidad, entre otros factores”.²⁵⁹

5. Expresiones del trabajo forzoso en Uruguay

Pese a las dificultades que subsisten para detectar los *espacios* donde existe trabajo forzoso, es posible señalar cuáles son las principales concentraciones de trabajo forzoso en el país.

5.1. Trabajo forzoso y migraciones

Si bien el trabajo forzoso no debe vincularse necesariamente a la migración, existe una conexión directa entre los dos fenómenos. La realidad demuestra que existen franjas de trabajadores migrantes que son captadas por empresarios inescrupulosos que las destinan a trabajos obligatorios no retribuidos. Contribuyen a ello la vulnerabilidad del trabajador migrante y su miedo a la deportación, especialmente en el caso que no dispongan de documentos válidos para trabajar en el país de residencia.

Díaz Peralta y Sánchez Domínguez señalan algunas características que refieren al trabajo forzoso (y obviamente también a la trata de personas) en la región y eventualmente aplicables a Uruguay. En todo caso —afirman— estamos ante la dimensión de una “contratación no libre”. Y los indicadores de esta modalidad de contratación son:

- ser contratados fraudulentamente o bajo coacción;
- estar obligados a trabajar horas extras no retribuidas;
- verse inducidos a endeudarse en exceso;
- amenazar con denuncias ante las autoridades;
- violencia física;
- retención de la remuneración y/o de la documentación;
- verse obligados a permanecer más tiempo del acordado mientras se espera el pago de remuneración pendiente;
- no tener la libertad de renunciar según los requisitos legales.²⁶⁰

5.2. Trabajo forzoso y doméstico

Si bien Uruguay ha promovido una política importante para la formalización y tuteladas del trabajo doméstico, siguen existiendo enclaves de esta expresión de trabajo en el sector rural y en espacios de informalidad aun no alcanzados por los programas de formalización.

258 Declaraciones de ZABALETA, July, directora de Políticas de Género del Ministerio del Interior, Montevideo, 13 de noviembre de 2018, en página web citada.

259 *Idem*.

260 DÍAZ PERALTA, Ariadna y SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, Jessica, “El trabajo forzoso y las cifras sobre el trabajo forzoso”, ponencia presentada en las *xxiii* Jornadas Iberoamericanas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima (Perú), 2015.

También existen formas de colaboración doméstica adentro del hogar, en el que se asigna a las mujeres por parte de familiares —y muchas veces bajo amenaza de violencia— tareas del hogar no retribuidas.

Pero también importa señalar que ha existido en el país una gran acción de formalización del trabajo doméstico, al que se reconocen a partir de la Ley N.º 18.065 de 27.11.2006 los mismos derechos que a los demás trabajadores. Como se señala en el capítulo respectivo, nuestro país fue además el primero en ratificar el CIT 189 que amplía la promoción de los derechos humanos para los trabajadores domésticos, procurando la abolición de todo tipo de trabajo forzoso u obligatorio con relación a esta labor.

5.3. Trabajo forzoso y explotación sexual

Otro enclave de trabajo forzoso es el que se vincula con la explotación sexual y la trata de personas, flagelo al que también nos referimos al tratar la cuestión del trabajo infantil.

El trabajo sexual forzoso puede tener su origen en el propio país —y muchas veces estar vinculado a la explotación por parte de los propios familiares de la víctima— o responder a fenómenos de trata de personas vinculados con la criminalidad organizada en el continente. En este último caso, el país puede ser *país de origen*, en la medida que mujeres uruguayas son obligadas a ejercer la prostitución en España, Italia, Argentina y Brasil, o país de tránsito y destino (prostitución dominicana que ejerce el oficio en el país).

El Gobierno, como ya ha sido expresado en el numeral 4 de este trabajo, está realizando esfuerzo a nivel nacional e internacional con el objetivo de detectar y perseguir los canales de tránsito de las personas sometidas a trabajo forzoso y explotación sexual, aunque aun es necesario profundizar las políticas de prevención y represión.

6. Conclusiones: las necesarias respuestas sociales

Pese a que en Uruguay se han aprobado normas nacionales y ratificados convenios internacionales que muestran una especial atención sobre el tema del trabajo forzoso, es posible comprobar —como en otras partes del continente y del mundo— el choque entre la excesiva valoración del formalismo jurídico y las realidades que se pretende regular.

Ello acontece en especial modo con el tema del trabajo forzoso, donde —como hemos visto— existe una importante legislación, que desde el punto de vista formal permitiría abrigar mucha confianza en las tutelas necesarias para su erradicación, pero que tiene dificultades en su implementación a causa de situaciones generadas por las migraciones ilegales —y aun legales—, la pobreza, la informalidad, la discriminación, en definitiva la vulnerabilidad de las personas, y en especial de las mujeres.

Evidentemente las normas no son suficientes y es necesaria la acción mancomunada del Gobierno y los actores sociales para construir una cultura de rechazo al trabajo forzoso. Concentrar el debate en torno a normas formales (sin reparar en que puedan cumplirse o no), posterga muchas veces el examen de otros aspectos vinculados a la *dimensión social* del trabajo forzoso

Desde el Estado, es necesario promover políticas públicas que permitan un mayor control sobre el cumplimiento de las normas laborales con especial referencia a los *bolsones* de trabajo forzoso, que se detectan no solo en el sector rural y en la informalidad, sino también en los servicios. En efecto entendemos que cuando no se retribuye al trabajador por su trabajo que excede la limitación de la jornada, se está de hecho en presencia de *horas* de trabajo forzoso, por no ser estas retribuidas. Lo mismo acontece con situaciones *naturalizadas* en la experiencia rural, vinculadas en especial al trabajo infantil. Finalmente se reclama desde diversos sectores de la ciudadanía una acción más enérgica en la prevención y represión del tráfico de personas

vinculado con la explotación sexual. En efecto, existe una conexión firme entre trabajo forzoso, organizaciones criminales de trata de personas y migraciones.

Desde la empresa, es necesario promover planes de Responsabilidad Social (RSE), que promuevan la eliminación del trabajo forzoso no solo con sus dependientes directos, sino también con relación a los dependientes de las empresas tercerizadas. En esta línea debe ponerse especial atención en los procesos de producción nacional integrados a las llamadas cadenas de suministro (CMS), es decir aquellos procesos productivo en el contexto de la economía global, que implican una nueva vuelta de tuerca en las prácticas de las grandes empresas transnacionales: la fragmentación de la producción a nivel mundial como expresión de una nueva *cadena de montaje* que atraviesa las geografías territoriales. El trabajo forzoso (muchas veces de extranjeros o de personas que viven por debajo de la línea de pobreza) puede ser una de las vías que empleen los proveedores de las CMS para abaratar costos. Por tal motivo se vuelve necesario impulsar políticas empresariales que eviten estas explotaciones periféricas en las cadenas de producción. Entre las estrategias que pueden promover unilateralmente las empresas dominantes en la CMS están las certificaciones internacionales y/o etiquetado social, que comuniquen a los consumidores —a través de sellos aplicados a sus productos— que dichas empresas cumplen con sus obligaciones laborales y sociales, no haciendo uso de trabajo forzoso.

Desde las organizaciones sindicales debe promoverse una solidaridad inclusiva de trabajadores informales y migrantes, promoviendo necesarios vínculos a nivel continental a través de alianzas supranacionales con sindicatos de otros países, con la finalidad de garantizar derechos mínimos en áreas regionales y evitar el efecto dumping, que es otra de las consecuencias gravosas del trabajo forzoso en las relaciones laborales nacionales.

Desde la sociedad civil es necesario apoyar posiciones proactivas de los consumidores, promoviendo iniciativas para boicotear aquellos productos que se elaboran con posible trabajo forzoso. Las acciones directas de la sociedad civil y en especial de los consumidores requieren un alto sentido de consenso social, para el cual es necesario estimular planes de concientización a nivel nacional. Como expresa el Informe IV de la OIT sobre cadenas mundiales de suministro, “muchas iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación surgieron para responder a las preocupaciones planteadas por los sindicatos y la sociedad civil, y son más comunes en sectores en los que la imagen internacional de la marca es más sensible a las presiones de sindicatos, consumidores y organizaciones no gubernamentales”.²⁶¹

En definitiva no hay que perder de vista que el trabajo forzoso no solo afecta a las víctimas, sino que sus consecuencias se extienden a toda nuestra sociedad. Solo la corresponsabilidad de Estado, actores sociales y ciudadanía podrá poner fin a este flagelo.

261 Oficina Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Informe IV – “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra 2016, num. 135.

CAPÍTULO VII. TRABAJO INFANTIL y EDAD MÍNIMA

URUGUAY Y LA APLICACIÓN DE LOS Convenios Internacionales del Trabajo N.º 138 y 182 *

1. Introducción

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada en 1998, compromete a los Estados miembros —hayan o no ratificado los convenios pertinentes— a respetar y promover los referidos principios y derechos, que dividen en cuatro categorías: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, b) la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, c) la abolición del trabajo infantil y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Al referirnos al trabajo infantil y de menores estamos por lo tanto ingresando en un espacio jurídico particularmente relevante en que están en juego principios y derechos humanos de fundamental importancia.

Los datos relevados por la OIT son escalofriantes. Se estima que el número de niños entre cinco y diecisiete años que participan en alguna actividad laboral es de 218 millones; entre ellos 152 millones son víctimas de la explotación laboral (la mitad de ellos tienen entre 5 y 11 años) de los cuales 73 millones están empleados en trabajos particularmente peligrosos o no saludables ("*hazardous work*") de conformidad con la expresión del Convenio N.º 182. De esos 152 millones explotados, 88 millones son niños, 66 millones son niñas: las situaciones de explotación del trabajo infantil se concentran principalmente en el sector de la agricultura (71 %), mientras que el 17 % trabaja en servicios y el 12 % en el sector industrial (incluida la minería).²⁶²

En un mundo global, los problemas laborales son transversales a todos los países, y Uruguay no escapa a esta premisa: si bien a nivel normativo existe una adhesión importante a las normas internacionales que tutelan el trabajo infantil y se promueven políticas públicas relativas a la protección del trabajo de niños y niñas, la realidad muestra que —como acontece en otras partes del mundo— no solo sigue existiendo trabajo infantil, sino que tampoco escapamos a formas ligadas a las peores formas del trabajo de niñas y niños, como es el caso de la explotación sexual.

A partir de esta premisa, nos referiremos en primer lugar a las normas internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, luego a la regulación nacional, para concluir con los desafíos que aun enfrenta el país para una abolición efectiva del trabajo de los menores con especial referencia a la cuestión de la explotación sexual.

2. La acción de la OIT y los convenios internacionales del trabajo

Más allá de la Declaración de la OIT del año 1998, la acción de la organización con relación al trabajo infantil se ha materializado en diversos convenios internacionales y recomendaciones aprobados desde su creación. Pero también la OIT ha promovido proyectos de cooperación técnica e interacción con los interlocutores sociales involucrados en las acciones de prevención. Estas acciones no han sido inútiles, puesto que, como señala Nunin, "Los datos de la OIT

²⁶² * Por Juan Raso Delgue.

Datos recogidos por NUNIN, Roberta, "La OIT ante el trabajo infantil y la economía informal" en AA. VV., OIT 100 años: Una visión de sus principios fundamentales desde el Siglo XXI (Coordinadores NAHAS, Thereza y FITA ORTEGA Fernando), Pamplona (España), 2018, p. 313 y 314. La autora cita el trabajo de la OIT "Global Estimates of Child Labour: Results and Trends - 2001-2016", Ginebra 2017.

muestran que en el período de 16 años que comenzó en 2000, se apreció una reducción neta de 94 millones de niños en el trabajo infantil; la cantidad de niños en trabajos peligrosos se redujo en más de la mitad en el mismo período. Había casi 134 millones menos de niños en 2016 en comparación al 2000; números que ciertamente confortan —agrega la autora—, pero todavía hay un trabajo inmenso para hacer”.²⁶³

La OIT, desde sus comienzos, focalizó su atención en normas (convenios y recomendación) sobre el trabajo de los menores y a lo largo de sus 100 años de vida, es posible recordar los siguientes convenios internacionales del trabajo:

- Convenio N.º 5 sobre la edad mínima (industria), 1919;
- Convenio N.º 6 sobre trabajo nocturno de los menores en la industria, 1919;
- Convenio N.º 7 sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920;
- Convenio N.º 10 sobre el mínimo de edad de admisión de los niños en los trabajos agrícolas, 1921;
- Convenio N.º 15 sobre el mínimo de edad de admisión de los jóvenes para el trabajo en calidad de pañoleros o fogoneros, 1921;
- Convenio N.º 33 sobre la edad de admisión de los niños a los trabajos no industriales, 1932;
- Convenio N.º 58 sobre la edad mínima de los niños al trabajo marítimo, 1936;
- Convenio N.º 59 sobre la edad de admisión de los niños en los trabajos industriales, 1937;
- Convenio N.º 60 sobre la edad de admisión de los niños en los trabajos no industriales, 1937;
- Convenio N.º 112 sobre la edad mínima de los pescadores, 1959;
- Convenio N.º 123 sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965.

En 1973 la organización —en línea con la idea de “adoptar un instrumento general sobre el tema que reemplace gradualmente a los actuales instrumentos, aplicables a sectores económicos limitados, con miras a lograr la total abolición del trabajo de los niños”— aprobó el Convenio N.º 138, que nuestro país ratificó con Decreto Ley N.º 14.567 de 30.08.1976.

El art. 1 del convenio expresa que todo miembro que ratifique el documento “se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores”.

Por su parte el artículo 2 indica que la edad mínima para el trabajo no debe ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a quince años. En aquellos países “cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas” determinarse una edad mínima de catorce años. La norma en su primer inciso expresa que los países ratificantes deberían especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio. En el caso de Uruguay se especificó la edad de 15 años.

En 1999 la OIT aprobó el Convenio 182, que ocupa la categoría de los “convenios fundamentales” y que Uruguay ratificara por Ley N.º 17.298 de 15.03.2001.

En el preámbulo del instrumento internacional se invoca “la necesidad de adoptar nuevos instrumentos para la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, principal prioridad de la acción nacional e internacional, incluidas la cooperación y la asistencia internacionales, como complemento del Convenio y la Recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973, que siguen siendo instrumentos fundamentales sobre el trabajo infantil”.

La ratificación del convenio obliga a los Estados a adoptar “medidas inmediatas y eficaces”

²⁶³NUNIN, Roberta, ob. cit., p. 314 y 315.

para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil”, definiendo el término “niño” como toda persona menor de 18 años.

El convenio enumera en el art. 3 las que considera “peores formas de trabajo infantil”:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

El convenio encomienda a las legislaciones nacionales determinar los trabajos indicados en el art. 3, en consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores.

Otras responsabilidades de los Estados serán las de localizar y controlar periódicamente los lugares donde se practican dichas modalidades de trabajo, así como elaborar y poner en práctica programas de acción para eliminar, como medida prioritaria, las peores formas de trabajo infantil.

3. Las normas nacionales sobre trabajo de menores

También en el caso del trabajo de menores, la normativa de fuente nacional se conecta con la reglas de fuente internacional, en particular los Convenios Internacionales del Trabajo N.º 138 y 182.

En primer término corresponde señalar la Constitución uruguaya, que en su art. 54, segundo inciso, expresa: “El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado”.

El mandato constitucional —con relación a los menores— se cumple con la aprobación de la Ley N.º 17.823, de 07.09.2004, que sancionó el Código de la Niñez y Adolescencia (derogando la Ley N.º 9.342 de 1934 que aprobó el Código del Niño) y la ratificación de los convenios internacionales, cuyas normas ya hemos comentado.

El Cap. XII del Código de la Niñez y Adolescencia regula el trabajo de los “adolescentes”, indicando que se ajustará “a las normas de este Código, leyes especiales, tratados, convenciones y convenios internacionales ratificados por el país”.

Con referencia a la edad de admisión al trabajo, el art. 162 expresa que se fija en quince años en empleos públicos o privados, en todos los sectores de la actividad económica, salvo las excepciones especialmente establecidas y aquellas que, teniendo en cuenta el interés superior del niño o adolescente, conceda el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU), que es la entidad reguladora del sistema.

El art. 163 define la “obligación de protección” del Estado, que está obligado a tutelarlos contra toda forma de explotación económica y contra el desempeño de cualquier tipo de trabajo peligroso, nocivo para su salud o para su desarrollo físico, espiritual, moral o social. A ello se agrega la prohibición de trabajar en actividades que no permitan al menor gozar de bienestar en compañía de su familia o responsables o entorpezca su formación educativa.

El Código encomienda al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) la confección de un listado de tareas a incluir dentro de la categoría de trabajo peligroso o nocivo para la salud o para su desarrollo físico, espiritual o moral, los que estarán terminantemente prohibidos, cualquiera fuere la edad del que pretenda trabajar o ya se encuentre en relación de

trabajo. Asimismo, el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) ante la presunción de la existencia de condiciones de trabajo peligrosas o nocivas para la salud o el desarrollo físico, espiritual o moral de los adolescentes solicitará la intervención de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la que se pronunciará, en un plazo no mayor a los veinte días corridos, sobre el carácter peligroso o nocivo de la actividad (art. 164).

También se encomienda al Estado la promoción de programas de apoyo integral para desalentar y eliminar paulatinamente el trabajo de niños y adolescentes, indicando que la sociedad civil deberá prestar su concurso en las campañas preventivas, educativas e informativas que se desarrollen a fin de asegurar el bienestar del niño y adolescente (art. 166).

Los adolescentes deberán contar con carné de habilitación para trabajar, tramitado gratuitamente ante el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay, en el que deberá constar, además de los datos de identificación, el consentimiento para trabajar del adolescente y sus responsables, la constancia del examen médico, en el que se declare que se encuentra apto para el trabajo y la constancia de haber completado el ciclo de enseñanza obligatoria o el nivel alcanzado (art. 167).

El mismo Código establece reglas generales con relación a la jornada de trabajo y descanso semanal, expresando que los adolescentes mayores de quince años no podrán trabajar más de seis horas diarias, equivalentes a treinta y seis horas semanales, y deberán disfrutar de un día de descanso semanal, preferentemente en día domingo. El Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay podrá excepcionalmente autorizar a los adolescentes entre dieciséis y dieciocho años a trabajar ocho horas diarias, correspondiéndoles, en ese caso, dos días continuos de descanso, preferentemente uno de ellos en día domingo, por cada cinco días de trabajo, previa evaluación técnica individual, estudio del lugar y puesto de trabajo, teniendo en cuenta el interés superior del niño o adolescente (art. 169).

También se regula el descanso intermedio y entre jornadas: el primero tendrá una duración de entre media hora y tres horas, y deberá ser gozado en la mitad de la jornada. Cuando el descanso sea de media hora, tendrá carácter remunerado. El descanso "entre jornadas" deberá tener una extensión mínima de doce horas (art. 170).

El Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) podrá asimismo otorgar permisos con carácter excepcional a adolescentes mayores de quince años para desempeñarse en horarios especiales, durante periodos zafrales o estacionales, siempre que la actividad no interfiera con el ciclo educativo y que las condiciones de trabajo no sean nocivas o peligrosas. El período de excepción podrá ser de hasta un máximo de tres meses (art. 171).

También reconoce el Código la prohibición del trabajo nocturno, disponiendo que los adolescentes no podrán ser empleados ni trabajar en horario nocturno, entendiéndose por tal el período comprendido entre las veintidós y las seis horas del día siguiente. No obstante, el Instituto podrá autorizarlo excepcionalmente, teniendo en cuenta su interés superior (art. 172).

Con relación al control de las normas, el Código prevé una doble fiscalización a cargo del propio INAU y de la Inspección del Ministerio de Trabajo: el primero tendrá autoridad y responsabilidad en la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones específicas en materia de sus competencias respecto al trabajo de los menores de dieciocho años y sancionar la infracción a estas, mientras que al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social corresponderá el contralor general del cumplimiento de las normas laborales. Las empresas o particulares que incumplan las obligaciones en la materia serán sancionados con multas de importancia, que en caso de reincidencia podrán duplicarse (art. 173).

La remuneración está regulada por el art. 178 del Código, que habla del "peculio profesional o industrial": este es el salario, al que tendrá derecho el adolescente que trabaje. Él recibirá directamente dicha retribución, sobre la cual tendrá plena administración y se ajustará a lo dispuesto por las leyes, decretos, laudos o convenios colectivos de la actividad correspondiente.

Finalmente se estatuye sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales protagonizados por el menor. El art. 180 expresa que “en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales de un adolescente trabajador, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) investigarán las causas del mismo de acuerdo con las competencias específicas de cada organismo. Asimismo se verificará la realización de tareas prohibidas o el hecho de encontrarse el menor de edad en sitio en el que esté prohibida su presencia, en cuyo caso se considerará culpa grave del empleador, con las consecuencias previstas por el artículo 7° de la Ley N.° 16.074, de 10 de octubre de 1989 (*posibilidad de reclamar al mismo daños y perjuicios además de las prestaciones asegurativas*). El empleador solo podrá eximirse de esta responsabilidad si prueba fehacientemente que el joven se encontraba circunstancialmente en el lugar y sin conocimiento de la persona habilitada para permitirle el acceso”.

Debe también recordarse la aprobación de la Ley N.° 18.065 de 27.11.2006, que regula el trabajo en el servicio doméstico, cuyo art. 11 expresa: “(Capacidad para contratar). La edad mínima para desempeñarse como trabajador/a de servicio doméstico se establece en dieciocho años. Sin perjuicio de ello el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay podrá, cuando medien razones fundadas, autorizarlo/a a partir de los quince años de edad”.

Corresponde recordar la Declaración Sociolaboral del Mercosur en la redacción dada en el 2015, cuyo art. 9 —bajo el *nomen juris* de “Prevención y erradicación del trabajo infantil y de la vida al trabajador adolescente”— expresa los siguientes preceptos:

1. La edad mínima de admisión al trabajo será la establecida en las legislaciones nacionales de los Estados Partes, pudiendo ser inferior a aquella en que cesa la escolaridad obligatoria.
2. Los Estados Partes se comprometen a la erradicación del trabajo infantil y a la elevación progresiva de la edad mínima para el ejercicio de actividad laboral.
3. La legislación procurará el pleno desarrollo físico, intelectual, profesional y moral del adolescente.
4. La jornada de trabajo de los adolescentes estará limitada y no admitirá ni la extensión mediante la realización de horas extras, ni el trabajo nocturno.
5. Las legislaciones impedirán que los adolescentes ejecuten trabajos que, por su naturaleza o circunstancias, sean susceptibles de perjudicar la salud, la seguridad y la moral.

Aunque la Declaración no tiene un efecto coactivo, implica un reconocimiento que asumen los Estados miembros con relación a su responsabilidad en las políticas nacionales y en la elaboración y cumplimiento de la legislación relativa a los menores de edad y en general a la cuestión del trabajo infantil.

4. El trabajo infantil y de menores en el Uruguay: causas y perspectivas

En línea con lo que ha acontecido a nivel global, en Uruguay se ha avanzado en la lucha contra el trabajo infantil y en las políticas de control de la minoridad. Aun así, siguen existiendo áreas en las que es necesario profundizar las acciones públicas y privadas en la materia.

Rivero expresa que existen diversas concausas generadoras de trabajo infantil. Entre ellas, los temas vinculados a la educación al trabajo (inaccesible o de baja calidad), la pobreza, las características familiares, los patrones culturales, etc.: estos “por sí solos no son determinantes del trabajo infantil, sino que cada uno de estos mixturados entre sí y con otros elementos dan cabida al fenómeno”.²⁶⁴

Para muchos adolescentes la fractura en el recorrido entre la educación, la formación y el empleo se produce en temprana edad, coincidiendo con el pasaje de la enseñanza primaria a la secundaria. En Uruguay —país comparativamente con un alto nivel educativo— la tasa de asistencia de escolares a 4.° y 5.° año de escuela es del 86 %, pero a partir del primer año de

²⁶⁴RIVERO, Alejandra, “Aportes teóricos hacia la visibilización del trabajo infantil en Uruguay”. Tesis inédita, Montevideo, 2012.

enseñanza media se produce una inflexión, que se va incrementando a medida que avanza la edad. Así el 13 % de los jóvenes que terminan el ciclo primario no culminan el primer año de la enseñanza media, aumentando el porcentaje en los años siguientes hasta alcanzar el 17,5 %. Como expresa Cabella: “La educación determina cada vez más las posibilidades de acceso a mejores puestos de trabajo y, por tanto a mejores ingresos. La persistencia de desigualdades educativas entre diferentes grupos de población es un mecanismo determinante en la reproducción de las desigualdades sociales”.²⁶⁵ La exclusión por parte del sistema educativo se proyecta inexorablemente a la exclusión del mercado de trabajo formal. “Educación, formación y empleo —indica Lasida— encierran a los jóvenes pobres en un círculo reproductor de pobreza: no logran trabajos dignos porque no tienen formación y no se forman porque están urgidos por obtener ingresos”.²⁶⁶ A la segmentación social propia del nivel de ingresos de sus familias, se agrega la segmentación del mercado laboral y las segmentaciones culturales, que producen un círculo vicioso que expresa que si los padres y los abuelos de esos jóvenes no se desempeñaron en el mercado de trabajo formal, tampoco sus nietos e hijos lo lograrán.²⁶⁷

Uruguay, luego de la ratificación de los CIT 138 y 182, instituyó en el año 2000 el Comité Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CETI), integrado por el Ministerio de Trabajo (MTSS) —que lo preside—, el Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay (INAU) —que ejerce la secretaría técnica—, los ministerios de Educación, del Interior, de Salud Pública y de Desarrollo Social, la organización sindical de cúpula PIT-CNT, las cámaras de Comercio y de Industria y organizaciones sociales (ONG, redes de infancia). El cometido del CETI es establecer lineamientos en la materia, pero hasta el presente han sido escasos los resultados de su acción, en virtud de carecer de una base presupuestal suficiente.

El país en 2006 asumió el compromiso, a través de la participación en la Agenda Hemisférica 2006-2015, de erradicar las peores formas de trabajo infantil en 2015 y abolirlo por completo en 2020.

Corresponde indicar que las peores formas de trabajo infantil en Uruguay están vinculadas a la forestación y en general en el sector agrícola (donde se concentra el 69 % del trabajo infantil), a la construcción y —hoy— se comprueba en lugares turísticos trabajos vinculados a la prostitución.

Datos referidos al año 2017 dan cuenta de que el INAU registró 32 denuncias por trabajo infantil en Uruguay (en 2016 habían sido 55), mientras que emitió 2.619 permisos laborales a adolescentes, de los cuales el 57 % fueron para tareas en el interior del país, generalmente vinculadas al sector rural. En Montevideo continúan predominando las solicitudes para actividades de comercio y servicios como el sector gastronómico, tareas de atención al público, cadetería, limpieza y ayudante de cocina.

De las 32 denuncias, 10 estuvieron referidas a trabajo infantil y 22 a adolescentes presuntamente trabajando en condiciones irregulares. Todos los casos fueron tratados por el Departamento de Inspección Nacional del Trabajo Infantil y Adolescente de INAU. Las denuncias pueden hacerse de forma anónima a través de la “línea azul” (0800 5050), servicio mediante el cual INAU orienta y recepciona cualquier tipo de maltrato como físico, psicológico y abuso sexual, así como cualquier forma de vulneración de derechos hacia niños, niñas y adolescentes.

En la lista de trabajos prohibidos a los menores se ubican trabajos como la clasificación de residuos, aquellos relacionados a la pesca, los que expongan su imagen e identidad y todos aquellos que pongan en riesgo su seguridad.²⁶⁸

Si bien las denuncias son pocas reportadas al período anual, debe señalarse que existen causas diversas que no las favorecen. Entre ellas, señalamos: a) la naturalización del trabajo

265 CABELLA, Wanda, “Panorama de la infancia y la adolescencia en la población afrouruguaya”, PNUD, *Proyecto Población afrodescendiente y Desigualdades étnico-raciales en el Uruguay*, Montevideo, 2008, pp. 103 y ss.

266 LASIDA, Javier, “El trabajo dentro la formación y la formación como parte del trabajo. Aportes y desafíos a partir de Projovent y otras experiencias uruguayas”, en *La inclusión laboral de los jóvenes*, OIT-Cinterfor, Montevideo, 2005, p. 96.

267 *Idem*.

268 SUBRAYADO CANAL 10, información del 12.6.2018.

infantil, que no siempre es percibido como un daño a la formación y crecimiento del menor; b) el temor que la denuncia tenga como efecto que el niño deje de trabajar para pasar a obrar en la delincuencia organizada; c) una cultura del “no te metas”, que no favorece la denuncia pública del fenómeno.

El operador social Bonetti destaca que en Uruguay se han realizado tres estudios que buscaron estimar la incidencia del trabajo infantil. El último es de 2010 y en él se estima que 91.790 niños, niñas y adolescentes se encuentran en situación de trabajo infantil, incluyendo el trabajo desarrollado por niños, niñas y adolescentes dentro del hogar (INE/OIT).²⁶⁹

“Los estudios sobre opinión pública —expresa el autor— prestan especial importancia a los valores y las creencias porque estas pueden ofrecer información sobre la predisposición de las personas a la acción. En nuestra sociedad aun predomina la idea de que las generaciones más jóvenes tienen una aversión al esfuerzo y por lo tanto al trabajo. No es lo mismo creer que un adolescente no estudia porque no tiene ganas, que constatar que no lo hace porque dedica muchas horas al cuidado de sus hermanos o tiene que cuidar su casa. Sabemos que el sostenimiento educativo es un factor que garantiza el retraso del ingreso al mundo del trabajo. Sabemos que cuanto antes ingresan al mundo del trabajo lo hacen en peores condiciones”.²⁷⁰

“Las organizaciones de infancia y adolescencia —agrega— contamos con información valiosa. Observamos como diariamente un número significativo de ellos asumen responsabilidades que los exceden, para contribuir con la dinámica familiar, ejerciendo un rol de cuidado o buscando sobrevivir en la más absoluta soledad. Pero un niño nunca está solo. Simplemente se generaron las buenas condiciones para la discrecionalidad o la explotación.” Para ello, concluye, son necesarias políticas públicas que impliquen decisiones, acciones y coherencia para resolver un problema políticamente definido y sobre el que es necesario además actualizar la información disponible.²⁷¹

5. La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes

En Uruguay, como en otros países de América Latina, uno de los problemas más importantes en la materia está vinculado a una de las formas más aberrante del *trabajo* infantil: la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes.

5.1 La normativa

La normativa nacional ha establecido reglas para contener y sancionar el fenómeno:

Ley N.º 17.815 de 06/09/2004 legisla penalmente sobre la “Violencia sexual comercial o no comercial cometida contra niños, adolescentes o personas incapaces”. En su art. 3 se tipifican el delito de facilitamiento de la comercialización y difusión de material pornográfico con la imagen u otra representación de una o más personas menores de edad o incapaces. En el art. 4 se crea el delito de retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales o eróticos de cualquier tipo, mientras que el art. 5 pena la “Contribución a la explotación sexual de personas menores de edad o incapaces”. Finalmente el art. 6 tipifica el delito de tráfico de personas menores de edad o incapaces. En el caso previsto por el art. 3 la pena es de seis meses a dos años de penitenciaría, mientras que en todos los demás casos oscila entre los dos y doce meses de penitenciaría.

Ley N.º 17.823 de 07/09/2004 aprueba —como ya expresáramos— el “Código de la Niñez y la Adolescencia”: la nueva norma funda sus principios en la Convención sobre los Derechos del Niño, y —entre otras reglas— establece la obligación del Estado de proteger a los

²⁶⁹ BONETTI, Emilio, Coordinador de la institución de protección a la infancia Gurises Unidos, “Trabajo infantil en Uruguay: Algunas reflexiones desde la sociedad civil”, Montevideo, 30.06.2017.

²⁷⁰ *Idem.*

²⁷¹ *Idem.*

niños y adolescentes respecto de toda forma de “abandono, abuso sexual o explotación de la prostitución” (Artículo 15 inciso A).

Ley 18.250 de 06/01/2008 - Ley de migración - establece los delitos de tráfico y trata de personas, definiendo las penas y agravantes.

Ley 18.914 de 22/06/2012 sobre Lavado de activos: establece que los delitos vinculados a la explotación sexual comercial son competencia de la justicia penal ordinaria, salvo que sean cometidos por un grupo criminal organizado de tres o más personas y tal cual se define en la Ley N.º 18.362, en cuyo caso pasan a la órbita de los Juzgados de Crimen Organizado.

Decreto 398 de 13/12/2013 establece la obligación de los prestadores de servicios turísticos a colaborar con la prevención de la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes en la actividad turística.

Ley 19.580 de 22/12/ 2018 sobre violencia de género: luego de definir la violencia sexual como toda acción que vulnere el derecho de una mujer a decidir voluntariamente sobre su vida sexual, sin el uso de amenazas, coerción, uso de la fuerza, etc., expresa que “también es violencia sexual la implicación de niñas, niños y adolescentes en actividades sexuales con un adulto o con cualquier otra persona que se encuentre en situación de ventaja frente a aquellos, sea por su edad, por razones de su mayor desarrollo físico o mental, por la relación de parentesco, afectiva o de confianza que lo une al niño o niña, por su ubicación de autoridad o poder. Son formas de violencia sexual, entre otras, el abuso sexual, la explotación sexual y la utilización en pornografía” (art. 6 Lit. C).

5.2 Los planes nacionales para la erradicación de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes: “1 Plan” (2010-2015) y “2 Plan” (2016-2021)

Consciente de la importancia del problema, se ha instituido en nuestro país el Comité Nacional para la Erradicación de la Explotación Sexual Comercial y No Comercial de la Niñez y la Adolescencia (CONAPEES). Este organismo —de conformación interministerial e interinstitucional— desarrolla acciones de prevención y atención en la materia. Estas acciones han sido divididas hasta el presente en dos planes: el “I Plan”, relativo al período 2010-2015, y “II Plan” para el período 2016-2021.

I Plan Nacional de Acción del CONAPES (2010-2015)

En lo referente a acciones cumplidas en materia de prevención, señalamos:

- Resolución del Poder Ejecutivo N.º 1544/010, de 11 de Noviembre de 2010, que declara el día 7 de diciembre, como el Día Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes;
- en 2012 se identificaron brechas en la legislación nacional, las que han servido como base de inspiración para impulsar una *Ley Integral* de violencia basada en género (Ley 19.580 de 22 de diciembre de 2017);
- mediante el apoyo de la cooperación internacional, se realizaron intercambios que permitieron participar a operadores nacionales en encuentros en Argentina, Costa Rica, Brasil, Colombia y Bolivia, y a expertos extranjeros aportando su conocimiento en seminarios y talleres en Uruguay;
- en 2013 se impulsó la primera campaña de difusión masiva, denominada No hay Excusas y apoyada por UNICEF con el objetivo de visibilizar, desnaturalizar, sensibilizar y prevenir la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes;
- en el Ministerio de Turismo se ha desarrollado, desde el año 2007, una campaña hacia los operadores turísticos para que asuman el compromiso, como empresas responsables, de no promover la “Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes” (ESCNA) en sus establecimientos. Asimismo, en el marco del relacionamiento internacional y la articulación regional desde el año 2006 se participa en el Grupo de Acción Regional de las

Américas (GARA), integrado por el Ministerio de Turismo, representantes de asociaciones empresariales y sociedad civil para la prevención de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes en viajes y turismo, mediante videoconferencias mensuales;

- El 13 de diciembre de 2013, se promulga el Decreto del Poder Ejecutivo N.º 398/013 por el cual se establecen las acciones que deben desarrollar los prestadores de servicios turísticos, a los efectos de sensibilizar y prevenir sobre situaciones de ESCNNA en el país. Uruguay es uno de los primeros países que posee una norma jurídica relacionada con la temática, la cual es tomada en cuenta por otros países. También se han desarrollado talleres de sensibilización destinados a estudiantes de turismo en todas las carreras relacionadas con este, llevadas a cabo por el Consejo de Educación Técnico Profesional, ex-UTU.
- En 2014, con la financiación de la Unión Europea, se promovió la campaña “Luz roja, deje de colaborar”, puesta en marcha por la Fundación Visionair, la ONG El Paso y el CONAPEES. Esta campaña se difundió en forma gráfica y a través de talleres de capacitación y sensibilización en todo el territorio nacional. Sus ideas fuerza fueron: desnaturalizar los prejuicios en relación a la explotación sexual de la niñez y la adolescencia; apelar a la responsabilidad y compromiso del Estado y el conjunto de la sociedad para realizar acciones que *dejen de colaborar* con la producción del problema y visualizar la explotación sexual comercial como una violación a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes.

En materia de **atención**, se desarrollaron las siguientes acciones:

- se creó, por Resolución N.º 3820/012 del directorio de INAU un Programa de Atención a Situaciones de Trata y/o Explotación Sexual Comercial, compuesto por un equipo de trabajo interdisciplinario para la atención de niños, niñas y adolescentes, denominado “Travesías” y dos equipos para el interior;
- en el 2012 se realizó un trabajo de sistematización de aprendizajes y consulta que tuvo como producto la publicación del Modelo de atención de INAU para situaciones de explotación sexual comercial infantil y trata de niñas niños y adolescentes con fines de explotación sexual comercial;
- por Resolución de directorio del INAU N.º 2625/013, se realizó un convenio con las asociaciones civiles El Paso y Gurises Unidos, para contar con equipos itinerantes que generen y promueven recursos, asesoren a operadores territoriales, sistematicen y procesen la información;
- por Resolución de directorio del INAU N.º 4167/014 del 22 de octubre de 2014 se creó un equipo de 4 personas con carácter multidisciplinario en Paysandú para la atención directa de situaciones detectadas en el departamento.

II. Plan Nacional de Acción del CONAPPES (2016-2021)

Este segundo plan fue aprobado por Decreto N.º 25/2017 de 02.02.2017, a partir de la experiencia recogida con el “I Plan”. El nuevo plan recoge algunos conceptos básicos a partir de la normativa y de las declaraciones internacionales, entre ellos el concepto de “explotación sexual comercial”, expresado en la Declaración de Estocolmo: “La explotación sexual comercial de los niños es una violación fundamental de los derechos del niño. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños (niñas y adolescentes) constituye una forma de coerción y violencia contra los niños (niñas y adolescentes) que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud” (numeral 5 del capítulo de “Retos”).

El documento nacional expresa que la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes deriva de un sistema patriarcal, que transforma el cuerpo de niñas, niños y adolescentes en mercancías.

Entre los elementos estructurales que provocan la producción y reproducción del problema se señalan la pobreza, la exclusión social, la discriminación por raza, etnia, diversidad sexual u orientación sexual e identidad de género. En otro sentido, la globalización y los avances tecnológicos, así como la debilidad de los sistemas de protección y persecución del delito son factores estructurales que favorecen la producción y reproducción del problema.

El documento del “II Plan” señala luego las principales modalidades en que se expresa la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes.

- a) Actos sexuales remunerados o con promesa de remuneración, considerados delitos por la Ley N.º 17.815;
- b) utilización de imágenes o representaciones de niñas, niños y/o adolescentes en pornografía;
- c) utilización de personas menores de edad en espectáculos sexuales, lo que no implica necesariamente el contacto sexual, sino la realización de un espectáculo con estas connotaciones;
- d) explotación sexual comercial en viajes y turismo de niñas, niños o adolescentes;
- e) matrimonios forzados, parejas fictas o forzadas;
- f) trata de niñas, niños y adolescentes con propósitos sexuales: comprende la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de niñas, niños y/o adolescentes para su explotación sexual.

El nuevo plan se conforma de 2 áreas de trabajo: la primera referida a los elementos estratégicos concebidos en el Objetivo General de la estrategia y resultados esperados; la segunda área está conformada por un listado de acciones concretas, metas esperadas y los organismos responsables.

Una batería de un centenar de acciones apunta a objetivos concretos:

- a) **promoción de derechos y prevención:** acciones con la finalidad de sensibilizar y promover los derechos de niñas/os y adolescentes en su integralidad para la prevención y protección ante situaciones de explotación sexual. Con esta finalidad existirán planes de formación y capacitación para conocer y operar sobre el problema;
- b) **protección:** acciones para hacer efectiva la protección mediante normativas que garantice los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En este marco deberá garantizarse el acceso efectivo de los menores víctimas de explotación sexual a la justicia, en el marco de acuerdos internacionales ratificados;
- c) **atención:** acciones para garantizar la atención integral de víctimas en todo el territorio nacional, brindando respuestas desde un enfoque intersectorial;
- d) **creación y sistematización de conocimiento:** generación de información y conceptualización para profundizar el conocimiento de la problemática en Uruguay, de manera de orientar críticamente las prácticas de abordaje y fortalecer las políticas públicas;
- e) **fortalecimiento institucional y comunicación:** fortalecimiento del CONAPPES como organismo de articulación interinstitucional asegurando la participación de las instituciones y organismos integrantes e invitados en forma sistemática y proactiva;
- f) **monitoreo y evaluación del plan:** realización del seguimiento del cumplimiento de los objetivos comprometidos y las actividades acordadas.

Aunque todavía es prematuro medir el éxito de este plan estratégico, es evidente que nuestro país —ante el problema concreto de la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes— ha reaccionado en forma decidida para monitorear, contener y eliminar esta dura realidad, que se ha extendido a nivel global. En esta acción, Uruguay siempre se ha apoyado en las normas internacionales y en los concretos preceptos de la Organización Internacional del Trabajo, plasmados en sus convenios, recomendaciones y resoluciones.

6. Conclusiones

Uruguay —como país fundador de la OIT— ha prestado especial atención a la amplia problemática del trabajo infantil y de menores, coincidiendo su legislación con los criterios promovidos por la Organización Internacional del Trabajo en convenios, recomendaciones, resoluciones y en especial en la Declaración de 1998 de principios y derechos fundamentales en el trabajo, con su especial referencia a la abolición del trabajo infantil.

Podemos afirmar que hoy el país está a la vanguardia en el continente latinoamericano en las tutelas de niños, niñas y adolescentes. Pese a ello, las dimensiones del fenómeno —aun contenido y fiscalizado— son vastas y no diferentes de lo que acontece en otras partes del planeta, aun en aquellos países con condiciones económicas particularmente avanzadas.

La protección de la infancia y la minoridad es prioritaria en las políticas públicas e involucra el compromiso del Estado y los actores sociales, en línea con los desafíos asumidos por la Organización Internacional del Trabajo.

CAPÍTULO VIII. TRABAJO DOMÉSTICO

URUGUAY Y LA APLICACIÓN DEL
Convenio Internacional del Trabajo N.º 189 y DE LA Ley
18.065 *

1. Introducción

Siempre existió una estrecha conexión entre el trabajo doméstico y el rural, que la legislación del trabajo se resistió por décadas a considerar igual a los trabajos subordinados de las restantes actividades.

El juslaboralista De Ferrari expresaba que en la concepción de la época (años 60) los trabajadores rurales y domésticos no eran considerados verdaderos trabajadores del sector privado por su condición semiservil: “[...] el trabajo rural —afirmaba—, igual que el de los domésticos, tuvo siempre que ver con cierta forma de trabajo servil [...]”, motivo por el cual estos trabajadores no integraban la clase asalariada, con la consecuencia que el derecho del trabajo se le aplicaba cuando así lo consignaba expresamente la norma.²⁷²

Las condiciones laborales de estos trabajadores se veían reflejadas en dos importantes cuestiones: la ausencia de la limitación de la jornada y la inexistencia de métodos de negociación de sus salarios.

En el primer caso, la redacción minuciosa de la Ley N.º 5.350 de 1915 (*la ley de 8 horas*) excluía al trabajador doméstico de la limitación de la jornada. Así seguirían haciéndolo las normas posteriores, entre las que tenía especial importancia el Decreto de 29 de octubre de 1957 regulatorio de la jornada de trabajo.

Con relación al salario, el Convenio Internacional del Trabajo N.º 95 en su art. 2.2 permitía excluir al trabajo doméstico de la aplicación de las normas del convenio.

La Ley N.º 10.449 del año 1943, que instituyó el régimen de Consejos de Salarios para establecer salarios y categorías para los trabajadores de la actividad privada, excluyó a los trabajadores rurales y domésticos, al extender sus reglas exclusivamente al comercio, industrial, oficinas y escritorios de propiedad privada y los servicios públicos no atendidos por el Estado. De hecho, recién se crearía un grupo para estos trabajadores en el año 2005. Nion *et. al.* señalan que en 1943, cuando fue sancionada la Ley 10.449 sobre Consejos de Salarios, los trabajadores domésticos —junto con los rurales— fueron excluidos en la propia arena parlamentaria, luego de discutir varios proyectos. “En ese entonces, estos serían lo únicos ámbitos del sector privado que no quedarían amparados por la negociación colectiva... Más tarde, en 1985, en el contexto del retorno democrático, los trabajadores rurales y las trabajadoras domésticas reclamaron incesantemente ser incluidos en la reinstalación de la negociación colectiva. Sin embargo, nuevamente fueron desestimados sus argumentos e intereses de ser contemplados en los Consejos de Salarios.”²⁷³

También debe recordarse que en el caso de los domésticos siempre existió históricamente una *feminización* del trabajo. Como expresa Márquez Garmendia, el trabajo doméstico remunerado es una actividad ejercida en un 99 % por mujeres, por lo cual importa también abordar el tema con un enfoque de género al momento de considerar las normas que apuntan a superar la discriminación largamente padecida por el sector. Agrega la autora que “con anterioridad a la aprobación de la ley No. 18.065 (27/11/006), en Uruguay —como en muchos

272 * Por Juan Raso Delgue.

De Ferrari, Francisco, *Derecho del Trabajo*. Vol. III. La relación del trabajo. Su reglamentación. 2.ª edición actualizada. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 255-256.

273 NION, Soledad *et al.*, “Introducción” en AA. VV. *Sindicalización y negociación en los sectores rural y doméstico*, Montevideo, 2015, p. 11.

otros países— el trabajo doméstico había sido tratado tradicionalmente en la legislación de manera discriminatoria, privándolo de derechos reconocidos a otros sectores laborales (entre esos derechos: limitación de la jornada, descanso intermedio, seguro de desempleo, inclusión en los Consejos de Salarios)”.²⁷⁴

La feminización del trabajo doméstico no es solo una realidad a nivel nacional. En el siglo XXI una fuerte corriente migratoria de mujeres buscan en otras regiones (y generalmente encuentran) ocupación en trabajos relacionados con el cuidado: trabajadoras domésticas, cuidadoras de niños, enfermeras y otras tareas finalizadas a los cuidados personales, especialmente en aquellos países con poblaciones envejecidas de altos ingresos, donde existe escasez de este tipo de servicios. Como ha expresado la OIT, “una parte de la demanda de cuidados en el mundo está cubierta por los flujos de migración, un fenómeno que algunos observadores han denominado *cadena globales de cuidados*”.²⁷⁵

Esta demanda laboral también recurre a mujeres migrantes que ocupan trabajos relacionados con el cuidado: trabajadoras domésticas, cuidadoras de niños, enfermeras y otras tareas finalizadas a los cuidados personales, especialmente en aquellos países con poblaciones envejecidas de altos ingresos, donde existe escasez de este tipo de servicios. “Las mujeres en los países de ingresos bajos dejan a sus propios hijos con familiares o ellas mismas contratan personal doméstico, muchas veces otro migrante interno o extranjero. La escala de la cadena mundial del cuidado es enorme. En 2015, la OIT estimó que del total de 150,3 millones de trabajadores migrantes, 11,5 millones —o 17,2 por ciento— eran trabajadores domésticos”.²⁷⁶

También importa señalar que el trabajo doméstico ha sido la estrategia de sobrevivencia de la mayor parte de la mujeres en situación de pobreza, lo cual acentúa las barreras de discriminación de género, porque en general el trabajo doméstico tiene menor cobertura asegurativa (es en la mayoría de los casos *trabajo en negro*) que emplea a mujeres desde la adolescencia: en muchos casos en edad temprana, las mujeres en situación de pobreza quedan embarazadas, desertando de la formación educativa y replegando sobre trabajos precarios, como el doméstico.

El Informe de la Comisión de Mujeres de la OEA expresa que “La suma de las horas dedicadas a trabajo remunerado y trabajo no remunerado muestra que las mujeres tienen una jornada superior a la de los hombres. Las encuestas sobre uso del tiempo que se han comenzado a aplicar en la región han permitido conocer las cifras que hasta un par de décadas atrás eran solo percepciones provenientes de la experiencia cotidiana de las mujeres. Actualmente, el trabajo no remunerado ha adquirido visibilidad estadística, ya existen datos disponibles de un buen número de países que muestran que las mujeres tienen jornadas diarias más largas que las de los hombres, ya que a las responsabilidades de cuidado y del trabajo doméstico no remunerado asignadas a ellas tradicionalmente, se suma el trabajo remunerado”.²⁷⁷

El informe analiza encuestas realizadas en cinco países de la región (Bolivia, Ecuador, Guatemala, México y Nicaragua), donde la participación de hombres y mujeres en quehaceres del hogar muestra claramente que el 90 % de las mujeres mayores de 12 años realizan este tipo de tareas; los hombres que se involucran en estas actividades son un porcentaje mucho menor, generalmente la mitad de las mujeres.²⁷⁸

Podemos concluir que pese a que los domésticos siempre representaron un número elevado de trabajadores, permanecieron hasta hace muy poco invisibles para gran parte de las

274 MÁRQUEZ GARMENDIA, Martha, “El trabajo doméstico. La ley uruguaya y su repercusión en la normativa internacional (proyecto de convenio y recomendación de la OIT). Una mirada desde el género”, *Ciclo de Derecho y Actualidad. Sesión del 11 de mayo de 2011*, organizada por el Grupo “Derecho y Género” de la Facultad de Derecho, Blog de Derecho y Actualidad: 19/05/2011, en <https://www.fder.edu.uy/node/162>.

275 OIT, “El futuro de la oferta de mano de obra: Datos demográficos, migración y trabajo no remunerado”, en *Iniciativas del centenario relativas al futuro del Trabajo*, Nota Informativa 2, Ginebra 2016.

276 *Idem*.

277 Comisión Interamericana... cit., p. 23

278 *Idem*, p. 24

tutelas del derecho del trabajo, en especial la limitación de la jornada y los derechos colectivos (como la negociación de sus condiciones laborales).

Con referencia a nuestro país, señalamos que, en la actualidad, 13 de cada 100 mujeres ocupadas (13 %), en el mercado de empleo de Uruguay, se desempeñan como trabajadoras domésticas (2010). Esto representa aproximadamente 88.000 mujeres, que en total representan al 5,6 % del total de todos los ocupados en el país. Muchas de estas trabajadoras y sus familias viven bajo la línea de pobreza y se estima que un 25 % se encuentran en esta situación. Esto, muchas veces, se debe a que las trabajadoras domésticas ganan en promedio 27,5 % menos por hora de trabajo, en comparación con los ocupados en general.²⁷⁹

2. Las tutelas del trabajo doméstico: una evolución en etapas

A nivel global y en especial en nuestro país, se produjo una evolución del trabajo doméstico que reconoce básicamente tres etapas: a) la exclusión de los derechos laborales de los trabajadores privados; b) el acceso paulatino en vía de excepción a derechos laborales y previsionales; c) la plena igualdad en materia de condiciones laborales y derechos colectivos.

2.1 La exclusión del derecho del trabajo

Una primera concepción sobre la naturaleza jurídica de este vínculo laboral afirmaba que no estamos antes un contrato de *trabajo*, sino ante un contrato de *servicio*. Esta concepción se expandió en el lenguaje popular que acostumbraba a hablar de “servicio doméstico” en lugar de “trabajo doméstico”. Plá Rodríguez señala —al recordar posiciones de Cabanellas y de Lozano Montero— que esta concepción considera que si bien en el contrato de servicio doméstico hay subordinación y prestación de servicio remunerado, no hay contrato de trabajo porque la relación entre las partes no es la común entre un patrono y un trabajador.²⁸⁰ El autor cita *in extenso* a Cabanellas: “La calidad del sujeto del contrato permite aquí definir, en parte, la naturaleza del vínculo. El dueño de casa, que en tal carácter contrata los servicios de una persona para que realice las tareas domésticas, no pacta un contrato de trabajo por más que el contratado sea un trabajador. El lugar de la prestación o la calidad de aquél a quien se prestan los servicios son elementos a tener en cuenta. En el servicio doméstico no existe, como ya dijimos, relación de dependencia pues la relación es puramente familiar y, además falta el interés especulativo que debe existir ente los pagado por el patrono en razón del trabajo y la producción por la venta o especulación efectiva sobre este”.²⁸¹

En nuestro derecho, De Ferrari afirmaba: “En las relaciones entre amo y criados hay locación y no contrato de trabajo propiamente dicho. Como se sabe, en los dos contratos hay una actividad subordinada, pero mientras en el arrendamiento de servicio existe una verdadera *locatio hominis*, es decir hay goce temporario de la actividad ajena, y ésta está dirigida sin limitaciones por una de las partes conforme corresponde a la idea de locación, el contrato de trabajo cumplido normalmente en fábricas y talleres es una variedad de los contratos de actividad caracterizada por las limitaciones que la legislación ha impuesto a la facultad de dirigir libremente la actividad ajena”.²⁸² De Ferrari remataba esta idea, señalando —en el año 1969!— que el trabajo doméstico “conserva parte de su origen y sentido esclavista [...] irreconciliable con la dignidad humana”.

Semejante concepción excluye de plano la intervención del derecho del trabajo en un contrato que presupone no laboral. El vínculo quedará pues librado —como en cualquier

279 OIT Santiago, “Noticias” de 1/5/2012: https://www.ilo.org/santiago/sala-de-prensa/WCMS_180119/lang-es/index.htm

280 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Curso de Derecho Laboral”, T. II, V. 2, Montevideo, 1989, p. 121, quien cita a CABANELLAS, Guillermo, “Contrato de trabajo”, T. IV, Buenos Aires 1964, pp. 110 y ss. y LOZANO MONTERO, “El servicio doméstico y el contrato de trabajo”, en *Revista del Trabajo*, Madrid 1948, p. 381 y 382.

281 CABANELLAS, Guillermo, ob. cit., pp. 110 y ss.

282 DE FERRARI, Francisco, “Derecho del Trabajo”, T. II, Buenos Aires, 1969, pp. 41 y ss.

contratación de derecho común— a la voluntad de las partes, sin ningún límite en cuanto a la extensión del trabajo y/o a los mínimos retributivos.

Este enfoque acompañó la realidad laboral del trabajador doméstico en nuestro país. El Decreto de 29 de Octubre de 1957, al excluir a los trabajadores domésticos de la limitación de la jornada, formulaba una definición del vínculo laboral del trabajador doméstico en línea con lo expresado por Cabanellas y De Ferrari: “Entiéndese por servicio doméstico el que prestan unas personas a otras o a familias con el objeto de consagrarles su cuidado y su trabajo y sin que puedan ser dedicadas a fines de lucro, comercio o industria” (art. 3).

2.2. El acceso paulatino a las tutelas laborales y previsionales

A partir de la década de los 60 del siglo pasado, comienza a imponerse la idea de que la labor doméstica no obsta a la existencia de un verdadero contrato de trabajo, aunque con especificidades propias. Se desarrolla así la idea de un estatuto laboral del trabajador doméstico, con un núcleo duro que lo equipara a los demás contratos laborales con todos los elementos esenciales que caracterizan la relación laboral. En torno a ese concepto central, se aprobarán normas ya sea para extender a los trabajadores domésticos beneficios laborales, ya sea para excluirlos (ej., la limitación de la jornada y la negociación colectiva en ámbitos como los Consejos de Salarios).

El *estatuto* del trabajador doméstico irá por lo tanto construyéndose desordenadamente en todos a los diversos institutos de la disciplina: la limitación de la jornada, el descanso semanal, las vacaciones anuales, el salario, etc. A su vez las normas de seguridad social irán incorporando a los trabajadores domésticos a sus diversos beneficios, contribuyendo a fortalecer la idea de un contrato de trabajo alcanzado por las tutelas generales de la reglamentación laboral y previsional.

2.3. La equiparación y consolidación de las tutelas

El tercer período —que en nuestro país comienza en el año 2005— marca la equiparación de las tutelas del trabajo doméstico con los demás contratos laborales.

Las diferencias básicas que señalaban un menor nivel de tutela del trabajo doméstico eran: la limitación de la jornada, la fijación del salario y el acceso a los derechos colectivos del trabajo, básicamente la negociación colectiva.

En Uruguay, la equiparación se efectivizó en el año 2006 con la aprobación de la Ley N.º 18.065.

3. La Ley N.º 18.065

La aprobación de esta ley, el 27.11.2006, marca un punto de inflexión en las tutelas de las/los trabajadoras/es domésticas/os, reconociéndole aquellos derechos que las regulaciones anteriores habían omitido.

Como expresa Pita, “esta norma no instaura un estatuto nuevo y particular del trabajador doméstico, sino que legisla acerca de algunas particularidades del sector, pero se dispone acertadamente, en el art. 14 que a las trabajadoras domésticas les son aplicables las normas generales del derecho del trabajo. Esto ha sido acertado porque haber elaborado un estatuto distinto y separado del resto de los trabajadores, hubiera significado aislar, una vez más, a este colectivo”²⁸³,

Entre los aspectos más importantes de la ley destacamos:

a) Limitación de la jornada

El art. 2 de la ley establece “la limitación de la jornada laboral de las/os trabajadoras/es domésticas/os en un máximo legal de ocho horas diarias, y de cuarenta y cuatro horas semanales”.

283 PITA, Fabián, “Marco normativo del trabajo doméstico y el trabajo rural”, en AA.VV. *Sindicalización...* cit., pp. 46 y 47.

No solo se le reconoce una jornada limitada, sino que ese límite se lleva a las 44 horas, es decir por debajo del límite máximo de la Ley N.º 5.350 fijado en 48 horas.

b) Descanso intermedio

Al limitarse la jornada, también se determina el derecho a un descanso intermedio que “será de media hora pagada como trabajo efectivo si se tratare de trabajadoras/es que desarrollan su actividad en el régimen denominado con retiro. Tratándose de trabajadoras/es *sin retiro* el descanso intermedio tendrá una duración mínima de dos horas” (art. 3).

c) Descanso semanal

Se ajusta en función de la jornada limitada, determinándose que “será de treinta y seis horas ininterrumpidas, que comprenderá todo el día domingo, pudiendo acordar las partes el día de la semana en que se gozará el descanso restante” (art. 4).

d) Descanso nocturno

También se establece la obligatoriedad de un descanso nocturno para los trabajadores *sin retiro*, es decir los que pernocten en la casa: “un descanso mínimo nocturno de nueve horas continuas que no podrá ser interrumpido por el empleador” (art. 5).

e) Adecuadas condiciones de habitabilidad

Los trabajadores que pernocten en la casa tendrán derecho a “una alimentación adecuada y a una habitación higiénica y privada” (art. 5).

f) Salario y categorías

En materia salarial también se introduce una regla importante al incorporar estos trabajadores al “sistema de fijación de salarios y categorías dispuesto por la Ley N.º 10.449, de 12 de noviembre de 1943, y demás disposiciones concordantes”. Es decir que la fijación de los salarios y categorías laborales se negociarán en el ámbito colectivo y tripartito establecido en los llamados Consejos de Salarios (art. 6).

g) Indemnización por despido

Se reduce de un año a tres meses el período de prueba para que los trabajadores domésticos tengan derecho a la indemnización por despido (art. 7) y se reconoce la indemnización especial por despido en caso de gravidez (art. 8).

h) Otros beneficios

Se incluyen a los trabajadores domésticos en el seguro de desempleo y el seguro social de enfermedad como los demás trabajadores de la actividad privada (arts. 9 y 10).

4. El derecho a la negociación colectiva

En función de la aplicación del art. 6 de la ley, el Poder Ejecutivo dejó de fijar por vía de decreto los salarios de los trabajadores domésticos, determinándose las nuevas remuneraciones en el ámbito de negociación de los Consejos de Salarios (órganos tripartitos integrados por 3 delegados del Poder Ejecutivo, 2 por las organizaciones de empleadores y 2 por las organizaciones de trabajadores).²⁸⁴

En efecto, más importante aun que los acuerdos salariales fue la instalación en este

²⁸⁴Correspondió la convocatoria de un nuevo grupo, individualizado con el N.º 21.

ámbito de un espacio de diálogo social y negociación que permitirá a estos trabajadores mejorar sensiblemente las condiciones laborales a través de los acuerdos o *laudos* aprobado en las *rondas* de los Consejos. Cabe recordar que la representación de los trabajadores fue ejercida por el Sindicato Único de las Trabajadoras Domésticas, mientras que la de los empleadores correspondió a la organización denominada Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios del Uruguay.

Si bien no hay registros de huelgas de trabajadores domésticos, importa destacar que la presencia sindical y la acción desplegada a través de la negociación en los Consejos permite afirmar que en Uruguay los derechos de libertad sindical han alcanzado a este sector, tradicionalmente postergado en los hechos de un protagonismo en el ámbito del derecho colectivo del trabajo.

Destacamos de las *rondas* de negociación en los Consejos:

a) Ronda 2008 y Convenio del 10 de noviembre de 2008

El acuerdo de 2008 reconoció o declaró derechos no establecidos a texto expreso en la ley:

- reglas sobre acoso moral y sexual, así como el derecho a la intimidad;
- sanciones por despido en el caso de exigir el cumplimiento de la ley y el registro en el sistema de seguridad social;
- una partida denominada prima por antigüedad, que comenzó a percibirse a partir del 1.º de enero de 2009. El monto de dicha partida equivale al 0,5 % anual sobre el salario nominal, con un máximo de 10 años, lo que equivale a un tope del 5 %.
- se estableció el 19 de agosto de cada año como feriado pago en celebración del Día de la Trabajadora Doméstica.²⁸⁵

b) Ronda 2010

En el segundo convenio, acordado en diciembre de 2010, se incorporó la partida por nocturnidad. Los trabajadores cuyo horario laboral acordado sea entre las 22 hs. y las 6 hs., recibirán una compensación por trabajo nocturno equivalente al 15 % sobre el salario nominal. La partida se elevaría al 20 % con la aprobación de la ley general N.º 19.313 de 13.02.2015 sobre trabajo nocturno.

c) Ronda 2013

El tercer convenio, firmado en abril de 2013, creó la prima por presentismo, que comenzó a regir a partir del 1.º de abril de ese año y se abona en los meses de junio y diciembre junto al sueldo anual complementario (aguinaldo). Corresponde su pago cuando la asistencia en los seis meses anteriores haya sido perfecta, y el monto asciende al equivalente a un cuarto del medio aguinaldo correspondiente. No generan la pérdida del beneficio las inasistencias por enfermedad debidamente comprobada, el ejercicio del derecho de huelga decretada por el PIT-CNT (Plenario Intersindical de Trabajadores-Convención Nacional de Trabajadores) y/o SUTD (Sindicato Único de Trabajadoras Domésticas) con carácter general, ni la comparecencia al Consejo de Salarios de este grupo.

d) Ronda 2016

En el acuerdo del 19 de abril de 2016 se estableció un incremento del 15 % en los valores legales del salario vacacional (100 % del líquido de licencia). Es decir que en el caso del trabajador doméstico el salario vacacional debe multiplicarse por 1,15.

²⁸⁵La fecha se eligió para recordar el 19 de agosto del año 2008, día en que por primera vez se instaló en los Consejos de Salarios el grupo de las trabajadoras domésticas.

5. La OIT y el trabajo doméstico

El Convenio Internacional del Trabajo N.º 24 del año 1927 fue el primer documento de la OIT que se ocupó específicamente del trabajo doméstico. Su art. 1 dispone que “todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a implantar el seguro de enfermedad obligatorio, en condiciones por lo menos equivalentes a las previstas en el presente Convenio”. Dicho seguro de enfermedad —indica el art. 2.1— “se aplicará a los obreros, empleados y aprendices de las empresas industriales y de las empresas comerciales, a los trabajadores a domicilio y al servicio doméstico”.

Aunque hayese único antecedente, no debemos ignorar que los convenios internacionales del trabajo en principio se aplican a todos los trabajadores, por lo que incluyen a los del sector doméstico.

También debe indicarse que la OIT ha desarrollado una intensa acción a nivel global y a nivel continental en defensa de la realización de *trabajo decente* en la actividad doméstica y en general *la economía de cuidados*.

También ha discutido y aprobado en 2011 la llamada “Estrategia sobre los trabajadores domésticos”, dirigida a hacer del trabajo decente una realidad para los trabajadores domésticos en el mundo. Esta prevé el apoyo para los países que están comprometidos y listos a adoptar medidas destinadas a mejorar las protecciones y las condiciones de trabajo de los trabajadores domésticos, sin que esto implique la ratificación del Convenio N.º 189 en un futuro inmediato.

La “estrategia” de la OIT reconoce que un cambio verdadero en la vida de los trabajadores domésticos precisa del desarrollo de las capacidades e instituciones nacionales y de la promoción del cambio social y de actitud, que son procesos largos y complejos. Comprende la acción a nivel mundial, regional y de país en cinco ámbitos generales:

- desarrollar y fortalecer las instituciones nacionales y, cuando es necesario, adoptar reformas y/o programas políticos y legislativos eficaces;
- facilitar la organización y representación de los trabajadores domésticos y de sus empleadores;
- apoyar la ratificación e implementación del Convenio 189 y la implementación de la Recomendación 201;
- sensibilización y promoción de los derechos de los trabajadores domésticos;
- crear una base de conocimientos sobre trabajo doméstico e intercambiar experiencias entre países a fin de reforzar las acciones y el impacto a nivel nacional.

Como expresa el documento, “las cuestiones relacionadas con el trabajo doméstico son multidimensionales y abarcan diversos aspectos, incluyen la remuneración, las horas de trabajo y otros aspectos de las condiciones de trabajo; el trabajo doméstico infantil; la negociación colectiva; la inspección laboral; y la organización de los trabajadores. La asistencia de la OIT para las actividades a nivel nacional puede dirigirse a cualquiera o a una combinación de estos aspectos. La estrategia de la OIT en materia de trabajo doméstico, discutida por el Consejo de Administración de la OIT (noviembre 2011), sirve de marco unificador para los enfoques coherentes e integrados. Diversas unidades y programas de la OIT y todas las Oficinas regionales colaboran con los mandantes nacionales e instituciones asociadas a fin de hacer del trabajo decente una realidad para los trabajadores domésticos en todo el mundo. Al abordar el trabajo doméstico, la OIT colabora también con ONU Mujeres, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, los órganos de la ONU creados en virtud de los tratados sobre derechos humanos, los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, la OSCE”.²⁸⁶

Otra preocupación constante de la OIT ha sido la formalización del trabajo doméstico,

²⁸⁶ <https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/strategy/lang-es/index.htm>

que es históricamente una de las actividades que tiene los índices más altos de informalidad. Según se consigna por parte de la Organización, “más de la mitad de la fuerza del trabajo del mundo pertenece a la economía informal. Si bien la informalidad y muchas de sus causas afectan a sectores distintos de las economías de los países, el empleo informal puede verse concentrado en sectores particulares, con formas e impulsores específicos según el sector. El trabajo doméstico es uno de esos sectores: se caracteriza por la elevada incidencia de los acuerdos informales y contribuye considerablemente a la informalidad, principalmente entre las mujeres. La OIT calcula que en todo el mundo el número de trabajadores domésticos mayores de 15 años asciende a 67 millones (OIT, 2015c). Se estima que 50 millones de estos trabajadores se encuentran en el empleo informal, lo que hace que el sector del trabajo doméstico registre una de las mayores participaciones en este tipo de empleo”²⁸⁷.

6. El Convenio Internacional del Trabajo N.º 189

Pese a las discriminaciones laborales que ha sufrido el trabajo doméstico —desde el punto de vista jurídico y de hecho— importa señalar que el siglo XXI ha mostrado una mayor atención a este tipo de labor, vinculada muy particularmente al género.

En este nuevo contexto se aprueba en la 100.ª Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo (año 2011) el Convenio N.º 189, acompañado por la Recomendación N.º 201. Loustaunau, luego de recordar que nuestra Ley 18.065 precede la aprobación del convenio, señala que su adopción y la aprobación de la recomendación “se encuentran embebidos por el principio de equiparación de derechos de estos asalariados con el resto de los trabajadores” y consagra al mismo tiempo la regla más favorable como principio de integración, al establecer en su art. 19 que “las disposiciones que se establecen no afectan aquellas normas más favorables que ya a los asalariados domésticos por imperio de otros convenios internacionales de trabajo”.²⁸⁸

6.1. El preámbulo

En el preámbulo del convenio se recuerda el compromiso de la OIT de promover el trabajo decente para todos mediante el logro de las metas establecidas en la Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y en la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. En este marco el convenio pretende reconocer la contribución significativa de los trabajadores domésticos a la economía mundial, que incluye el aumento de las posibilidades de empleo remunerado, el incremento de la capacidad de cuidado de las personas de edad avanzada, los niños y las personas con discapacidad, y un aporte sustancial a las transferencias de ingreso en cada país y entre países. También considera que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos.

El preámbulo también observa “la especial pertinencia que tienen para los trabajadores domésticos el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), y la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), así como el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos (2006)”.

287 OIT, “Formalización del Trabajo Doméstico” en “Trabajo Doméstico - Nota de Información N.º 10”, Ginebra 2016, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_574115.pdf.

288 LOUSTAUNAU, Nelson, “Algunas reflexiones sobre el Convenio Internacional del Trabajo N.º 189 sobre trabajo doméstico” en rev. Derecho Laboral, T. LV, N.º 246, Montevideo, 2012, pp. 322 y 323.

Finalmente, el preámbulo hace referencia a una batería de documentos internacionales, que considera pertinentes a las reglas que aprueba: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y, en particular, su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, así como su Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Con base en estas premisas, el convenio expresa el objetivo de “complementar las normas de ámbito general con normas específicas para los trabajadores domésticos, de forma tal que éstos puedan ejercer plenamente sus derechos”.

6.2. Concepto de trabajo doméstico

El art. 1 indica que la expresión **trabajo doméstico** designa el trabajo realizado en un hogar u hogares o para estos, mientras que **trabajador doméstico** es toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo. Finalmente la norma aclara que una persona que realice trabajo doméstico únicamente de forma ocasional o esporádica, sin que este trabajo sea una ocupación profesional, no se considera trabajador doméstico.

6.3. Las tutelas

El convenio es amplio en la definición de las tutelas de los trabajadores domésticos, que equipara a los trabajadores en general. Entre ellas, se destacan:

- promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber:
 - a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
 - b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
 - c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y
 - d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (art. 3.2);
 - pleno disfrute de los derechos de libertad sindical, constitución de organizaciones y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (art. 3.3);
 - edad mínima, que no podrá ser inferior a la edad mínima estipulada en la legislación nacional para los trabajadores en general (art. 4.1);
 - derecho a la escolaridad obligatoria, para los trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima (art. 4.2);
 - protección contra toda forma de abuso, acoso y violencia (art. 5);
 - condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, condiciones de vida decentes que respeten su privacidad (art. 6);
 - derecho de información sobre las condiciones de trabajo mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos (art. 7);
 - reglas especiales para la tutela de los trabajadores domésticos migrantes (art. 8);
 - descansos sin obligación de permanecer dentro del hogar del empleador (art. 9);
 - igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos

de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo doméstico (art. 10);

- régimen de salario mínimo y que la remuneración se establezca sin discriminación por motivo de sexo (art. 11);
- derecho a la seguridad social en condiciones de igualdad con los trabajadores en general, autorizando, en caso de corresponder, la inclusión progresiva de los beneficios aun no vigentes (art. 14);
- protección contra las prácticas abusivas de agencias de empleo privadas: las tutelas deberán estar incluidas en la legislaciones, con especificación de condiciones para su funcionamiento, establecimiento de mecanismos adecuados de control, sanciones, incluyendo la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas y abusos, y —en especial— normas que aseguren que la intermediación de las agencias no tenga costos para los trabajadores (art. 15);
- derecho de acceso a la justicia: se reconoce el derecho de los trabajadores domésticos a tener acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos en condiciones no menos favorables que las condiciones previstas para los trabajadores en general (art. 16).

6.4. El proceso de ratificación

El art. 21 del convenio expresa que este entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el director general. Agrega la norma que, desde dicho momento, el convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha de registro de su ratificación.

Numerosos países han ratificado el CIT 189 (27 a comienzos de 2019) y entre ellos se señalan en nuestro continente: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú.

El convenio entró formalmente en vigor el 5 de setiembre de 2013.

6.5. La ratificación de Uruguay

A nuestro país le tocó el honroso privilegio de ser el primero en ratificar el CIT 187. En el mensaje del Poder Ejecutivo a la Asamblea General, de fecha 8 de diciembre de 2011, se expresan —entre otras— las siguientes consideraciones:

- en esta actividad se estima que en el mundo se desempeñan entre cincuenta y cien millones de personas. De dicho total, en América Latina lo hacen más de catorce millones; y en Uruguay más de ciento veinte mil trabajadores;
- el convenio amplía la promoción de los derechos humanos para este tipo de trabajadores, destacándose la promoción de los derechos de libertad de asociación, libertad sindical, negociación colectiva, abolición de todo tipo de trabajo forzoso u obligatorio, abolición efectiva del trabajo infantil y la abolición efectiva de toda discriminación vinculada al empleo u ocupación. Sobre este punto, el mensaje recuerda que Uruguay, desde la sanción de la Ley N.º 18.065 de fecha 27 de noviembre de 2006, es uno de los pocos países en el mundo que cuenta con negociación colectiva efectiva y pleno ejercicio de la libertad sindical en este sector de actividad;
- otra de las disposiciones interesantes es la que consagra el igual trato entre nacionales y extranjeros (artículo 8.º), lo cual sigue la línea de lo dispuesto en nuestro artículo 8.º de la Constitución de la República y demás tratados y disposiciones antidiscriminatorias suscriptas por nuestro país (ver especialmente la Ley N.º 18.250);

- los artículos 11 y 12 regulan el régimen de protección y fijación de salarios y se alinean con lo dispuesto en el Convenio Internacional N.º 131 de la OIT (ratificado por nuestro país), como también en lo dispuesto en la normativa nacional (Ley N.º 17.829 de protección del salario). Sobre este extremo debe recordarse que este colectivo de dependientes en el entorno nacional participa de los Consejos de Salarios (Grupo N.º 21), encontrándose vigente entre las partes, desde 2008, convenios colectivos que regulan la actividad del sector en estos extremos;
- en el texto se indica que se consultó a los sectores involucrados (la organización de trabajadoras domésticas-STUDT y la organización de empleadores, La Liga de Amas de Casa), deteniéndose en la consideración de que “la regla de la norma más favorable, expresión del principio ‘protector’ y definida por el profesor Américo Plá Rodríguez, en Los Principios del Derecho del Trabajo (3.ª ed. actualizada, De Palma, Buenos Aires, 1998) está salvaguardada a través de lo dispuesto en el artículo 19 del presente convenio. La regla adaptada a esta situación significa que en caso de existir disposiciones más beneficiosas en el país, se aplicarán éstas frente al convenio y ésta puede ser la situación de Uruguay”.

El mensaje concluye expresando que “en términos generales y desde el punto de vista técnico, podemos sostener que el presente convenio contempla derechos y garantías de los trabajadores domésticos ya contenidos en nuestra legislación laboral. Su ratificación no le impondría a nuestra nación ningún apartamiento excepcional sobre las políticas y prácticas profesionales que desarrolla en la materia, por lo cual considera el Gobierno que resulta oportuna su ratificación”.

El proyecto de ley fue aprobado por unanimidad en la Cámara de Diputados (11/04/2012) y en el Senado (25/04/2012). La propia Organización Internacional del Trabajo dio cuenta al día siguiente —1.º de mayo de 2012— de que Uruguay ha sido precursor en la materia en América Latina y representantes del Gobierno, al ser el primer país que ratificó el CIT 189.²⁸⁹

El convenio fue formalmente registrado por nuestro país ante la OIT el 14 de junio de 2012.

6.6. La Recomendación 201

El mensaje del Poder Ejecutivo —cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 19, párrafo 6.º, literal b) de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo—, también puso en conocimiento del Parlamento la Recomendación Internacional del Trabajo N.º 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, adoptada en la misma reunión de la Conferencia. En el mensaje se recuerda que la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo establece que las proposiciones adoptadas por la Conferencia relativas a una cuestión del orden del día han de revestir la forma: a) de un convenio internacional o b) de una recomendación. La diferencia señalada hace que dichos textos estén concebidos formalmente de modo diverso. El convenio está destinado a crear obligaciones precisas que se habrán de incorporar a las legislaciones nacionales, por lo que sus disposiciones responden a la forma imperativa en aplicación del precepto coactivo de la técnica legislativa. Las recomendaciones, en cambio, no están destinadas a crear obligaciones precisas, sino que su función primordial consiste en el establecimiento de pautas generales que puedan servir de guías, en la adopción de la legislación nacional en las materias que les conciernen.

No obstante la distinción señalada, en los párrafos precedentes, la Constitución de la OIT establece idéntica obligación de sumisión al órgano legislativo competente para ambas formas normativas.

²⁸⁹https://www.ilo.org/santiago/sala-de-prensa/WCMS_180119/lang-es/index.html.

7. Conclusiones

El proceso de desarrollo de las tutelas del trabajo doméstico es expresión de una fuerte preocupación de Uruguay de asegurar a dichos trabajadores las mismas tutelas laborales que a los demás. Al mismo tiempo este proceso transitó por caminos análogos a los de la Organización Internacional del Trabajo y culminó en un convenio internacional, cuyo impulso fue preocupación especial de nuestro país.

Como ha expresado Loustaunau, la sanción del CIT 189 "supone un adelanto significativo en la vida de millones de trabajadores que en el Mundo dedican su esfuerzo al trabajo doméstico subordinado. Es palmaria la influencia que han tenido múltiples tratados sobre Derechos Humanos al momento de sancionar estas disposiciones. Su puesta en vigencia no hará otra cosa que comenzar a derribar siglos de injusticia social, de abusos, de excesos, de desigualdades inaceptables para el estado de la civilización actual. Contribuyendo a la paz mundial y sobre todo a la libertad".²⁹⁰ Más adelante el autor agrega: "El marco jurídico del que goza este tipo de trabajo en nuestro país, constituido por la ley 18.065, su Decreto reglamentario 224/2007, los convenios colectivos alcanzados entre las organizaciones más representativas del sector, hacen que su adaptabilidad a nuestra realidad no demande mayores esfuerzos, contribuyendo por el contrario a la reafirmación de principios metajurídicos desarrollados en las normas antes anotadas".²⁹¹

Compartimos estas opiniones así como la preocupación de que las metas formales alcanzadas implican nuevos desafíos para gobernantes y actores sociales, para reducir la distancia entre la regulación teórica y la realidad, en la medida en que es necesario formalizar cada vez más este sector del trabajo, que permanece en parte en la informalidad. Sin perjuicio de ello, es importante destacar que aunque hay todavía camino para recorrer, los logros de los últimos años con relación a la formalización y la aplicación de tutelas efectivas al trabajo doméstico han sido notables.

²⁹⁰ LOUSTAUNAU, Nelson, ob. cit., p. 338.

²⁹¹ *Idem*.

Autores:
Prof. Juan Raso Delgue
Prof. Jorge Rosenbaum Rimolo

Prólogo: Ernesto Murro
Introducción: Fabio Bertranou