



LA PROTECCIÓN DE LA ACTIVIDAD SINDICAL EN LA LEY 17.940

**TESIS DE
LL.M MASTER EN DERECHO**

Dr. Marcos Lima Juliani

Tutor académico: Dr. Juan Raso Delgue

Tutor metodológico: Mgter. José María Burone

Marcos Darío Lima Juliani, con cédula de identidad 3.640.507-0, alumno del L.M Máster en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, declaro que la totalidad del contenido del presente documento es un reflejo de mi trabajo personal y manifiesto que ante cualquier notificación o denuncia de plagio, copia o falta de fuente original, soy responsable directo legal, económico y administrativo, liberando de toda responsabilidad y afección a los Tutores del trabajo, a la Universidad de Montevideo y a cuantas instituciones hayan colaborado en dicho trabajo, asumiendo personalmente las consecuencias derivadas de tales prácticas.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	8
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	9
2.1.- Objetivos de investigación	9
2.1.1.- Objetivo principal	9
2.1.2.- Objetivos específicos	9
2.2.- Preguntas de investigación	9
2.2.1.- Pregunta principal de investigación	10
2.2.2.- Preguntas que se derivan de la pregunta principal	10
2.3.- Justificación de la investigación	10
2.4.- Viabilidad de la investigación	11
2.5.- Antecedentes encontrados	11
3. MARCO TEÓRICO	11
3.1.- EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA LIBERTAD SINDICAL	11
3.2.- LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL	14
3.2.1.- Las Declaraciones Internacionales	14
3.2.2.- Importancia de la OIT en la regulación de la libertad sindical	18
3.2.2.1.- La Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia	19
3.2.2.2.- Los Convenios Internacionales de Trabajo	20
3.2.2.3.- la importancia de las Recomendaciones	27
3.2.2.4.- Otras disposiciones	28
3.2.2.4.1.- La Resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de 1970 sobre derechos sociales y su relación con los derechos civiles	28
3.2.2.4.2.- La Declaración de principios y derecho fundamentales en el trabajo de 1998	28
3.2.2.4.3.- El papel del Comité de Libertad Sindical	29
3.3.- EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD SINDICAL	29

3.3.1.- Aspecto individual de la libertad sindical	31
3.3.1.1.- La libertad sindical individual positiva	32
3.3.1.2.- La libertad sindical individual negativa	35
3.3.1.2.1.- Concepto y regulación internacional	35
3.3.1.2.2.- Las cláusulas sindicales y la posición del Comité de Libertad Sindical	38
3.3.1.2.3.- Justificación de la libertad sindical negativa	42
3.3.1.2.4.- La libertad sindical negativa en Uruguay	42
3.3.2.- Aspecto colectivo de la libertad sindical	47
3.3.2.1.- La libertad sindical frente al Estado	47
3.3.2.1.1.- Derecho de constituir uniones, federaciones y confederaciones, nacionales e internacionales	47
3.3.2.1.2.- Derecho a la autonomía sindical	50
3.3.2.1.3.- Derecho a la personalidad jurídica	53
3.3.2.1.4.- Derecho a la pluralidad sindical. El sindicato “más representativo”	54
3.3.2.1.5.- Derecho al ejercicio de funciones sindicales: negociación colectiva, huelga, reivindicación y participación	58
3.3.2.2.- Libertad sindical ante el empleador y las organizaciones patronales	61
3.3.2.2.1.- El fuero sindical	61
3.3.2.2.2.- La proscripción de las prácticas desleales, las cláusulas sindicales y el principio de pureza	63
3.3.2.3.- La libertad sindical ante otras organizaciones	64
3.4.-LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN ANTISINDICAL	64
3.5.- REGULACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL EN URUGUAY	68
4. DISEÑO METODOLÓGICO	72
4.1.- Hipótesis de Investigación	72

4.1.1.- Identificación de las variables	72
4.1.1.1.- Variable/s independiente/s	72
4.1.1.2.- Variable/s dependiente/s	72
4.1.2 Definición de las variables	72
4.1.21.- Definición conceptual	72
4.1.2.2.- Definición operacional (Dimensiones, sub – dimensiones e indicadores)	72
4.2.- Definición del alcance del estudio	72
4.3.- Diseño de Investigación	72
4.4.- Unidades de análisis, población y muestra	73
4.5.- Instrumentos de medición a ser empleados	73
5. ANÁLISIS DE LOS DATOS OBTENIDOS	74
5.1.- LEY 17.940 SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA ACTIVIDAD SINDICAL	74
5.1.1.- Elaboración y aprobación de la ley	74
5.2.- ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA LEY	79
5.2.1.- La tutela de la libertad sindical con anterioridad a la ley 17.940	79
5.2.2.- La fórmula declarativa de la ley y su reconocimiento a la libertad sindical	85
5.2.3.- La libertad sindical como bien jurídico tutelado	87
5.2.4.- Ámbito de aplicación subjetivo de la ley	88
5.2.4.1.- Protección de los trabajadores del sector público	89
5.2.5.- Ámbito de aplicación objetivo de la ley	94
5.2.5.1.- Alcance de la protección	94
5.2.5.2.- Precisión del acto antisindical	96
5.2.5.2.1.- Acciones u omisiones	96
5.2.5.2.2.- Discriminación durante el empleo o en el acceso al mismo	96
5.2.5.2.3.- La no necesaria existencia de un sindicato	97

5.2.5.2.4.- La libertad sindical individual (positiva y negativa)	97
5.2.5.2.5.- Los actos de injerencia	98
5.2.5.2.6.- Determinación del agente antisindical	100
5.2.6.- Mecanismos de protección contra los actos antisindicales	101
5.2.7.- Nulidad de los actos discriminatorios	104
5.2.7.1.- El pago de los jornales caídos	106
5.2.7.2.- Reparación del daño moral	108
5.2.8.- La “causa razonable” del despido o perjuicio	109
5.2.8.1.- Especial referencia a la notoria mala conducta como causa justificada de desvinculación	111
5.2.8.2.- La posición de la jurisprudencia con relación a la consideración de la “causa razonable” como justificación del despido	112
5.3.- ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY 17.940	116
5.3.1.- La doble vía procesal para la tutela de la libertad sindical	117
5.3.1.1.- El proceso de tutela general	117
5.3.1.2.- El proceso de tutela especial	118
5.3.2.- Canjeabilidad de las estructuras procesales	122
5.3.3.- La intervención sindical en el proceso: el litisconsorcio necesario	123
5.3.3.1.- La sanción de la ley 18.847 y el litisconsorcio	130
5.3.3.2.- La constitucionalidad del artículo 3 Literal B de la ley 17.940	131
5.3.4.- La “prueba” en la ley 17.940	133
5.3.4.1.- La prueba en materia procesal	133
5.3.4.1.1.- Carga de la prueba	134
5.3.4.2.- Teoría de las cargas dinámicas probatorias	135
5.3.4.2.1.- Especialidades de la materia laboral. Disponibilidad del medio Probatorio	139
5.3.4.3.- Carga de la prueba en la ley 17.940	141

5.3.4.3.1.- La carga de la prueba en el proceso de tutela especial	141
5.3.4.3.2.- La carga de la prueba en el proceso de tutela general	144
6. DISCUSIÓN	147
6.1.- Conclusiones de la Investigación	147
6.1.1.- Conclusiones parciales	147
6.1.2.- Conclusión final	153
6.1.33.- Reflexiones finales	154
7. LISTADO BIBLIOGRÁFICO	156
ANEXO Entrevistas en profundidad	162

1.- INTRODUCCIÓN

Nuestro País desde el año 2005 con la asunción del gobierno de izquierda ha visto la aprobación de un sin fin de normas laborales, lo que ha dado en que algunos autores hablen de una “*reforma*” del derecho laboral contemporáneo.

Sin perjuicio de estas normas, las principales modificaciones del sistema de relaciones laborales (RRL) en su conjunto fueron producidas por la convocatoria a los Consejos de Salarios en el año 2005 junto a la aprobación de la ley de fuero sindical del 2006. Esta ley, sin hacer ninguna innovación con relación a los derechos sindicales, vino a dotar de coercibilidad a las normas de las más altas jerarquías imperantes en esta materia objeto de estudio.

Asimismo, la aprobación de la ley 17.940 de libertad sindical puede significar el quiebre (¿definitivo?) de una tradición de abstencionismo legislativo en materia de regulación de las relaciones colectivas de trabajo.

Si bien es cierto que el abordaje al tema seleccionado para este trabajo ha sido investigado por diversos autores, consideramos que ocho años de sanción de la normativa de referencia es un tiempo considerable para analizar si ésta ha contribuido a una efectiva protección de la libertad sindical.

Pretendemos alcanzar dos grandes objetivos. *Por una parte*, buscamos proporcionar el conjunto de elementos teóricos y normativos de la más alta jerarquía - especialmente de origen internacional y constitucional – relativos a la noción de libertad sindical, para su abordaje desde la perspectiva de las normas internacionales del trabajo y los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT. *Por otra parte*, luego de analizar los aspectos sustanciales y procesales establecidos en los artículos 1 a 3 de la ley 17.940, intentamos poner al alcance de todos cual ha sido la posición de nuestra jurisprudencia sobre los principales aspectos de la ley, así como determinar si ésta ha contribuido a una efectiva protección de la libertad sindical.

A tales efectos, en *primer lugar* se estudió la evolución jurídica de la libertad sindical. En *segundo lugar*, relevamos la regulación internacional de la libertad sindical. En *tercer lugar*, hicimos referencia al contenido de la libertad sindical. En *cuarto lugar*, abordamos los pronunciamientos del Comité de

Libertad Sindical en relación a la protección contra los actos antisindicales. Luego, en *quinto lugar*, repasamos la regulación de la libertad sindical en el Uruguay. Así, en *sexto lugar*, nos detuvimos en analizar la ley 17.940 sobre promoción y protección de la actividad sindical, estudiando los aspectos sustanciales y procesales. *Finalmente*, proyectamos nuestras conclusiones.

2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

2.1.- Objetivos de investigación

2.1.1.- Objetivo principal

Determinar si la ley 17.940 de promoción y protección de la actividad sindical ha contribuido a la efectiva tutela de la libertad sindical.

2.1.2.- Objetivos específicos

- Describir los aspectos sustantivos de la libertad sindical en el marco de la normativa internacional y nacional.
- Estudiar los principales rasgos de la evolución histórica de la libertad sindical.
- Estudiar el marco normativo vigente sobre libertad sindical a nivel mundial y regional.
- Analizar la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical (CLS) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en relación a la protección contra la discriminación antisindical.
- Estudiar el marco normativo vigente sobre la libertad sindical en nuestro ordenamiento jurídico.
- Analizar los aspectos sustantivos y procesales (en materia de prueba) de la nueva ley, así como identificar qué papel ha jugado la jurisprudencia nacional en relación a la tutela de la libertad sindical en el marco de la ley 17.940.

2.2.- Preguntas de investigación

A los efectos de demarcar el problema de estudio de la presente investigación, se formulará una pregunta inicial (conforme al objetivo general planteado) y diferentes preguntas complementarias, las cuales se desprenden de la pregunta principal.

2.2.1.- Pregunta principal de investigación

¿La entrada en vigencia de la ley 17.940 sobre promoción y protección de la actividad sindical ha contribuido a la efectiva tutela de la libertad sindical?

2.2.2.- Preguntas que se derivan de la pregunta principal

- ¿Cuáles han sido los principales rasgos de la evolución histórica de la libertad sindical?
- ¿Cuál es el marco normativo vigente sobre libertad sindical a nivel mundial y regional?
- ¿Cuál es la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical (CLS) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en relación a la protección contra la discriminación antisindical?
- ¿Cuál es el marco normativo vigente sobre la libertad sindical en nuestro ordenamiento jurídico?
- ¿Cuáles son los aspectos sustantivos y procesales (en materia de prueba) de la nueva ley?; ¿qué papel ha jugado la jurisprudencia nacional en relación a la tutela de la libertad sindical en el marco de la ley 17.940?

2.3.- Justificación de la investigación

El derecho laboral actual es muy complejo debido a la cantidad de normas que versan sobre la materia. En los últimos años se han sancionado un sinnúmero de normas laborales sobre los más diversos aspectos, regulando muchos temas complejos y de mucha trascendencia, siendo uno de ellos el tema objeto de estudio de la presente tesis.

Nuestro trabajo pretende, hacer un abordaje jurídico de la ley de fuero sindical para analizar si en estos ocho años de su sanción y aplicación, esta ha contribuido a una efectiva protección de la actividad sindical.

El estudio planteado ayudará, entre otros aspectos, a señalar aspectos nuevos de la ley de fuero sindical y determinar cuál es la tendencia jurisprudencial en la materia, lo cual es muy importante a la hora de la toma de decisiones para cualquiera de los actores del sistema.

El estudio de la legislación interna en la materia es relevante en función de los derechos humanos fundamentales en juego. Es preciso determinar aciertos y la existencia de vacíos legales en materia de libertad sindical.

2.4.- Viabilidad

La viabilidad de la presente investigación está basada en la posibilidad de acceso a la información requerida, esto es, la facilidad de acceder a las sentencias de los Tribunales de Apelaciones Laborales, de la Suprema Corte de Justicia y del Comité de Libertad Sindical, así como la posibilidad de entrevistar a diversos actores del sistema.

2.5.- Antecedentes hallados

Luego de realizar una búsqueda podemos determinar que no se encontraron antecedentes que versen sobre el tema objeto de la presente investigación.

3.- MARCO TEÓRICO

3.1.- EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA LIBERTAD SINDICAL

Dada la finalidad de este trabajo, no vamos a realizar aquí un desarrollo de la historia del movimiento sindical.

Aunque para poder hacer un abordaje de la protección jurídica de la libertad sindical y comprenderla cabalmente – afirma MANTERO- es necesario saber que nuestra legislación se construye sobre un terreno en el que durante

dos siglos se han acumulado capas sedimentarias originadas en otras circunstancias materiales e ideológicas.¹

Vamos a repasar las etapas por las que ha transcurrido la protección jurídica de la libertad sindical. Etapas que ha transitado el sindicalismo y se han caracterizado - como lo destaca ERMIDA- tanto por lo particularmente significativa como por lo espectacular. El sindicato pasó, de ser considerado como delito, a convertirse en un derecho fundamental, constitucionalmente proclamado e internacionalmente protegido².

Las etapas mencionadas las dividiremos en: a) **prohibición**; b) **tolerancia**, y c) **reconocimiento jurídico**.

La etapa de **prohibición** comienza en Francia con la ley *Le Chapelier* en 1789, la cual expresaba que “los obreros y oficiales de cualquier arte no podrán, cuando se encuentren conjuntamente, nombrar presidente ni secretario sindical, organizar registros, adoptar decisiones o deliberar ni elaborar reglamentos sobre sus pretendidos intereses comunes (...) que si se confabulan o conciertan para rehusar el ejercicio de su industria o de su trabajo”, tales acuerdos serán declarados atentatorios a la libertad y a la Declaración de los Derechos del Hombre³. También dentro de este período, en Inglaterra, se sancionan las leyes *Combination of Workmen Acts* de 1799 y 1800. Es una etapa que se caracterizaba por la prohibición y castigo de cualquier tipo de organización que fuera a representar intereses de grupos. Conjuntamente con estas normas los Códigos Penales (Francia, Italia, Alemania, entre otros), sancionaban con penas de prisión a quienes propiciaban o participaban de este tipo de organizaciones⁴.

¹ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. “Evolución de la Protección Jurídica de la Libertad Sindical”, en AAVV Protección y Promoción de la Libertad Sindical – Curso sobre la Ley 17.940- Mantero de San Vicente, Osvaldo y otros, FCU, 1ª edición setiembre de 2006, pág. 51.

² ERMIDA URIARTE, Oscar. “Sindicatos en Libertad Sindical”, FCU, 4ª edición junio de 2012, pág. 65.

³ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Evolución... cit. pág. 52.

⁴ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “La Libertad Sindical en las Normas y Pronunciamientos de la OIT”, FCU, 1ª edición setiembre de 2007, pág. 15.

Luego, a partir de 1824 comienza la etapa de **tolerancia**. Se derogan en Inglaterra las mencionadas *Combinattions of workmen Acts* de 1799 y 1800 con sus respectivas prohibiciones y penalizaciones, a través de la aprobación de la *Combinattion Laws Repeal*. Este período de tolerancia presenta diferentes matices, en unos países es sin reconocimiento de los sindicatos, mientras que en otros es a través de un régimen que permite controlar a los sindicatos⁵. Esta es una etapa importante, ya que los sindicatos pasan de la clandestinidad a ser organizaciones regidas por el derecho y coherentes con el orden jurídico que actúan⁶.

Si bien es en Inglaterra donde comienza esta etapa de derogación de las prohibiciones y penalizaciones, es seguida por Alemania en 1869, Francia en 1884, Italia en 1890 y EEUU en 1914 (entre otros). Es esta etapa la que marca el camino hacia la etapa de **reconocimiento jurídico** de la libertad sindical. La referencia del comienzo de esta última etapa es la sanción en Inglaterra de la *Trade Union Acts* en 1871 donde comienza el período de registro de los sindicatos.

Siguiendo con esta evolución, pero en relación a la incorporación del derecho sindical a las constituciones nacionales, hay que mencionar la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución Alemana de 1919.

La Asamblea Legislativa de Querétaro aprueba el 12 de enero de 1917 la Constitución Mexicana, que consagra el derecho sindical en su art. 123. Como expresa OSVALDO MANTERO, comienza a esbozarse con esta una corriente legislativa orientada a crear institutos de protección jurídica de la libertad sindical, en relación con el contrato de trabajo, y a limitar, con miras a esa protección, poderes jurídicos generalmente reconocidos al empleador⁷. Luego el 11 de agosto de 1919 en la ciudad de Weimar – Alemania- se

⁵ A modo de ejemplo, en Inglaterra, el ejercicio de la actividad sindical es una conducta simplemente tolerada, permitida y no un derecho ni un interés jurídicamente tutelado. Los sindicalizados lo harán bajo su responsabilidad. (VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. ob. cit. pág. 16).

⁶ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, “Derecho Sindical”, FCU, 1ª edición julio 1998, pág. 29.

⁷ MANTERO DE SAN VICENTE. Evolución...cit. pág. 53.

aprueba la Constitución que en su art. 159 incorpora la libertad sindical y un régimen de protección para esta.

Finalmente, en 1919 con la Constitución de la OIT, se le concede a la libertad sindical un reconocimiento de supra legalidad a través de la incorporación al ordenamiento internacional.

3.2.- LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

El concepto de libertad sindical se encuentra promovido por principios fundamentales y por normas de la más alta jerarquía. Ha sido consagrada como un derecho fundamental en diversas convenciones, declaraciones y tratados, tanto a nivel mundial como a nivel regional.

3.2.1.- Las Declaraciones Internacionales

La ***Declaración Universal de Derechos Humanos***, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, proclama como ideal común que todos los pueblos y naciones se esfuercen para que individuos e instituciones promuevan los derechos y libertades establecidos y aseguren su reconocimiento y aplicación efectiva. En su artículo 23 numeral cuarto expresa que “...*toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses*”.

El ***Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales***⁸, aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, en su parte III artículo 8 establece “*el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales*”, no pudiendo imponerse restricciones con la sola excepción de las que establezca la ley “*y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público*”⁹. Continúa el mismo artículo consagrando “*el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a*

⁸ Aprobado en nuestro país por la ley 13.751 del 11 de julio de 1969.

⁹ Literal a) del artículo 8.

*fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas*¹⁰; “*a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley*”¹¹; así como “*el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país*”¹².

La **Declaración de Principios Sociales de América**¹³ de 1945 considera como uno de sus objetivos esenciales “*la solución de problemas sociales, mejorando para tal efecto las condiciones materiales de existencia de las clases trabajadoras*”. Esta recomienda “*considerar de interés público internacional la expedición, en todas las Repúblicas americanas, de una legislación social que proteja a la población trabajadora y consigne garantías y derechos, en escala no inferior a la señalada en las Convenciones y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo...*”, y en el literal g) destaca el “*reconocimiento del derecho de asociación de los trabajadores, del contrato colectivo y del derecho de huelga*”.

Luego en el año 1948 se celebra en Bogotá la **IX Conferencia Panamericana**, convirtiéndose en la conferencia panamericana más importante. En esta se aprobaron: la **Carta de la Organización de los Estados Americanos**¹⁴ (Carta de Bogotá) que en su artículo 29 hace una referencia al derecho de constituir organizaciones profesionales; la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** en cuyo artículo 22 establece el derecho de asociación¹⁵; y la **Carta Internacional**

¹⁰ Literal b) del artículo 8.

¹¹ Literal c) del artículo 8.

¹² Literal d) del artículo 8.

¹³ Aprobada por la **Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz** reunida en México el 21 de febrero de 1945 en su acta final, donde se transcriben los textos de las resoluciones, vemos en el LVII la aprobación de la Declaración de Principios Sociales en América, la cual fue aprobada en la sesión plenaria del día 7 de marzo de 1945.

¹⁴ O simplemente **Carta de la OEA**. Es un tratado interamericano que crea la Organización de Estados Americanos. Fue firmada el 30 de abril de 1948 en la ciudad de Bogotá, entrando en vigencia el 13 de diciembre de 1951.

¹⁵ **Artículo 22** “*Derecho de Asociación: Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden*”.

Americana de Garantías Sociales, que en sus artículos 7, 26 y 27 respectivamente, establece la extensión de los convenios colectivos a los trabajadores no afiliados, la protección o fuero sindical, la libertad para formar asociaciones profesionales con personería jurídica y constituir federaciones, no estar sujetos a disolución administrativa y reconociendo el derecho de huelga¹⁶.

La Organización de los Estados Americanos aprueba en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), celebrada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, la **Convención Americana Sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José)¹⁷. Esta reconoce el derecho de reunión (en su artículo 15)¹⁸ y establece el derecho de libertad de

¹⁶ **Artículo 7** “La Ley reconocerá y reglamentará los contratos y convenciones colectivos de trabajo. Regirán en las empresas que hubieren estado representadas en su celebración no solamente por los trabajadores afiliados a la organización profesional que los suscribió, sino para los demás trabajadores que formen o lleguen a formar parte de esas empresas. La Ley fijará el procedimiento para extender los contratos y convenciones colectivas a toda la actividad para la cual se concertaron y para ampliar su ámbito de validez territorial”.

Artículo 26 “Los trabajadores y empleadores sin distinción de sexo, raza, credo o ideas políticas, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, que, a su vez, puedan federarse entre sí. Estas organizaciones tienen derecho a gozar de personería jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus derechos. Su suspensión o disolución no puede imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado.

Las condiciones de fondo y de forma que se exijan para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales no deben coartar la libertad de asociación.

La formación, funcionamiento y disolución de federaciones y confederaciones estarán sujetos a las mismas formalidades prescriptas para los sindicatos.

Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el período de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente”.

Artículo 27 Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La Ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio”.

¹⁷ Aprobada por Uruguay a través de la Ley N° 15.737 del 8 de marzo de 1985, publicada en el D.O el 22 de marzo/85 – N° 21906, en cuyo artículo 15 establece: “Apruébese la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, cuyo texto forma parte de la presente ley”.

¹⁸ **Artículo 15.** “Derecho de Reunión: Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

asociación con fines “ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole” (artículo 16)¹⁹.

En el Salvador, en el año 1988, se suscribe el **Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, el cual en su artículo 8 establece la obligación de los Estados de garantizar “el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección”, a permitir la formación de “federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes”, así como el derecho a la huelga. A su vez asegura que el ejercicio de los derechos enunciados admiten solamente una limitación legal, siempre que sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. En relación a los miembros de las fuerzas armadas y la policía, estarán sujetos a las restricciones que imponga la ley.

Por último, el 10 de diciembre de 1998 los Jefes de Estado del MERCOSUR firmaron la **Declaración Sociolaboral del Mercosur** donde manifiesta que los Estados Parte apoyaron la declaración de la OIT relativa a Principios y Derechos Fundamentales y reafirman el compromiso a respetar y promover los convenios reconocidos como fundamentales. En su artículo 8 “Libertad de Asociación” se establece: “1.- Todos los empleadores y trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a esas organizaciones, de conformidad con las legislaciones nacionales vigentes; 2.- Los Estados parte se comprometen a asegurar, mediante dispositivos legales, el derecho de la libre asociación, absteniéndose de cualquier injerencia en la creación y gestión de las organizaciones constituidas, además de reconocer su legitimidad en la

¹⁹ **Artículo 16.** “Libertad de Asociación: 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

representación y la defensa de los intereses de sus miembros". Y el artículo 9 "Libertad Sindical" establece: "1.- Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo; 2.- Se deberá garantizar: a) la libertad de afiliación, de no afiliación y de desafiliación, sin que ello comprometa el ingreso a un empleo o su continuidad en el mismo; b) evitar despidos o perjuicios que tengan como causa su afiliación sindical o su participación en actividades sindicales; c) el derecho a ser respetados sindicalmente, conforme a la legislación, acuerdos y convenios colectivos de trabajo vigentes en los Estados parte".

3.2.2.- Importancia de la OIT en la regulación de la libertad sindical

Sin perjuicio de todas las referencias en relación a la libertad sindical que se observan en todos los tratados y declaraciones mencionados, es en la OIT donde se encuentran las regulaciones mas desarrolladas, detalladas y precisas.

NEVES MUJICA afirma que en materia de regulación y protección de la libertad sindical el acontecimiento más importante fue el CIT 87, destacando que es desde este momento que la libertad sindical ha sido un tema fundamental para la OIT. Se basa en dos hechos: a) la obligatoriedad del respeto a la libertad sindical para todos los Estados miembros de la OIT (independientemente de la ratificación de los convenios sobre la materia); y b) el diseño del organismo de procedimientos especiales de control para el resguardo de ese derecho. Este "procedimiento ha dado lugar a una trascendental jurisprudencia sobre la interpretación de los convenios elaborada por los principales órganos de aplicación, que son la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical"²⁰.

La libertad sindical ha sido y es uno de los pilares básicos sobre los que se ha edificado la OIT, estando íntimamente ligada a su fundamento ideológico

²⁰ NEVES MUJICA, Javier, en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, "La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, Alcances y Regulación", ed PLADES, abril 2010, pág. 17.

“dado que su obra debe desarrollarse en un medio social pluralista, tanto desde el punto de vista de la organización social y económica, como desde el punto de vista político”. También la estructura tripartita sobre la que se cimenta la OIT “solo tiene razón de ser institucional si los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones gozan de libertad y autonomía verdaderas, tanto en sus relaciones mutuas como frente al estado. Si alguna de las partes subordina a la(s) otra (s), el edificio se desploma, al quedar reducido sólo a una especie de apariencia”²¹.

Es de nuestro interés, hacer un recorrido por la Constitución de la OIT y su Declaración de Filadelfia, los Convenios Internacionales de Trabajo y Recomendaciones que versan sobre la libertad sindical, así como otros instrumentos de especial relevancia. Éstas – como lo advierte ERMIDA - “configuran una normativa internacional de directa validez jurídica interna, que constituye la principal base jurídica supranacional de la libertad sindical”²².

3.2.2.1.- La Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia

La **Constitución de la OIT** fue aprobada en el año 1919^{23 24} y ratificada por nuestro país con la ley 6.991 del 23 de octubre del mismo año.

Incluye en su preámbulo el reconocimiento del “*principio de libertad sindical*”, estableciendo que esta es una de las “*condiciones necesarias para alcanzar la paz y armonía universal*”.

²¹ (ERMIDA URUARTE y VILLAVICENCIO RÍOS 1193: 76) en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 68.

²² ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 14.

²³ Elaborada entre enero y abril de 1919 por una Comisión de Trabajo establecida por la Conferencia de Paz, reunida en París y luego en Versalles. Fue presidida por Samuel Gompers y compuesta por representantes de nueve países: Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Polonia, Reino Unido y Estados Unidos (ver RASO DELGUE, Juan, Capítulo X “La Organización Internacional del Trabajo” en Derecho del Trabajo, Tomo I, FCU, 1ª edición marzo de 2012, pág. 131).

²⁴ El texto original ha sido modificado por la enmienda de 1922, que entró en vigor el 4 de junio de 1934; por el Instrumento de Enmienda de 1945, que entró en vigor el 26 de setiembre de 1946; por el Instrumento de Enmienda de 1946, que entró en vigor el 20 de abril de 1948; por el Instrumento de Enmienda de 1953, que entró en vigor el 20 de mayo de 1954; por el Instrumento de Enmienda de 1962, que entró en vigor el 22 de mayo de 1963; y por el Instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1º de noviembre de 1974.

Establece una organización tripartita con representantes de los gobiernos, los trabajadores y los empleadores, asegurando la independencia y acción de cada uno de estos. Es por esto, que sin esfuerzo puede concluirse que “la Constitución de la OIT, sobre el eje del tripartismo de la organización, postula la libertad, la independencia y la autonomía sindical”²⁵.

Luego, en 1944 se proclama **La Declaración de Filadelfia**, que actualiza los fines y objetivos de la OIT, señalando que “la libertad de expresión y de asociación son esenciales para el progreso constante”.

3.2.2.2.- Los Convenios Internacionales de Trabajo²⁶

Muchos son los convenios internacionales de trabajo (CIT) emanados de la OIT referentes a la libertad sindical. Éstos y las recomendaciones de la OIT, en nuestro país, desarrollan un “papel estelar de la normativa internacional en

²⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 15.

²⁶ Los **CIT** son los textos aprobados por una mayoría especial por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo y que **al ser ratificados** por cada país, **se convierten en normas obligatorias** para los países que lo ratifican – negrita nuestra - (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Curso de Derecho Laboral”, Tomo I. Volumen II, C. Acali Editorial, 2da edición ampliada y corregida 1979, Tomo I Volumen I, pág. 63.). En nuestro país la Constitución establece una serie de reglas para hacer esto efectivo, en consonancia estas con las establecidas en la OIT. Según el art. 85 núm. 7 corresponde a la Asamblea General aprobar o reprobar por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras. Luego el art. 168 núm. 20 dispone que corresponde al Presidente de la República actuando con el Ministro o Ministros respectivos, concluir o suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo. Surge del desarrollo que los CIT han de ser sometidos a estos procedimientos para ser válidos, GROS ESPIELL en un informe para la OIT, con referencia a los CIT expresó que “...*todo acuerdo internacional ya sea con potencias extranjeras o con organismos internacionales requiere, para poder ser ratificado, aprobación legislativa...*” (VARELA, Raúl H., “Participación del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en el Proceso de Ratificación de los Convenios Internacionales del Trabajo” en AAVV Treinta y Seis Estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo, Grupo de los miércoles, FCU, 1ª edición diciembre 1995, pág.161, citando a Gros Espiell, H. Revista del Colegio...cit. pág. 164.). A su vez, OSCAR ERMIDA expresa que “el art. 72 de nuestra Constitución nacional dispone que la enumeración de derechos contenida en esta no excluye, sino que incluye otros “que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma democrático-republicana de gobierno”. En función de su previsión en el art. 72, los derechos fundamentales proclamados en pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, son constitucionales ab initio: nacen constitucionales al derecho uruguayo. La Constitución nacional nació grávida de estos derechos de fuente internacional, que forman parte de ella desde el comienzo, como va dicho, sin necesidad de ratificación, adopción, ni incorporación” (ERMIDA URIARTE, Oscar, “Derechos Humanos Laborales en el Derecho Positivo Uruguayo” p.15, en BARRETO GHIONE, Hugo, “Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay”, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, OIT , 1ª edición 2006).

materia laboral²⁷, siendo Uruguay uno de los países que integra los primeros lugares en número de ratificaciones de convenios a nivel regional y mundial²⁸.

Lo importante del papel de los CIT es que fuera de los aspectos formales de su ratificación por parte de nuestro país, estos se transforman en derecho interno aplicable.

El derecho internacional en nuestro país forma parte de las fuentes específicas o peculiares al derecho laboral.

En el Derecho Laboral no siempre el orden jerárquico entre las diferentes fuentes se muestra como en otras ramas del derecho, y utiliza la aplicación de criterios propios en los casos de concurrencia de fuentes para regular una misma situación de hecho.

Distinguiremos dos situaciones con relación a los CIT. Estas son la relación entre un CIT y ley o convenio colectivo anterior, y en segundo lugar la relación entre CIT y legislación posterior.

En la primera situación aplicamos el art. 19 núm. 8 de la Constitución de la OIT que expresa "*En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un*

²⁷ Informe RELASUR, "La Relaciones Laborales Uruguayas", FCU, 1ª edición junio 1995, pág. 46 y 47.

²⁸ (ver www.ilo.org) Uruguay es miembro de la OIT desde el 28 de junio de 1919 y **ha ratificado 109 CIT y 1 protocolo. En relación al número de ratificaciones se encuentra en cuarto lugar**, siendo España el país con más ratificaciones (133), seguido por Francia con 125 e Italia con 113. Recientemente ratificó el CIT N° 176 sobre seguridad y salud en las minas, 1995, el cual entrará en vigor para nuestro país el 5 de junio de 2015. De los 109 CIT ratificados, destacar: a) **los 8 Convenios fundamentales**, CIT 29 sobre el trabajo forzoso de 1930; CIT 87 sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación de 1948; CIT 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva de 1949; CIT 100 sobre igualdad de remuneraciones de 1951; CIT 105 sobre abolición del trabajo forzoso de 1957; CIT 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958; CIT 138 sobre la edad mínima de 1973 y el CIT 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999; b) **los cuatro convenios de gobernanza (prioritarios)**, CIT 81 sobre la inspección del trabajo de 1947; CIT 122 sobre la política de empleo de 1964; CIT 129 sobre las inspección de trabajo (agricultura) de 1969 y CIT 144 sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) de 1976; y c) **97 de 177 convenios técnicos**.

De los 109 CIT ratificados por Uruguay, 80 están en vigor, 27 han sido denunciados y 1 ha sido ratificado en los últimos 12 meses.

La OIT tiene a la fecha 396 instrumentos adoptados: 189 Convenios, 5 Protocolos, y 202 Recomendaciones.

convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o la recomendación". O sea, que los CIT no pueden deteriorar los beneficios establecidos previamente por una norma de derecho interno²⁹.

En lo que refiere a la relación entre un CIT y la legislación posterior, en caso de que un Estado que haya ratificado un convenio internacional luego aprueba una ley contraria, incurre en responsabilidad internacional frente a los demás Estados miembros de la OIT y será observado por los órganos de ésta.

En la doctrina nacional, nos encontramos con diferentes opiniones al respecto.

HUGO BARRETO³⁰ sostiene que no obstante el inocultable valor legal de las normas, debe destacarse que en opinión de parte de la doctrina laboralista, los convenios conservan "características que no permiten identificarlo con la legislación del trabajo ordinaria"³¹. "Esta aseveración se traduce, por ejemplo, en que no es jurídicamente concebible considerar tácitamente derogadas las disposiciones de un c.i.t debidamente ratificado y no denunciado, como consecuencia de la sanción de una ley aparentemente contradictoria. En esta hipótesis, la ley interna debe ser interpretada de modo que no afecte la virtualidad del convenio vigente dado que de lo contrario se corrompe el ordenamiento jurídico, admitiendo simultáneamente que una norma esté vigente y provoca consecuencias jurídicas, incluso sanciones al Estado infractor; pero que debe ser vista por el Juez nacional como no vigente y, consiguientemente, debe abstenerse de aplicarla, y en su lugar, hacerlo con la que la viola, con riesgo de provocar la aplicación de las referidas sanciones"³².

²⁹ PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago, "La Jerarquía de las Fuentes en el Derecho Laboral" en AAVV "Treinta y Seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho Laboral", Grupo de los Miércoles, FCU, 1ª edición diciembre de 1995, pág. 72.

³⁰ BARRETO GHIONE, Hugo. Investigación...cit. pág. 25.

³¹ BARBAGELATA, H. H, Derecho del Trabajo" Tomo I Volumen I, Montevideo, FCU, pág. 189 y ss.

³² BARRETO GHIONE, Hugo. Investigación...cit. pág. 25.

Por otro lado BARBAGELATA expresa que “los CIT como los códigos, poseen una mayor dureza que la legislación ordinaria, una especie de naturaleza consuetudinaria de super-ley, por lo tanto, cualquier ley que se sancionara con posterioridad a la ratificación de un Convenio no podría alterar los mínimos establecidos en éste so pena de violar el principio protector establecido en el art. 53 de la Constitución”³³.

BABACE considera que la aplicación de una norma nacional posterior no puede rebajar beneficios incluidos en un CIT, argumentando su posición en la aplicación de la norma más favorable. Considera que este principio “implica un correctivo a la pirámide jurídica Kelseniana y altera los conceptos clásicos de jerarquía y derogación. En todo caso y cualquiera sea la jerarquía de su fuente – concluye -, la norma laboral aplicable es la que consagra el mayor beneficio, la más favorable al trabajador”³⁴.

Por su parte PLA RODRIGUEZ desdobra los efectos de la aprobación de una nueva ley, en dos planos. “En el orden internacional la aprobación de la nueva ley generará responsabilidad ante la Organización Internacional del Trabajo. Desde el punto de vista del derecho interno, sostiene, la ley que ratifica el Convenio posee la misma naturaleza de la ley ordinaria y por ende su misma jerarquía por lo que puede derogarla o modificarla, encontrando el principio del mantenimiento de la condición más favorable se límite en la voluntad del legislador”^{35 36}.

Mientras que para RACCIATTI estudiando la relación entre los CIT y una ley nacional posterior, afirma que hay una prevalencia de los CIT ratificados en el derecho interno. Argumenta que los jueces deberán interpretar la nueva ley sin que esta afecte lo preceptuado por el convenio. “Si, excepcionalmente,

³³ BARBAGELATA. “Derecho...cit. pág. 87.

³⁴ BABACE, Hector. “Aspectos laborales de la acción de amparo. Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre normas internacionales y el derecho interno desde la perspectiva del derecho del trabajo”, RDL N° 158, pág. 368 y 369. Citado por RASO DELGUE, Juan. “La influencia de las normas internacionales del trabajo en el surgimiento y evolución del Derecho Laboral Latinoamericano, con especial referencia a la experiencia uruguaya”.

³⁵ PLA RODRÍGUEZ. “Curso de Derecho Laboral” Tomo I Volumen II, págs. 100 a103.

³⁶ SERÉ, Jorge, en “Curso de Derecho Laboral”, Tomo1 pág. 102-103.

existiere incompatibilidad radical y manifiesta con el régimen internacional, el tribunal deberá aplicar la ley nacional”, no suponiendo esto la primacía del derecho nacional sobre el internacional, configurándose una hipótesis de responsabilidad internacional, debido a la violación de un convenio³⁷.

Finalmente, es dable destacar la opinión de la doctrina moderna en relación a los CIT no ratificados. En este sentido expresa POTOBSKY que “los jueces de diversos países no solo han aplicado directamente distintos convenios ratificados de la OIT...también han recurrido a tales instrumentos en ausencia de ratificación. Estos instrumentos, así como su <<interpretación>> por los órganos de control de la OIT (Comisión de Expertos y Comité de Libertad Sindical) han sido utilizados como fuente de interpretación de la legislación nacional cuando ésta se ha inspirado en los convenios respectivos, o para cubrir lagunas de dicha legislación, o para aplicar principios reconocidos en la constitución nacional y no reglamentados, o para aplicar derecho interno conforme a principios internacionales”³⁸. En nuestro país, afirma ERMIDA “los convenios de la OIT no ratificados pueden tener algunos efectos importantes. En general tienen una eficacia similar a la de las Recomendaciones. Pero hay más: los convenios de la OIT sobre derechos humanos (la mayor parte), pueden tener validez plena, aún no ratificados, como es el caso de los referidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998. Aparte de eso, las otras convenciones de la OIT sobre derechos humanos pueden – y hasta deben – ser usadas en la interpretación de otras normas de derechos humanos”³⁹.

En este sentido encontramos a los CIT: **11**⁴⁰ sobre *los derechos de asociación y de coalición de los trabajadores agrícolas* (1921); **84**⁴¹ sobre el

³⁷ RACCIATTI, Octavio Carlos. “Los convenios internacionales del trabajo y las leyes posteriores a su ratificación”, en RDL N° 174, pág. 219 y 220.

³⁸ POTOBSKY, Geraldo Von. “Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional”, en AAVV Normas Internacionales del trabajo para magistrados, juristas y docentes en derecho, Facultad de Derecho, OIT, CIF, pág. 91.

³⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Aplicacao das normas internacionais do trabalho”, Revista do Advogado N° 110, pág. 110.

⁴⁰ Entrada en vigor el 11 de mayo de 1923. Ratificado por nuestro país el 5 de abril de 1933 por el Decreto Ley N° 8.950.

derecho de asociación y a la solución de los conflictos de trabajo en los territorios no metropolitanos (1948); **87**⁴² *sobre la libertad sindical y la protección del derecho sindical* (1948); **98**⁴³ *sobre la aplicación de los principios del derecho de organización y de negociación colectiva* (1949); **110**⁴⁴ *sobre las plantaciones* (1958); **135**⁴⁵ *sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa*; **141**⁴⁶ *sobre las organizaciones de los trabajadores rurales* (1975); **151**⁴⁷ *sobre las relaciones de trabajo en la administración pública* (1978); **154**⁴⁸ *sobre la negociación colectiva* (1981); **158**⁴⁹ *sobre la terminación de la relación de trabajo* (1982).

Medular trascendencia adquieren los CIT 87 y 98. En particular, y sobre el CIT N° 87, se lo ha considerado como el primer tratado internacional que consagró formalmente una de las libertades fundamentales del hombre (Paul DURAN⁵⁰); piedra angular del andamiaje jurídico internacional de libertad sindical (Alfredo VILLAVICENCIO⁵¹); constituyendo el texto básico de la reglamentación internacional de la libertad sindical (JM VERDIER⁵²).

⁴¹ Entrada en vigor el 1 de julio de 1953.

⁴² Entrada en vigor el 4 de julio de 1950. Ratificado por la Ley 12.030 del 27 de noviembre de 1953.

⁴³ Entrada en vigor el 18 de julio de 1951. Ratificado por la Ley 12.030 del 27 de noviembre de 1953.

⁴⁴ Entrada en vigor el 22 de enero de 1960. Ratificado por el Decreto Ley N° 14.113 del 30 de abril de 1973.

⁴⁵ Entrada en vigor el 8 de julio de 2013. Ratificado por la Ley 18.068 del 2 de octubre de 2009.

⁴⁶ Entrada en vigor el 24 de noviembre de 1977. Ratificado por la Ley N° 16.039 del 8 de mayo de 1989.

⁴⁷ Entrada en vigor el 25 de febrero de 1981. Ratificado por la Ley N° 16.039 del 8 de mayo de 1989.

⁴⁸ Entrada en vigor el 11 de agosto de 1983. Ratificado por la Ley N° 16.039 del 8 de mayo de 1989.

⁴⁹ Entrada en vigor el 23 de noviembre de 1985.

⁵⁰ DURAND, Paul y ANDRÉ Viyu. "Traité de droit du travail", París 1956, t. III, pág. 90. Citado por ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 16.

⁵¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 69.

⁵² VERDIER, JM, "Traité de droit du travail (dir. GH Camerlynck), París 1966, t. V, N° 50, pág. 127. Citado por ERMIDA URUARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 16.

Dada la importancia de ambos CIT, realizaremos una síntesis de los derechos establecidos en ellos⁵³:

- Derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción, de constituir las organizaciones que estimen conveniente, sin autorización previa (art. 2 CIT 87).
- Derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción, de libre afiliación (art. 2 del CIT 87).
- Derecho de las organizaciones de libre estructuración interna: redacción de estatutos y reglamentos, elección libre de sus representantes, organización de administración, actividades y programa de acción; materias en las que además se ordena la abstención estatal (art. 3 del CIT 87).
- Derecho de las organizaciones de obtener personería jurídica sin condiciones limitativas (art. 7 del CIT 87).
- Derecho de las organizaciones a no ser disueltas administrativamente (art. 4 del CIT 87).
- Derecho de las organizaciones a constituir federaciones y confederaciones, nacionales e internacionales, con las mismas garantías que la constitución de organizaciones de base (art. 5 del CIT 87).
- Obligación estatal de adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar el libre ejercicio del derecho de sindicación (art. 11 del CIT 87).
- Derecho de los trabajadores a una adecuada protección contra cualquier discriminación por razones sindicales: fuero sindical (art. 1 del CIT 98).

⁵³ Se toma la síntesis realizada por VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 69.

- Derecho de las organizaciones de trabajadores y empleadores a una adecuada protección contra actos de injerencia de unas sobre las otras (art. 2 del CIT 98).
- Y obligación estatal de promover la negociación colectiva cuando sea ello necesario (art. 4 del CIT 98).

3.2.2.3.- La importancia de las Recomendaciones

También son numerosas las Recomendaciones que versan sobre la libertad sindical integrando –al decir de ERMIDA- “el estatuto internacional de la libertad sindical”⁵⁴.

Si bien estas no tienen fuerza vinculante, son consideradas como doctrinas más recibidas, subsidiariamente integran el derecho positivo, “amén de su valor fermental como fuentes materiales”⁵⁵.

No son instrumentos jurídicos obligatorios, razón por la cual no son sujetos a ratificación⁵⁶. Se pretende a través de estas, proponer directrices a los Estados que puedan guiar en la regulación de las relaciones laborales y en el desarrollo de su política social.

Entre ellas, : **113**⁵⁷ sobre *la consulta en las ramas de actividad económica y en el ámbito nacional* (1960); **119**⁵⁸ sobre *la terminación de la relación de trabajo* (1963); **129**⁵⁹ sobre *las comunicaciones dentro de la empresa* (1967); **130**⁶⁰ sobre *el examen de las reclamaciones* (1967); **143**⁶¹

⁵⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 17.

⁵⁵ Informe RELAUSR. Las Relaciones...cit. pág. 47.

⁵⁶ Aunque no sean obligatorias para los Estados Miembros, se genera la obligación de someter la recomendación a la autoridad legislativa interna dentro de un plazo de 18 meses, y a la presentación de memoria de seguimiento del estado de la legislación y de la puesta en práctica del contenido de la misma a solicitud del Consejo de Administración. BEAUDONNET, Xavier –director-, "Derecho internacional del trabajo y derecho interno" en Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Centro Internacional de Formación (CIF) OIT. Segunda edición 2010, pág. 48.

⁵⁷ Adoptada en la 44ª reunión de la CIT el 20 de junio de 1960.

⁵⁸ Adoptada en la 47ª reunión de la CIT el 26 de junio de 1963.

⁵⁹ Adoptada en la 51ª reunión de la CIT el 28 de junio de 1967.

⁶⁰ Adoptada en la 51ª reunión de la CIT el 29 de junio de 1967.

sobre *los representantes de los trabajadores* (1971); **159**⁶² sobre *las relaciones de trabajo en la administración pública* (1978); **163**⁶³ sobre *la negociación colectiva* (1981); **149**⁶⁴ sobre *la organización de los trabajadores rurales* (1975); **166**⁶⁵ sobre *la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador* (1982).

3.2.2.4.- Otras disposiciones

Además de los instrumentos destacados, existen otros que adquieren un valor importante en la OIT. Entre ellos:

3.2.2.4.1.- La Resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de 1970 sobre derechos sociales y su relación con los derechos civiles. Plantea la interdependencia entre la libertad sindical y el resto de las libertades civiles, estableciendo que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen libertades civiles. Entre los derechos señalados, están: el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y a la protección contra la detención y la prisión arbitrarias; la libertad de opinión y de expresión; el derecho de reunión; el derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones sindicales; y el derecho a un proceso regular por tribunales independientes e imparciales⁶⁶.

3.2.2.4.2.- La Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998. Establece que por el hecho de pertenecer a la OIT los estados tienen el compromiso de “*respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objetos de esos convenios*”. Los principios que establece son: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; b) la eliminación de todas

⁶¹ Adoptada en la 56ª reunión de la CIT el 23 de junio de 1971.

⁶² Adoptada en la 64ª reunión de la CIT el 27 de junio de 1978.

⁶³ Adoptada en la 67ª reunión de la CIT el 19 de junio de 1981.

⁶⁴ Adoptada por la 60ª reunión de la CIT el 23 de junio de 1975.

⁶⁵ Adoptada en la 68ª reunión de la CIT el 22 de junio de 1982.

⁶⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La Libertad...*cit. pág. 30-31.

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.

3.2.2.4.3.- El papel del Comité de Libertad Sindical⁶⁷. Es un órgano creado en 1951 por el Consejo de Administración para establecer un procedimiento de control especial, siendo encargado de verificar el respeto por los Estados Miembros de los principios de libertad sindical. Posee una integración tripartita, está integrado por nueve miembros⁶⁸ y presidido por una personalidad independiente (de reconocida imparcialidad y alta competencia en materia de derecho internacional y derecho laboral). 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 informe⁶⁹ al Consejo de Administración, el cual será sometido a aprobación de este último.

3.3.- CONTENIDO DE LA LIBERTAD SINDICAL⁷⁰

Podemos definir a la libertad sindical como “el derecho de los trabajadores a constituir y a afiliarse libremente a organizaciones sindicales, y el de éstas y de aquellos a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses”⁷¹.

⁶⁷ Ver BEAUDONNET Xavier - director – Derecho...cit. pág. 80-92.

⁶⁸ Compuesto por nueve miembros titulares e igual número de suplentes, los cuales son elegidos entre los miembros del Consejo, con la misma representación entre los grupos de trabajadores, empleadores y gobiernos.

⁶⁹ EL CLS puede elaborar tres tipos de informes: 1) Informe “*definitivo*”, del que pueden considerarse dos opciones: a) no adelantar examen más a fondo por carecer de fundamentos demostrando que los hechos no son atentatorios contra la libertad sindical, o b) Exigir al gobierno las medidas necesarias para revertir los hechos constatados o recordar la importancia del respeto a determinados principios; 2) Informe “*provisional*”, por el cual puede solicitar información adicional a la organización querellante o pedir al estado que tome medidas y lo mantenga informado; y 3) Informe “*de seguimiento*”, por el cual solicita se le mantenga informado de la evolución del caso planteado y que medidas adoptó el Estado Miembro a favor de la libertad sindical.

⁷⁰ Se seguirá el desarrollo propuesto por ERMIDA URIARTE, Oscar en Sindicatos...cit. pág. 23 – 60.

⁷¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 33.

Señala JAVILLIER que “ella constituye un elemento imprescindible de todo sistema de relaciones profesionales entre empleadores y asalariados, así como también de toda democracia política (...) La libertad sindical condiciona por sí misma otras libertades y derechos fundamentales, tales como el derecho de negociación colectiva y en parte, el derecho de huelga. Se trata en alguna medida, de una “libertad- condición”. Sin una plena vigencia de la libertad de asociación y la libertad sindical, no es excesivo considerar que muchos otros derechos de los asalariados, numerosos componentes del sistema de relaciones profesionales constituirían meras normas de fachada, reglas desprovistas de todo alcance práctico. Además de manera sin duda más general y fundamental, existe una interdependencia evidente entre estas libertades por un lado, y por otro la efectividad de los Derechos Humanos y el desarrollo de la Democracia”⁷².

Si observamos el CIT 87, todas las referencias son hacia las organizaciones de trabajadores y de empleadores. Analizando el ámbito subjetivo de aplicación de la libertad sindical, la titularidad del derecho nos lleva a concluir - sostiene VILLAVICENCIO RÍOS –que es bilateral: trabajadores y empleadores. Sin perjuicio de esta afirmación, hay quienes han cuestionado esta “bilateralidad” sosteniendo que a los trabajadores les corresponde el derecho a la libertad sindical, mientras que a los empleadores el derecho general de asociación. “Sin embargo – continúa el autor – en el ejercicio de su derecho de asociación general, se podría otorgar a los empleadores una buena parte de las garantías de la libertad sindical sin que sus organizaciones sean consideradas sindicatos..”. Y concluye “evidentemente la lógica del Convenio 87 sintoniza perfectamente con el tripartismo de la OIT, y, por tanto, para este la libertad sindical es un derecho bilateral que se aplica tanto a trabajadores como a empleadores”⁷³.

En el mismo sentido MANTERO nos enseña que dos son los elementos definidores de las organizaciones titulares de los derechos colectivos

⁷² JAVILLIER, Jean Claude. Manual de Derecho del Trabajo, FCU 1ª edición Agosto de 2007, pág. 625 y 626.

⁷³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 36.

inherentes a la libertad sindical: los individuos que constituyen la organización deben ser trabajadores o empleadores y el objeto de la organización debe ser el fomento y defensa de los intereses de los trabajadores o de los empleadores⁷⁴. Mientras que JAVILLIER nos advierte que la libertad sindical “constituye un elemento imprescindible de todo sistema de relaciones profesionales entre empleadores y asalariados, así como también de toda democracia política”⁷⁵.

La titularidad de la libertad sindical puede ser desde un plano individual como desde un plano colectivo, por lo que se la ha catalogado como un “derecho complejo”⁷⁶. Esto ha llevado a que la doctrina afirme que la libertad sindical es un derecho “fundamentalmente colectivo”, y es un “fenómeno fundamentalmente de actividad. Los binomios individual/colectivo, organización/actividad se mantienen, y hay que buscar la máxima amplitud en ambos lados, pero lo central del contenido de la libertad sindical son las expresiones colectivas y de actividad”⁷⁷.

Veamos.

3.3.1.- Aspecto individual de la libertad sindical

Contiene todos los derechos de las personas de constituir una organización sindical sin autorización previa y con total libertad, de afiliarse, no afiliarse o desafilarse a una organización sindical, así como a elegir sus autoridades, ser elegido como autoridad y a desarrollar actividad sindical.

Desarrollaremos este aspecto individual de la libertad sindical analizando en primer lugar el contenido de la libertad sindical individual positiva, para luego estudiar la libertad sindical individual negativa.

⁷⁴ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Derecho...cit. pág. 100.

⁷⁵ JAVILLIER, Jean Claude. Manual...cit. pág. 625.

⁷⁶ Expresa ERMIDA que el concepto de libertad sindical ha evolucionado notoriamente. Mientras en sus orígenes se refería al reconocimiento de derechos de los individuos a constituir sindicatos, “actualmente posee un contenido complejo, incluyendo derechos positivos (de hacer) y negativos (de no hacer), individuales y colectivos (ver ERMIDA URIARTE, Oscar, “Sindicatos...cit. pág. 29).

⁷⁷ VILLAVICENIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 35.

3.3.1.1.- Libertad sindical individual positiva.

La libertad sindical positiva consagra el derecho de toda persona a constituir una organización sindical, ser miembro pleno de ella, ser electo autoridad de esta o elegir libremente a las mismas, así como a desarrollar actividad sindical.

Reza el artículo 2 del CIT 87 que *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”*.

El derecho de constitución de una organización o de afiliación es *“sin ninguna distinción”*, haciéndose *“explícita una clara vocación de universalidad subjetiva del derecho, por lo tanto dicha disposición debe interpretarse siempre con criterio extensivo, involucrando a todo aquel que desarrolle una actividad laboral”*⁷⁸. *“Este derecho constituye la manifestación fundamental de la libertad en el plano individual (...) cualquier atentado contra este derecho constituye la negación misma de la libertad sindical”*⁷⁹.

En este sentido, un pronunciamiento del CLS expresa que *“el artículo 2 del Convenio num. 87 consagra el principio de no discriminación en materia de libertad sindical y la expresión “sin ninguna distinción” que contiene este artículo significa que se reconoce la libertad sindical sin discriminación de ninguna clase debida a la ocupación, al sexo, al color, a la raza, a las creencias, a la nacionalidad, a las opiniones políticas, etc., no solo a los trabajadores del sector privado de la economía, sino también a los funcionarios y a los agentes de los servicios públicos en general”*⁸⁰.

⁷⁸ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 36.

⁷⁹ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. “Curso de Derecho Laboral” Derecho Colectivo Tomo IV VOLUMEN I, IDEA Montevideo 1999, pág. 54.

⁸⁰ La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición (revisada) 2006, párrafo 209, pág. 47. Recomienda ver Recopilación de 1996, párrafo 205 y 308 informe, caso un., 1900 párrafo 182.

Sin perjuicio de esto, el propio CIT 87 en su artículo 9 permite la posibilidad de excluir del ámbito subjetivo de la LS a los integrantes de las fuerzas armadas y la policía. Expresa el artículo 9 que *“La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas en el presente Convenio”*.

El CLS se ha pronunciado en referencia al tema advirtiendo que los miembros de las fuerzas armadas y la policía *“deberían ser definidos de manera restrictiva”*⁸¹. Asimismo, expresa que la Conferencia Internacional de Trabajo tuvo la intención de dejar que cada Estado juzgue *“en qué medida considera oportuno acordar a los miembros de las fuerzas armadas y la policía los derechos previstos en el convenio”*⁸²; que *“no debe llevar a considerar como contrario al mismo el que la legislación de un Estado limite o excluya los derechos sindicales de las fuerzas armadas o de la policía”*⁸³; y *“ha recordado que debería darse una definición restrictiva de los miembros de las fuerzas armadas que pueden ser excluidos de la aplicación del Convenio”*⁸⁴.

*“El derecho de los trabajadores a constituir libremente las organizaciones de su propia elección no puede considerarse existente si no es plenamente reconocido y respetado de hecho y de derecho”*⁸⁵. El CLS *“ha subrayado la importancia que atribuye a que los trabajadores y los empleadores puedan de manera efectiva constituir con plena libertad organizaciones de su elección y afiliarse libremente a ellas”*⁸⁶. Y en lo que refiere a la libertad de asociación – expresa el CLS – *“los trabajadores deberían poder, si lo desearan, afiliarse simultáneamente a un sindicato de rama o a un sindicato de empresa”*⁸⁷. Estos derechos de constitución de sindicatos y libertad

⁸¹ *Idem* párrafo 223 pág. 50.

⁸² Recopilación...cit. párrafo 224 pág. 50.

⁸³ Recopilación...cit. párrafo 225 pág. 50.

⁸⁴ Recopilación...cit. párrafo 226 pág. 51.

⁸⁵ Recopilación...cit. párrafo 309 pág. 69.

⁸⁶ Recopilación...cit. párrafo 310 pág. 69.

⁸⁷ Recopilación...cit. párrafo 360 pág. 81.

de afiliación implican la libre determinación de la estructura y la composición de estos⁸⁸.

Con relación al desarrollo de la actividad sindical, ERMIDA destaca que la doctrina moderna asignó a la libertad sindical una nueva dimensión, asumiendo que el aspecto individual de esta no se agota en la libertad de asociación, o de constitución de un sindicato. Además, “la materia de la libertad sindical incluye el derecho de desarrollar *actividad sindical*, porque esta es el *objeto* de la libertad sindical”⁸⁹.

VILLAVICENCIO RÍOS la pondera como “el eje” de la actividad sindical, advirtiendo que “los trabajadores actúan para organizarse y se organizan para actuar”. Continúa señalando la dificultad de definirla dada sus caracteres de “multiforme, polivalente y variable”. Pero afirma que esta puede incluir a “todas aquellas acciones de los trabajadores vinculadas funcionalmente a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, en un contexto de respeto a las normas básicas del ordenamiento jurídico y a los derechos de terceros”⁹⁰.

En este sentido, la OIT aprobó el CIT 135 (sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa) y la Recomendación 143 (sobre los representantes de los trabajadores), relacionados a lo que son las prerrogativas y facilidades para el ejercicio de la actividad sindical.

Finalmente, vale la pena destacar lo establecido por la Recomendación 143 en su Capítulo “IV Facilidades que habrían de otorgarse a los representantes de los trabajadores”, artículos 10 a 17, que podemos titular en:

⁸⁸ Recopilación...cit. párrafo 333 pág.74.

⁸⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos... cit. pág. 32.

⁹⁰ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, La libertad...cit. pág. 48. Finaliza citando a GRANDI, quien nos expresa que se trata “de una noción susceptible de asumir significados y contenidos diversos, entre los que están desde actividades previas a la existencia de las organizaciones sindicales (proselitismo dirigido a constituir las), hasta las ordinarias que desarrollan los trabajadores afiliados a un sindicato (reunión, distribución y recepción de información sindical, cobro de cuotas sindicales, etc.) – GRANDI, Mario. “La libertà di organizzazione e di azioni sindacale nei Paesi dell’America Latina, Revista Italiana di Diritto del Lavoro, N° 4- . .

a) licencias y permisos sindicales sin pérdida de salario para funciones representativas y formativas; b) libertad de movimiento; c) comunicación inmediata y directa con los representantes de la empresa; d) recaudación de cuotas sindicales; e) libertad de comunicación verbal y escrita con sus representados; f) facilidades materiales; g) acceso a la información necesaria para el desarrollo de la actividad sindical; h) ingreso a la empresa para los dirigentes sindicales que no trabajan en ella pero cuya organización sí cuenta con afiliados.

3.3.1.2.- Libertad sindical individual negativa.

3.3.1.2.1.- Concepto y regulación internacional.

La libertad sindical negativa es un derecho “considerado como la otra cara del derecho a constituir o afiliarse a sindicatos, consiste en el derecho de los trabajadores a no incorporarse a tales organizaciones o a no permanecer en aquella de la que formen parte, bastando para ello su voluntad en cualquier sentido y sin que su decisión les pueda acarrear perjuicio alguno”⁹¹.

Para ERMIDA “el aspecto individual de la libertad sindical estaría constituido por todos aquellos derechos de los individuos a afiliarse (o no) a las organizaciones de su elección y a desafiliarse de las mismas, así como a constituir (o no) tales organizaciones, sin autorización previa y en total libertad”. Y en expresa relación a la libertad sindical negativa, agrega que consiste en el “derecho a no afiliarse a un sindicato y a desafiliarse a él”⁹².

SARTHOU haciendo referencia a la libertad sindical en su dimensión individual habla de cuatro facultades: adhesión, abstención, desistimiento y constituyente⁹³. Siendo la abstención y el desistimiento, claras alusiones a la libertad sindical negativa. Luego expresa que “la dimensión individual integra la llamada libertad negativa, que consiste en la capacidad del sindicalizado para retirarse o en el no sindicalizado para abstenerse de adherir”. Y concluye, “si el

⁹¹ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 50.

⁹² ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 31.

⁹³ SARTHOU, Helios, “Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical” en “Trabajo, Derecho y Sociedad”, Tomo I Estudios de Derecho Colectivo, FCU 1ª edición. Setiembre 2004, pág. 27.

trabajador no puede ejercer su derecho a no afiliarse no se puede hablar de libertad sino de obligación a sindicalizarse”⁹⁴.

PLA RODRÍGUEZ afirma que “en realidad, dentro de la libertad de afiliarse está contenida la libertad de no afiliarse. Si una persona es libre de adherirse significa que puede adherirse o no, es decir, que tiene libertad para no adherirse”, y analizando el Convenio Internacional del Trabajo (CIT) 87 expresa que “cuando el art. 2 reconoce un derecho y no impone una obligación, representa la posibilidad de un ejercicio que se efectuará o no”^{95 96}.

En España, MONTOYA MELGAR expresa que el derecho a separarse o desafiliarse del sindicato, así como el derecho a no afiliarse a ningún sindicato, son lógica manifestación del debido respeto a la libertad sindical⁹⁷.

Mientras que en Brasil, SUSSEKIND, manifiesta que la libertad de afiliación y desafiliación forman parte del conjunto de libertades individuales y

⁹⁴ Ídem pág. 32.

⁹⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. Curso...cit. pág. 60.

⁹⁶ OPERTTI y MARABOTTO manifiestan que la libertad sindical negativa deriva de la propia libertad sindical positiva, atendiendo que “las normas establecen un derecho y no una obligación, va de suyo que el titular es libre de ejercer o no dicha prerrogativa (...) El reconocimiento de esta faz negativa se deduce de la necesaria coordinación que debe darse entre la libertad sindical y los demás derechos fundamentales, como ser la libertad en términos generales, trabajo, igualdad y asociación” (OPERTTI, Paola y MARABOTTO Andrés, “Libertad Sindical Negativa en el Ordenamiento Jurídico Uruguayo”, en Revista de Derecho UM, www.um.edu.uy, revistaderecho.um.edu.uy). Relevan la posición de distinguida doctrina. Entre ellos, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, GROS ESPIELL, PLA RODRIGUEZ Y SARTHOU, “han entendido que si bien la libertad sindical negativa no se encuentra recogida a texto expreso por diversos motivos (...) la misma está contenida en el mismo concepto de libertad sindical. Al respecto, se hace hincapié en que una libertad consiste esencialmente en una opción entre varias posibilidades. Por ende, no puede hablarse de una verdadera libertad si no existe la posibilidad de no ejercer el derecho que se reconoce. Se entiende que si una persona es libre de adherirse, esto implica que puede adherirse o no, de lo contrario no se trataría de un derecho sino de una obligación. Los autores que defienden esta tesis entienden que no es necesario que la libertad sindical negativa surja expresamente del texto normativo por una razón de sentido común: al conferirse un derecho se sobreentiende que su titular es libre de ejercerlo o no. Así como el derecho a no hablar está contenido en el de libre expresión del pensamiento, el derecho a no afiliarse o desafiliarse está contenido en el derecho a afiliarse (Cfme. Plá Rodríguez, Américo, ob. cit. pág. 60; Jiménez de Aréchaga, Justino, ob. cit. pp 18 y 19; Sarthou, Helios, “Rasgos ontológicos de la libertad sindical”, ob. cit., pág. 193; Gros Espiell, Hector ob. cit., Pág. 166.).

⁹⁷ MONTOYA MELGAR, A., Derecho del trabajo, 28º edición Madrid 2007, pág. 130.

debe ser examinada por lo tanto como integrante de la libertad sindical “hasta en la época del régimen dictatorial del Estado Novo”⁹⁸.

Si bien la libertad sindical negativa es sostenida por buena parte de la doctrina, hay quienes sostienen opiniones en contrario⁹⁹. Entre otros, DE BUEN “atribuye lo que considera incorrecta recepción de la libertad sindical negativa a la confusión que significa ver en la libertad sindical un derecho individual y no exclusivamente colectivo”¹⁰⁰. LASKI afirma “no soy partidario del sindicalismo voluntario. No veo que haya motivo para proteger por medio de la ley al trabajador individual que es incapaz o que no quiere ingresar a un sindicato y prefiere tratar individualmente con su patrono. La cláusula de exclusión me parece una consecuencia lógica del contrato colectivo”¹⁰¹. Y para BUENO MAGANO “la cláusula de exclusividad sindical constituye uno de los aspectos de la libertad sindical y se refiere al interés del grupo profesional en asegurar su autonomía colectiva”¹⁰².

Sin embargo, y más allá de posiciones doctrinarias, debemos mencionar que el reconocimiento de la libertad sindical negativa no está recogido a texto expreso por ningún CIT de la OIT, guardando este hecho una estrecha vinculación con los intereses políticos de los países anglosajones y las referidas cláusulas sindicales.

Señala CARINCI que “el silencio sobre este punto en sede internacional tiene su explicación en la necesidad de tomar en cuenta la existencia en los países anglosajones (Gran Bretaña y Estados Unidos en particular) de difundidas prácticas y previsiones restrictivas de tal libertad negativa. Pensemos en las llamadas *cláusulas de seguridad sindical (closed shop)*, es decir cláusulas que - con la finalidad de garantizar y promover la fuerza

⁹⁸ SUSSEKIND A., MARANHAO D, y VIANNA S, “Instituicoes de Direito do Trabalho”, Volumen II, 8ª edición Río de Janeiro 1981, pág. 993.

⁹⁹ Los autores y definiciones citadas son recogidas de ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 32 y 33.

¹⁰⁰ DE BUEN, Nestor, “Derecho del Trabajo”, 3ª edición Mexico 1979, T. II pág. 528 a 546.

¹⁰¹ LASKI, Harold, “Los sindicatos en la nueva sociedad”, trad. Esp., México 1951, pág. 190 y 191.

¹⁰² BUENO MAGANO, Octavio, “Organizacao sindical brasileira”, Sao Paulo 1982, pág. 60.

asociativa de las organizaciones sindicales – ponen la afiliación al sindicato y el apoyo financiero a éste como la condición para la asunción, la continuación de la relación laboral y otras garantías individuales. En cambio, en sistemas como el nuestro (*nota*: el sistema italiano) un sostén tan penetrante e incentivante para la afiliación sindical es ignorado y prevalecen preocupaciones destinadas a garantizar al individuo la posibilidad de ser ajeno a los fenómenos sindicales, que constituyen la *libertad sindical negativa*¹⁰³.

En igual sentido se expresa GIUGNI cuando dice que “las fuentes internacionales son ambiguas sobre esta libertad (v.g.: la libertad sindical negativa) y dicha ambigüedad no es casual, porque deriva de la oposición de los representantes de países (Gran Bretaña, Estados Unidos) en los que es frecuente el recurso a cláusulas contractuales de seguridad sindical, como el *closed shop* (obligación del empleador de contratar trabajadores inscritos en el sindicato), la *union shop* (obligación para el trabajador contratado de inscribirse al sindicato, bajo pena de despido) o los llamados *beneficios reservados* (exclusión de los trabajadores no inscritos al sindicato de las mejoras obtenidas en la contratación colectiva)^{104 105}.

3.3.1.2.2.- Las cláusulas sindicales y la posición del Comité de Libertad Sindical

Las cláusulas sindicales mencionadas, con importante difusión en países anglosajones¹⁰⁶, las podemos enumerar –no exhaustivamente- en¹⁰⁷:

¹⁰³ CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., y TREU T., “Diritto del Lavoro”, T. I, Diritto Sindacale, 5ª edición Turín 2003, pág. 60.

¹⁰⁴ GIUGNI, Gino, “Derecho Sindical”, Edición del IELSS, Madrid 1983, pág. 75.

¹⁰⁵ PLÁ RODRÍGUEZ analizando la no inclusión de este derecho a las normas internacionales manifiesta tres razones que lo justifican: a) ambas libertades poseen diferente naturaleza. Mientras la libertad de sindicalizarse protege al individuo también garantiza un derecho colectivo, mientras que la libertad sindical negativa tiene solo un alcance individual; b) quienes logran estas declaraciones son los trabajadores sindicalizados, y ellos miran con antipatía el reconocimiento a la libertad sindical negativa “porque importa la protección del individuo que, sin colaborar en las tareas del sindicato, se beneficia con ellas ya que las conquistas alcanzan por igual a sindicalizados y no sindicalizados”; y c) en la Conferencia Internacional donde se aprueba el Convenio 87 había países miembros de la OIT que poseían una reglamentación imponiendo la afiliación obligatoria. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Curso...cit. pág. 60.

¹⁰⁶ Inglaterra, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y Canadá.

- La cláusula “*closed shop*” o “*taller cerrado*”, prohíben al empleador a tomar trabajadores que no pertenezcan al sindicato.
- La cláusula “*union shop*” o “*taller sindical*”, el empleador puede tomar trabajadores no afiliados, pero con la condición que estos se afilien en determinado plazo, de lo contrario serán cesados.
- La cláusula de “*mainteniance of membership*” o de “*mantenimiento de la afiliación*”, el empleador se compromete a despedir a los trabajadores que se desafilien del sindicato.
- La cláusula de “*hiring hall*” o de “*bolsa de trabajo sindical*” o “*agencia de contratación sindical*”, el empleador se compromete a contratar solamente bolsas de trabajo del sindicato o creadas bipartitamente a tales efectos.
- La cláusula de “*preferential shop*” o “*cláusulas de preferencia*” o “*preferenciales*”, se concede a los trabajadores afiliados determinadas preferencias o ventajas en materia de empleo, ascenso y remuneraciones.
- La cláusula “*union label*” o “*marca sindical*”, se coloca un sello distintivo en los productos, que indican que esa mercancía ha cumplido con las condiciones exigidas por la ley y acordadas con el sindicato para la ejecución del trabajo.
- La cláusula “*check off*” o de “*retención de cotización*”, empleador descuenta los aportes de los trabajadores al sindicato y los vuelca a las arcas de estos.
- La cláusula “*agency shop*” o de “*cotización sindical obligatoria*”, los trabajadores no afiliados al sindicato deben realizar igualmente los aportes al mismo, los cuales son retenidos por el empleador.

Es necesario resaltar una importante clasificación que realiza ERMIDA de estas cláusulas. El autor diferencia “las *cláusulas de exclusión o de*

¹⁰⁷ Ver ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit., pág. 34 y 35.

consolidación sindical – que tienden a compeler a los trabajadores a afiliarse y a excluirlos de la empresa si no se afilian-, de las *cláusulas de preferencia* – que solo tratan de conceder determinados beneficios a los trabajadores sindicalizados -, tendiéndose a admitir con mayor facilidad la licitud de las segundas que la de las primeras”¹⁰⁸.

RASO DELGUE y VILLAVICENCIO RÍOS han advertido acerca de las cláusulas sindicales que condicionan el ingreso o permanencia a un empleo a una determinada afiliación sindical, expresando que estas además de afectar la libertad sindical negativa pueden traer riesgos adicionales, los cuales pueden ir desde la “configuración práctica de un monopolio sindical, hasta la utilización de tal circunstancia para favorecer a determinados sindicatos afines al gobierno o a los empleadores, atentando de esta manera contra el principio de autenticidad sobre el que posa la libertad sindical”¹⁰⁹.

En el mismo sentido SARTHOU sostiene que las cláusulas sindicales “son violatorias de ese principio de libertad sindical negativa y contradicen a nuestro juicio el Convenio número 87”¹¹⁰. Y el maestro PLA RODRÍGUEZ manifiesta que “el significado de estas cláusulas es muy diferente, según el panorama sindical que exista: si hay unidad sindical o pluralismo sindical. Pero lo que no cabe duda es que la cláusula taller cerrado contradice la libertad sindical negativa de cada trabajador mientras que las otras no lesionan en absoluto la libertad sindical”¹¹¹.

Un punto de inflexión en los países Anglosajones, fue en caso Young, James y Webster c/Inglaterra y la sentencia¹¹² de la Corte Europea de derechos Humanos (caso planteado en el año 1981 dado por el reclamo de tres trabajadores que fueron despedidos porque no querían seguir afiliados al sindicato). La libertad sindical negativa es examinada desde una perspectiva

¹⁰⁸ ERMIDA URUARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 35.

¹⁰⁹ RASO DELGUE, Juan. Apuntes inéditos.

¹¹⁰ SARTHOU, Helios. Rasgos...cit. pág. 33.

¹¹¹ PLA RODRÍGUEZ, Américo. Curso...cit. pág. 64.

¹¹² Sentencia del 13 de agosto de 1981, Serie A, N° 44, pág. 57.

distinta a la laboral – señala el autor -, la perspectiva de los derechos humanos de libertad de pensamiento y de libertad de asociación. Expresa la sentencia que “el aspecto negativo de la libertad de asociación es necesariamente complementario, correlativo e inseparable de su aspecto positivo. La salvaguardia de la libertad de asociación sería incompleta si se extendiera únicamente al aspecto positivo. No hay aquí más que un solo y mismo derecho”¹¹³.

Finalmente, la posición del CLS con referencia a las cláusulas sindicales se puede resumir en cuatro puntos: “a) los CIT 87 y 98 no autorizan ni prohíben las cláusulas de seguridad sindical; b) la legislación nacional que garantice la libertad sindical negativa no atenta contra los CT 87 y 98; c) si se vulnera la libertad sindical, si la legislación interna impone alguna cláusula de seguridad sindical (puesto que la validez de las mismas se basa en que son producto de la autonomía colectiva); y d) si las cláusulas de seguridad sindical se imponen por convenio colectivo, no hay, salvo en casos límite, violación de la libertad sindical (OIT 2006: 81, párrafo 363)”^{114 115}.

¹¹³ RASO DELGUE, Juan. Apuntes...cit. pág. 11.

¹¹⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 126.

¹¹⁵ A continuación se transcriben algunos fallos del CLS: “*Conviene distinguir entre cláusulas de seguridad sindical permitidas por la ley y las impuestas por la ley, dado que únicamente estas últimas tienen como resultado un sistema de monopolio sindical contrario a los principios de libertad sindical*” (párrafo 363 pág. 81); “*La admisibilidad de las cláusulas de seguridad sindical en virtud de convenciones colectivas, fueron dejadas a elección de los Estados ratificantes, según se desprende de los trabajos preparatorios del Convenio núm. 98*”, (párrafo 364 pág. 82); “*Los problemas relacionados con las cláusulas de seguridad sindical deben resolverse a nivel nacional, de acuerdo con la práctica y el sistema de relaciones laborales de cada país. En otros términos, tanto aquellas situaciones en las que las cláusulas de seguridad sindical están autorizadas como aquellas en que están prohibidas, se pueden considerar conformes con los principios y normas de la OIT en materia de libertad sindical*” (párrafo 364 pág. 82); “*En los casos en que se había instituido la deducción de las cuotas sindicales y otras formas de seguridad sindical, no en virtud de la ley, sino de una cláusula incluida en un convenio colectivo o de una práctica establecida por las dos partes, el Comité se negó a examinar los alegatos, basándose en la declaración de la Comisión de Relaciones de Trabajo de la Conferencia Internacional de Trabajo en 1949, en la que se establecía que el Convenio núm. 98 no debería interpretarse en el sentido de que autoriza o prohíbe las cláusulas de seguridad sindical y que estas cuestiones deben resolverse de acuerdo a la reglamentación y las prácticas nacionales. De conformidad con esta precisión, los países y con más razón aquellos en los que existe pluralismo sindical no estarían obligados en modo alguno de acuerdo con el Convenio, a tolerar, sea de hecho sea de derecho, las cláusulas de seguridad sindical, mientras que los otros países que las admiten no se verían imposibilitados a ratificar el convenio*” (párrafo 366 pág. 82); “*Basándose en la declaración de la Comisión de Relaciones de Trabajo de la*

3.3.1.2.3.- Justificación de la libertad sindical negativa

RASO DELGUE afirma que la libertad sindical negativa es un derecho de todo ciudadano/trabajador así como una “expresión natural y legítima del respeto a la libertad sindical”. Asimismo advierte que este derecho debe considerarse “una natural derivación de otras libertades humanas fundamentales, reconocidas a nivel supranacional y constitucional, como son la libertad de trabajo, de asociación, de libre expresión del pensamiento, de reconocimiento de la conciencia moral y cívica del trabajador”. Y resalta – analizando ya el sistema de relaciones laborales uruguayo - que debe considerarse que la libertad sindical negativa “es una natural consecuencia de un modelo basado en el reconocimiento de la pluralidad sindical. Un sistema de relaciones laborales que se proclama pluralista y democrático acepta en forma natural la idea del “disenso” o de la “no adhesión” sindical. El modelo pluralista se afirma en el respeto de las libertades individuales reconocidas en la Constitución; por otra parte ello es coherente con el propio principio pluralístico, que establece la garantía fundamental del disenso, expresada en el ejercicio de la libertad de no adherir o de adherir a otras organizaciones”¹¹⁶.

La posición del jurista uruguayo es coincidente con la posición del CLS. Este órgano de la OIT afirma en uno de sus fallos que “los países y con más razón aquellos en los que existe un pluralismo sindical no estarían obligados en modo alguno, de acuerdo con el convenio, a tolerar, sea de hecho sea de derecho, las cláusulas de seguridad sindical”¹¹⁷.

3.3.1.2.4.- La libertad sindical negativa en Uruguay

Conferencia Internacional del Trabajo de 1949, el Comité ha estimado que una legislación que establece el derecho a no sindicarse o a no permanecer en un sindicato no constituye en sí una violación a los Convenios núms. 87 y 98” (párrafo 367 pág. 82); y “Cuando se encuentra en vigencia cláusulas de seguridad sindical que exigen la afiliación a una organización dada como condición para obtener trabajo, puede producirse una discriminación injusta si se establecen condiciones irrazonables para la afiliación de las personas que la soliciten” (párrafo 368 pág. 82). Ver Recopilación...cit. pág. 81 y 82.

¹¹⁶ RASO DELGUE, Juan. Apuntes inéditos.

¹¹⁷ Recopilación...cit. párrafo 366 pág. 82.

En nuestro ordenamiento interno entendemos está reconocida la libertad sindical negativa.

En *primer lugar*, este derecho está consagrado en nuestra Constitución. En este sentido reza el artículo 36 de nuestra Constitución que “*toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión, o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes*”. La negación de este derecho implicaría la negación de la libertad al trabajo que tienen todos los habitantes. La persona tiene el derecho a elegir si trabaja o no, así como si adhiere o nó a cualquier organización. Asimismo, el artículo 39 de la carta consagra el derecho que tienen todas las personas “*de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley*”. Derechos estos, además, “*inherentes a la personalidad humana*” (artículo 72). Sostiene también LARRAÑAGA ZENI¹¹⁸, que “la libertad de no afiliarse a una organización gremial y desafiliarse de la misma, está consagrada en la Constitución a través del derecho a la libertad general”¹¹⁹.

En *segundo lugar*, la ley 17.940 del 2 de enero de 2006 sobre libertad sindical, hace una referencia expresa a la libertad sindical negativa a través de su reenvío a la Declaración Sociolaboral del Mercosur. El artículo 1 de la ley 17.940 dice: “*Declárese que, de conformidad con el artículo 57 de la Constitución de la República, con el artículo 1º del Convenio Internacional del Trabajo Nº 98 (sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949) aprobado por la Ley 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y con los literales a) y b) del artículo 9º de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo*” (resaltado nuestro).

El citado artículo 9 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur expresa que “*Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto*

¹¹⁸ LARRAÑAGA ZENI, Nelson. “Las Relaciones Laborales Colectivas Uruguayas”, AMF 1ª edición julio de 2014, pág. 79.

¹¹⁹ Artículos 7, 10, 39, 57, 72 y 332.

*de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo. Se deberá garantizar: a) **La libertad de afiliación, de no afiliación y desafiliación**, sin que esto comprometa el ingreso en un empleo o su continuidad en el mismo...*” (Negrita nuestra).

Esta referencia expresa de la ley 17.940 que acabamos de ver, otorga al literal a) de la Declaración Sociolaboral del Mercosur “un espesor jurídico de naturaleza legal”^{120 121}.

¹²⁰ RASO DELGUE, Juan. “Ley Nº 17.940 sobre promoción y protección de la libertad sindical: análisis de los aspectos sustantivos”, en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas 12 y 13 de agosto de 2006, FCU pág. 17.

¹²¹ Existe mucha y destacada doctrina en nuestro país (de la cual somos coincidentes en ese aspecto), la cual considera que el reenvío expreso que hace el artículo 1 de la ley 17.940 a la Declaración Socio Laboral del Mercosur lleva a considerar que la norma hace referencia a la libertad sindical negativa. En este sentido sostiene RASO que “...la referencia a la Declaración sociolaboral del Mercosur, contenida en el art. 1 de la ley, lleva necesariamente a considerar que esa norma hace referencia también a la libertad sindical en sentido negativo” (RASO DELGUE, Juan. Ley...cit., pág. 17). CASTELO afirma que “...la ley 17940 también hace remisión expresa al Art. 9 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR....Por lo tanto, no cabe duda que se protege la **libertad sindical individual negativa**, en mérito a lo cual se podría calificar de *acto antisindical* a cualquier medida que coarte, perjudicase o restringiese el empleo o el acceso al mismo, a causa de no afiliarse a un sindicato o desafiarse al mismo” (CASTELLO, Alejandro. “Apuntes sobre la noción de acto antisindical y su régimen de nulidad absoluta”, en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas 12 y 13 de agosto de 2006, FCU, pág. 73 y “La nulidad del acto antisindical” en AAVV Protección y Promoción de la Libertad Sindical – Curso sobre la Ley 17.940- Mantero de San Vicente, Osvaldo y otros, FCU, 1ª edición setiembre de 2006, pág. 75.). En igual posición LARRAÑAGA expresa que “Este derecho de no afiliación y de desafiliación está consagrado en la Ley 17.940. Esta norma incorpora a nuestro derecho los literales a) y b) del artículo 9 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR...” (LARRAÑAGA ZENI, Nelson. Las Relaciones...cit., pág. 79). OPERTTI y MARABOTTO analizando la libertad sindical negativa en nuestro país, afirman que ésta es reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, y que en primer lugar “...está dado a texto expreso en el Protocolo de San Salvador (artículo 8.3, internalizado por la ley 16.159) y la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (artículo 9). Esta conclusión también se deriva de la reciente ley de libertad sindical 17.940 (art. 1), aunque sin mención expresa (OPERTTI, Paola y MARABOTTO, Andrés. La Libertad...cit. pág. 46). Por otro lado MANGARELLI – aunque sin hacer alusión expresa a la libertad sindical negativa - analizando el contenido del art. 9 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, nos recuerda que la prohibición de discriminar por motivo sindical también se encuentra en el art. 1 de la misma, así como resalta la importancia de la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo del año 1998. Culmina señalando que “No puede dejarse de señalar, la importancia de la mención que se efectúa en el artículo 1 de la Ley 17.940 a la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, lo que señala la eficacia jurídica de la declaración y la vigencia de los principios y compromisos allí establecidos” (MANGARELLI, Cristina. “Reflexiones acerca de la protección frente a los actos discriminatorios que vulneran la libertad sindical y la ley 17.940”, en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas 12 y 13 de agosto de 2006, FCU, pág. 90). RACCIATTI, Octavio Carlos XVII “Aspectos Procesales de la Ley 17940”, en Libro de XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Vol. 2, FCU 1ª edición diciembre de 2006, pág. 49.

En *tercer lugar*, en la Administración del Trabajo, a través de dos Resoluciones de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social (IGTSS) reconocen a la libertad sindical negativa en nuestro ordenamiento jurídico. Las Resoluciones mencionadas expresan que *“El derecho a la libertad sindical en su aspecto individual (derechos que le son propios al trabajador), incluye la libertad sindical positiva y negativa. En su vertiente negativa, la libertad sindical es el derecho de no afiliarse a un sindicato o desafiliarse del mismo”*. Aseguran que *“Sin el libre ejercicio de los derechos (al trabajo y a la libertad sindical negativa) y sin su garantía, la esencia de los derechos no sería respetada”*. Y resaltan *“Que valorar la libertad de trabajo y la libertad sindical negativa formalmente como derechos, pero no permitir en los hechos – como se demuestra en estas actuaciones – el ejercicio de los mismos, atenta contra la normativa nacional e internacional en materia de protección de la libertad de trabajo, la libertad sindical y el principio de no discriminación. Es evidente que la imposibilidad de ejecutar un derecho, en los hechos, por parte de los trabajadores lo hace impracticable”*¹²².

Finalmente, la jurisprudencia nacional ha afirmado la existencia de este derecho a la libertad sindical negativa. El Juzgado Letrado del Trabajo de 18º Turno, en sentencia Nº 15 del 8 de mayo de 2013 afirma que: *“La Ley 17.940...reconoce en forma indirecta la libertad sindical negativa a través de la expresa remisión a la Declaración Sociolaboral del Mercosur, norma en la cual, tal como dijimos, se reconoce a texto expreso la libertad sindical negativa. De manera que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, no puede sino concluirse que la libertad sindical negativa, esto es la posibilidad de no afiliarse o desafiliarse de un sindicato, sin que ello acarree consecuencias perjudiciales, es un derecho del trabajador...”* Y más adelante, analizando la licitud de una cláusula de taller cerrado concluye que, *“El lit. a del art. 44 puede considerarse una cláusula de exclusión o taller cerrado, que a juicio de la sentenciante es contraria a nuestro ordenamiento jurídico (...) implica dejar de lado el derecho de toda persona al trabajo en su carácter más esencial (...) es una norma que viola los derechos humanos fundamentales libertad de expresión, libertad de*

¹²² Resoluciones de fecha 18 de agosto de 2009, ver expedientes Nros. 1209/08 y 12011/08.

*asociación y libertad de trabajo, y es contraria a principios constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico*¹²³.

El TAT de 4º T en sentencia N° 146 del 22 de mayo de 2013¹²⁴ sostiene que *“...sabido es que la libertad sindical posee dos fases o contenidos: la libertad sindical positiva y la libertad sindical negativa. Estos dos puntos constituyen un todo único e inseparable de la libertad sindical asimilable al concepto procesal de Savigni sobre la sentencia, en el sentido que la misma es un todo único e inseparable”*. Continúa con que *“...un acto discriminatorio contra la libertad sindical negativa que merece el más enérgico repudio de esta Sala, y que violenta nuestra Constitución y los Convenios y Declaraciones Internacionales que protegen la libertad sindical asimilándola, como ya hemos expresado, a un derecho humano fundamental”*¹²⁵.

Como se puede apreciar, el concepto de libertad sindical es comprensivo en su plano individual, tanto de la libertad sindical individual positiva como de la negativa. La libertad sindical negativa es una expresión de la propia libertad sindical y de otras libertades fundamentales como la libertad de asociación, libre expresión del pensamiento, reconocimiento de la conciencia moral y cívica y la libertad de trabajo.

Concebimos a la libertad sindical negativa como un derecho de todo trabajador y coincidimos con la interpretación del CIT 87 (dada por la doctrina) en que este no impone una obligación a afiliarse, sino que reconoce un derecho de afiliación. En este sentido, refiere a la “potencialidad” del ejercicio del derecho de afiliación que posee todo trabajador.

En nuestro país, la Constitución en sus artículos 36 y 39 consagra la libertad de trabajo y de asociación, respectivamente. Esto implica que todo condicionamiento a la libertad sindical negativa estaría contrariando los

¹²³ Revista Derecho del trabajo – LA LEY URUGUAY -, Año I, Número I, Octubre/diciembre 2013, pág. 91 y ss.

¹²⁴ Sentencia que confirma la recurrida (Sentencia N° 15 del Juzgado Letrado del Trabajo de 18º Turno arriba citada).

¹²⁵ *Ídem*

preceptos constitucionales. Y finalmente, la ley 17.940 sobre libertad sindical hace una referencia expresa a la libertad sindical negativa a través de su reenvío a los literales a) y b) de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, en donde se establece que “*Se deberá garantizar: a) La libertad de afiliación, de no afiliación y desafiliación, sin que esto comprometa el ingreso en un empleo o su continuidad en el mismo...*”.

3.3.2.- Aspecto colectivo de la libertad sindical.

Sin perjuicio de las diferentes concepciones acerca de la escisión entre la dimensión individual y dimensión colectiva¹²⁶, la podemos definir como “el derecho de los sindicatos de auto organizarse y actuar libremente en defensa de los intereses de los trabajadores”¹²⁷.

Este derecho posee como titular a la organización sindical, tutelando un interés colectivo y no individual.

Al decir de VILLAVICENCIO RÍOS es un “elemento primordial de la libertad sindical y el complemento indisoluble de las manifestaciones individuales de este derecho”¹²⁸.

A los efectos del desarrollo de este trabajo, sistematizaremos este aspecto colectivo de la libertad sindical en: *libertad sindical frente al estado; libertad sindical ante el empleador y las organizaciones patronales; y libertad sindical ante otras organizaciones.*

3.3.2.1.- Libertad sindical frente al estado.

3.3.2.1.1.- Derecho de constituir uniones, federaciones y confederaciones, nacionales e internacionales.

¹²⁶ SARTHOU sostiene que “la libertad sindical es siempre derecho de referencia colectivo. La libertad sindical es un derecho de esencia colectiva, pues no se agota jamás en una facultad individual. Cuando se ejercita el derecho de afiliación se actúa en función de una libertad colectivizadora de integrar un sujeto colectivo. La acción individual tiene potencialidad colectiva”. Cuando describe aspectos de la libertad sindical individual y por otro lado aspectos de la libertad sindical colectiva expresa que “solo obedece a una pragmática expositiva”, SARTHOU, Helios. Rasgos...cit., pág. 27 y 33.

¹²⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, La Libertad...cit. pág. 127.

¹²⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 51.

Expresa el artículo 5 del CIT 87 que “*las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores*”.

Sostiene PLA RODRÍGUEZ que “la libertad en este aspecto es un complemento indispensable para la auténtica libertad sindical ya que por su tendencia federativa los sindicatos naturalmente buscan agruparse (...) Si el Estado pudiera dificultar o restringir la organización de estas centrales sindicales podrá controlar el movimiento sindical, o reducirlo en sus posibilidades o quitarle eficacia e influencia”¹²⁹

Destaca ERMIDA lo *natural y necesaria* de esta dimensión colectiva de la libertad sindical. Natural porque la solidaridad internacional constituye uno de los objetivos básicos de todo movimiento sindical¹³⁰, mientras que necesaria debido a que la expansión de las empresas multinacionales exigen que los sindicatos se procuren una dimensión igualmente multinacional para poder negociar a un nivel razonablemente proporcionado al de su contraparte¹³¹.

Enseña MANTERO que este derecho es una “manifestación de su derecho a auto regularse, las organizaciones de trabajadores y de empleadores pueden darse, si lo estiman conveniente, forma federativa o confederativa”. Y advierte que aunque el CIT 87 no lo diga expresamente, la organización sindical es titular del derecho a no afiliarse y a desafiliarse de una federación o confederación”¹³².

¹²⁹ PLA RODRÍGUEZ, AMÉRICO. Curso...cit. pág. 50.

¹³⁰ En este sentido, expresa un fallo del CLS que “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 núm. 87, según la cual toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores”, ver Recopilación...cit. párrafo 732, pág. 157.

¹³¹ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 38.

¹³² MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Derecho...cit. pág. 114. Fundamenta su posición en que estos derechos constituyen manifestaciones de la autonomía a que refiere la primera parte del artículo 3

Asimismo, el artículo 2 del CIT 87 establece el derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a ellas. Expresa el CLS que este derecho “implica para las organizaciones mismas el derecho de constituir las federaciones y las confederaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a ellas”¹³³.

Diversos pronunciamientos del CLS han cuestionado muchos requisitos respecto a las organizaciones de trabajadores que entiende afectan en algún sentido a esta dimensión colectiva de la libertad sindical.

En este sentido, destaca que el ingreso a las federaciones o confederaciones no puede estar subordinado a una autorización previa, sosteniendo que “una organización de trabajadores debe tener derecho a ingresar en la federación y confederación de su preferencia, a reserva de lo dispuesto en los estatutos de las organizaciones interesadas sin ninguna autorización previa”¹³⁴; o “una disposición por la cual el ministro, a su arbitrio, pueda aprobar o rechazar la constitución de una federación general, no está en conformidad con los principios de libertad sindical”¹³⁵, incluso afirmando que “el principio de la libertad sindical podría llegar a ser muchas veces letra muerta si para crear una organización (...) tuviesen que obtener un permiso cualquiera (...) o alguna autorización previa para proceder a su creación”¹³⁶. Tampoco admite la limitante referente a la condición de corresponder a una misma actividad, localidad o región, expresando que “una legislación que impida la constitución de federaciones y confederaciones en que pudieran unirse los sindicatos o federaciones de diferentes actividades en una misma localidad o región, está en contradicción con el artículo 5 del Convenio núm. 87”¹³⁷. Limita los derechos de los sindicatos más representativos si van en desmedro de la

del CIT 87, que conforme al numeral 2 del mismo artículo, no puede ser limitado por las autoridades públicas.

¹³³ Recopilación...cit..párrafo 710, pág. 153.

¹³⁴ Recopilación...cit. párrafo 711, pág. 153.

¹³⁵ Recopilación...cit. párrafo 712, pág. 153.

¹³⁶ Recopilación...cit. párrafo 272, pág. 61.

¹³⁷ Recopilación...cit. párrafo 714, pág. 154.

dimensión colectiva objeto de estudio, cuando afirma que “los derechos preferenciales concedidos a los sindicatos más representativos no deberían comprender el derecho exclusivo de constituir federaciones y adherirse a las mismas”¹³⁸. Cuestiona los requisitos respecto a las organizaciones de funcionarios públicos, manifestando que “las organizaciones de funcionarios públicos deberían poder afiliarse, si lo estiman conveniente, a federaciones o confederaciones de trabajadores del sector privado, si los estatutos de estas lo permiten”¹³⁹. Y deja en claro quien tiene la legitimación de establecer los mecanismos de elección de sus representantes, sosteniendo que “corresponde a los estatutos sindicales determinar las condiciones de elección de los dirigentes sindicales de las confederaciones”¹⁴⁰.

3.3.2.1.2.- Derecho a la autonomía sindical

Es el derecho de los sindicatos a “autogobernarse”, esto es, dictar sus propias normas de funcionamiento y determinar su estructura, fijar libremente su programa de acción, a elegir libremente a sus autoridades, a vincularse libremente con otras organizaciones, nacionales e internacionales¹⁴¹. Es el actuar libremente de los sindicatos en defensa de los intereses de los trabajadores¹⁴², y la posibilidad de que el sindicato pueda ejercer libremente sin injerencias o actos internos que lo afecten¹⁴³.

Este derecho está expresamente reconocido en el CIT 87. Expresa el artículo 3 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. Las autoridades públicas*

¹³⁸ Recopilación...cit. párrafo 719, pág. 155.

¹³⁹ Recopilación...cit. párrafo 725, pág. 155.

¹⁴⁰ Recopilaciones...cit. párrafo 731, pág. 156.

¹⁴¹ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 39.

¹⁴² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 127.

¹⁴³ Fundamentos jurídico 6 de la sentencia recaída en el proceso 3311-2005-PA, citada por Alfredo Villavicencio Ríos – La Libertad...cit. pág. 127-.

deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal". Por otro lado, el artículo 2 establece a trabajadores y empleadores *"sin ninguna distinción y sin autorización previa...el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes"*, y finalmente el artículo 5 consagra el derecho a *"constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas"*.

Con relación al derecho del sindicato a determinar su propia estructura, el CLS ha manifestado que "los trabajadores deberían poder decidir si prefieren forman, en el primer nivel, un sindicato de empresa u otra forma de agrupamiento a la base, tal como un sindicato de industria u oficio"¹⁴⁴. Que "en virtud del artículo 2 del Convenio núm. 87, los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, incluidas las organizaciones que agrupen trabajadores de centros de trabajo y localidades diferentes"¹⁴⁵.

También fallos del CLS tutelan los derechos de los sindicatos a redactar sus propios estatutos y limita la injerencia del estado. Ha manifestado que "las exigencias relativas a la competencia territorial y al número de afiliados deberían depender únicamente de lo que determinen los estatutos de los sindicatos...toda disposición normativa que vaya más allá de las exigencias de forma puede obstaculizar la creación y el desarrollo de las organizaciones, y constituye una intervención contraria a lo dispuesto por el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio núm. 87"¹⁴⁶. Otros pronunciamientos expresan que "la redacción de los estatutos de las centrales sindicales por las propias autoridades públicas constituye una violación de los principios sindicales"¹⁴⁷ y que "las enmiendas a los estatutos sindicales deben ser sometidas a debate y adoptadas por los propios miembros del sindicato"¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Recopilación...cit. párrafo 334, pág. 74.

¹⁴⁵ Recopilación...cit. párrafo 335 pág. 74.

¹⁴⁶ Recopilación...cit. párrafo 372, pág. 84.

¹⁴⁷ Recopilación...cit. párrafo 374, pág. 84.

¹⁴⁸ Recopilación...cit. párrafo 381, pág. 85.

Corresponde a las organizaciones de trabajadores y de empleadores – señala el CLS – “la determinación de las condiciones de elección de sus dirigentes sindicales y las autoridades deberían abstenerse de toda injerencia indebida en el ejercicio de este derecho garantizado por el Convenio núm. 87”¹⁴⁹. “La idea fundamental del artículo 3 del Convenio núm. 87 es que los trabajadores y empleadores puedan decidir por sí mismos las reglas que deberán observar para la admisibilidad de sus organizaciones y para las elecciones que se llevarán a cabo”¹⁵⁰. Manifiesta en este sentido el CLS que lo que refiere a la “obligatoriedad de participar en la votación para elegir dirigentes sindicales debería corresponder a los estatutos de los sindicatos y no a la ley”¹⁵¹, y agrega que “una ley que impone multas a los trabajadores que no participan en las elecciones de dirigentes sindicales no se ajusta a las disposiciones del Convenio núm. 87”¹⁵².

También forma parte de la libertad sindical “entregarse a actividades lícitas en defensa de los intereses profesionales”¹⁵³. Cualquier disposición que confiera a las autoridades a limitar “las actividades de los sindicatos a un nivel inferior al de las actividades y sus fines perseguidos...sería incompatible con los principios de libertad sindical”¹⁵⁴.

Como se observa, cualquier interferencia de parte del estado en estos aspectos, implica una agresión a la libertad sindical. Por ende, la disolución de los sindicatos también es un componente de la autonomía sindical, ya que el principio es que los sindicatos se disuelven voluntariamente y por las causas previstas en sus estatutos. Gran parte de esto está regocijo por el artículo 4 del CIT 87 que prohíbe la disolución de los sindicatos por vía administrativa, “lo

¹⁴⁹ Recopilación...cit. párrafo 390, pág. 87.

¹⁵⁰ Recopilación...cit. párrafo 392, pág. 88.

¹⁵¹ Recopilación...cit. párrafo 427, pág. 94.

¹⁵² Recopilación...cit. párrafo 428, pág. 94.

¹⁵³ Recopilación...cit. párrafo 495, pág. 109.

¹⁵⁴ Recopilación...cit. párrafo 496, pág. 109.

que viene a admitir la disolución judicial, aunque con todas las garantías que respeten al máximo la libertad de los sindicatos”^{155 156 157}.

Sobre este aspecto la posición del CLS es clara. “Cuando la disolución de una organización sindical ha sido decidida voluntariamente por un congreso regularmente convocado por todos los trabajadores interesados, el Comité ha considerado que dicha disolución – o las consecuencias de ella derivadas – no puede conceptuarse como un atentado a los derechos sindicales”¹⁵⁸. Agrega que “las medidas de suspensión o de disolución por parte de la autoridad administrativa constituyen graves violaciones de los principios de la libertad sindical”¹⁵⁹ y concluye que “la disolución por vía voluntaria de organizaciones sindicales constituye una violación manifiesta del artículo 4 del Convenio núm. 87”¹⁶⁰.

3.3.2.1.3.- Derecho a la personalidad jurídica

Este derecho está consagrado en el artículo 7 del CIT 87, el cual establece que “*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*”.

El convenio no se expide en cuanto a si las organizaciones deben o no tener un régimen de personería similar al previsto en el derecho civil para las personas morales. Pero si este existe, sea obligatorio o por decisión de la

¹⁵⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 39.

¹⁵⁶ Expresa un pronunciamiento del CLS que “la cancelación del registro de un sindicato sólo debería ser posible por vía judicial”, ver Recopilación...cit. párrafo 687, pág. 147.

¹⁵⁷ MANTERO se pregunta “¿entonces una organización sindical que actúa ilegalmente o contra la ley no puede ser disuelta? La respuesta es clara: no puede ser disuelta por acto administrativo. Puede ser disuelta en vía jurisdiccional, siempre que se la someta a juez imparcial, se le de oportunidad de defensa, y se cumpla con los extremos del debido proceso legal”. MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Derecho...cit. pág. 113.

¹⁵⁸ Recopilación...cit. párrafo 679, pág. 145.

¹⁵⁹ Recopilación...cit. párrafo 683, pág. 146.

¹⁶⁰ Recopilación...cit. párrafo 684, pág. 147.

propia organización, no puede limitar las disposiciones de los artículos 2 a 4 del convenio¹⁶¹.

Diferentes pueden ser los ordenamientos jurídicos, siendo compatibles con el régimen del CIT 87 – al decir de MANTERO – aquellos que reconocen personería a la organización por el solo hecho de constituirse, y siendo violatorias del convenio las legislaciones que condicionen la existencia de la organización al otorgamiento de la personería jurídica¹⁶².

En nuestro país, el artículo 57 inciso primero de la Constitución establece que “*La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica*”. Como lo advierte ERMIDA, “es importante retener aquí que el estado no crea el sindicato. Este se constituye por sí solo. Al concederle personalidad jurídica, el estado no hace más que reconocer una realidad preexistente y cumplir una obligación que le es impuesta internacionalmente – y entre nosotros además, constitucionalmente”¹⁶³.

3.3.2.1.4.- Derecho a la pluralidad sindical. El sindicato “más representativo”.

Distintas han sido las opiniones y argumentos del encendido debate que siempre ha generado el modelo de pluralidad sindical versus el modelo de unicidad sindical.

Tres categorías nos ayudarán a definir un determinado sistema de relaciones laborales a partir de la forma como se estructura la representación de los trabajadores señala VILLAVICENCIO RÍOS. Así podemos hablar de *unicidad sindical*, cuando el Estado ha impuesto la constitución de una sola organización sindical en cada ámbito; *unicidad sindical* referida al derecho de los trabajadores a agruparse voluntariamente en un solo sindicato dentro de su

¹⁶¹ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Derecho...cit. pág. 115.

¹⁶² *Ídem*

¹⁶³ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 41.

ámbito determinado; y *pluralidad sindical* como la posibilidad real de constituir más de una organización sindical en cada ámbito¹⁶⁴.

Quienes ponderan las bondades de la unicidad sindical tienen como argumento el fortalecimiento de las organizaciones de trabajadores, mientras quienes argumentan a favor de la pluralidad sindical ponderan el principio de la libertad sindical¹⁶⁵.

Destaca MANTERO “el derecho del grupo a auto constituirse en organización sindical no puede limitarse por el hecho de que ya exista una organización que comprenda a los mismos trabajadores o empleadores”¹⁶⁶.

Asimismo, no podemos perder de vista el artículo 2 del CIT 87 que establece que “*los trabajadores y empleadores...tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones...*”, que como sostiene ERMIDA “liquida la cuestión a favor de la pluralidad sindical, desde que esta es indispensable para que los trabajadores puedan, realmente, constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes”¹⁶⁷.

Si repasamos los pronunciamientos del CLS observamos una clara inclinación a favor de la promoción de la pluralidad sindical. Expresan algunos pasajes de diversos pronunciamientos: “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”¹⁶⁸; “si bien puede ser ventajoso para los trabajadores y los empleadores evitar la multiplicación del número de organizaciones defensoras de sus intereses, toda

¹⁶⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 107.

¹⁶⁵ Dice SARTHOU, “la opción entre la unidad legal preceptiva y el pluralismo sindical se centra en elegir entre una solución de política sindical que aconseja la unificación como medio indispensable para fortalecer al movimiento obrero y el respeto al principio de libertad sindical que deja de existir cuando no se admite la posibilidad de crear nuevas organizaciones o se niega la facultad de elección”, en SARTHOU, Helios, “Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo”, en RDL XXIV, N° 123, pág. 590. Cita recogida por ERMIDA URIARTE, Oscar en Sindicatos...cit. pág. 42.

¹⁶⁶ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Derecho...cit. pág. 107.

¹⁶⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 43.

¹⁶⁸ Recopilación...cit. párrafo 313, pág. 70.

situación de monopolio impuesta por vía legal se halla en contradicción con el principio de libertad de elección de las organizaciones de empleadores y trabajadores”¹⁶⁹; “la unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria a los principios de la libertad sindical”¹⁷⁰; “...al incluir las palabras <<las organizaciones que estimen convenientes>> en el Convenio núm. 87...reconoció que las personas pueden optar entre varias organizaciones de trabajadores o de empleadores por razones laborales, confesionales o políticas; no se pronunció sobre si, en el interés de los trabajadores y de los empleadores, es preferible un movimiento sindical unificado al pluralismo sindical”¹⁷¹.

El sistema de relaciones laborales de nuestro país siempre se cimentó sobre el sistema de pluralidad sindical. Por años, razones ideológicas dividieron a las organizaciones de trabajadores en anarquistas, socialistas y católicos. Fue a partir del año 1968 que los propios trabajadores optaron por crear una organización única, basada en el pluralismo ideológico. “En consecuencia debe señalarse que en Uruguay existe unidad sindical, en un régimen jurídico de pluralismo sindical”¹⁷².

La acción sindical no solo contempla la representación y tutela de sus afiliados, sino que se extiende a la representación y tutela de los intereses de los grupos profesionales y sectores de actividad en su conjunto¹⁷³. Esto nos lleva a que en situaciones donde coexisten más de un sindicato sea necesario determinar cuál de ellos es el “más representativo” a la hora de exigirle la representación del grupo o sector, como ser, a modo de ejemplo, ante la suscripción de un convenio colectivo con efectos para todo el grupo o sector de actividad.

¹⁶⁹ Recopilación...cit. párrafo 320, pág. 71.

¹⁷⁰ Recopilación...cit. párrafo 321, pág. 71.

¹⁷¹ Recopilación...cit. párrafo 322, pág. 72.

¹⁷² MANTERO DE SAN VICENTE. Derecho...cit. pág. 109.

¹⁷³ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 43 y 44.

Esta noción de sindicato más representativo implica una “atenuación del principio de pluralidad sindical” sostiene PLA RODRÍGUEZ. Acordarles un carácter más representativo a ciertos sindicatos importantes es confiarles una especie de monopolio, que es la contradicción misma de la diversidad e igualdad de los sindicatos. El advenimiento de la noción de sindicato más representativo se justifica a la luz de la evolución del rol de los sindicatos y de su papel creciente en el Estado y en la vida económica y social en general. La unanimidad o el consenso, a menudo, es imposible. Si todos los sindicatos tienen los mismos derechos, la discrepancia de un grupo puede retardar indefinidamente la decisión. Finaliza el maestro manifestando que “la noción de sindicato más representativo aparece como una solución transaccional entre el principio de libertad sindical, que exige el respeto a la pluralidad sindical y la protección del interés colectivo de la profesión que siendo uno por definición implica la unidad de acción. La solución se ajusta al principio democrático de la mayoría”¹⁷⁴.

En nuestro país el tema está regulado por la ley 18.566 promulgada el 11 de setiembre de 2009, la cual creó un sistema de negociación colectiva para la actividad privada e introdujo modificaciones al modelo pre-existente. En el ámbito bipartito el legislador observa los principios de representatividad de los sujetos legitimados para negociar. Es en este sentido que en el artículo 14 se establece que “...*cuando existe más de una organización que se atribuya la legitimidad para negociar y no medie acuerdo entre ellas, la legitimación para negociar se reconoce a la organización más representativa, en atención a los criterios de **antigüedad, continuidad, independencia y número de afiliados de la organización...***”(resaltado nuestro).

En cambio, si a nivel de empresa no existe ninguna organización de trabajadores, la ley otorga “legitimación para negociar” a la organización más representativa del nivel superior.

Esto, como bien lo resalta MANGARELLI “implica un cambio de relevancia en el sistema uruguayo”. Sostiene la destacada jurista, que “en la

¹⁷⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Curso...cit. pág. 67.

empresa puede existir más de un sindicato y pueden celebrarse convenios colectivos que abarquen a los afiliados de cada sindicato, pero siempre que exista acuerdo entre dichas organizaciones. Si no hay acuerdo y una organización se atribuye la legitimidad para negociar, entonces entiendo que de acuerdo a la ley N° 18.566, sólo una organización será el sujeto legitimado para negociar el convenio colectivo de empresa”¹⁷⁵.

3.3.2.1.5.- Derecho al ejercicio de funciones sindicales: negociación colectiva, huelga, reivindicación y participación.

El derecho a la *acción sindical* es concebido como “el derecho a ejercer efectivamente en los hechos, las funciones atribuidas a los sindicatos”¹⁷⁶. Este derecho es inclusivo de los derechos a la negociación colectiva, huelga, así como las acciones reivindicativas y participativas.

En Perú, VILLAVICENCIO RÍOS nos habla de “*libertad de gestión*” (perteneciente al ámbito de derechos de actividad), y la define como “los derechos de los sindicatos de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción (artículo 3 del Convenio 87), sin injerencias estatales que limiten estos derechos o entorpezcan su ejercicio”. A su vez, esta se presenta a través de dos manifestaciones: la *libertad de gestión interna* y la *libertad de gestión externa*. Esta última (libertad de gestión externa) “esta referida al derecho de las organizaciones a organizar sus actividades y formular su plan de acción y se expresa principalmente en las dos manifestaciones más conocidas del derecho de actividad sindical: la negociación colectiva y la huelga”. Y se consideran a la negociación colectiva y a la huelga como sus manifestaciones más importantes¹⁷⁷.

¹⁷⁵ MANGARELLI, Cristina. “Primeras reflexiones sobre el sistema de negociación colectiva. Ley N° 18.566 de 11 de setiembre de 2009”, en Libro XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo 5 y 6 de diciembre de 2009, FCU, pág. 63 y 64.

¹⁷⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Curso...cit. pág. 45.

¹⁷⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 58.

La negociación colectiva “es uno de los aspectos más relevantes de la libertad sindical”¹⁷⁸. En el ámbito de la OIT “no solo es reconocida como un derecho sino como una biga maestra del ordenamiento internacional, en la medida en que es el canal principal de expresión de la libertad sindical, que es el fundamento ideológico de la propia OIT”¹⁷⁹. Si bien ha sido consagrada como un derecho fundamental en diferentes tratados y convenciones, es en la OIT donde se encuentran las regulaciones internacionales con más detalle y precisión¹⁸⁰.

El CLS ha expresado que “debería estimularse y fomentarse...el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntarias”¹⁸¹, así como que “el derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical”¹⁸².

Por otro lado, “el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales”¹⁸³. Desde la OIT, el CLS ha señalado al derecho de huelga como “el corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”¹⁸⁴. Se ha resaltado la interdependencia existente entre la huelga, el derecho de sindicación y la negociación colectiva¹⁸⁵. Esto ha fundamentado el carácter “triangular” del

¹⁷⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 45.

¹⁷⁹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 67.

¹⁸⁰ Podemos destacar la Recomendación N° 91 (1951) sobre *los contratos colectivos*; la Recomendación N° 92 (1951) sobre *la conciliación y el arbitraje voluntarios*; el CIT 98 (1949) sobre *el derecho de sindicación y de negociación colectiva*; el CIT 151 (1978) sobre *las relaciones de trabajo en la administración pública*; el CIT 154 (1981) sobre *la negociación colectiva y la Recomendación N° 163 (1981) también sobre la negociación colectiva*.

¹⁸¹ Recopilación...cit. párrafo 880, pág. 189.

¹⁸² Recopilación...cit. párrafo 881, pág. 189.

¹⁸³ Recopilación...cit. párrafo 522, pág. 115.

¹⁸⁴ Recopilación...cit. párrafo 523, pág. 115.

¹⁸⁵ Sobre el carácter triangular del derecho colectivo del trabajo, DE LA CUEVA en una visión estática del derecho colectivo del trabajo habla de sindicato, convenio colectivo y huelga. Mientras que la OIT en una visión dinámica del derecho colectivo del trabajo nos habla de libertad sindical, negociación colectiva y conflicto colectivo. (ver ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 212 y 213).

derecho colectivo del trabajo donde la negociación colectiva; la libertad sindical; y el conflicto colectivo son sus tres pilares básicos.

Sostiene ERMIDA que estos tres institutos son “fundamentales, imprescindibles e interdependientes” a tal punto que “la ausencia de cualquiera de ellos impide el funcionamiento de dicho sistema jurídico”¹⁸⁶. Mientras que VILLAVICENCIO RÍOS nos enseña que “estas tres facultades tienen roles muy claros en la producción pactada de normas: la sindicación viene a ser el presupuesto de existencia de este ordenamiento normativo social, la negociación colectiva y el convenio colectivo son el proceso y producto normativo, y la huelga viene a ser el instrumento que garantiza la eficacia de todo el sistema regulador colectivo”¹⁸⁷.

Es importante destacar que reiterando una posición que vienen afirmando desde la Conferencia del año 2013, este año en la 103 Conferencia Internacional del Trabajo, los empleadores siguen cuestionando el derecho de huelga: sostienen que en el Convenio N° 87 no está contemplado el derecho de huelga y por lo tanto la Comisión de Expertos no puede hacer observaciones sobre cuestiones vinculadas a la huelga. Esta actitud lleva a poner en cuestionamiento todo el sistema de controles de la OIT.

Las acciones de reivindicación y participación también son componentes del aspecto colectivo de la libertad sindical. A través de las funciones de reivindicación y participación el sindicato representa los intereses profesionales. Dicha representatividad “puede ejercerse tanto en una posición de contestación, de reivindicación, de enfrentamiento a los intereses de la patronal o del estado, como en una posición de participación tanto en organismos públicos como sociales, como en la empresa”¹⁸⁸.

Y como enseña JAVILLIER, “no existe sistema democrático de relaciones profesionales sin plenos reconocimiento y aplicación de la libertad

¹⁸⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 69.

¹⁸⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 79.

¹⁸⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 49.

sindical en la misma medida que del derecho de participación (cualquiera sean las modalidades) del asalariado en la empresa”¹⁸⁹.

3.3.2.2.- Libertad sindical ante el empleador y las organizaciones patronales.

3.3.2.2.1.-El fuero sindical.

El fuero sindical surge como una protección especial al dirigente sindical para garantizarle el libre ejercicio de la libertad sindical, estando enfocada su protección – en sus comienzos - contra el acto del despido del dirigente sindical. Sin perjuicio de la evolución que ha tenido el contenido y alcance del fuero sindical, diversas pueden ser sus definiciones.

En este sentido, RUPRECHT lo define como “la protección otorgada - por ley o por convención colectiva de trabajo - a los trabajadores agremiados, con el fin de protegerlos en el ejercicio de su actividad sindical ya sea en relación al empleador, al estado o a sus propios compañeros”¹⁹⁰. Por otro lado, ERMIDA se refiere a “el conjunto de medidas de protección del dirigente sindical y del militante sindical, que los pongan a cubierto de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y que posibiliten un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical”¹⁹¹. Y VILLAVICENCIO RÍOS lo considera como “un conjunto de medidas de protección, no solo a favor del dirigente sindical sino también a favor del militante sindical, y no solo en contra del despido sino contra cualquier acto de discriminación motivado en el ejercicio de su actividad sindical, además de un conjunto de facilidades que posibilitan el desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical”¹⁹².

¹⁸⁹ JAVILLIER, Jean Claude. Manual...cit. pág. 624.

¹⁹⁰ RUPRECHT, Alfredo. “El fuero sindical” en Simposio del Derecho del Trabajo, Madrid 1978, pág. 261. Citado por ERMIDA URIARTE, Oscar en Sindicatos...cit. pág. 50.

¹⁹¹ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 50.

¹⁹² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 63.

El fuero sindical es un “componente esencial de la libertad sindical” y un “complemento indispensable de los demás derechos sindicales”¹⁹³. Su ámbito subjetivo de aplicación y su contenido están determinados básicamente¹⁹⁴ por el CIT 98.

El artículo 1 del CIT 98 establece que “*los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo*”. Como se observa, el alcance del fuero sindical es para “*los trabajadores*” afiliados y no solo para los dirigentes sindicales. En igual sentido subraya el CLS que “*la protección contra la discriminación antisindical se aplica de la misma manera a los afiliados sindicales y ex representantes sindicales que a los dirigentes sindicales en ejercicio*”¹⁹⁵.

Continúa el artículo – haciendo alusión al contenido del fuero sindical - 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*”.

Alfredo VILLAVICENCIO estudiando la universalidad subjetiva y objetiva del fuero sindical y haciendo hincapié en el “texto omnicompreensivo” del Convenio agrega dos universalidades que argumenta encuentran cobijo en el CIT 98: la *universalidad temporal* y la *universalidad del agente infractor*. La primera supone “que esta protección cubra al trabajador a lo largo de toda su relación laboral, no un plazo determinado antes o después de realizada la actividad sindical”, mientras que la universalidad del agente infractor “conlleva que esta protección se dé respecto de cualquier sujeto que cometa un acto

¹⁹³ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 49.

¹⁹⁴ Si bien la regulación se encuentra básicamente en el CIT 98, hay referencias sobre el tema en los CIT 135 y 158, así como en las Recomendaciones 143 y 166.

¹⁹⁵ Recopilación...cit. párrafo 775, pág. 166.

antisindical, que puede ser el Estado, el empleador, hasta el propio sindicato, si por ejemplo sanciona injustificadamente a un afiliado o se impide a un trabajador de manera injustificada su afiliación a la propia organización”¹⁹⁶.

3.3.2.2.2.- La proscripción de las prácticas desleales, las cláusulas sindicales y el principio de pureza.

El CIT 98 en su artículo 2 hace referencia al concepto de “acto de injerencia”, - siendo este inclusivo de las *prácticas desleales*- estableciendo que “*las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración*”.

En nuestro país ha sido recibido el concepto de prácticas desleales advirtiendo que determinados actos como la negativa a negociar o negativa a suministrar información – entre otros – configuran formas de lesión a la libertad sindical¹⁹⁷.

Con relación a la promoción de las *cláusulas sindicales*, se ha dicho que estas también funcionan como un elemento más de protección de las organizaciones sindicales frente al empleador. Aparece aquí el problema de la colisión del derecho a la libertad individual negativa frente a la libertad sindical colectiva, lo que ha encendido sendos debates y estas cláusulas han tenido defensores y detractores. Pero como lo advierte ERMIDA en forma clara, “la proscripción de las cláusulas sindicales funciona como protección del individuo ante el sindicato, mientras que la promoción de tales cláusulas puede funcionar como una protección del sindicato ante el empleador y ante el estado”¹⁹⁸

Finalizando, el *principio de pureza* constituye una garantía de la libertad sindical colectiva ante el empleador y significa que “cada asociación profesional debe aglutinar exclusivamente a trabajadores o empleadores en su caso, lo

¹⁹⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 64.

¹⁹⁷ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Derecho...cit. pág. 157.

¹⁹⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 59.

que viene a excluir los denominados “sindicatos mixtos” que nuclean a trabajadores y empleadores en una misma asociación”¹⁹⁹.

3.3.2.3.- Libertad sindical ante otras organizaciones.

Otro de los aspectos sobre el cual también está protegida la libertad sindical es ante otras organizaciones sindicales. Están aquí presentes aspectos ya desarrollados como son la *pluralidad sindical* (supra 2.1.4) y las *cláusulas sindicales* (supra 1.2.2).

Es necesario destacar la esencialidad de la pluralidad sindical como elemento ponderador de la libertad sindical y garante de la posibilidad de la constitución de más de una organización sindical si los trabajadores así lo entienden conveniente.

Y como lo señala ERMIDA, “la *proscripción o limitación de ciertas cláusulas sindicales* puede funcionar como un elemento coadyuvante al respecto de la pluralidad sindical, al dejar “vía libre” a la posibilidad de que los trabajadores formen las organizaciones que estimen convenientes tal como lo postula el artículo 2 del Convenio 87”²⁰⁰.

3.5.- LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL (CLS) EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN ANTISINDICAL

Para el CLS la discriminación antisindical, representa una de las más graves violaciones de la libertad sindical, ya que puede poner en peligro la propia existencia de los sindicatos²⁰¹.

Establece que ninguna persona debe ser objeto de discriminación en el empleo a causa de su actividad o de su afiliación sindical legítimas, ya sean presentes o pasadas²⁰²; siendo importante que en la práctica se sancionen

¹⁹⁹ *Ídem*

²⁰⁰ *Ibidem*

²⁰¹ Recopilación...cit. párrafo 769, pág. 165 .

²⁰² Recopilación...cit. párrafo 770, pág. 165 .

todos los actos de discriminación en relación con el empleo²⁰³; así como a las personas responsables de la comisión de tales actos²⁰⁴.

Asimismo, advierte que ante el no establecimiento de garantías adecuadas contra los actos de discriminación antisindical, en particular contra los despidos, pueden tener por efecto la desaparición de los propios sindicatos, por lo que deberían contemplarse otras medidas con el fin de garantizar a los dirigentes de todas las organizaciones, a los delegados y a los miembros de los sindicatos, una protección más completa contra todo acto de discriminación²⁰⁵.

En relación a la protección contra la discriminación antisindical, sostiene el CLS que se aplica de la misma manera a los afiliados sindicales y ex representantes sindicales que a los sindicales en ejercicio²⁰⁶. Afirma que nadie debería sufrir perjuicio alguno en su empleo a causa de su afiliación sindical, incluso si el sindicato de que se trata no está reconocido por el empleador como representando a la mayoría de los trabajadores interesados²⁰⁷.

La protección contra la discriminación antisindical deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera del lugar de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo²⁰⁸. Y esta, no solo debe abarcar a la contratación y el despido, sino también cualquier medida discriminatoria que se adopte durante el empleo y, en particular, las medidas que comporten traslados, postergación u otros actos perjudiciales²⁰⁹.

²⁰³ Recopilación...cit. párrafo 771, pág. 165 .

²⁰⁴ Recopilación...cit. párrafo 772, pág. 165.

²⁰⁵ Recopilación...cit. párrafo 773, pág. 166.

²⁰⁶ Recopilación...cit. párrafo 775, pág. 166.

²⁰⁷ Recopilación...cit. párrafo 776, pág. 166.

²⁰⁸ Recopilación...cit. párrafo 779, pág. 167.

²⁰⁹ Recopilación...cit. párrafo 781, pág. 167.

Asimismo, señala la necesidad de proteger a los trabajadores sindicados contra ataques más sutiles que pueden resultar de omisiones²¹⁰.

En referencia a la discriminación en el período pre contractual, el CLS sostiene que la legislación debería prever la posibilidad de interponer recurso por discriminación en el momento de la contratación, es decir, incluso antes de que los trabajadores puedan ser considerados como “empleados”²¹¹. Y sobre la práctica de establecer listas negras de dirigentes sindicales y sindicalistas, expresó que “constituye una grave amenaza para el libre ejercicio de los derechos sindicales y, en general, los gobiernos deberán tomar medidas enérgicas para combatir tales prácticas”²¹².

Si bien el Comité llamó la atención sobre el CIT 135 y la Recomendación 143 sobre los representantes de los trabajadores, donde se establece expresamente que éstos deberán gozar de adecuada protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos²¹³, también expresa que el hecho de que “un dirigente sindical no debe sufrir perjuicio por sus actividades sindicales, no implica necesariamente que el hecho de tener un mandato sindical confiera a su titular una inmunidad contra un eventual despido cualquiera sea la causa”²¹⁴.

Con relación a los despidos de dirigentes sindicales, “El Comité indicó que una de las formas de asegurar la protección de los delegados sindicales es disponer que no podrán ser despedidos mientras estén en el ejercicio de sus funciones, ni durante un período determinado a partir del momento en que cesen en ellas, salvo, naturalmente, en caso de falta grave”²¹⁵. En atención a esto último, nos parece interesante un fallo del Comité donde se expresaba: “De acuerdo con las conclusiones de un tribunal, una de las razones esenciales del despido de un dirigente sindical fue la de que ejercía ciertas actividades

²¹⁰ Recopilación...cit. párrafo 788, pág. 169.

²¹¹ Recopilación...cit. párrafo 784, pág. 168.

²¹² Recopilación...cit. párrafo 803, pág. 172.

²¹³ Recopilación...cit. párrafo 800, pág. 171.

²¹⁴ Recopilación...cit. párrafo 801, pág. 171.

²¹⁵ Recopilación...cit. párrafo 803, pág. 172.

sindicales en horas que pertenecían a su empleador, ocupando el personal de su empleador para fines sindicales y utilizando su posición en la empresa para ejercer presiones indebidas sobre otro empleado, todo esto sin el consentimiento de su empleador. El Comité opinó que, cuando las actividades sindicales se cumplen en esa forma, la persona interesada no puede invocar la protección del Convenio núm. 98 o, en caso de despido, alegar que se han violado sus legítimos derechos sindicales”²¹⁶.

La OIT se ha pronunciado acerca de la necesidad de una protección rápida y eficaz contra la discriminación sindical. En este sentido, el CLS manifiesta que “Es necesario que la legislación establezca de manera explícita recursos y sanciones contra actos de discriminación antisindical con objeto de asegurar la eficacia práctica del artículo 1 del Convenio núm. 98”²¹⁷. También afirma que “Las normas de fondo existentes en la legislación nacional que prohíben actos de discriminación antisindical no son suficientes si las mismas no van acompañadas de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos”²¹⁸.

En dos fallos se observa una alusión relativa a los medios de prueba en casos de violación a la libertad sindical²¹⁹. Expresa el Comité que “...con el fin de garantizar una protección eficaz de los representantes de los trabajadores recomienda entre las medidas que deben adoptarse que, cuando se alega que el despido de un representante de los trabajadores o la modificación en su detrimento de las condiciones de empleo fuesen discriminatorios, se adopten disposiciones que impongan al empleador la obligación de probar que su acto

²¹⁶ Recopilación...cit. párrafo 809, pág. 172 y 173.

²¹⁷ Recopilación...cit. párrafo 813, pág. 173.

²¹⁸ Recopilación...cit. párrafo 818, pág. 174.

²¹⁹ Estos pronunciamientos son esgrimidos como argumentación en la posición del TAT 1º en relación a la carga de la prueba del empleador (ver AJL 2012, c. 792).

estaba justificado²²⁰; que aporten prueba "...de que su decisión de despedir a un trabajador no está vinculada a las actividades sindicales del mismo"²²¹.

Finalmente, en lo que refiere al reintegro de sindicalistas a sus puestos de trabajo, el CLS ha dicho que "Nadie debería ser objeto de discriminación antisindical por la realización de actividades sindicales legítimas y la posibilidad del reintegro en el puesto de trabajo debería estar a disposición de los interesados"²²².

Incluso "En el caso de un país que carecía de leyes que contemplaran el reintegro de los trabajadores despedidos de manera injustificada, el Comité pidió al Gobierno que tomara medidas para modificar la legislación de manera que los trabajadores despedidos por el ejercicio de sus derechos sindicales pudieran ser reintegrados en sus puestos de trabajo"²²³.

También "En numerosos casos el Comité pidió al Gobierno que velase por que los trabajadores afectados fuesen efectivamente reintegrados en sus puestos de trabajo sin pérdida de sus salarios"²²⁴. Si "...el puesto que ocupaba el trabajador haya desaparecido, debe reintegrárselo a un puesto de trabajo similar"²²⁵. Y si el reintegro de los trabajadores despedidos no fuere posible en la práctica, "dado el largo lapso de tiempo transcurrido desde el despido...pidió al Gobierno que adoptara medidas para que los trabajadores reciban sin demora indemnización completa"²²⁶.

3.5.- REGULACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL EN URUGUAY

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos en primer lugar a la **Constitución Nacional**. Esta dispone a través del artículo 57 que la "Ley

²²⁰ Recopilación...cit. párrafo 830, pág. 177.

²²¹ Recopilación...cit. párrafo 831, pág. 177.

²²² Recopilación...cit. párrafo 837, pág. 178.

²²³ Recopilación...cit. párrafo 838, pág. 178.

²²⁴ Recopilación...cit. párrafo 840, pág. 179.

²²⁵ Recopilación...cit. párrafo 847, pág. 180.

²²⁶ Recopilación...cit. párrafo 841, pág. 179.

*promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica...*²²⁷. La carta no solo reconoce la existencia de sindicatos, sino que a través de su mandato se observa como ordena la “promoción” de los mismos. A su vez, este artículo 57 “debe integrarse con los art. 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”²²⁸.

Como bien lo expresa LARRAÑAGA “Nuestra norma fundamental ordena al legislador a proteger el efectivo goce de estos derechos por parte de los trabajadores. El Estado asume la obligación de proteger el ejercicio del derecho a la libertad de afiliarse y participar en las actividades sindicales”²²⁹.

Luego, el artículo 72 establece 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*”, mientras que el artículo 332 expresa que “*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 reglamentación respectiva, sino que ésta será*

²²⁷ “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 que “la huelga es un derecho gremial” y sobre tal base “se reglamentará su derecho y efectividad” (RASO DELGUE, Juan; DONO DURANTE, Liliana y SANTESTEVAN, Ana. “La libertad sindical: una puesta al día en el derecho uruguayo (1995-2004), en Veinte Estudios en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez – Grupo de los Miércoles -, FCU 1ª edición noviembre de 2004, pág. 196).

²²⁸ *Ídem*. Los autores citan a ROSEMBAUM RÍMOLO, Jorge. “La protección de la libertad sindical a los trabajadores”, RDL T. XLI, N° 190, Montevideo 1998, pág. 623.

²²⁹ A continuación cita el artículo 7 de la Carta, el cual establece que “*Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general*” (LARRAÑAGA ZENI, Nelson. “Las Relaciones...cit. pág. 98).

*suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas*²³⁰.

Estas normas (artículos 72 y 332 de la Carta) han dado lugar a lo que BARBAGELATA denomina “bloque de constitucionalidad”. Enseña el destacado jurista uruguayo que “la doctrina y jurisprudencia constitucional han llegado también a aceptar la integración de todos los principios y normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un *bloque* de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional. Tal *bloque de constitucionalidad de los derechos humanos*, representa la superación de la antigua y negativa disputa entre el *monismo* y *dualismo* y ha abierto el camino hacia el reconocimiento de un *derecho de los derechos humanos*, supra legal y supraconstitucional, que, según se ha señalado, no es ya meramente derecho interno o internacional, sino universal”. Por lo tanto “los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como los principales convenios internacionales de trabajo, autorizan, cuando menos, a considerarlos como configurando <doctrinas generalmente admitidas>, a que se remite para la aplicación directa de los derechos humanos fundamentales, el citado art. 332 de la Constitución de Uruguay”²³¹.

En este mismo sentido nos advierte ERMIDA que “en función de la previsión del art. 72, los derechos fundamentales proclamados en pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, son constitucionales ab initio: nacen constitucionales al derecho uruguayo (...) La Constitución nacional nació grávida de estos derechos de fuente internacional, que forman parte de ella desde el comienzo, como va dicho, sin la necesidad

²³⁰ Sostiene ERMIDA que el artículo 332 “determina la vigencia del artículo 57 aún en ausencia de reglamentación y autoriza la aplicación de los fundamentos de las leyes análogas, de los principios generales y a la doctrina, todo lo cual incide en el mismo sentido, esto es, en el reconocimiento y promoción de la libertad sindical”; mientras que el artículo 72 “...atribuye rango constitucional positivo a los derechos y garantías implícitos en la Carta, en la personalidad humana y en la forma republicana de gobierno, a la par que – según muchos autores -, incorpora a nivel constitucional los principios de aquellas declaraciones internacionales que consagran a la libertad sindical como uno de los derechos humanos esenciales a la conciencia jurídica universal de nuestro tiempo” (ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 12 y 13).

²³¹ BARBAGELATA, H. H. “Los particularismos del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales”, FCU 2ª edición actualizada y ampliada marzo de 2009, pág. 228 y 229.

de ratificación, adopción, ni incorporación”, posibilitando la utilización de estos derechos desde un enfoque “exclusivamente nacional y positivista”²³².

Con respecto a las **Normas Internacionales**, nos remitimos a lo desarrollado ut – supra²³³, donde analizamos y detallamos las normas ratificadas por nuestro país. Igualmente, es dable destacar la trascendencia - en función del tema objeto de estudio - que tienen el CIT 87 sobre el derecho de sindicación, el CIT 98 sobre protección de la libertad sindical y derecho de la negociación colectiva (ambos ratificados por nuestro país a través de la ley 12.030 del año 1954), así como el CIT 135 sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (ratificado por la ley 18.608 del año 2009).

Debe también recordarse la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales indicados en el punto 2.4.2, aprobada en Ginebra por la Conferencia Internacional del Trabajo el 19 de junio de 1998, por impulso del Director Juan Somavía. La Declaración incluye entre los 7 Convenios Internacionales del Trabajo considerados fundamentales los N° 87 y 98.

En relación a las **normas internas**, además de las leyes ratificadoras de los CIT citadas, destacar²³⁴: el decreto 93/968 del 3/02/1968 a través del cual se reglamentan los CIT 87 y 98; la ley 17.940 (sobre la cual nos detendremos seguidamente); y el decreto 66/006 del 6/03/2006 por el cual se reglamenta la ley 17.940.

²³² ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 15.

²³³ Ver capítulo VIII “La regulación internacional de la libertad sindical”.

²³⁴ Destacamos estas normas por ser referenciales y sobre las cuales se centrarán nuestro estudio. Pero sin perjuicio de las ya escritas, es necesario también mencionar: **a)** ley 9.675 (efectos de los convenios de la construcción); **b)** ley 13.720 (referencias legislativas sobre aspectos de la huelga, como ser, preaviso, servicios esenciales); **c)** ley 16.170 (inscripción y registro de los convenios colectivos); **d)** leyes 10.449 (Consejos de Salarios); **e)** ley 18.566 (sistema de negociación colectiva); **f)** ley 18.508 (regula la negociación colectiva en el sector público); **g)** decreto 165/006 (ocupaciones de los lugares de trabajo); **h)** ley 15.903, artículo 289, modificado por el artículo 412 de la ley 16.736 (otorga potestad a la IGTSS a sancionar con amonestación, multa o clausura de establecimiento a infracciones a los convenios y normas laborales); **i)** Decreto 186/004 (reglamenta las infracciones laborales previstas calificando de muy graves a las que afecten la actividad sindical).

Finalmente, a través de la **negociación colectiva** (ya sea en el seno de los Consejos de Salarios de cada sector o a nivel de empresa), se han regulado diversos aspectos y de diferentes alcances que tengan que ver con aspectos vinculados a la actividad sindical (licencia sindical, carteleras, etc).

4.- DISEÑO METODOLÓGICO

4.1.- Hipótesis de Investigación

No se formulan por tratarse de un estudio descriptivo en el cual no hay que plantear necesariamente hipótesis de investigación.

4.1.1- Identificación de las variables

- Ley 17.940 sobre promoción y protección de la actividad sindical
- Efectiva tutela de la libertad sindical

4.2.- Definición de variable

- Ley 17.940 sobre promoción y protección de la actividad sindical: ley sancionada y promulgada el 2 de enero del 2006, la cual declara “nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo” y crea dos procedimientos (general y de tutela especial) para hacer efectiva esa tutela. Asimismo reguló, entre otros aspectos, la retención de la cuota sindical, la licencia sindical y otras facilidades para el ejercicio de la actividad sindical (carteleras sindicales).

- Efectiva tutela de la libertad sindical: destacada doctrina sostiene que la solución reparatoria perfecta y la única integralmente adecuada protección de la actividad sindical, es la que resuelve la nulidad del acto discriminatorio. Además de la prohibición de actos de discriminación desde las normas de fondo, esto no es suficiente si éstas no van acompañadas de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos.

4.2.- Definición del alcance de estudio

En función de los objetivos generales y específicos planteados, la presente investigación que comenzó en forma exploratoria, pasando a ser posteriormente de carácter descriptivo.

4.3.- Diseño de Investigación

En la presente investigación cualitativa, a fin de responder a las preguntas planteadas y cumplir con los objetivos del estudio, se siguió un diseño de

investigación de tipo no experimental, mediante la recolección de datos y su respectivo análisis e interpretación.

A su vez, el diseño de investigación no experimental fue transversal, dirigido a conocer una situación en un momento específico.

4.4.- Unidades de análisis, población y muestras

Las unidades de análisis utilizadas en la investigación fueron:

- La jurisprudencia emanada (con relación al tema objeto de estudio) de los Tribunales de Apelaciones en materia Laboral, del Comité de Libertad Sindical de la OIT y de la Suprema Corte de Justicia, especialmente desde la fecha de aprobación de la ley 17.940, es decir, 2 de enero de 2006.

- Las estadísticas sindicales desde la entrada en vigencia de la ley (cantidad de afiliados y nuevos sindicatos), a partir del 2 de enero del 2006.

- La actividad desarrollada en el MTSS a través de la Dirección Nacional de Trabajo (DINATRA) y la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social (IGTSS) desde el 2 de enero del 2006 y con relación a las situaciones planteadas ante despidos en apariencia antisindicales, donde los actores optaron por este proceso negociado y no el judicial.

- Operadores jurídicos del sistema de relaciones laborales nacional, directamente relacionados con el tema.

En todos los casos se seleccionó una muestra no aleatoria y se buscó trabajar sobre los casos y sentencias más representativos.

4.5.- Instrumentos de medición a ser empleados

La información recabada se obtuvo a través de los siguientes instrumentos:

Análisis documental de:

- Jurisprudencia obtenida en diversos Tribunales de Apelaciones en materia Laboral y Suprema Corte de Justicia.
- Jurisprudencia internacional de la OIT (pronunciamientos del CLS)

- Entrevistas en profundidad a las siguientes personas:
 - o Dra. Nanci Corrales, Ministro del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Segundo Turno.
 - o Dr. Leonardo Slinger, Profesor Adjunto de Derecho Laboral de la Universidad de Montevideo; Universidad de la República y Universidad Católica del Uruguay.
 - o Sr. Milton Castellanos, Coordinador del Instituto Cuesta Duarte del PIT – CNT.
 - o Dr. Gonzalo Irrazabal, Abogado de la Cámara de Industrias del Uruguay.

Las preguntas formuladas a los entrevistados fueron las siguientes:

- ¿Cuál ha sido el impacto de la Ley 17.940 en el sistema de relaciones laborales y en el derecho del trabajo nacional?
- ¿Considera necesarias modificaciones y/o ampliaciones al texto de la ley 17.940?
- ¿Comparte el hecho que el trabajador para acudir a los procedimientos previstos por la ley debe comparecer conjuntamente con su organización sindical?

Es de resaltar que las opiniones vertidas por los entrevistados no comprometen a la/s Instituciones que representan, siendo las mismas a título personal.

5.- ANÁLISIS DE LOS DATOS OBTENIDOS

5.1.- LEY 17.940 SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA ACTIVIDAD SINDICAL

5.1.1.- Elaboración y aprobación de la ley de libertad sindical

En el marco de la promoción de una política laboral activa asumida por el nuevo gobierno, se sanciona y promulga el 2 de enero del 2006 la ley 17.940 de Protección y Promoción de la Actividad Sindical, conocida como la ley de fuero sindical.

La sanción de una ley de protección de la actividad sindical estaba siendo proclamada por la central sindical PIT – CNT, la cual fue asumida como

una promesa electoral por el Frente Amplio en las elecciones de octubre y noviembre de 2004.

Esta nueva ley y la reconvocatoria de los Consejos de Salarios han sido “dos pilares fundamentales”²³⁵ de esta nueva política laboral, siendo elementos de trascendencia para el modelo y delimitadores de este nuevo contexto de las relaciones laborales de nuestro país²³⁶.

“En nuestro sistema de relaciones laborales existe desde el año 1943²³⁷ – recordábamos con BUGALLO, PAGÉS y LIMA²³⁸ – una estrecha conexión entre la puesta en marcha de los Consejos de Salarios y el poder sindical²³⁹, en

²³⁵ Afirmación utilizada por OSCAR ERMIDA para caracterizar a la política laboral del 2005. Sindicatos...cit. pág. 156).

²³⁶ En este mismo sentido: ROSINA ROSSI reflexiona que “...esta norma conjuntamente con la convocatoria de los Consejos de Salarios – órganos de integración tripartita con el principal cometido de fijar salarios mínimos por categorías- probablemente marque el comienzo de un cambio de modelo en las relaciones laborales uruguayas” (ROSSI ALBERT, Rosina. “La nueva tutela de la libertad sindical: un reto a la judicatura laboral”, pág. 379); mientras que ZAPIRAIN afirma que “Esta norma, junto a la reinstalación de los Consejos de Salarios debe ser considerada como un primer pilar en el proceso de construcción de un nuevo modelo de relaciones laborales” (ZAPIRAIN, Héctor. Proceso de elaboración y aprobación de la ley de libertad sindical”. en AAVV Protección y Promoción de la Actividad Sindical, Curso sobre la Ley 17.940, pág. 39.). PLÁ RODRÍGUEZ expresa que “...el régimen de los Consejos de Salarios sirvió para fomentar la sindicalización, la cual cobró una nueva vida y dio a los sindicatos un protagonismo indiscutible, que desbordó incluso el tema salarial (...) Todo ello demuestra que los Consejos de Salarios no obstaculizaron la labor de los sindicatos sino todo lo contrario: los sindicatos se tonificaron y desarrollaron con los Consejos de Salarios y la aplicación de la ley 10.449” (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Curso...cit. pág. 77 y 78). AMEGLIO reflexionaba que “La convocatoria de los Consejos de Salarios tuvo, entre otras consecuencias, un aumento notorio de la tasa de sindicalización de los a los sindicatos que negocian en este ámbito tripartito” (AMEGLIO, Eduardo J. “Reflexiones sobre la libertad sindical en el Uruguay”, en Libro XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, 1ª edición noviembre 2011, pág. 35). LARRAÑAGA haciendo referencia a la ley 17.940 enfatiza que “Esta ley fue fundamental para cambiar el rumbo de las relaciones laborales en Uruguay” (LARRAÑAGA ZENI, Nelson. las Relaciones...cit. pág. 61).

²³⁷ Año de la creación de los Consejos de Salarios por la sanción de la Ley 10.449. Según el Maestro Barbagelata: “Hicieron de la mesa de los consejos de salarios, -tripartitos-, la sede apropiada para ventilar las desinteligencias obrero-patronales, aunque, desde luego, no evitaron los conflictos colectivos”. BARBAGELATA, Héctor Hugo. “Derecho del Trabajo”, Tomo I, Montevideo, FCU, 1978, pág. 136 y ss.

²³⁸ BUGALLO MONTAÑO, Beatriz; PAGES LÓPEZ, Karina; y LIMA JULIANI, Marcos. “Reflexiones sobre las dificultades “intrasindicales” que ponen en jaque la eficacia de la libertad sindical como derecho humano fundamental”, en Libro XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, 1ª edición noviembre de 2011, pág. 63.

²³⁹ RASO DELGUE, Juan. “Impacto de le ley de fuero sindical”. Revista Derecho y Tribunales, pág. 124.

cuanto al aumento de la sindicalización²⁴⁰". Esta nueva convocatoria, acompañada de la sanción de la ley 17.940 ha potenciado este poder sindical, a través de la generación de nuevos sindicatos y el aumento de la sindicalización.

Muestra de ello es el último informe del Instituto Cuesta Duarte del PIT-CNT donde se afirma que "desde la recuperación democrática en 1985 se pueden visualizar tres grandes etapas en el movimiento sindical uruguayo. La primera abarca desde la recuperación de la democracia hasta los inicios de la década del 90, período en el cual el movimiento sindical consolida su reconstrucción y adquiere un tamaño y una capacidad de movilización importante, en el marco de la "primavera democrática" que se vive en el país. La segunda etapa, se extiende desde principios de los 90 hasta la crisis de 1999-2002, años donde la afiliación sindical muestra una clara tendencia a la baja. Finalmente, tras la salida de la crisis económica y la llegada del Frente Amplio al gobierno nacional, en el marco de las significativas reformas implementadas en las relaciones laborales, se abre una tercera etapa en la cual la afiliación sindical logra una importante recuperación"²⁴¹.

Datos del referido informe del PIT – CNT muestran que en el año 2003 el número de afiliados al movimiento sindical era en el entorno de los 110.000 trabajadores, pasando a ser aproximadamente de 240.000 en 2008, 330.000 en 2011 y 353.000 en 2013. Este gran crecimiento del movimiento sindical ha sido señalado por la OIT "como el mayor en el mundo"^{242 243}.

²⁴⁰ Ver RODRIGUEZ, Juan Manuel; COZZANO, Beatriz; MAZZUCHI, Graciela. "Relaciones Laborales y modelo de desarrollo", Montevideo, Grupo Magro ediciones 2010, pág. 136 y ss.

²⁴¹ "Las Relaciones Laborales en el Uruguay – 10 años de cambio", Instituto Cuesta Duarte PIT – CNT, OIT, pág 106.

²⁴² RODRÍGUEZ, Juan Manuel; COZZANO, Beatriz; MAZZUCHI, Graciela; GONZÁLEZ, María Eloisa. "Las Relaciones Laborales 2010 – 2014 y Perspectivas", Facultad de Ciencias Empresariales, Instituto de Relaciones Laborales – Universidad Católica del Uruguay, Diciembre 2014, pág. 10.

²⁴³ En una reciente entrevista al Diario EL País, el coordinador del PIT-CNT Marcelo Abdala comentó que hay gran satisfacción en la central sindical porque los afiliados superaron los 400.000 trabajadores. La nota de prensa informa que el sindicato que más afiliados tiene es el del SUNCA con 42.000 obreros registrados de los 67.000 trabajadores de la industria. En segundo lugar está la Confederación de Obreros y Funcionarios del Estado (COFE), con 30.000 afiliados. Y en tercer lugar está el sindicato de

En cuanto a la composición del movimiento sindical, en el año 1985 el peso de los trabajadores del sector privado era de 56%, pasando a ser de 35% en el año 2011 y ubicándose en el entorno del 45% en 2008 y 2011. Y en relación a la tasa de sindicalización luego del piso ubicado en el año 2003 con un 14,7%, a partir del 2005 muestra un aumento que se refleja en un 25,5% en 2008 y en el entorno de 30% en 2011 y 2013²⁴⁴.

Como se podrá inferir, estamos frente a una ley de meridiana importancia para nuestro ordenamiento jurídico. Afirma ERMIDA que “estamos ante una ley fundamental que podría llegar a tener una muy alta incidencia, tanto en el desarrollo de las relaciones de trabajo como incluso en la caracterización del Derecho colectivo del trabajo nacional”^{245 246}. Mientras que ROSSI expresa que “hoy por hoy puede verse como la primera figura del derecho positivo laboral uruguayo en tanto trae consigo, o al menos intenta hacerlo, un cambio revolucionario en cuanto a los mecanismos de tutela de la libertad sindical”²⁴⁷.

trabajadores del comercio y afines (FUECYS), con 28.000 afiliados. (nota de prensa publicada en Diario EL País de fecha 5 de abril del 2015).

²⁴⁴ *Ídem*.

²⁴⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 156.

²⁴⁶ Es importante recordar las notas caracterizantes de nuestro modelo de relaciones laborales, las cuales estaban dadas por una extensa regulación de las relaciones individuales de trabajo, con la particularidad de su abstención en la regulación de las relaciones colectivas. Estudiando el modelo uruguayo de relaciones laborales, afirma el proyecto RELASUR que “Uno de los rasgos más característicos del modelo, que lo diferencia claramente de los países vecinos, y quizás de casi todos los del mundo, si exceptuamos el italiano, es precisamente, el abstencionismo legislativo en sede de Derecho Colectivo de trabajo” (Informe RELASUR. Las Relaciones...cit. pág. 75). Estudiando los motivos o causas de esta particularidad del modelo uruguayo – el abstencionismo legislativo en sede de derecho colectivo -, BARRETO nos reseña una síntesis de los mismos: **a)** “el origen anarquista del movimiento sindical uruguayo comportó un sesgo ideológico de marcada desconfianza a la presencia del Estado y su intervención en la vida y dinámica de los sindicatos; **b)** la marginación económica de la clase obrera; **c)** el sistema de relaciones de trabajo nunca se consideró una variable de importancia política, lo que coadyuvó a una gran independencia del movimiento sindical de los partidos que alternaron en el gobierno; **d)** se ha considerado que el marco constitucional e internacional es suficiente en tanto cualquier modificación podría comportar una reglamentación restrictiva de la actividad sindical; y **e)** por último, se agrega que la falta de reglamentación de los derechos que tutelan la propiedad es equivalente a la ausencia de reglamentación de la sindicalización y la autotutela, equilibrando así las antinomias de derechos de similar jerarquía” (BARRETO GHIONE, Hugo. Investigación...cit. pág. 26).

²⁴⁷ ROSSI ALBERT, Rosina. La nueva...cit. pág. 377 y 378.

Fue así que una vez asumido el nuevo gobierno el 1 de marzo de 2005, se convocaron nuevamente a los Consejos de Salarios, y el tema de la sanción de una ley de protección de la actividad sindical fue incluido entre los temas a tratar en el Consejo Superior Tripartito.

Sin perjuicio de esto, en forma casi paralela surge en el seno de la Comisión de Legislación de Trabajo de la Cámara de Representantes (a instancia de legisladores oficialistas), una iniciativa parlamentaria con un anteproyecto de ley de “fuero sindical”. Esta iniciativa, luego de algunas modificaciones, es ingresada como proyecto de ley de libertad sindical (Normas relativas a su protección y promoción)²⁴⁸, el cual fue aprobado el día 19 de julio de 2005 en sesión extraordinaria de la Cámara de Representantes, pasando a consideración del Senado.

Una vez aprobado el proyecto hubo cuestionamientos del sector empresarial, de parlamentarios de la oposición y algunos legisladores del partido de gobierno. Fue así que el MTSS convocó una comisión cuatripartita (gobierno, sindicatos, empresarios y legisladores), donde el debate acerca del alcance subjetivo de la ley, la carga de la prueba y la creación de un registro de infractores, tuvo sus principales matices. No fue posible el logro de un acuerdo en el seno de esta comisión²⁴⁹.

Luego, el gobierno elabora un documento con algunos de los temas planteados en la citada cuatripartita, los cuales serán tenidos en cuenta para la elaboración de un nuevo proyecto de ley. Este, con rápida aprobación en el senado, pasa finalmente a diputados para su posterior aprobación en la sesión del día 22 de diciembre de 2005.

²⁴⁸ Ver ZAPIRAIN, Héctor. Proceso...cit. pág. 29.

²⁴⁹ En medio de este proceso de marchas y contramarchas, se dictaron dos decretos cuya vigencia era transitoria hasta la aprobación de la ley de protección de la actividad sindical. Es así que se sanciona el 13 de setiembre de 2005 el decreto 302/05, por medio del cual se crea bajo la órbita de la DINATRA una Comisión Técnica Tripartita con el cometido de examinar denuncias sobre violaciones a la libertad sindical. Y luego, el 7 de octubre de 2005 se sanciona el decreto 405/05 por el cual se prevén mecanismos de prevención y solución de conflictos.

Finalmente y con relación a las diferencias entre el proyecto de ley original aprobado en Cámara de Representantes y la ley vigente, destaca ERMIDA:

- a) Se agrega la obligación para el trabajador de “fundamentar” el carácter antisindical del acto atacado,
- b) Se descarta la utilización del término “carga” respecto de la prueba que debe aportar el empleador,
- c) Se sustituye “causa justificada” por “causa razonable”, y
- d) Se explicita el concepto de causa razonable señalando con que tema ésta deberá estar relacionada²⁵⁰.

5.2.- ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA LEY 17.940.

5.2.1.- La tutela de la libertad sindical con anterioridad a la ley 17.940

Los CIT N° 87 y 98 fueron – como se dijo – durante muchos años los documentos que tutelaron a los trabajadores contra la violación de su libertad sindical. Sin embargo, aseguraban una “reparación imperfecta”, puesto que la jurisprudencia mayoritaria nunca aceptó la reinstalación del trabajador despedido en violación de la libertad sindical. Como principal expresión de la posición jurisprudencial debe recordarse la sentencia N° 25 del 27.VI.90 (García Otero, Addiego Bruno, Pessano y Marabotto, con discordia de Tommasino quien no aludió al fondo del asunto). En esta sentencia la Corte manifestaba que en nuestro país “*no procede la acción de reinstalación*”, que “*Nuestro derecho interno vigente, en aplicación del Convenio N. 98 no habilita el ejercicio de la acción de reinstalación deducida, que carece así de fundamento jurídico por falta de texto habilitante (...) No existe en nuestro ordenamiento jurídico disposición que autorice a declarar sin efecto los despidos realizados en contravención a tales disposiciones*”. La Corte no adhería a la posición de la autoejecutabilidad de los CIT 87 y 98 por considerar que el contenido de estos era programático, imponiendo sanciones pecuniarias a los casos de violaciones a la libertad sindical a título reparatorio. Esta

²⁵⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 158.

reparación era de manera especial en el sentido que estas indemnizaciones eran mayores a las tarifadas para los casos de despidos comunes (IPD), cuantificando a las mismas entre una y tres veces el valor de la IPD.

El reconocimiento del instituto del “despido abusivo” fue acogido jurisprudencialmente en nuestro país a partir del año 1986.

Fue desde la doctrina, “donde fue tomando cuerpo la idea de que un abuso en el ejercicio del derecho de despedir podía dar lugar a una indemnización por despido especial, por encima de la tarifada²⁵¹”.

En este sentido, expresaba en el año 1984 MANGARELLI que “la indemnización tarifada por despido tiene alcance restringido; ella cubre el daño que provoca el incumplimiento del empleador del deber de respetar la conservación del empleo del trabajador. Si existen actos distintos del despido, que configuren incumplimientos del empleador, de deberes diferentes al respetar la conservación del empleo del trabajador, que acasione un daño moral a este, procede la reparación de dicho perjuicio en forma independiente a la tarifa legal²⁵²”.

Más adelante, MANGARELLI y ROSEMBAUM aportan que para ser reparado el daño moral derivado de un despido abusivo debe “mediar un incumplimiento del empleador o un hecho ilícito distinto del incumplimiento del deber de no despedir sin justa causa²⁵³”.

Desde la Suprema Corte de Justicia se ha sostenido que estamos frente a un despido abusivo “*cuando el mismo obedece a una causa antijurídica y que*

²⁵¹ RASO DELGUE, Juan. “Despido abusivo” en Derecho del Trabajo Tomo II, FCU 1ª edición octubre de 2012, pág. 286.

²⁵² MANGARELLI, Cristina. “Daño Moral en el Derecho Laboral”, Editorial Acali, Montevideo 1984, pág. 129.

²⁵³ MANGARELLI, Cristina y ROSENBAUM, Jorge. “El despido abusivo en el Derecho Uruguayo”, RDL N° 151, T. XXXI, Montevideo 1988.

esta figura jurídica debe quedar reservada para las situaciones excepcionales particularmente arbitrarias o de ejercicio grosero de la facultad de despedir”²⁵⁴.

Diferentes han sido las causas que dieron lugar a la configuración del despido abusivo. Entre ellas: por reclamación del trabajador ante el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social; por motivos sindicales; edad y antecedentes; denuncia penal policial; oportunidad en que se ejercita; pérdida de confianza²⁵⁵

256 257

²⁵⁴ AJL 2006, c. 133; AJL 2013, c. 231. Y analizando el concepto del despido abusivo – expresa la Suprema Corte de Justicia - que “...el ejercicio de la facultad de despedir debe analizarse partiendo de la base de un criterio más general que es de abuso de derecho, que se puede considerar configurado “a) cuando el titular lo ejerce con dolo, o culpa o negligencia; b) cuando lo usa de manera irrazonable, excesiva o extravagante; c) o sin necesidad o interés legítimo; d) o en forma irregular o agravante; e) o a causa un perjuicio inmotivado; f) o tiene intención de perjudicar; g) o se ejerce en forma contraria a la moral, las buenas costumbres o de mala fe; h) o más allá de la necesidad de terminada por su destino individual; i) o cuando se los desvía de los fines de la institución o para los que fue conferido; j) o se lo utiliza en forma contraria al derecho natural; k) o de manera que afecta la solidaridad social; l) o se provoca un daño excesivo en relación a las consecuencias normales o su ejercicio” - Sent. 41 de 12/3/2003 de la Suprema Corte de Justicia en ADCU T. XXXIV C. -, también citada por TAT 1º en AJL 2013, c. 231.

²⁵⁵ PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. “Manual Práctico de Normas Laborales” - décimo tercera edición -Actualizada con Matías Pérez del Castillo, FCU 13ª edición setiembre 2013, pág. 177 y 178.

²⁵⁶ Analizando la **jurisprudencia nacional** en relación a casos que tengan que ver con la actividad sindical, podemos describir algunas pautas o criterios que se han ido generando en torno al tema.

Diferentes situaciones han dado lugar al despido abusivo, como ser: **1) La proximidad temporal entre el despido y la afiliación sindical ha sido determinante a la hora de calificar al despido de abusivo: 1.1) TAT 2º, Sent. Nº 53 6.03.2007 Echeveste @; Tosi; Keuroglián, AJL 2007 c. 209:** La actora se afilió al sindicato y en forma inmediata fue despedida. Sostiene que hay despido abusivo. “en autos se aportan elementos concretos que permiten sostener que el despido obedeció a motivos sindicales. En primer lugar la proximidad entre la afiliación de la actora al Sindicato y su cese. En segundo lugar que la acionante fue la primera administrativa en sindicalizarse. En tercer lugar que no existe prueba eficiente del mal relacionamiento de la pretensora y sus compañeros. Y - por último – porque tampoco existe prueba eficiente de restructura”. **1.2) TAT 3º, Sent. Nº 321 22.8.2007 Piatniza @; Gómez Franci; Molinari, AJL 2007, c. 211:** “Se visualiza que el despido del actor obedeció o se vinculó a su situación de dirigente sindical más que a un inadecuado comportamiento en la actuación de sus obligaciones laborales.....el 3.5.07 se realizan gestiones por los trabajadores del Complejo demandado ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el 5.5.07 el actor es despedido aludiéndose a razones de “mejor servicio”, es de pensar como lo ha dicho Mangarelli: “La proximidad temporal entre el despido (o el acto discriminatorio) y la actividad sindical, puede constituir un “indicio” de que el despido tuvo una motivación antisindical” (ampliamente, XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. 1, FCU, 2006, pág. 95-99). Y se reitera, no se constata acreditada causa razonable conforme relevamiento efectuado en la sentencia enjuiciada, lo que conlleva a compartir la solución”. **1.3) TAT 3º, Sent. Nº 162 29.4.2008 Gómez Franco @; Molinari; Piatniza, AJL 2008, c. 174 y 175:** “Tratándose del despido de activistas sindicales (Ch. era delegado sindical de los trabajadores y H. delegado de seguridad y/o de obra) que fueron despedidos en forma concomitante al conflicto en que estaban inmersos y siendo que la empresa no pudo dar una explicación plausible sobre el motivo del despido relacionado a motivos laborales, se puede inferir sin margen de duda que el despido de los actores fue por motivos espurios, antijurídicos o extralaborales, esto es por su calidad de sindicalistas. La demandada incumplió notoriamente con la carga de demostrar las razones fundadas para despedir a los actores y corroboró por tanto, que el despido fue por causas de la actividad

sindical de los despedidos”. 2) **Despedir por conductas atribuidas al trabajador en el marco de medidas gremiales o de reivindicaciones sindicales: 2.1) TAT 1º, Sent. Nº 120** 27.4.2011 Posada ®; Rossi; Morales, **AJL 2011, c. 224**: “...la demandada despidió a la actora por las medidas gremiales adoptadas consistentes el retiro del puesto de trabajo durante una hora por turno cuando se había obligado a no hacerlo, pues así lo había acordado, primero con el sindicato y luego individualmente con la propia actora (...) la demandada vulneró abiertamente el principio de buena fe, procediendo en contra de lo que ella misma había pactado...”. “Como consecuencia resulta improcedente analizar la licitud o ilicitud de las medidas gremiales adoptadas...”. “Pero además, el despido también fue claramente injustificado por dos motivos evidentes por un lado porque la conducta que se atribuye a la actora se produjo en el marco de medidas gremiales por lo que la conexión entre el despido y la libertad sindical plasmada en el derecho de huelga, califica al despido como antisindical pero además porque la empleadora actuó en forma errática, despidiendo, retomando y despidiendo nuevamente, generando situación de incertidumbre en la situación de la trabajadora con los consiguientes perjuicios que ello significa”. 2.2) **TAT 1º, Sent. Nº 268** 25.7.2012 Morales ®; Posada; Rossi, **AJL 2012, c. 350**: “Con esta prueba surge demostrado que las actoras gestionaban la formación de un sindicato y aún prescindiendo de esa posibilidad, quedó probado que concomitantemente con el despido estuvieron haciendo gestiones ante organismos para determinar los derechos que asistirían a los trabajadores, o sea que aún sin considerar la existencia o futura existencia del sindicato, estuvieron realizando actividades que encuadran dentro del reclamo de derechos que asistirán a todos los trabajadores y por tanto, debe conferírseles naturaleza de reclamos de carácter sindical. Además la gran mayoría de los testigos y en especial C., quien afirmó que “las actoras fueron despedidas a la semana aproximadamente de que fueron al Ministerio” (fs. 256 vto.), demostraron una clara relación entre esa actividad y el despido, que no puede soslayarse”. 2.3) **TAT 1º, Sent. 15.9.2006** de Paula Cabrera; Keuroglián; Pérez Brignani. **La Ley Online UY/JUR/2/2006** (no figura Nº de Sentencia). (GARI, Pedro y PÉREZ DEL CASTILLO, Matías. “Manual de Derecho Colectivo”, FCU, 1ª edición mayo 2012, pág. 351.): “...no permitía ejercer por parte de sus dependientes afiliados al sindicato, las medidas de lucha decretadas en el ámbito sindical”. (...) “Fue la empresa, frente a este panorama que dispuso que los afiliados no hicieran trabajo en tiempo extraordinario, por lo cual perdieron la remuneración extra que percibían por este concepto”. (...) “En el caso de estudio, los dependientes fueron despedidos, como lo admite la demandada al contestar la demanda...aunque alegando motivos que resultaron desvirtuados por la prueba rendida en obrados y que justifica ampliamente que existió en el caso de los reclamantes un despido abusivo por antisindical que genera la obligación de reparar el daño moral sufrido por los actores...”. 3) **discriminación en cese por temporada entre trabajadores afiliados y no afiliados al sindicato: 3.1) TAT 2º, SEF-0013-100025**. 12.12.2012 Echeveste ®; Tosi; Corrales, **AJL 2012, c. 356**: “Existe contradicción entre los mecanismos de cese que explica la supervisora y el gerente general, como en el testimonio de otros trabajadores...(incluso diferencia en el lapso de temporada alta) y tampoco existe incorporada al proceso prueba eficiente de que otros trabajadores hayan sido cesados por baja temporada” (...) “Entonces los despidos de operarios por baja temporada justamente a los actores M.C y M.M, el primero referente fundamental del sindicato y el segundo con activa participación sindical, es violar la protección legal del sindicalista”.

En otro sentido, diferentes situaciones han rechazado el despido abusivo. Entre ellas: 1) **despido de un trabajador porque otro le marcó la tarjeta: 1.1) TAT 3º, Sent. Nº 344** 2.9.2009 Molinari ®; Piatniza; Contarín, **AJL 2009, c. 211**: “...el hecho de concertar con otro trabajador que le marque su tarjeta de registro horario supone o conlleva la obtención de un beneficio indebido cual es no ingresar a la hora señalada y debida al trabajo y no obstante percibir la remuneración en forma habitual y regular, o sea como si estuviera trabajando todo el horario”. “...no se advierte en forma alguna que el despido del actor respondiera a su actividad sindical y fuera represalia por la actuación o desempeño del actor en el conflicto gremial que precedió a su despido; no se advierte tampoco - ni fue alegado - otro motivo extralaboral o espurio que fundamente el amparo de la pretensión indemnizatoria accionada por abusividad de derecho”. 2) **despido por agresión física a otro trabajador: 2.1) TAT 1º, Sent. Nº 297** 8.8.2012 Rossi ®; Morales; Posadas, **AJL 2012, c. 351**: “La demandada invocó una causa vinculada a la conducta del trabajador: la agresión física a un compañero de trabajo dentro del local de la cooperativa. Este hecho fue admitido por el trabajador y su entorno, resultó acabadamente acreditado en la actuación sumarial llevada a cabo. Por su parte, el hecho, puntual pero muy grave, sin duda provocó la crisis de la relación de trabajo en la medida que el empleador es deudor de la integridad de todos sus empleados – y por ende también del agredido Sosa – y motivó el despido. La prueba del hecho invocado por la demandada, la apreciación de su entidad y la ausencia de cualquier otro elemento que habilitara relacionar el despido con la actividad sindical del trabajador, determinan que no se releven argumentos

Con relación a la **carga de la prueba**, ésta corresponde al trabajador. El despido abusivo no se presume. No basta que el despido “*parezca como injustificado para que se configure una hipótesis de despido abusivo, sino que el trabajador debe probar que existió dolo, culpa o negligencia de parte del empleador*”²⁵⁸.

La tesis de la acumulación de la **indemnización por despido indirecto más la complementaria por despido abusivo**, ha sido sostenida por MANGARELLI y CASTELLO²⁵⁹, siendo reconocida por la jurisprudencia a partir de la sentencia N° 364 de la Suprema Corte de Justicia del 12.11.1997²⁶⁰.

para calificar ilicitud alguna en el despido dispuesto por la demanda”). 3) despido por problemas financieros en la empresa: 3.1) TAT 2°, Sent. N° 283 10.8.2012 Tosi @; Patrón; Corrales, AJL 2012, c. 353: “No se despidió a los actores por su actividad sindical, ni por las movilizaciones efectuadas, sino como consecuencia de la grave situación financiera de la empleadora, que primero pasó a los trabajadores al seguro de desempleo y al no contar con posibilidades económicas normales para la continuación de las relaciones de trabajo se optó por su despido, que se reitera, a juicio de la sala no puede considerarse como consecuencia de la actividad sindical de los demandantes...”.

²⁵⁷ Diversos fallos han rechazado el despido abusivo por motivos sindicales, debido a que el actor no logró probar que su cese tuvo un motivo antisindical. Así: 1) TAT 3°, Sent. N° 415 13.10.2009 Molinari @; Contarín; Piatniza, AJL 2009, c. 212: “...para que se configure el supuesto de hecho del despido abusivo se requiere que el empleador cometa un hecho ilícito – y una vez verificada la ilicitud del obrar del empleador – debe aplicarse por vía de consecuencia la condena al pago de una indemnización ultratarifada. Tales hechos – comportamiento abusivo del empleador y motivación ilícita en su obrar – no fueron probados más allá de las especulaciones que se realizan en la apelación y determinan la suerte de la misma”. 2) TAT 3°, Sent. N° 201 1.4.2011 Contarín @; Odella; Piatniza, AJL 2011, c. 225: “Se recuerda que el actor fundamenta su pretensión indemnizatoria en la existencia de una persecución en su contra por motivos antisindicales, extremo que no ha logrado el debido respaldo probatorio”. “Es carga del empleado probar el nexo causal entre la causa gremial o sindical y el despido, en tanto que el empleador la tiene de demostrar el motivo esgrimido para despedir. (Cfm. Moreira Rocca, “El despido antisindical” en la Revista de Derecho Laboral N° 184 página 694)”. 3) TAT 2°, Sent. N° 51 29.2.2012 Corrales @; Echeveste; Tosi, AJL 2012, c. 352: “No surgen los elementos de prueba que acrediten los dichos de la parte actora, aún cuando la empresa conociese su calidad de dirigente sindical de forma verbal, y no oficial, no se acredita que la empresa haya tenido problema alguno con sus representantes sindicales, o con sus trabajadores por temas sindicales, hasta surge de la prueba testimonial la buena actitud de la empresa ante los planteamientos realizados”. 4) TAT 2°, Sent. N° 322 29.8.2012 Patrón @; Corrales; Echeveste, AJL 2012, c. 354: “...tampoco corresponde acoger el agravio del actor sobre el rechazo a la indemnización por despido abusivo. Y ello porque, era carga de su parte acreditar que el motivo del cese tuvo causa antisindical: su afiliación al sindicato....el formulario presentado en apoyo a su postulado, carecía de fecha. Tal carencia impide determinar con veracidad el nexo causal entre el cese y la afiliación al sindicato”.

²⁵⁸ AJL 2009 c.205 y 214; AJL 2010 c. 193 y AJL 2011 c. 212. Ver SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO. Manual...cit. (nota el pie N° 46), pág. 178.

²⁵⁹ MANGARELLI, Cristina y CASTELLO, Alejandro. “Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada”, RDL T. XL, N° 185, pág. 244 y ss.

²⁶⁰ Sostiene la Sentencia de la SCJ que “La Corporación no comparte la posición del Tribunal que entiende que el despido abusivo no se configura en la hipótesis del despido indirecto, esto es, que el despido abusivo solo sería compatible con la existencia del despido expreso. Por el contrario no cabe

Sostienen que los requisitos que se deben reunir para la procedencia de tal acumulación son: “a) el incumplimiento grave del empleador debe lesionar otros intereses del trabajador protegido por el ordenamiento laboral, b) y el daño – en el caso de que se trate de daño moral – tiene que tener entidad (las sensaciones de indignación, contrariedad, angustia, etc. que produce el incumplimiento contractual no se reparan)”^{261 262}.

En referencia a **la estimación del daño provocado por el despido abusivo** por motivos sindicales que ha adoptado nuestra jurisprudencia, hemos observado diferentes criterios. Los TAT 1º, TAT 2º y TAT 3º han estimado la condena de despido abusivo por el equivalente a *tres unidades de despido común*²⁶³, mientras que un fallo de la Suprema Corte de Justicia estimó

hacer tal distinción en tanto debe considerarse despido tanto el directo como el indirecto, pues se trata solo de diferentes modalidades de aquel...En ambas modalidades de despido – directo/indirecto – la ruptura del contrato de trabajo se produce por obra del empleador, que en el caso despido indirecto incumple groseramente aquél: sólo que para configurarlo es necesaria, además, la decisión del trabajador, ya que únicamente él puede determinar si la situación le resulta intolerable o nó” (RASO DELGUE, Juan. Derecho...cit. pág. 290).

²⁶¹ MANGARELLI, Cristina y CASTELLO, Alejandro. Despido...cit. pág. 244 y ss.

²⁶² El TAT 1º expresa: “La Sala estima que **se ha acreditado debidamente la configuración del despido indirecto y además, que éste fue abusivo** porque se relacionó directa y necesariamente con la actuación gremial (...) el argumento del apelante apunta solamente al aspecto referido a que el actor no era dirigente sindical ya que no existía un sindicato, cuando en realidad, ello no resulta relevante, esa formalidad de la existencia de un sindicato constituido, sino que lo que importa es que efectivamente actuó como tal, pretendiendo organizar a los trabajadores para formular reclamos y eso motivó su cambio de horario no justificado, sorpresivo e imprevisto y por consiguiente el despido” (TAT 1º, Sent. Nº 235 13.10.2008 Morales @; Rossi; Posadas, AJL 2008, c. 173). En el mismo sentido, el TAT 3º dio lugar a la acumulación del despido indirecto más la acumulación por despido abusivo. Sostiene el Tribunal que “En el caso, el pasaje al Seguro de Paro se produce según referencia de la propia demandada, como consecuencia de la decisión judicial que le impuso la obligación de no innovar, y ante la cual la empresa afirma que pasó al actor al Seguro de Desempleo porque no podía pagar el salario que venía cobrando. De donde se concluye que el despido indirecto que provocó esa conducta significa un supuesto de despido abusivo o particularmente ilícito, en tanto motivado en razones ajenas a la labor desarrollada por el trabajador y teniéndose presente su militancia sindical (...) No solamente se lo pasa a Seguro de Paro por haber accionado judicialmente, sino que se lo considera, y así también lo manifiesta la demandada, personal conflictivo que se negó a aceptar las modificaciones salariales propuestas, mientras otros las aceptaron, al tiempo además, que habiendo pasado a Seguro de Paro a quien controlaba las guardias médica, éstas quedaron sin control sindical” (TAT 3º, Sent. Nº 533 14.12.2006. UY/JUR/476/2006. www.laleyonline.com).

²⁶³ Ver: TAT 2º, Sent. Nº 36 8.10.2007 Keuriglián @; Tosi; Echeveste, AJL 2007, c. 210 confirma la sentencia de primera instancia en “**tres unidades de despido**” ya que “...de acuerdo a un prudente ejercicio de la discrecionalidad judicial, no lucen desmedidas a juicio de esta Cámara...”. TAT 1º, Sent. Nº 137 29.7.2008 Rossi @; Morales; Posadas, AJL 2008, c. 170: “...atendidas las circunstancias personales de R.G. (...) permiten, primero dar por probado el daño y segundo, y razonablemente y sin dejar de admitir la cuota de empirismo que ello importa, situar la reparación en el equivalente a **tres unidades de indemnización por despido**...”. El TAT 3º, Sent. Nº 338 11.9.2007 Piatniza @; Gómez Franco; Molinari, AJL 2007, c. 216“...habrá de atenderse el agravio referido al monto condenado en

razonable una condena de despido abusivo con el equivalente a *cinco unidades de despido común*²⁶⁴.

Finalmente, con relación a la **acumulación de despido abusivo más el daño moral**, éste fue rechazado por el TAT 2º. Sostiene el Tribunal que “Será sí de recibo el agravio por la condena al pago de daño moral, ya que la sala entiende que el mismo se encuentra cubierto por la condena al despido común y al abusivo. Los perjuicios del cese ya están cubiertos por el despido abusivo y muy particular y el decretar la condena por daño moral en forma separada sería duplicar los perjuicios a que la demandada debe responder. Esto lleva a que se revoque la condena por este rubro”²⁶⁵.

5.2.2.- La fórmula declarativa de la ley y el reconocimiento a la libertad sindical

La nueva ley superó la cuestión de la autoejecutabilidad de los Convenios de la OIT y vino a vigorizar la tutela de la libertad sindical, estableciendo lo que se dio en llamar “reparación perfecta”²⁶⁶.

El primer punto de interés es que el giro gramatical utilizado por el legislador se ajusta a una fórmula declarativa. En este sentido, bajo el “nomen juris” “*Nulidad de los actos discriminatorios*”, la ley expresa “**Declárese** que, de conformidad con el artículo 57 de la Constitución de la República, con el

concepto de despido abusivo que en la recurrida se fija en cinco veces el importe al despido común, que se abatirá a tres veces.” Aunque en anterior sentencia el TAT 3º se había manifestado en posición diferente, aplicando el criterio de dos indemnizaciones por despido común; en este sentido se expresaba el Tribunal: “*Con todo, en lo que habrá de ser atendible la apelación, es en lo referente a la cuantía por el rubro acogido. Ciertamente, que el Sr. Juez “aquo” atendió el reclamo accionado, significando en el rubro el triple de lo que por indemnización por despido tarifada fue acogido. La Sala abatirá dicha cuantía en lo que ya en oportunidad de la sent. N° 507/05 estableció, acogiendo la fijada en la instancia “aquo” en dicho caso, esto es, el duplo. Consecuentemente, al monto de indemnización común (\$ 107.604, fs. 57) se le adicionará su duplo (\$ 215.208”*). O TAT 3º, Sent. N° 533 14.12.2006, UY/JUR/476/2006. www.laleyonline.com

²⁶⁴ SCJ, Sent. N° 458 26.9.2013 Chediak; Chalar ®; Perez Manrique; Ruibal. Larrioux parcialmente discorda, AJL 2013, c. 243: “...la unidad por despido común en el caso – dada la antigüedad del Sr. M -, es de US\$ 8.653,50. Ese importe **multiplicado por cinco** es igual a US\$ 43.267,50, suma que parece razonable en el caso, por lo que así se condenará”.

²⁶⁵ AJL 2010, c. 204, TAT 2º, Sent. N° 350 3.11.2010 Tosi ®; Feijo; Corrales.

²⁶⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar. “La protección contra los actos antisindicales”. Montevideo, 1987, pág. 72.

artículo 1º del Convenio Internacional del Trabajo Nº 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949) aprobado por la Ley Nº 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y con los literales a) y b) del artículo 9º de la Declaración sociolaboral del MERCOSUR, es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo” (resaltado nuestro).

Esta técnica declarativa, particularmente aceptada en materia de derechos fundamentales²⁶⁷, no introduce conceptos nuevos en materia de libertad sindical en nuestro ordenamiento jurídico, sino que vino a “reconocer” un derecho consolidado en nuestro país²⁶⁸ y a garantizarlo.

Esta ley, sin hacer ninguna innovación con relación a los derechos sindicales, vino a dotar de coercibilidad a las normas de las más altas jerarquías imperantes en esta materia. Por lo que la proclamación de nulidad de “*cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical*” ya existía en nuestro ordenamiento jurídico por aplicación de las normas citadas por el artículo primero de la ley²⁶⁹.

Nos recuerda ERMIDA que “Si alguna duda pudiera haber al respecto, fue despejada en la exposición de motivos, que dice textualmente (...) < *El proyecto tiene la finalidad de declarar los alcances de la ratificación del convenio internacional del trabajo Número 98 (...) la adecuada protección contra los actos antisindicales que requiere el convenio Número 98 no puede limitarse a un régimen de sanciones administrativas, sino que debe conducir a la reinstalación del trabajador discriminado*>²⁷⁰.

Analizando la realidad de nuestro país con anterioridad a la ley 17.940, ROSSI se plantea una dicotomía de la libertad sindical, “por un lado un completo estatuto normativo de su reconocimiento y tutela; y por otro, la carencia de regulación heterónoma específica de instrumentos procesales para

²⁶⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 162.

²⁶⁸ RASO DELGUE, Juan. “Ley...cit. pág. 13.

²⁶⁹ Vigentes en nuestro ordenamiento jurídico antes de la ley 17.940.

²⁷⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 162.

hacerla respetar, de manera efectiva y adecuada²⁷¹. Por lo que justa es la apreciación de RASO cuando afirma que “en puridad la Ley N° 17.940 más que introducir nuevos derechos en nuestro sistema jurídico, legisla sobre instrumentos jurídicos necesarios para que puedan concretamente tutelarse los preceptos contenidos en las normas internacionales”²⁷².

La ley 17.940 también vino a poner fin a una diferencia de largo aliento entre la doctrina y jurisprudencia. Mientras la doctrina mayoritaria postulaba la autoejecutabilidad de los CIT 87 y 98, siendo la nulidad del acto antisindical y la reinstalación efectiva a la situación o estado anterior al acto ilícito la única protección eficaz de la libertad sindical, la jurisprudencia no era coincidente, negando esta solución.

5.2.3.- La libertad sindical como bien jurídico tutelado

La libertad sindical, más que una libertad constituye un conjunto de libertades²⁷³. Se la ha catalogado como “derecho complejo” en tanto su titularidad puede ser tanto individual como colectiva. Todo conflicto concerniente al fuero sindical o a las prácticas antisindicales es generalmente en el fondo – lo advierte VERDIER - un “conflicto colectivo al mismo tiempo que individual”²⁷⁴.

Un aspecto fundamental en relación a la protección contra actos antisindicales es tener en cuenta el carácter de “*derecho de actividad*” que posee la libertad sindical. “En efecto, la libertad sindical incluye el derecho al ejercicio de las funciones sindicales y no solamente el clásico derecho de asociación y de constitución o de afiliación a un sindicato. Además de ello, la libertad sindical incluye a la actividad sindical, sea desarrollada por la organización sindical, por el grupo profesional y aún por un solo trabajador. Así

²⁷¹ ROSSI ALBERT, Rosina. La nueva...cit. pág. 378 y 379.

²⁷² RASO DELGUE, Juan. La Ley...cit. pág 14.

²⁷³ RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 16.

²⁷⁴ Jean . Maurice Verdier, *Le droit syndical dans l'entreprise*, 2° ed., París 1979 (puesta al día del tomo sobre Sybducats, del “*Traité de Droit du travail*” dir. Por G. H. Camerlynck), pág. 134. Citado por ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 118 (ver nota N° 32).

el objeto central –aunque no excluyente- del concepto de libertad sindical, no es ni el individuo y su derecho de asociación, ni la organización sindical, sino la actividad sindical, la acción gremial o colectiva, exista o no una organización sindical estructurada”²⁷⁵. Como bien lo enseña VILLAVICENCIO RÍOS “ello no puede ser de otra manera porque el elenco mayoritario de lesiones a la libertad sindical se produce cuando se exteriorizan los actos o conductas dirigidos a materializar el derecho”²⁷⁶.

5.2.4.- **Ámbito de aplicación subjetivo de la ley**

La protección otorgada por la ley en su artículo primero es de un alcance amplio. Expresa que “...es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical **de los trabajadores** en relación con su empleo o con el acceso al mismo...”, así como que la protección también alcanza “...a los trabajadores que efectúen actuaciones **tendientes a la constitución de organizaciones sindicales** dentro o fuera de los lugares de trabajo”.

Asimismo, el CIT 98 (expresamente recogido por el artículo 1 de la ley 17.940) en su artículo primero establece que “**Los trabajadores** deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”.

Del análisis de los textos mencionados, observamos que cuando la ley 17.940 dirige la protección lo hace a la libertad sindical de “los trabajadores”, manifestándose en igual sentido que el CIT 98 (“Los trabajadores”), dejando en claro la vocación de universalidad que buscan las normas en lo que refiere a su ámbito de aplicación subjetivo. También el hecho de tutelar a trabajadores que están con miras a constituir un sindicato, deja en claro que la protección está dirigida a “todo trabajador”, independientemente de su condición de afiliado o

²⁷⁵ *Ídem*

²⁷⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 167.

no afiliado a un sindicato existente (incluso como lo vimos supra 1.2.4 pág. 32, la tutela de la ley incluye a la libertad sindical individual negativa)²⁷⁷.

5.2.4.1.- Protección de los trabajadores del sector público

Otro aspecto que merece un análisis particular, es si la ley 17.940 se aplica solamente a la actividad privada o si es comprensiva de la actividad pública.

Analizando el tema, RASO reconoce que las expresiones del texto como “*trabajador, empresa, despido, Consejo de salarios*, podrían llevar a la conclusión que solo tienen aplicación en el ámbito laboral privado...”, sin embargo –expresa- “nos resistimos a esta primera lectura, en base a las siguientes consideraciones: a) en función de la actual etapa evolutiva del

²⁷⁷ GARMENDIA advierte (aunque reconociendo que el punto es sumamente discutible) que “parece posible detectar en la ley la exclusión de la protección de aquellos trabajadores que desarrollen actividades sindicales de manera absolutamente inorgánica y no asociada a ningún sindicato (existente o en vías de creación)”. Sostiene que en la redacción de la ley predominó una filosofía que da preferencia a la figura del sindicato” y “no es tan evidente que suceda lo mismo con aquel que realiza actividad no sindicalizada” (refiere al fenómeno de la “*coalición*” de trabajadores). Continúa haciendo referencia al literal B del artículo 3 de la ley, el cual excluye del proceso especial a los trabajadores que habiendo sido discriminados por razones sindicales no estén en condiciones de ser acompañados por “su organización sindical” para promover la acción judicial. También, al literal E del artículo 2 de la ley, a través del cual se “otorga tutela personal especial al trabajador que hubiera realizado actividades conducentes a constituir un sindicato o la sección de un sindicato ya existente “...hasta un año después de la constitución de la organización sindical”, pero no le reconoce la tutela especial al que no tuvo éxito en su iniciativa. Y si bien puede decirse que este trabajador está en condiciones de ensayar el camino del “proceso general”, podrá hacerlo solo si logra la compañía de su organización sindical”. Concluye el autor, que “la norma no parece estar dirigida a proteger (al menos no es claro que lo haga) a aquel trabajador que desarrolla la actividad sindical sin tener en su horizonte (actual o futuro) a un sindicato”. - Identifica a “este tipo de actividades sindicales no enmarcadas dentro de la estructura organizada de un sindicato...con el fenómeno de la *coalición*, figura caracterizada por su espontaneidad, informalidad, naturaleza inorgánica y desarticulada”- (GARMENDIA ARIGÓN, Mario. “Algunas preguntas y otras tantas (tentativas de) respuestas sobre la ley N° 17.940”, en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas 12 y 13 de agosto de 2006, FCU edición julio 2006, pág. 46 a 49). En otra posición, MANGARELLI sostiene que “caen dentro de esta protección los trabajadores no afiliados a un sindicato (por ejemplo cuando no existe sindicato en la empresa) y que han sido despedidos por realizar un reclamo ante la empresa en representación del grupo de trabajadores” (MANGARELLI, Cristina. “Reflexiones...cit. pág. 92). Por otro lado, RASO plantea la situación de los trabajadores independientes, quienes “aún organizados en agrupaciones, no son sujetos de los derechos sindicales reconocidos a los trabajadores dependientes (...) Obviamente esta afirmación deja de tener valor cuando se comprueba que detrás de un colectivo de trabajadores aparentemente independientes, se esconden trabajadores que ejercen en realidad una actividad subordinada. Por lo tanto nada impediría que esos trabajadores “aparentemente independientes” puedan recurrir a los mecanismos de la Ley N° 17.940, planteando contemporáneamente la existencia de un vínculo real de subordinación” (RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 20).

derecho colectivo del trabajo, se reconoce y afirma que los derechos sindicales y su protección – reconocidos básicamente en los Convenios N° 87 y 98 y demás pactos internacionales- se extienden a toda actividad laboral, independientemente de la naturaleza jurídica del sujeto empleador...; b) La interpretación sistemática de la normativa nacional pone de manifiesto que el sistema constitucional de relaciones sindicales afirma un concepto amplio de “trabajador”, que incluye sin duda a los funcionarios públicos, cuyo derecho de sindicación y de accionar sindical es hoy ampliamente reconocido”; c) Una ley que pretenda tutelar solo a un sector de trabajadores se volvería discriminatoria; d) “La clara expresión del art. 1 de la ley –“es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical”- refuerza la idea que la ley tiene una vocación amplia tutelando a los trabajadores “sin distinción alguna” ante “cualquier discriminación”²⁷⁸.

GARMENDIA sostiene que el tema debe ser abordado desde *dos planos*, el *sustantivo* y el *plano procesal y jurisdiccional*. Con relación al *plano sustantivo* expresa que la ley alcanza a la actividad desarrollada por el Estado ya que este no fue excluido del ámbito de la ley, así como tampoco queda fuera de las normas a las que se remite el artículo primero de la ley 17.940. En el segundo plano (*procesal y jurisdiccional*) distingue dos situaciones, esto es, si la discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical del funcionario público estuvo consagrada: a) en un acto administrativo; b) por la comisión de un hecho o cuando la misma es el resultado de una omisión. En el caso de estar ante la hipótesis de un *acto administrativo*, si bien este sería nulo, la vía procesal correspondiente para declarar tal nulidad es la prevista en la Sección XVII de la Constitución de la República. Esto es, que se debe agotar la vía administrativa a través de los correspondientes recursos (artículo 319 de la Carta), y una vez obtenido el acto administrativo definitivo, se deberá presentar la demanda de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), por ser éste el órgano que por atribución constitucional posee competencia privativa para entender la anulación de los actos administrativos. El autor se plantea la posibilidad de que la tramitación del procedimiento ante el TCA sea a

²⁷⁸ RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 18 y 19.

través de las estructuras procesales previstas en la ley 17.940 (proceso general y proceso de tutela especial). Entiende que “a contrario de lo que acontece con la exigencia del agotamiento previo de la vía administrativa y con la atribución de competencia privativa en materia de TCA (extremos ambos que están consagrados en el TCA), en cambio el procedimiento jurisdiccional en materia anulatoria está regulado por la ley (art. 38 y ss. Del decreto-ley N° 15.524). De este modo es posible sostener que en todo aquello que no resulte incompatible con el texto constitucional, el trámite que el TCA debe darle a las demandas anulatorias contra actos administrativos antisindicales, será (según corresponda en cada situación) algunos de los que están consagrados en la ley N° 17.940, por tratarse de procesos especialmente previstos a los efectos de declarar la nulidad de los actos antisindicales y que, por su especialidad, prevalecen respecto del proceso general establecido por el decreto-ley N° 15.524. En la otra hipótesis planteada, esta es, *por la comisión de un hecho o cuando la misma es el resultado de una omisión*, sostiene que resultan aplicables en todos sus términos (sustanciales y procesales-jurisdiccionales) las disposiciones de la ley N° 17.940. Concluye que “la ley N° 17.940 también se aplica al Estado como eventual agente de conductas antisindicales, en todo aquello que no resulte incompatible con las normas constitucionales que disciplinan la materia contenciosa anulatoria”²⁷⁹.

ROSSI expresa que dos aspectos deben considerarse: “la jurisdicción y las estructuras procesales”. Comparte – con la posición antes citada – que “cuando el supuesto conculcatorio de la libertad sindical es un acto y el trabajador persigue la nulidad del acto, la competencia de la justicia laboral (...) no podrá desplazar la originaria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”. Y con relación a las estructuras procesales – a diferencia que la posición de Garmendia – afirma que no es posible que el TCA aplique las estructuras previstas en la ley 17940, “A pesar de que el procedimiento de anulación es de resorte legal, y la Ley 17.940 podría derogar el dec. Ley 15.524, la competencia constitucional del órgano impediría la tramitación del objeto de ésta y sus consecuencias legales”. “En el caso de la omisión el panorama es distinto” –

²⁷⁹ GARMENDIA ARIGÓN, Mario. Algunas...cit. pág. 49 a 53.

agrega -, en tanto nada habrá de anularse sino, que la pretensión habrá de residir en la condena a hacer lo que ilegítimamente no se hizo”. Concluye, “si el supuesto discriminatorio es un acto, el trabajador del Estado no cuenta con los mecanismos de tutela de la ley 17.940, pero sí cuenta con ellos si la violación de la libertad sindical opera a través de una omisión”²⁸⁰.

La **jurisprudencia nacional** se ha pronunciado mayoritariamente en favor de la aplicación de la ley 17.940 a los funcionarios públicos. Y se observan diferentes posiciones en relación a los aspectos procesales cuando el acto conculatorio de la libertad sindical es un acto administrativo.

Así, el TAT 2º en sentencia N° 100 del 28/03/2007 expresa que “*Al margen de la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para conforme a la constitución entender en lo concerniente a una relación estatutaria, como la de las partes en este proceso, decidiendo finalmente acerca de la validez o nulidad de un acto administrativo, lo cierto es que la Ley N° 17.940 del 10.1.2006 se reputa invocable y aplicable también por los trabajadores del Estado...*”^{281 282}.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno en sentencia N° 120/2008 del 18/06/2008 en un juicio promovido por guardahilos de Antel argumenta: “*Entonces, si los actores son los integrantes del sindicato – cuestión no controvertida – y a estos se le otorga una tutela especial, que se efectiviza a través de un sumarísimo proceso remitiéndose el legislador a específicas normas edictadas por la ley 16.011 – no a su totalidad – con expresa referencia a que el mismo es independiente de otros medios jurídicos de protección (art. 2 inciso 2º parte final) se concluirá en el sentido anunciado entendiendo que la vía procesal utilizada es la estatuida*

²⁸⁰ ROSSI ALBERT, Rosina. “Tutela de la libertad sindical en la Ley 17.940. Aspectos procesales”, en Promoción y protección de la libertad sindical”, en AAVV Protección y Promoción de la Libertad Sindical, Curso sobre la Ley 17.940, FCU 1ª edición noviembre de 2006, pág. 131 - 132.

²⁸¹ TAT 2º Sent. N° 100 del 28.3.2007 Keuroglián @; Echeveste; Tosi. **AJL 2007 c. 387**. TAT 2º Sent. N° 229 10.10.2012 Corrales @; Tosi; Echeveste. **AJL 2012, c. 589**.

²⁸² El mismo tribunal en un caso presentado por dirigentes sindicales del MTSS que habían sido trasladados. TAT 2º DFA-0013-100020/2012 SEF-0013-100013/2012, de fecha 5.12.2012, Echeveste @; Tosi; Corrales.

*por la ley especial y por ende hábil para la concreta defensa del derecho presuntamente lesionado, obviamente con el alcance que precisamente edicta la norma en análisis*²⁸³.

En otra posición, aduciendo la necesidad de agotar previamente la vía administrativa, el TAT 3º en sentencia Nº 47 del 16/02/2007 siguiendo a Garmendia sostiene que *“No es difícil advertir que esta exigencia representa un serio condicionamiento para la efectiva tutela de la libertad sindical lesionada....Sin embargo, su consagración en el texto constitucional no deja lugar a dudas respecto a su predominio con relación al texto legal...”*. Continúa, *“...cuando la pretensión que habrá de promoverse tenga por objeto la anulación de un acto administrativo (por ser éste el que contiene la discriminación antisindical), será el Tribunal de lo Contencioso Administrativo el órgano jurisdiccional competente para entender en su dilucidación. Esta atribución constitucional de competencia al TCA, hace inaplicable la norma del art. 3 lit. D) de la Ley Nº 17.940 (que atribuye competencia para entender en los procesos reglamentados por la ley, a “los tribunales que, en su respectiva jurisdicción, entiendan en materia laboral”). Y concluye, “Entonces, cuando lo que deba promoverse sea la demanda de nulidad de un acto administrativo, por estar contenida en el mismo la discriminación antisindical, el funcionario afectado deberá agotar la vía administrativa mediante los recursos correspondientes y una vez obtenido un acto administrativo definitivo, la demanda deberá presentarse ante el TCA, por ser éste el órgano que por atribución constitucional posee competencia privativa para entender en la anulación de actos administrativos”*²⁸⁴.

El TAT 4º - también siguiendo la posición de Garmendia- sostiene, *“En cuanto al plano procesal y jurisdiccional, el autor sostiene, en posición que se comparte plenamente, que cuando la discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical del funcionario se hubiese manifestado a través de un acto*

²⁸³ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno, Sentencia Nº 120/2008 del 18/06/2008; Couto Vilar, María Victoria ®; Bello Astraldi, Graciela Teresita; López Ubeda, María Cristina.

²⁸⁴ **AJL 2007**, c. 388 y **AJL 2011**, c.399.

administrativo, la declaración de la nulidad absoluta de éste debe tramitarse por la vía prevista en la Sección XVII de la Constitución de la República”²⁸⁵.

5.2.5.- **Ámbito de aplicación objetivo de la ley**

El artículo primero de la ley protege a los trabajadores ante “**cualquier discriminación**” que menoscabe la libertad “en relación con su **empleo o con el acceso al mismo**”. Continúa, “**En especial**, 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**”. Asimismo, la protección también alcanza “a los trabajadores que efectúen **actuaciones tendientes a la constitución de organizaciones sindicales**, dentro o fuera de los lugares de trabajo” (negrita nuestra).

5.2.5.1.- **Alcance de la protección**

Como surge de la propia norma, la expresión “*cualquier discriminación*” denota una protección amplia de la libertad sindical. Coincidentemente con esto, luego la norma, al referir a diferentes situaciones, en los literales A y B, utiliza el giro gramatical “*en especial*”, demostrando que los actos discriminatorios no se agotan en estos dos numerales^{286 287}.

Los actos o prácticas antisindicales (contra lo que protege la ley) “incluyen toda actitud o conducta que perjudica a causa de la actividad sindical o que limita la misma más allá de lo que surge del juego normal de las relaciones colectivas”. Pueden ser definidos como “aquellos que perjudiquen

²⁸⁵ TAT 4° SEF-0511.000329. 29.10.2013 Echeveste ©; Fernandez de la Vega; Patrón. **AJL 2013, c. 330.**

²⁸⁶ “Cuando la ley expresa “es especialmente”, está indicando que la enumeración de los actos discriminatorios tendientes a menoscabar la libertad sindical descritos en el art. 1 de la ley 17.940 no es taxativa”. MANGARELLI, Cristina. Reflexiones...cit. pág. 91.

²⁸⁷ RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 20.

indebidamente a un titular de los derechos sindicales en el ejercicio de la actividad sindical o a causa de ésta o aquellos mediante los cuales se les niegue injustificadamente las facilidades o prerrogativas necesarias para el normal desarrollo de la acción colectiva”²⁸⁸.

La ley no se pronuncia acerca de si el *acto antisindical* debe ser “actual” o también se incluyen a los “actos potenciales”.

Sostiene RASO que “debe consignarse que el “acto discriminatorio” para considerarse tal debe definirse en una acción concreta”, considerando “que no constituye “acto” una simple amenaza o declaración de intención”²⁸⁹. Mientras que MANTERO afirma que “En el régimen de la nueva ley no interesa la intención de quien incurrió en el acto o la conducta antisindical. Interesa solamente si el acto tiende a menoscabar el ejercicio de un derecho fundamental: la libertad sindical. El acto o conducta antisindical ha de ser calificado objetivamente en virtud de sus consecuencias, y no subjetivamente según la intención de su autor”²⁹⁰.

En otra posición, CASTELLO señala que “la amplitud del texto legal y la importancia que tiene el bien jurídico tutelado, nos hacen pensar que deben incluirse ambas posibilidades en la noción de acto antisindical. Acorde a ello, aún cuando la medida empresarial (despido, cambio de condiciones de trabajo, etc.) todavía no se haya implementado o instrumentado en la práctica, igualmente podría acudir a los mecanismos de tutela previstos en la norma legal para solicitar la nulidad de la misma, siempre que se demuestre que la decisión puede ocasionar un perjuicio en el empleo o las condiciones de trabajo y un obstáculo para ejercer la libertad sindical”²⁹¹.

²⁸⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 130.

²⁸⁹ Como ejemplo supone un caso donde el empleador a través de la prensa anuncia que en un futuro se verá obligado a despedir a los trabajadores si no suspenden las medidas gremiales. “El “acto” se tipificará recién cuando el empleador accione a través de avisos que confirmen la decisión del despido, aún con eventuales términos del preaviso (RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 25).

²⁹⁰ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. “Actos, hechos, conductas o comportamientos antisindicales, en AAVV Protección y Promoción de la Actividad Sindical, Curso sobre la Ley 17.940, FCU, 1ª edición setiembre 2006, pág. 97.

²⁹¹ CASTELLO, Alejandro. “La nulidad...cit. pág. 76.

5.2.5.2.- Precisión del acto antisindical

Si bien la ley no brinda una definición de *acto antisindical*, sí nos menciona determinados elementos, sobre los cuales nos detendremos con la finalidad de ir precisando la noción de acto antisindical.

5.2.5.2.1.- Acciones u omisiones

La ley refiere a las “*acciones u omisiones*”. Las *acciones* importan un comportamiento activo del empleador, como ser, el despido. Mientras que las *omisiones* refieren a una actitud pasiva, esto es, un no hacer del empleador, como por ejemplo el no otorgamiento de un ascenso, el no aumento de salarios cuando así lo determinen los Consejos de Salarios, etc²⁹²..

5.2.5.2.2.- Discriminación durante el empleo o en el acceso al mismo

También es importante destacar que la ley declara nulos los actos antisindicales en contra de los trabajadores en su acceso al trabajo, cuando expresa “*en relación con su empleo o con el acceso al mismo*”. “Esto incluye un área particularmente sensible a la discriminación –no solo antisindical- como los procesos de selección y demás operaciones de ingreso”²⁹³. Sobre el punto, sostiene RACCIATTI que “el tema ya estaba comprendido en el convenio 98 cuando establece: “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”. La expresión “sujetar el empleo” comprende el acceso y la permanencia en el empleo”^{294 295}.

²⁹² Sostiene RASO que la ley 17.940 para reforzar su vínculo con el CIT 98 repite el texto del artículo primero. Pero a diferencia del CIT 98 que refiere a todo “acto”, la ley 17.940 habla de “acción u omisión”. “...la diferente redacción no modifica la amplitud del concepto de “acto discriminatorio”, puesto que aún en 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” (RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 20).

²⁹³ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 163.

²⁹⁴ RACCIATTI, Octavio Carlos. “Aspectos Procesales de la Ley 17940”, en Libro de XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Vol. 2, FCU 1ª edición diciembre de 2006, pág. 47.

5.2.5.2.3.- La no necesaria existencia de un sindicato

Para que exista un acto antisindical y opere la nulidad del mismo no es necesaria la existencia de un sindicato, lo cual se desprende del artículo primero inciso final, cuando manifiesta que la protección alcanza “a los trabajadores que efectúen **actuaciones tendientes a la constitución de organizaciones sindicales**, dentro o fuera de los lugares de trabajo”.

5.2.5.2.4.- Libertad sindical individual (positiva y negativa)

Si bien la ley 17.940 no consagra a texto expreso la libertad sindical negativa, entendemos que esta sí esta comprendida a través del reenvío que hace el artículo 1 de la ley 17.940 a los literales a) y b) de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, la cual garantiza “*la libertad de afiliación, de no afiliación y desafiliación*”. Esta posición se armoniza con la libertad al trabajo y asociación consagrada por nuestra Constitución, a través de sus artículos 36 y 39, respectivamente.

²⁹⁵ Sobre este tema, CASTELLO refiere a la amplitud del marco temporal bajo el cual se puede llegar a configurar el acto antisindical. “De ahí que la protección que consagra la Ley 17.940 puede operar antes de constituirse el vínculo laboral, durante las operaciones de búsqueda, selección, reclutamiento y entrenamiento del trabajador, **durante** el desarrollo de la relación de trabajo, **al momento de su extinción** o inclusive, **luego del egreso**”. Y agrega que “la alusión legal al período de “acceso al empleo” haría extensible la protección al momento posterior al despido, cuando el trabajador pretende acceder a un nuevo puesto de trabajo. De ese modo, si el antiguo empleador realiza actos u omisiones que entorpecen u obstaculizan el acceso a un nuevo empleo, como sería el caso en que brindan de modo falso malas referencias laborales del ex trabajador con finalidad discriminatoria sindical, el tribunal podría ordenar el cese inmediato de su conducta, con independencia de la acción indemnizatoria que eventualmente pudiere corresponder” (CASTELLO, Alejandro. La nulidad...cit. pág. 77 y 78). LARRAÑAGA estudia el tema y trae a colación la ley 18.331 en sus artículos 4 lit. D y 18 inc. 1, donde se establece que la afiliación sindical es un dato personal sensible y que nadie está obligado a proporcionar el mismo sin su expreso y escrito consentimiento. “En consecuencia, en nuestro derecho están prohibidas las llamadas “listas negras”, donde se almacenen datos sobre dirigentes, activistas y afiliados sindicales. La Comisión de Expertos de la OIT señala que estas listas negras son incompatibles con los principios del Convenio núm. 98” - Estudio General sobre los convenios fundamentales...Informe III (Parte 1B), párrafo 178, pág. 77- Por lo tanto cuando un postulante se presente a un empleo, el dato sobre afiliación sindical pasada de este, no debe ser requerido por la empresa, salvo que el postulante lo brinde mediante su consentimiento de manera expresa y escrita. (LARRAÑAGA ZENI, Nelson. Las Relaciones...cit. pág. 101 y 102).

Es por esto que entendemos que en relación al *aspecto individual de la libertad sindical*, la tutela es abarcativa tanto de la libertad sindical individual positiva como de la libertad sindical individual negativa²⁹⁶.

5.2.5.2.5.- Los actos de injerencia

Un aspecto importante que queremos resaltar de la libertad sindical colectiva, es el relativo a los denominados “*actos de injerencia*”. Estos, están contenidos en el artículo 2 del CIT 87, a través del cual se ordena que tanto las organizaciones de trabajadores como de empleadores “*deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de injerencia*”²⁹⁷. Podemos definirlo como “la indebida intromisión o injerencia de una de las partes sociales en los asuntos propios de la otra”²⁹⁸.

Hay destacados juristas que consideran que la tutela de la ley 17.940 no alcanza a los denominados actos de injerencia. En este sentido, expresa SLINGER que “el texto no regula ni contempla los actos de injerencia de una organización respecto de otra organización”²⁹⁹. RACCIATTI afirma que “la nueva ley limita la protección a la dimensión individual de la libertad sindical y a algunos aspectos de las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical. No considera otras materias de la dimensión colectiva de estos derechos, ni la prohibición de los actos de injerencia (art. 2 del convenio 98, que había sido incluida en el resumen final del ministerio de trabajo en octubre de 2005, a propuesta del sector empleador)”³⁰⁰. Mientras que CASTELLO sostiene que “Si bien el acto de discriminación que afecta al trabajador es pluriofensivo porque

²⁹⁶ Ver supra Capítulo “IX Contenido de la libertad sindical”, pág. 20; y numeral “1.2.4.- La libertad sindical negativa en Uruguay”, pág. 32.

²⁹⁷ Además, el CIT 98 en su párrafo 2 del artículo 2 establece 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*”.

²⁹⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 111 y 112.

²⁹⁹ SLINGER, Leonardo. “Ley 17.940 sobre promoción y protección de la actividad sindical: análisis de los aspectos sustantivos, en Libro XVII Jornadas uruguayas de derecho del trabajo y de la seguridad social Volumen 2, FCU 1 edición diciembre de 2006.

³⁰⁰ RACCIATTI, Octavio Carlos. Aspectos...cit. pág. 43.

vulnera, simultaneamente, los derechos del trabajador y del sindicato, resulta indudable que la Ley N° 17.940 se dirige a la tutela de la libertad sindical en su dimensión individual³⁰¹.

Por otro lado MANTERO, si bien afirma que “Parece ser que la ley 17.940 no se aplica directamente a los actos de injerencia que no constituyan al mismo tiempo actos discriminatorios...dichos actos continúan siendo, en nuestro derecho y a nivel universal, actos lesivos de un derecho humano fundamental, cuya ocurrencia debe prevenirse y cuya nulidad debe declararse, reinstalando o restituyendo la situación anterior. Dado que la ley no ha declarado expresamente la nulidad de estos actos, como lo hizo en cuanto a los actos discriminatorios, la nulidad deberá ser declarada por sentencia o por acto discriminatorio cuando corresponda”³⁰².

Si bien la ley 17.940 hace alusión expresa a la “*libertad sindical de los trabajadores*” entendemos (como viene de verse) que por ser ésta un derecho “complejo” y “derecho de actividad”, la tutela debe ser abarcativa del más amplio contenido. Y sin perder de vista “que la propia libertad sindical, como todos los derechos fundamentales, está constantemente sujeta a una progresiva ampliación de sus contenidos”³⁰³.

Dentro de los *aspectos colectivos de la libertad sindical*, coincidimos con RASO al entender que los “*actos de injerencia*” quedan comprendidos dentro de la protección de la ley - pese a su silencio-, aunque por una “vía elíptica”³⁰⁴ ³⁰⁵. El Decreto N° 66/006 (reglamentario de la ley 17.940) en su

³⁰¹ SLINGER, Leonardo. “Ley 17.940 sobre promoción y protección de la actividad sindical: análisis de los aspectos sustantivos, en Libro XVII Jornadas uruguayas de derecho del trabajo y de la seguridad social Volumen 2, FCU 1 edición diciembre de 2006, pág. 72 y 73.

³⁰² MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Actos...cit. pág. 91.

³⁰³ *Ídem*.

³⁰⁴ RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 35.

³⁰⁵ Destaca CASTELLO que “...es preciso puntualizar que tanto a nivel doctrinario como legislativo, especialmente en el ámbito latinoamericano, el concepto de fuero sindical, se ha ido ampliando progresivamente, tanto en su alcance subjetivo (sujeto protegido), objetivo (actos o hechos ante los cuales se protege) como respecto a los mecanismos y garantías de tutela, de manera de ir incorporando a su seno a las prácticas desleales o actos de injerencia”. (CASTELLO, Alejandro. Apuntes...cit. pág. 67).

artículo 7 declara vigente el Decreto N° 93/968 del 3/II/1968, el cual en su artículo 8 expresa: “*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*”. Y define a los actos de injerencia como “*las medidas que tiendan 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*”. “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”^{306 307 308}.

5.2.5.2.6.- Determinación del agente antisindical

Otro aspecto que se impone determinar, es quien puede ser el agente del acto antisindical. Enseña ERMIDA que “en cuanto a los agentes, si bien lo tradicional es presentar al acto antisindical como producido *por los empleadores o sus organizaciones* en perjuicio de trabajadros o sus

³⁰⁶ *Ídem*

³⁰⁷ ERMIDA haciendo alusión a los actos de discriminación antisindical y los actos de injerencia advierte que “...ambas categorías de actitudes o conductas lesiona, en última instancia, el mismo bien jurídico final, a saber, la libertad sindical, lo cual explica que el Convenio 98 exija similares o idénticos mecanismos de protección en uno y otro caso, y que en alguna ocasión el Comité de Libertad Sindical haya calificado como acto de injerencia a un típico acto de discriminación antisindical, como es el despido de un dirigente sindical” (ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 112).

³⁰⁸ Pronunciamientos del CLS expresan que “la existencia de normas legislativas por las que se prohíben los actos de injerencia (...) es insuficiente si tales normas no van acompañadas de procedimientos eficaces que permitan asegurar su aplicación en la práctica” (Recopilación...cit. párrafo 861, pág. 184), así como que “es necesario que se prevean en la legislación, de manera expresa, recursos y sanciones suficientemente disuasivos contra los actos de injerencia de los empleadores contra los trabajadores y las organizaciones de trabajadores, a fin de garantizar la eficacia práctica del artículo 2 del Convenio núm. 98” (Recopilación...cit. párrafo 862, pág. 184).

En nuestro país, por disposición del Decreto 93/968 se prevén sanciones con multas a través de la Inspección General de Trabajo, las cuales se regulan por el artículo 289 del Decreto ley N° 15.903 en redacción dada por el artículo 412 de la ley N° 17.736. La norma dispone que “*en los casos que la sanción a imponer tenga como fundamento la infracción a las disposiciones de los Convenios Internacionales del Trabajo Nros. 87 y 98 referentes a la libertad sindical, la base de cálculo se determinará de acuerdo al número total de trabajadores de la infractora*”.

organizaciones, es ya indiscutible que debe admitirse que, al menos dogmáticamente, la práctica antisindical puede tener también otros agentes”³⁰⁹.

“Así el **Estado** puede ser un agente de actos antisindicales de importancia, tanto en su papel de actor en las relaciones colectivas de trabajo como en su papel de autoridad normativa”³¹⁰. A modo de ejemplo, BRONSTEIN señala que la intervención y disolución de los sindicatos era una práctica corriente en las dictaduras, o también se viola la libertad sindical cuando en algunos países se niegan expresa o tácitamente la concesión del registro o de la personería jurídica a la organización³¹¹. Y como vimos, la ley 17.940 también se aplica al Estado como eventual agente de conductas antisindicales³¹².

Otro agente de actos antisindicales puede ser la propia **organización sindical**. El tema se vincula³¹³ básicamente con las denominadas *cláusulas sindicales*. A través de estas, se puede vulnerar a la *pluralidad sindical*, la cual es un elemento ponderador de la libertad sindical y agente de la posibilidad de la constitución de más de una organización sindical si los trabajadores lo entienden conveniente.

5.2.6.- Mecanismos de protección contra los actos antisindicales

Expresan GIUGNI y SANGUINETI que “en nuestra disciplina, incluso con más intensidad que en otras ramas de la ciencia jurídica, la sola inclusión de preceptos de carácter sustantivo no constituye elemento suficiente para lograr que el dato legal se adecúe a sus previsiones”³¹⁴. Por tanto, resultan trascendentes los mecanismos de protección de la libertad sindical.

³⁰⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 131 y 132.

³¹⁰ *Ídem*

³¹¹ BRONSTEIN A. S., Protección de la libertad sindical, en El derecho sindical en América Latina, Montevideo 1995, pág. 89 y 90. Citado por RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 21.

³¹² Ver ut supra “4.- Ámbito de aplicación subjetivo de la ley”, pág. 63 y ss, así como “2.1.- Libertad sindical frente al estado”.

³¹³ Ver ut supra “2.3.- Libertad sindical ante otras organizaciones.”, pág. 60.

³¹⁴ GIUGNI, Gino. 1996 “Diritto Sindacale, Cacucci, Bari y SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. 1994 “Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en

Diferentes han sido las clasificaciones y mecanismos desarrollados por diferentes autores³¹⁵. A los efectos de este trabajo nos referiremos a dos mecanismos de protección contra los actos antisindicales: *preventivos* y *reparatorios*.

Son mecanismos de protección *preventivos* aquellos que tienden a evitar que se produzca el acto antisindical, evitar la lesión de la libertad sindical. Son ejemplos de estos mecanismos: necesidad de una comunicación y autorización de la autoridad (judicial, administrativa) para que un acto pueda producirse (despido, traslado, etc). Asimismo podría tratarse de una comunicación o preaviso a la propia organización sindical, comités de empresa, etc..

Mientras que los mecanismos de protección *reparatorios* son aquellos que buscan el resarcimiento del acto antisindical producido. A su vez, dentro de estos, podemos distinguir entre los que buscan la suspensión del acto discriminatorio; los que llegan a la nulidad del mismo; y los que se resuelven en una indemnización³¹⁶.

Señala ERMIDA que “La solución reparatoria perfecta, y la única integralmente adecuada a la protección de la actividad sindical, es la que resuelve la nulidad del acto discriminatorio. La consecuencia de tal nulidad es el restablecimiento de la situación alterada, que es en rigor lo único que levanta efectivamente todos los obstáculos que el acto ilícitamente perturbador de la

VV.AA., *¿Quo Vadis Jus?*, estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo La Hoz Tirado, UNMSM, Lima. Citados por VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 61.

³¹⁵ VILLAVICENCIO RÍOS, clasifica los mecanismos de protección de la libertad sindical en: 1) protección negativa (se plantea frente al estado y se dirige a la remoción de todos los obstáculos y restricciones que impidan el libre ejercicio de la libertad sindical); 2) protección positiva (supone la implementación de medidas frente al empleador dirigidas a garantizar la efectividad del derecho), dentro de las cuales menciona las medidas: preventivas; reparatorias; sancionadoras; y procesales (VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit., pág. 62). ERMIDA advierte que estos mecanismos pueden ser complementarios entre sí o incluso acumulativos. Refiere a los mecanismos de: prevención; reparación; publicidad de decisiones administrativas o judiciales; aplicación de sanciones administrativas o penales; y la auto tutela colectiva (ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit pág. 139).

³¹⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 141.

acción sindical había opuesto a la misma; es decir, es el único mecanismo que protege acabada y directamente el bien jurídico tutelado”³¹⁷.

Siguiendo a la doctrina italiana, resalta VILLAVICENCIO RÍOS que considerando la “pluriofensividad” de las conductas antisindicales (que afectan al trabajador individual y al colectivo sindical), no hay que centrarse en soluciones individuales, como pueden ser las reparaciones económicas, “que no subsanan los efectos colectivos de tales conductas. En este sentido, la reposición de un dirigente despedido resulta mucho más apropiada para salvaguardar al bien jurídico tutelado en su integridad”³¹⁸.

Según el Estudio General de 1994 sobre libertad sindical y negociación colectiva (81ª Conferencia Internacional del Trabajo, Informe III Parte 4B) “En lo concerniente a la forma de reparación, la Comisión opina que su finalidad debería ser la reparación total, tanto en el plano económico como en el profesional, del perjuicio sufrido por un trabajador a causa de un acto de discriminación antisindical, ya que se trata de un caso de violación de un derecho fundamental. La mejor solución es generalmente el reintegro del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y el mantenimiento de sus derechos adquiridos” (núm 219).

Expresa el CLS que es necesario que la legislación establezca de manera explícita recursos y sanciones contra actos de discriminación antisindical con objeto de asegurar la eficacia práctica del artículo 1 del Convenio núm. 98³¹⁹. Las normas de fondo existentes en la legislación nacional que prohíben actos de discriminación antisindical no son suficientes si las mismas no van acompañadas de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos³²⁰.

³¹⁷ *Ídem*.

³¹⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad...cit. pág. 63.

³¹⁹ Recopilación...cit. párrafo 813,pág. 173.

³²⁰ Recopilación...cit. párrafo 818, pág. 174.

Como bien lo señala LARRAÑAGA “La ley 17.940 organiza una protección intensa de los trabajadores que realizan actividad sindical”³²¹. Vino a consagrar un mecanismo de reparación perfecto. Dispone la nulidad absoluta de “*cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo*” (artículo 1), ordenando la “*efectiva reinstalación o reposición del trabajador despedido o discriminado*” con “*el derecho a percibir la totalidad de los jornales que le hubiere correspondido cobrar durante el período que insuma el proceso de reinstalación y hasta que ésta se efectivice*” (artículo 3).

5.2.7.- Nulidad de los actos discriminatorios

La ley actúa enérgicamente y con severidad a través de la “declaración” que “*es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar al libertad sindical*” (artículo 1).

BARRETO expresa que la ley “declara la nulidad, o sea que la decisión judicial no la constituye; califica como “absolutamente” nulo al acto discriminatorio, debiéndose entender por tal lo “ilimitado”, “sin restricción” o “incondicionado”; y todavía explicita todas las consecuencias de la nulidad (reintegro o reposición) por si quedaran dudas al intérprete^{322 323}.

³²¹ LARRAÑAGA ZENI, Nelson. Las Relaciones....cit. pág. 99.

³²² BARRETO GHIONE, Hugo. “La Ley 17.940 y los medios vigentes a la protección de la actividad sindical en el ordenamiento jurídico laboral”, en AAVV Cuarenta estudios sobre la nueva legislación laboral uruguaya, Grupo de los miércoles XXXV Aniversario, FCU 1ª edición agosto 2010, pág. 24.

³²³ Estudiando la naturaleza de la sentencia que constata el acto antisindical, CASTELLO advierte que se trata de una sentencia *declarativa* (tiene por objeto la pura declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, sin buscar la condena o producción de efectos jurídicos nuevos, distintos de la simple eficacia de la cosa juzgada), “ya que ésta no crea la nulidad, tampoco crea, modifica o extingue una situación jurídica sino que se limita a constatar el comportamiento discriminatorio y consecuentemente, la nulidad absoluta”. En caso de tratarse de un despido antisindical y se ampare la reinstalación, la consecuencia directa para el empleador es abonar los salarios caídos, teniendo (en este caso) la sentencia también un contenido de *condena*, debido a que impondrá al demandado el pago de una cantidad de dinero determinada. “En cambio, cuando el acto antisindical se configure por una omisión del empleador, parecería que la sentencia no sería declarativa o de condena sino más bien *constitutiva*, ya que se dirigiría a modificar el estado jurídico anterior de omisión, ordenando al empleador a crear una nueva situación fáctica” (CASTELLO, Alejandro. La nulidad...cit. pág. 82 y 83.)

Asimismo, el artículo 3 en su literal A) ordena la “*efectiva reinstalación o reposición del trabajador despedido o discriminado*”. Como se puede observar, el legislador optó por una “solución reparatoria perfecta”, y al ordenar la “efectiva” reinstalación o reposición del trabajador no da lugar a ninguna otra alternativa al empleador que la ordenada por la propia ley, “excluye toda relativización de la medida”³²⁴ (a modo de ejemplo, pago de salarios y que el trabajador esté a la orden; envío al seguro de paro, etc.).

Este mecanismo de reparación, al ser inclusivo de “*cualquier acción u omisión*”³²⁵, presenta algunas dificultades con las situaciones que se pueden dar en la práctica.

Con buen tino advierte CASTELLO, “ese mecanismo solamente opera, técnicamente, respecto de las conductas o comportamientos del empleador que constituyan un hacer (*acciones*), pero no respecto de las *omisiones*, que implican un “*no hacer*”. Frente a un caso de despido - de constatarse que este acto fue antisindical-, la reparación va a ser el efectivo reintegro, ya que “como consecuencia de la nulidad absoluta el comportamiento discriminatorio se mira como no ejecutado, el tribunal debe construir (reparar) la situación jurídica y material que existía antes (art. 1565 del Código Civil). La operación mencionada no resulta aplicable a los casos en que el acto antisindical está constituido por una “*omisión*”. En estos casos, resulta claro que la nulidad, entendida como reposición de las cosas a su estado anterior, no funciona correctamente como mecanismo reparatorio. Por el contrario, la reparación perfecta consistirá, en tales situaciones, en que el Juez ordene al empleador la realización de un determinado acto o conducta activa o positiva (un hacer), que omitió desarrollar: por ejemplo, pagar un aumento salarial obligatorio o aumentar la categoría del trabajador”^{326 327}.

³²⁴ SARTHOU, Helius. “Siete tópicos sobre la tuititividad sindical en la ley 17.940”, en AAVV Protección y Promoción de la Libertad Sindical, Curso sobre la Ley 17.940, FCU, 1º edición setiembre 2006 , pág. 179.

³²⁵ Artículo 1 de la ley 17.940.

³²⁶ CASTELLO, Alejandro. La nulidad...cit. pág. 81 y 82.

En el mismo sentido, ROSSI sostiene que “razonablemente, la omisión no puede declararse nula, pero sí pueden borrarse del mundo los efectos jurídicos originados en ella, teniéndola por no actuada, e imponiendo al autor obrar en el sentido ilícitamente omitido. Esto es, si lo que conculca el derecho a la libertad sindical es una omisión, la declaración de nulidad es inadecuada. En su lugar podrá pretenderse la condena en su antónimo: la acción. Y la sentencia podrá condenar a hacer lo que ilegítimamente no se hizo. O sea, la acción debida”³²⁸.

5.2.7.1.- El pago de los jornales caídos

Como consecuencia de la declaración de nulidad del acto antisindical y la efectiva reinstalación, le ley genera a favor del trabajador el derecho a “*percibir la totalidad de los jornales que le hubiere correspondido cobrar durante el período que insuma el proceso de reinstalación y hasta que este se efectivice*” (artículo 3 literal A).

La expresión “*el período que insuma el proceso*” puede aparejar alguna duda con relación a si los jornales (salarios³²⁹) a cobrar son desde la presentación de la demanda judicial que da inicio al *proceso*, o son desde que se configuró el *acto u omisión* lesivo.

Sobre el punto CASTELLO sostiene que considerando el principio de reparación integral del daño y el funcionamiento del mecanismo de la nulidad

³²⁷ RASO analizando el mismo tema sostiene que “Mientras que parece clara la situación de la reinstalación en caso de despido, considero que deberá reflexionarse con mayor atención en los casos de discriminación, que no se resuelven en un despido”. Reflexiona frente a un caso hipotético de un trabajador que haya sido discriminado en un ascenso y expresa: “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” (RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 26.)

³²⁸ ROSSI ALBERT, Rosina. “Protección y promoción de la libertad sindical”, en AAVV Protección y promoción de la libertad sindical Curso sobre la Ley 17.940, FCU, 1ª edición setiembre de 2006, pág. 121.

³²⁹ CASTELLO resaltaba este aspecto, el cual nos parece importante destacar. El término “jornal” en nuestro ordenamiento jurídico hace alusión a una medida de valor correspondiente a la retribución por un día de trabajo. Una interpretación piedeletrista de la ley puede considerar que esta refiere al pago del salario básico (sin aditamentos como comisiones, incentivos, etc.). Por lo tanto es necesario adoptar un enfoque amplio sobre el término jornales, habiendo sido preferible la expresión “salario” en lugar de “jornal” (CASTELLO, Alejandro. La nulidad...cit. pág. 84).

absoluta del Derecho común, “la indemnización debe abarcar todo el período en que existe daño real, que por lo general será desde el momento del despido o comisión del acto represivo, hasta la efectiva reposición de cosas a su estado anterior”³³⁰.

Con la misma posición, RASO manifiesta que “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 éste concluye con la sentencia y no con la reinstalación. La consecuencia lógica es que si “el proceso de reinstalación” termina con la efectivización de la misma es porque se considera que comenzó con el despido”^{331 332}.

El TAT 1º es claro cuando sostiene que “*Los créditos laborales por los jornales perdidos fueron exigibles en oportunidad del acto conculcatorio de la libertad sindical. Ello por cuanto tal acto nunca debió haberse producido, justamente por su carácter lesivo del derecho humano fundamental. La exigibilidad que se indica resulta ilustrada por el carácter declarativo del procedimiento reglamentado por la ley 17.940 destinado a restituir el goce del derecho*”³³³.

Y el TAT 4º en un pasaje de su sentencia, haciendo alusión a la consecuencia de la reinstalación dice “...por no acreditada la causa razonable que exige la ley para que el empleador se exima de reinstalar a los trabajadores a sus puestos de trabajo **abonándoles los jornales perdidos desde la fecha del despido hasta su efectivo reintegro** (art. 3º literal A) de la ley”³³⁴ (resaltado nuestro).

³³⁰ Ídem

³³¹ RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 27.

³³² Como aditamento de lo expresado, el artículo 3 en su literal F) hace alusión al sistema de astreintes, y establece que “*Las sanciones o conminaciones pecuniarias previstas en el artículo 374 del Código General del Proceso, serán independientes del derecho a obtener el resarcimiento del daño y su producido beneficiará a la parte actora*”. Por lo tanto, el trabajador (si obtiene una sentencia que ordena su reinstalación efectiva) percibirá lo percibido por concepto de astreintes que fuera condenado su empleador, en caso de no dar cumplimiento a la sentencia.

³³³ TAT 1º, Sent. N° 140 9.5.2012 Rossi @; Morales; Posada. **AJL 2012, c. 590.**

³³⁴ TAT 4º SEF-0511-000009. 15.3.2013 Echeveste @; Fernández de la Vega; Patrón. **AJL 2013, c. 603.**

5.2.7.2.- Reparación del daño moral

Otra de las interrogantes que nos podemos plantear es la procedencia de una reparación por daño moral, a pesar de la efectiva reinstalación y el pago de los salarios caídos.

MANGARELLI³³⁵ sostiene que “la posibilidad de hacer volver las cosas al estado anterior al hecho dañoso “nunca es absoluta”, debiendo entenderse la reparación natural o en especie como susceptible de colocar a la víctima en una situación muy similar, aunque no idéntica a la que tenía antes de ser dañada. Por ello la reparación en especie debe estar acompañada de la reparación en dinero, dado que por lo general hay un daño que nunca va a ser reparado totalmente con la reparación en especie, que es el constituido por el sufrimiento que debió soportar la víctima”. Sostiene que en el caso de la Ley 17.940, la reinstalación efectiva “se repara en parte el daño moral ocasionado”, ya que la vulneración de un derecho fundamental³³⁶ (y el padecimiento que ello trae), no encuentra la reparación. El fundamento legal surge del artículo 3 literal F) de la ley, el cual dice que “las sanciones o conminaciones pecuniarias...serán independientes del derecho a obtener el resarcimiento del daño y su producido beneficiará a la parte actora”. Al analizar el monto del daño moral, afirma que este se podrá estimar – cuando se tenga la reinstalación efectiva -, en una vez el monto de la indemnización por despido común, no debiendo acreditar la existencia del daño el trabajador “dado que este surge de la violación del derecho jurídicamente protegido”³³⁷.

CASTELLO advierte – en otra posición- que “excepcionalmente, cuando el empleador también viole otros derechos fundamentales del trabajador, distintos de la libertad sindical (honor, dignidad, intimidad, etc.) podría imponerse una reparación por concepto de daño moral”³³⁸.

³³⁵ MANGARELLI, Cristina. Reflexiones...cit. pág. 93 a 95.

³³⁶ La autora cita a la SCJ, quien ha señalado que “el despido por motivos gremiales, lesiona la dignidad personal del trabajador, y su independencia moral, cívica y sindical (sentencia 63/20012, AJL 2001, c. 206)”. *Ídem*.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ CASTELLO, Alejandro. La nulidad...cit. pág. 87.

5.2.8.- La “causa razonable” del despido o perjuicio

La ley, a través de su artículo 2 in fine, introduce el concepto de “causa razonable” como eximente de responsabilidad del empleador frente al despido considerado antisindical.

Reza el artículo mencionado, “*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 de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada***” (negrita nuestra).

La decisión del empleador, para no ser catalogada como antisindical, deberá estar contemplada dentro de las causales o situaciones indicadas por la norma. Aunque como bien lo señala FERNANDEZ BRIGNONI, “constituye una conducta probatoria positiva y activa del demandado”³³⁹.

En una posición “restringida”³⁴⁰ con relación a la “causa razonable”, advierte ERMIDA que “queda un amplio margen para la apreciación y valoración del Juez, aunque este deberá tener en cuenta que se está ante la denuncia de un acto ilícito violatorio de un derecho fundamental, lo que acarrea la interpretación amplia del derecho y la interpretación estricta de sus excepciones y límites”³⁴¹. BARRETO plantea que “la prueba y su apreciación judicial tiene que ser muy rigurosa”³⁴².

Expresa el TAT 2º que “...*el demandado debe demostrar que los hechos motivadores de decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, que se*

³³⁹ FERNANDEZ BRIGNONI, Hugo. “Comentarios a un caso judicial sobre la protección de la libertad sindical en el marco de la Ley 17.940”, en RDL N° 226, pág. 405.

³⁴⁰ DELGADO SOARES NETTO, Fernando. “Otro caso de reinstalación de dirigente sindical por el procedimiento especial de la ley 17.940”, en *laleyonline* UY/DOC/78/2010, citando a LOUSTAUNAU quien advierte que sobre el punto se han verificado dos posiciones, y posteriormente califica a ambas posiciones como “amplia” y “restringida”, respectivamente.

³⁴¹ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Sindicatos...* cit. pág. 170.

³⁴² BARRETO GHIONE, Hugo. “Elementos para una crítica de la apreciación jurisprudencial de la causa razonable”, en RDL N° 227, pág. 694.

*presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo – la no discriminación – sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente extraño a todo propósito contrario a derechos fundamentales*³⁴³.

Con referencia a la **capacidad o conducta** del trabajador, expresa RASO (en una posición más “amplia” que la anteriormente mencionada) que este concepto de “capacidad” tiene que ver con la “aptitud psicofísica para el desempeño de la tarea habitual”, es la capacidad del trabajador para poder desempeñarse satisfactoriamente en su cargo. Mientras que en relación a la “conducta” – sostiene- “consideramos que la expresión abarca un espacio más amplio que la condición de “notoria mala conducta”. Pueden existir inconductas que, aún sin alcanzar el nivel de una “notoria inconducta”, constituyan una causa razonable de despido”³⁴⁴. Posición esta seguida por la jurisprudencia nacional³⁴⁵.

LOUSTAUNAU agrega que "no solo debe ocurrir la pérdida de la capacidad, sino que además debe estar acompañada de la imposibilidad de readaptar al trabajador en otro puesto en la empresa", y en relación a la “conducta” del trabajador expresa que “procederá como excepción cuando ésta reúna características similares a la configuración de la notoria mala conducta, pero además que la inconducta sea objetivamente identificable y que no encubra u oculte un accionar discriminatorio”³⁴⁶.

Otra de las eximentes que menciona le ley son las **necesidades de la empresa, establecimiento o servicio**, la cual “debe obedecer siempre a necesidades “objetivas” de la empresa. La “necesidad” debe evaluarse en función de criterios objetivos que justifiquen la situación, entendiendo por tales

³⁴³ TAT 2°, Sent. N° 10 10.2.2011 Tosi @; Echeveste; Corrales. AJL 2011, c. 233.

³⁴⁴ RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 29.

³⁴⁵ Ver AJL 2010 c. 361 (SCJ); AJL 2011 c. 235 (TAT 2°) ; c. 368. (TAT 3°); AJL 2011 c., 235; SCJ Sent. N° 4/2008 y 4678/2011.

³⁴⁶ LOUSTAUNAU, Nelson. “El concepto de causa razonable en las acciones de reinstalación de dirigentes o militantes sindicales”, en RDL N° 230, pág. 337.

aquellos que objetiva y razonablemente adoptaría cualquier persona prudente a los efectos de asegurar el normal desarrollo de una empresa”³⁴⁷.

La última eximente es otra causa **de entidad suficiente**. Bajo esta expresión se abre un universo amplio de situaciones, que si bien no están contempladas en las ya mencionadas anteriormente, deberían ser de tal entidad, que justificasen la decisión adoptada por el empleador³⁴⁸.

5.2.8.1.- Especial referencia a la notoria mala conducta como causa justificada de desvinculación

La ley no menciona a la notoria mala conducta debido a que si esta se configura es una causa de justificación del despido, la que además, exonera al empleador al pago de la indemnización por despido.

Diferentes han sido las posiciones jurisprudenciales, las cuales dependerán de la casuística planteada³⁴⁹.

Un aspecto a resaltar, es el que refiere a la situación que se genera cuando el empleador alega como causa de despido a la notoria mala conducta.

³⁴⁷ Plantea una hipótesis de reducción de personal como consecuencia de una reestructura y expresa que además de existir razones fundadas, “consideramos que el empleador deberá despedir en forma proporcional a sindicalistas y no sindicalistas”(RASO DELGUE, Juan. Ley...cit. pág. 30). LOUSTAUNAU afirma que “el empleador podría justificar su accionar debido a fenómenos de reducción drástica de personal, motivados en reestructuras de la unidad productiva y que ellos no encierren o encubran conductas discriminatorias” (LOUSTAUNAU, Nelson. El concepto...cit. pág. 338).

³⁴⁸ El TAT 3° en un fallo manifiesta: “*Es de recordar con Raso Delgue (XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, FCU. 2006, pág. 28-31) que por ejemplo causa de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada por el empleador lo 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*” TAT 3°, Sent. N° 459 9.9.2011 Piatniza ®; Contarín; Odella. **AJL 2011, c. 237**.

³⁴⁹ Frente a un despido por notoria mala conducta motivado por un incidente, afirma el TAT 2°: “*EL incidente pudo tener una adecuada sanción, como suspensión o apercibimiento, pero nunca llegarse a la sanción máxima como el despido por notoria mala conducta del actor...no hay prueba eficaz de quien promovió el incidente y hay que tener muy en cuenta que se acreditó la actividad gremial del actor que muchas veces se enfrentó con la demandada por reivindicaciones laborales. Si bien el incidente se produjo entre los trabajadores, el mismo no posee la trascendencia que pretende la empleadora, no constituye notoria mala conducta que justificara el despido, no es causa razonable para enervar la acción de reinstalación planteada, sino que se puede ver su actitud como una salida al problema con el actor como dirigente sindical que pugnaba por reclamos de los integrantes de la plantilla de trabajadores*” TAT 2°, Sent. N° 157 1.6.2011 Tosi ®; Echeveste; Corrales. **AJL 2011, c. 234**.

EL TAT 2º ha sostenido que “...si el empleador alega (la notoria mala conducta) deberá demostrarla y en caso que se advierta que no ha existido la misma, no puede considerarse que igualmente se ha demostrado una causa razonable para despedir. De no demostrarse la misma, debe concluirse que no hubo causa razonable para despedir, al amparo de la Ley 17.940...”³⁵⁰. En igual sentido se ha expresado el TAT 1º ³⁵¹.

Sobre el punto, expresan GARI y PÉREZ DEL CASTILLO que “Según esta tesis, parecería que la empresa limita su defensa al alegar la notoria mala conducta, a la prueba de esa eximente, autoexcluyéndose de la prueba de las eximentes previstas en la LFS. No compartimos este enfoque, porque la limitación de defensas, si no están impuestas por la ley, no debería admitirse con esa facilidad; sobre todo, cuando los hechos que deberán probarse son los mismos, lo que varía es la calificación jurídica, y si la ley admite calificar como eximentes ciertos hechos, el principio *iura nivit curia* (el derecho lo sabe el juez) debe conducir a la exoneración del demandado”³⁵².

5.2.8.2.- La posición de la jurisprudencia con relación a la consideración de la “causa razonable” como justificación del despido

De los diferentes casos planteados, la jurisprudencia nacional ha rechazado las diferentes eximentes esgrimidas por los empleadores y se ha

³⁵⁰ “En jurisprudencia se ha sostenido que: “...si el empleador alega (la notoria mala conducta) deberá demostrarla y en caso que se advierta que no ha existido la misma, no puede considerarse que igualmente se ha demostrado una causa razonable para despedir. De no demostrarse la misma, debe concluirse que no hubo causa razonable para despedir, al amparo de la Ley 17.940, en tanto la defensa que pretendió excluir la responsabilidad de la ley le atribuye, se planteó en los términos de considerar aquella, por lo que de no existir, queda sin sustento la defensa, más allá de que si no se hubiera alegado notoria mala conducta, el comportamiento del actor pudiera determinar, el despido sin causa” (cf.: TAT. 1er. Turno, S. 273/2009)”. TAT 2º, SEF-0013-00307 13.9.2013 Landeira ®; Tosi; Corrales. AJL 2013, c. 605.

³⁵¹ En el mismo sentido el TAT 1º expresó que “Si bien el concepto de “causa razonable” posee un alcance más amplio que el de “notoria mala conducta” (Raso Delgue, Juan. XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 29-30), la propia demandada lo delimitó en el caso, identificándola con ésta. Vale decir que para la demandada la “causa razonable” de su decisión rescisoria consistió en la conducta del actor que configuró su “notoria mala conducta”. Así el juicio de ponderación típico de la detección de la “causa razonable” debe ser sustituido en autos por la apreciación de la “notoria mala conducta”. TAT 1º, Sent. Nº 150 12.6.2009 Rossi ®; Morales; Posadas. AJL 2009, c. 47.

³⁵² GARI, Pedro y PÉREZ DEL CASTILLO, Matías. “Manual de Derecho Colectivo de Trabajo”, FCU 1ª edición mayo 2012, pág. 81 y nota al pie Nº 107.

declarado la nulidad y/o el reintegro por: mala aplicación del régimen disciplinario³⁵³; pérdida de confianza basada en “sospechas”³⁵⁴; intercambio de pareceres posiblemente subido de tono³⁵⁵; supuesta baja de rendimiento³⁵⁶; reestructura y productividad³⁵⁷.

³⁵³ “La empresa acordó dejar sanciones sin efecto, pagó jornales por sanciones indebidas, acordó un protocolo para imponerlas y luego la sancionó sin cumplirlo” (TAT 2º, SEF-0013-00307 13.9.2013 Landeira ®; Tosi; Corrales. **AJL 2013, c. 605**). En otra sentencia expresa el TAT 2 que “...la demandada por su parte incumplió con la carga de probar sus dichos respecto a que a la actora se la despidió entre otras causas por orden disciplinario y reiteradas observaciones en su labor, ya que las únicas sanciones de que fue objeto la trabajadora...por falta sin aviso o llegadas tarde, lo que para nada justifica el despido y lo que hace que se configure el mismo fue motivado por la actividad sindical de la actora...” (TAT 2º, Sent. Nº 43 28.2.2007 Tosi ®; Keuroglián; Echeveste. **AJL 2007, c. 382**). “La parte demandada se limitó a agregar fotocopias simples de los recaudos que notificaban las sanciones al actor pero no aportó probanza suficiente que acredite que el actor cometiere los hechos constitutivos de las inconductas que se le atribuyeron. Por ejemplo, no se agregaron los registros contralor de horarios y asistencias, para acreditar las llegadas tarde y faltas que en algunas sanciones se le imputan...” (JLT 13º, Sent. Nº 44 30.9.2008, publicada en RDL Nº 236, pág. 849 y sig. GARI, Pedro y PÉREZ DEL CASTILLO, Matías. Manual...cit. pág. 360 y 361 y nota al pie Nº 18). El TAT 2º sostiene que “...la sanción impuesta es nula en razón de que se le impuso al trabajador por cumplir actividad sindical debiendo concurrir en su calidad de Secretario del Sindicato a audiencia judicial ya que no existió de parte del trabajador un actuar desleal o violatorio de su condición de dependiente, ello porque la empresa tenía pleno conocimiento de la audiencia y de la condición del actor y como bien señala en la recurrida no dispuso los medios eficaces para sustituir al actor por otro trabajador, siendo que a estar por el testigo R. dispone de personal a la orden para cubrir circunstancias como la del actor. La sanción, en consecuencia se entiende nula...” (TAT 2º, Sent. Nº 181 15.9.2009 Tosi ®; Echeveste; Corrales. **AJL 2009, c. 506**).

³⁵⁴ “Fernando Delgado Soarez Netto...refiriéndose al concepto de “pérdida de confianza” afirma: “No compartimos este criterio, la pérdida de confianza debe estar basada en hechos objetivamente probados, de lo contrario es una valoración meramente subjetiva del empleador que no puede considerarse “per se” una causa razonable en el marco de la Ley de Libertad Sindical” (...) “no resulta razonable ni lógico despedir a tres trabajadores en principio y luego a una cuarta trabajadora...por haber constatado un faltante de \$ 40, no existiendo prueba que acredite la participación de los actores, siendo solamente “sospechas” las que motivaron la decisión” SCJ, **Sente. Nº 8 Bossio; Ruibal, Van Rompaey, Rodríguez Caorse. Gutiérrez discorda. AJL 2008, c. 310**.

³⁵⁵ “Concretamente, y según dijo, un estilo personal agresivo, despectivo para referirse a los socios cooperativistas, protagonista de problemas en reiteradas ocasiones, pero siempre desconectados de su actividad sindical. (...) En primer lugar, la prueba da cuenta de un único hecho limitado a un intercambio de pareceres posiblemente subido de tono entre el actor y un socio cooperativista. En segundo lugar, este hecho carece de gravedad alguna al punto que todos los involucrados, entre ellos el actor, continuaron trabajando esa jornada y las cuatro siguientes...” (...) “...las causas carecían de entidad suficiente para determinar el despido del trabajador...El argumento planteado por la demandada, no puede compartirse por ausencia de razonabilidad...” TAT 1º, **Sent. Nº 150 12.6.2009 Rossi ®; Morales; Posadas. AJL 2009, c. 47**.

³⁵⁶ “No existe prueba cabal y eficiente del bajo rendimiento del actor y ha resultado debidamente acreditado que los anteriores representantes sindicales no continuaron trabajando en la empresa. La Sede considera que la accionada no acreditó que el cese del actor obedeció a una causa razonable...” TAT 2º, **Sent. Nº 238 19.8.2010 Echeveste ®; Corrales; Tosi CADE Digital (GARI, Pedro y PÉREZ DEL CASTILLO, Matías. Manual...cit. pág. 364 y nota al pie Nº 23)**.

³⁵⁷ “...expresó en primer lugar que desconocía la calida de sindicalista del Sr. R. y que existió causa razonable para el cese del mismo ya que era absolutamente innecesario que dispusiera de un electricista efectivo para atender la operativa que realiza, motivo por el cual en una reestructura la empresa, donde

Por otro lado, hubieron situaciones donde la jurisprudencia **consideró como causa razonable** el actuar del empleador: conocimiento del acto ilícito que se iba a cometer y se cometió en la empresa³⁵⁸; descuidos con normas de seguridad y actitud conflictiva con reiteradas observaciones³⁵⁹; problemas financieros de la empresa³⁶⁰; supresión del puesto de trabajo por razones económicas³⁶¹; envío al seguro de paro en baja temporada³⁶²; modificación en condiciones de trabajo a todos los trabajadores de la

obviamente también analiza su productividad, decidió rescindir los servicios del Sr.”. El tribunal concluye que “...no se acreditó causa razonable...la mayoría de los testigos declarantes fueron contestes en afirmar que el mismo tenía buen desempeño en sus funciones, no se constataron fallas en su labor y sobre la defensa de la recurrente de que eran innecesarios sus servicios como electricista la misma carece de sustento ya que acreditó que luego de su cese la empresa contrató servicios de esa naturaleza a través de una empresa...”, TAT 2º, Sent. Nº 25 9.2.2011 Tosi ®; Echeveste; Corrales. **AJL 2011, c. 549.**

³⁵⁸ “*En autos se encuentra acreditada...que las actoras tenían conocimiento del ilícito que se iba a cometer y se cometió en la empresa, lo que por sí configura causa razonable para su despido, no interesando entonces el análisis de la actividad sindical de las mismas, que por otra parte se considera acreditada*”, TAT 2º, Sent. Nº 498 14.11.2012 Tosi ®; Echeveste; Corrales. **AJL 2012, c. 365.**

³⁵⁹ “*La parte demandada cumplió efectivamente con el “onus probandi” que la agravaba, al lograr acreditar que el despido que se aplicó al trabajador no obedeció a su actividad de dirigente sindical, sino a los reiterados incumplimientos de las obligaciones propias de la relación laboral, que lo vinculaban a la empresa, y referidos fundamentalmente a su actitud conflictiva a la hora de cumplir con las normas de seguridad de la obra y a que en reiteradas oportunidades fue observado por sus descuidos a efecto de evitar accidentes*” SCJ, Sent. Nº 4678 7.12.2011 Van Rompaey, Gutiérrez; Ruibal; Larrioux; Chediak. **AJL 2011, c. 238.**

³⁶⁰ “*...no existe prueba de una actividad discriminatoria antisindical, y si la empleadora, por su parte, probó causas razonables para el cese decretado (...) o sea que se acreditó la situación de crisis de la empresa que impone un reordenamiento de la gestión y administración que lleva el cese de algunos trabajadores y decretado el mismo en la persona de la actora, no puede sostenerse que este fuere motivado por la actividad sindical de la trabajadora*”. TAT 2º, Sent. Nº 28 14.2.2007 Tosi ®; Echeveste; Keuroglián, **AJL 2007, c. 385.**

³⁶¹ “*La documentación incorporada en obrados por esta (vide fs. 69 a 83) y las versiones de los testimonios recibidos, todos empleados de la accionada o vinculadas a la misma, dejan en evidencia que el cargo que desarrollaba la actora –como telefonista- fue suprimido, y tal supresión obedeció a razones económicas por el gasto que producía; amén de lo cual las razones fundadas en la innovación tecnológica también explican la supresión de tal cargo. En punto al agravio por la mentada existencia de represión sindical tampoco se lo entiende de recibo en la medida que ha quedado plenamente probado la amplia libertad de que gozaron y gozan los empleados de la dadora de trabajo para ejercer sus derechos sindicales..”*, TAT 3º, Sent. Nº 502 24.9.2012, UY/JUR/661/2012. www.laleyonline.com

³⁶² “*Como afirma la demandada la merma del trabajo fuera de temporada en una zona balnearia es notoria, y sobre todo pasada semana de turismo. (...) “De todo lo expresado se entiende que el envió al Seguro de Paro al actor, que no fue el único y no se acreditó fuese para cubrir su situación, o tenga vinculación con su actividad sindical. (...) Actividad que solo consistió hasta ese momento en agremiarse el actor y otro trabajador, se le envió al seguro de desempleo lo que sin duda no imposibilita su actividad gremial, sobre todo cuando se encuentra en baja temporada. (...)Teniendo en cuenta lo analizado en la presente sentencia, existe por la demandada una causa razonable, como lo es ingresar en temporada baja y el envío de otros trabajadores al Seguro. La actividad sindical era prácticamente inexistente, el inconveniente del cierre de las mesas no se vincula con lo sindical, el cambio de turno fue con*

misma categoría³⁶³; maniobras con una tarjeta de puntos³⁶⁴; incumplimiento de obligaciones propias de la relación laboral³⁶⁵.

Se sostiene que una vez que el empleador acredite la causa razonable del despido o perjuicio, no corresponde ingresar al análisis de la actividad sindical llevada a cabo por el trabajador³⁶⁶.

Asimismo, entiende el TAT 2º que si la empresa no acredita una causa razonable, esto no necesariamente acarrea la nulidad del acto y el reintegro del trabajador. En este sentido expresa el Tribunal que *“...la ley no prevé que no probada la causa razonable, automáticamente corresponda la reinstalación. Efectivamente no lo dice la ley (...) Es cierto que se impone una carga probatoria al empleador cuya no suportación exitosa operará en su desmedro;*

anterioridad a la notificación del MTSS, el otro integrante del sindicato afirma que no tuvo problema alguno, las negociaciones ante el MTSS continuaron”.TAT 2º, Sent. Nº 306 2.9.2013, UY/JUR/594/2013. www.laleyonline.com

³⁶³ *“...la adopción de las modificaciones respecto a todos los trabajadores de su categoría, se erigen en justificación de la razonabilidad de su obrar. Y la desconectan con la actividad sindical del trabajador reclamante. En efecto. El cambio fue dispuesto no solo para el trabajador accionante sino para todos los de su categoría, por lo que no se releva en fundamento alguno para enlazarlo – causa efecto – a su actividad sindical (...) Por lo que la orfandad indiciaria de la supuesta persecución sindical, es absoluta”, TAT 1º SEF-0012-000447. 13.12.2013 Rossi ®; Morales; Posada. AJL 2013, c. 331.*

³⁶⁴ *“...los actores efectuaron maniobras en la tarjeta Ancap puntos a favor de ellos y en forma incorrecta (...) el despido de los actores fue por la maniobra de la tarjeta, incluso ello es declarado por los dirigentes sindicales. Además, no hay testigo alguno que manifieste que el despido hubiere sido motivado por la actividad sindical de los mismos, incluso cuando fueron despedidos ellos se despidió por la misma causal a otro empleado que no tenía actividad sindical”. Y finaliza, “Se probó, a juicio de la sala, que los despidos de los actores fueron motivados en causas razonables diversas a sus actividades sindicales, y eso lleva a que deba desestimarse el agravio deducido contra la sentencia de primera instancia que, se reitera, en forma correcta concluye que no existió discriminación o despido motivado por actividad sindical de los trabajadores”, TAT 2º, Sent. Nº 10 e.2.2011 Tosi ®; Echeveste; Corrales. AJL 2011, c. 233.*

³⁶⁵ *“...las suspensiones que se aplicaron al trabajador no obedecieron a su actividad de dirigente sindical, sino a reiterados incumplimientos de las obligaciones propias de la relación laboral, que lo vinculaban a la empresa, y referidos fundamentalmente, a sus inasistencias sin previo aviso, así como a su deficiente rendimiento en las tareas”, SCJ, Sent. Nº 2531 26.6.2011 Van Rompaey; Gutierrez; Ruibal; Larrieux; Chediak. AJL 2011, c. 400.*

³⁶⁶ PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. Manual...cit. pág. 438 (cita nº 14 refiere a AJL 2009, c. 508 y AJL 2010 c. 361).

*pero éste, pos sí solo, según la norma, no determina la nulidad y la reinstalación*³⁶⁷.

En otra posición, EL TAT 1º sostiene que *“...la ausencia de esta actividad probatoria por parte de la empresa trae aparejada la consideración de tener probados los indicios alegados como lesivos de la libertad sindical*³⁶⁸. En otro fallo señalaba el mismo Tribunal: *“Tanto si no se invoca una causa razonable del elenco de las admitidas por la ley, como si no se prueban los hechos invocados como conformadores de la misma, devienen automáticamente y en cascada por obra de la consolidación de la presunción, el paquete de consecuencias legales: la nulidad del supuesto, la repristinación (sea ya la reinstalación o la eliminación de los efectos del supuesto discriminatorio) y el derecho al cobro de los salarios caídos*³⁶⁹. Analizando el tema, LARRAÑAGA observa que *“En un fallo reciente, parecería que este Tribunal atemperó su posición rígida anterior en tanto no se hace mención a la automaticidad de la aplicación de la consecuencia establecida en la ley en caso que no se pruebe en forma fehaciente la causa razonable*³⁷⁰.

La dinámica que importa una relación de trabajo trae consigo la colisión entre los derechos a la libertad sindical y la libertad de empresa. Frente a esta realidad, el TAT 1º advierte que *“...en cuanto tales, ambos derechos reconocen límites y segundo que la naturaleza que ostentan, determina que el criterio de solución del conflicto resida en el principio de ponderación. Lo que importa el análisis de la proporcionalidad, indispensabilidad, razonabilidad y adecuación al fin perseguido, entre las conductas adoptadas por el empleador y el imprescindible resguardo al derecho de libertad sindical*³⁷¹.

5.3.- ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY 17.940.

³⁶⁷ TAT 2º, Sent. N° 100 28.3.2007 Kerouglán ®; Echeveste; Tosi. AJL 2007, c. 387.

³⁶⁸ TAT 1º, Sent. N° 223/2007 del 3.9.2007.

³⁶⁹ TAT 1º SEF-0012-100009. 29.10.2012 Rossi ®; Morales; Posadas. AJL 2012, c. 363.

³⁷⁰ LARRAÑAGA ZENI, Nelson. Las Relaciones...cit. pág. 119. Refiere a la sentencia del TAT 1º N° 524/2012 del 5.12.2012.

³⁷¹ TAT 1º, Sent. N° 268 20.10.2008 Rossi ®; Morales; Posadas. AJL 2008, c. 309.

1.- La doble vía procesal para la tutela de la libertad sindical

La ley estableció dos procedimientos diferentes³⁷² para la acción de reinstalación o restitución, estos son, el “*proceso general*” y el “*proceso de tutela especial*” (artículo 2).

1.1.- El proceso general

El *proceso general*, es para todos los trabajadores que hayan sido objeto de un acto o hecho de discriminación sindical.

El legislador, en el artículo 2.1 de la ley se remitió al Código General del Proceso (CGP) a los efectos de determinar su trámite estableciendo para esto los artículos 346 y 347 del CGP, los cuales refieren al proceso extraordinario (aunque como veremos seguidamente, esta disposición se modifica con la sanción del novel proceso laboral). Asimismo, la ley estableció que “*El tribunal dispondrá, si correspondiere, el cese inmediato de los actos discriminatorios cuando a juicio de dicho tribunal los hechos sean notorios*”.

Posteriormente, con la sanción de la ley 18.847³⁷³, se modificó lo establecido por la ley 17.940 con relación al procedimiento del proceso general.

En este sentido, el artículo 11 de la ley 18.847 establece: (*Proceso general de tutela de la actividad sindical*).- *Sustitúyese el procedimiento previsto en el artículo 2º, numeral 1) de la Ley Nº 17.940 de 2 de enero de 2006, por el proceso laboral ordinario previsto en la Ley Nº 18.572 de 13 de setiembre de 2009, con las modificaciones introducidas por la ley*”.

Esta modificación implica que ante el caso de seguirse el proceso general del artículo 2 numeral 1 de la ley 17.940 se seguirá el trámite del proceso laboral ordinario³⁷⁴. No implica ninguna afectación al sistema de la ley 17.940, con la sola excepción del camino procesal a seguir para ejercer la

³⁷² Y no uno solo como en el primer proyecto de ley aprobado en diputados que establecía un procedimiento uniforme con el alcance del procedimiento especial de la Ley 17940 para todos los trabajadores.

³⁷³ Del 25 de noviembre de 2011, publicada en el Diario Oficial el 8 de diciembre de 2011.

³⁷⁴ Previsto en la ley 18.572, con las modificaciones dadas por la ley 18.847.

acción de nulidad, que será el del proceso laboral común (ver infra 12.- La intervención sindical en el proceso: el litisconsorcio necesario).

1.2.- El proceso de tutela especial

El *proceso de tutela especial*, establecido por la ley en el artículo 2.2, es procedente cuando los actos o hechos discriminatorios alcancen a trabajadores expresamente determinados por la norma. “En estos casos,” expresa la ley, “se aplicará el procedimiento y los plazos establecidos para la acción de amparo (artículos 4º a 10 de la Ley Nº 16.011, de 19 de diciembre de 1988), con independencia de la existencia de otros medios jurídicos de protección”.

Se trata de un procedimiento excepcional reservado solamente para los casos expresamente contemplados. Los trabajadores que pueden acceder a este proceso son, quienes dada su actividad sindical, están más expuestos frente al empleador que el resto de los trabajadores afiliados a una organización sindical.

Dice el artículo 2.2 de la ley que “*la tutela especial procederá en caso de actos discriminatorios contra:*

- A) *Los miembros (titulares y suplentes) de los órganos de dirección de una organización sindical de cualquier nivel.*
- B) *Los delegados o representantes de los trabajadores en órganos bipartitos o tripartitos.*
- C) *Los representantes de los trabajadores en la negociación colectiva.*
- D) *Los trabajadores que hubieran realizado actividades conducentes a constituir un sindicato o la sección de un sindicato ya existente, hasta un año después de la constitución de la organización sindical.*
- E) *Los trabajadores a los que se conceda tutela especial mediante negociación colectiva”.*

Estamos frente a un proceso sumarísimo y de especial naturaleza, lo cual habilita a interpretar de manera estricta a los casos enumerados en los

literales A) a E). Este razonamiento viene dado, no solo por la excepcionalidad del procedimiento (recién mencionada), sino también porque existe un *proceso general* al cual puede acudir todo trabajador. Por lo tanto, aquellos trabajadores que no puedan acudir al *proceso de tutela especial*, no quedarán desamparados. Si bien les corresponde un proceso diferente (*proceso laboral ordinario*), el bien jurídico tutelado y las consecuencias de la sanción de la norma, son las mismas.

Una muestra de ello es el fallo del TAT 1º, cuando expresa: “...esto no significa que espontáneamente no pueda crearse una organización sindical, pero para que esa organización tenga dirigentes, debe requerirse algo más que el mero hecho de arrogarse esa calidad...”. Continúa, “Una cosa es la posibilidad de organizarse sin mayores requisitos para ser reconocidos en el ámbito de la actividad sindical...y otra es alegar una calidad específica como la que establece el artículo 2º numeral 2 literal A de la Ley 17.940 para estar legitimados para accionar según el proceso de tutela especial”. Y “...se concluye en que los actores carecen de la legitimación activa que requiere la norma legal, por lo que corresponde así declararlo”³⁷⁵.

El TAT 4º ante un caso donde las partes en el ejercicio de su autonomía colectiva pactaron que “será de aplicación la tutela especial prevista por el artículo 2 de la ley 17.940 a partir de la comunicación fehaciente a la empresa y al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el delegado de seguridad”; el tribunal sentenció: “...no se acredita la comunicación fehaciente al MTSS de la designación del actor como delegado de seguridad, agregando, que tampoco se desprende que haya existido tal comunicación a la empresa”, en consecuencia “...no surge probado el requisito exigido...para poder accionar por el proceso de tutela especial previsto en la ley 17.940”³⁷⁶.

Así, el TAT 2º sostiene que “La empresa no puede realizar actos con referencia a la calidad de dirigente sindical, o delegada que la perjudiquen a la trabajadora, si no está enterada de tal calidad. No encuadrando dentro de lo

³⁷⁵ TAT 1º, Sent. Nº 89 30.3.2007 Morales @; Pérez Brignani; De Paula. AJL 2007, c. 381.

³⁷⁶ TAT 4º SEF-0511-000276. 9.9.2013 Patrón @; Echeveste; Fernández de la Vega. AJL 2013, c. 330.

*previsto por el artículo 2 num. 2) literal A de la ley invocada para su aplicación, cabe concluir al igual que la primera Instancia que la actora no está debidamente legitimada para accionar este proceso especial*³⁷⁷.

Vale destacar que no estamos ante un “proceso de amparo” propiamente dicho. Sino que la ley 17.940 remite a los artículos 4 a 10 del amparo (ley 16.011), rigiendo el procedimiento³⁷⁸ y plazos para la acción de amparo.

MANTERO estudiando las diferencias esenciales del proceso de tutela especial con la acción de amparo, nos señala que: a) no se trata de una acción residual; b) a diferencia de la acción de amparo, la sentencia dictada en el proceso de tutela especial produce todos los efectos de la cosa juzgada; y c) no corresponde el “proceso de tutela especial” cuando se invoque una lesión “inminente”, o que “amenace” la lesión de la libertad sindical³⁷⁹. Mientras que RACCIATTI analizando el proceso de tutela especial con relación a la acción de amparo recuerda que “quedan excluidos: a) el presupuesto de que todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares, ostente una “ilegitimidad manifiesta” (art. 1 de la ley 16.011); b) el requisito según el cual la acción de amparo solo procederá cuando no existan otros medio judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B) del artículo 9º (“la determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse”) o cuando, si existieran, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho (art. 2 de la ley 16.011)”³⁸⁰.

³⁷⁷ **TAT 2º, Sent. N° 11** 16.2.2009 Corrales @; Echeveste; Tosi. **AJL 2009, c. 504.**

³⁷⁸ “...el Juez convocará a las partes a una audiencia pública dentro del plazo de tres días a partir de la fecha de la presentación de la demanda.” (Artículo 6 inciso 1 ley 16.011).

“La sentencia se dictará en audiencia o, a más tardar, dentro de las veinticuatro horas de su celebración. Solo en casos excepcionales podrá prorrogarse la audiencia por hasta tres días.” (Artículo 6 inciso 4 ley 16.011).

³⁷⁹ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. “Procedimientos judiciales”, en AAVV Protección y Promoción de la Libertad Sindical, Curso sobre la Ley 17.940, FCU, 1ª edición setiembre 2006,. pág. 106.

³⁸⁰ RACCIATTI, Carlos Octavio. Aspectos...cit. pág. 84.

Este es un aspecto medular, en atención a la posición de la Suprema Corte de Justicia. En un fallo sostiene que “...*al no regir el artículo 11 de la Ley Nº 16.011 en el “proceso de tutela especial” regulado por la Ley Nº 17.940, lo resuelto en el referido proceso no podrá ser revisado en un proceso ordinario*”³⁸¹. Por ende, una vez que el trabajador opta por el proceso de tutela especial, lo resuelto en él, no admite revisión en ningún proceso posterior.

Al decir de RACCIATTI el proceso de amparo “tiene las virtudes de la celeridad, sencillez y la intermediación” y “la ley 17.940 utiliza las virtudes de dicho instrumento y excluye aquellas disposiciones que pueden restringir la tutela”³⁸².

Con relación al **plazo**, establece la ley 16.011 en su artículo 4 que “*En todos los casos deberá ser interpuesta dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión...*”. Estamos frente a un plazo civil de caducidad, la cual (a diferencia de la prescripción) no necesariamente debe ser invocada por la parte y puede ser opuesta por el juez de oficio³⁸³.

Una vez vencido este plazo de treinta días, el trabajador podrá acceder a la otra vía establecida por la ley, esta es, el proceso de tutela general³⁸⁴.

La **jurisprudencia nacional** sostiene que estamos frente a un plazo civil de caducidad.

El TAT 1º expresa que “*A diferencia de la prescripción, la caducidad no se interrumpe y solo el ejercicio del derecho en el plazo establecido hace que quede habilitado al reclamo de que se trate. Es así que no se trata de una cuestión secundaria, pues el juez que advierte la existencia de caducidad no*

³⁸¹ La sentencia expresa que esa es la posición de la Corte, y cita otra posición cuando dice “...*(salvo que se sostenga la posición de Barrios de Angelis conforme a la cual lo resuelto en procesos de estructura sumaria siempre es susceptible de ser revisado en procesos de estructura ordinaria con mayores garantías; posición que la Corte no comparte)*”, **SCJ, Sent. Nº 3302** 1.11.2008 Larrieux; Ruibal; Gutiérrez; Van Rompaey; Rodríguez Caorsi. **AJL 2008, c. 307**.

³⁸² RACCIATTI, Carlos Octavio. Aspectos...cit. pág. 84.

³⁸³ **TAT 2º, Sent. Nº 42** 24.3.2009 Corrales @; Echeveste; Tosi. **AJL 2009, c. 505**.

³⁸⁴ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Procedimientos...cit. pág.107; LARRAÑAGA ZENI, Nelson. Las relaciones...cit. pág. 110.

puede dejar de fallar declarándola, pues esta determina que se extinga el derecho". Continúa, "...la demanda deberá interponerse en el plazo de treinta días "a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión"³⁸⁵.

También el TAT 2º afirma que "*El proceso de tutela especial tiene un plazo de 30 días para ser presentado luego de ocurrido el acto antisindical, transcurrido este plazo deberá ir por otras vías (...) El plazo que prevé la Ley Nº 17940 y que corresponde aplicar en el caso de autos es un plazo civil y no un plazo procesal...*"³⁸⁶.

2.- Canjeabilidad de las estructuras procesales

Como vimos, la ley estipuló dos vías procesales diferentes, y en el caso del proceso de tutela especial, lo reservó para casos especialmente contemplados a texto expreso.

No obstante ello, los titulares de la acción de tutela especial, podrían acceder tanto al *proceso de tutela especial* como al *proceso general*. Pero, quienes no estén expresamente contemplados en el numeral 2 del artículo 2 de la ley, solo podrán acceder al *proceso general*.

Afirma ROSSI que "los titulares del proceso general...no serían titulares de la acción de tutela especial por carecer de los presupuestos reclamados por la ley. Pero, la inversa, no tiene la misma respuesta. Esto es, los titulares de la acción de tutela especial, sí podrían abandonar su derecho subjetivo, ventilando la pretensión a través del proceso general.(...) Resulta admisible entonces que, quien pueda hacer uso de la estructura procesal más breve, la abandone optando por la restante –más extensa y más garantista- por dos motivos: uno, que aquella acción estaba prevista en su beneficio y otro, que la opción por el proceso general no vulnera la garantía de defensa de la contraparte. Sino, que la amplía"³⁸⁷.

³⁸⁵ TAT 1º, Sent. Nº 107 17.4.2009 Morales @; Rossi; Posadas. **AJL 2009, c. 217.**

³⁸⁶ TAT 2º, Sent. Nº 42 24.3.2009 Corrales @; Echveste; Tosi. **AJL 2009, c. 513.**

³⁸⁷ ROSSI ALBERT, Rosina. Tutela...cit. pág. 134 y 135.

Con la misma posición, expresa MANTERO, “Los trabajadores que se encuentran en las situaciones enumeradas en el numeral 2 del artículo 2, pueden optar por accionar por el proceso general o por el proceso de tutela especial. Esto resulta así del texto de la ley que alude al “proceso general” como el procedimiento para tramitar la acción de reinstalación o reposición, sin perjuicio de crear además un procedimiento más rápido para quien se encuentre en una de las situaciones enumeradas como de tutela especial. El carácter supletorio de este procedimiento, explica tal vez que el legislador haya establecido para él un plazo de perención excesivamente breve. Vencido el plazo del artículo 4 de la ley 16.011 (al que se remite la parte final del artículo 2 de la ley 14.790), cualquier trabajador discriminado puede demandar por el proceso general”³⁸⁸.

LARRAÑAGA haciendo referencia a los trabajadores que están amparados por el proceso de tutela especial sostiene: “...nada impide que estos trabajadores puedan accionar por el proceso ordinario cuando, por ejemplo, dejaron vencer el plazo de caducidad de 30 días que tienen para iniciar el proceso de tutela especial”³⁸⁹.

Y el TAT 4º expresa que “...la conexión entre la ley y el resto del ordenamiento jurídico abona la afirmación acerca de la posibilidad de abandonar las estructuras procesales menores previstas en la ley 17.940, sustituyéndolas por una mayor (la del proceso civil ordinario). En este ámbito deben tenerse en cuenta tres normas: los arts. 30 y 8 de la Constitución y el art. 11 del CGP (...) Por otra parte, la calidad de norma interpretativa que se atribuyó a la ley 17.940, en razón de que en definitiva utilizó el giro “declárese” (art. 1), haría desaparecer el escollo de que pudiera entender que no es posible la reinstalación fuera de los procesos originarios previstos por dicha ley”³⁹⁰.

3.- La intervención sindical en el proceso: el litisconsorcio necesario

³⁸⁸ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Procedimientos...cit. pág. 105.

³⁸⁹ LARRAÑANA ZENI, Nelson. Las Relaciones...cit. pág. 106.

³⁹⁰ TAT 4º SEF-0511-000167. 4.6.2013 Echeveste @; Patrón; Fernandez de la Vega. AJL 2013, c. 250.

En el proceso de elaboración de la ley 17.940 diferentes redacciones se fueron proponiendo en los diversos y sucesivos ámbitos de discusión de la misma, hasta llegar a la redacción actual³⁹¹.

Expresa el artículo 3 literal B) de la ley 17.940 que “*En los procedimientos a que se refiere el artículo 2º de la presente ley, la legitimación activa corresponderá al trabajador actuando conjuntamente con su organización sindical*” (resaltado nuestro).

Como se observa, la norma establece la figura del “litisconsorcio activo necesario” para el procedimiento de tutela especial y el procedimiento de tutela general³⁹², dando ingreso a lo que se denomina “parte plural”, siendo constituida la parte actora no por una sola persona física o jurídica, sino por

³⁹¹ RACCIATTI analiza y expresa que “Parecería que, por un lado, la ley afirmó el ámbito universal de la protección, pero que, por otro lado, lo limitó imponiéndole el filtro de la organización sindical para comparecer en juicio en los procesos extraordinarios” (RACCIATTI; Octavio Carlos. Aspectos...cit. pág. 63). TOMMASINO recuerda “En los antecedentes parlamentarios de la norma, se hablaba de “desalentar a los vivos...”, agregando que “entendemos el legislador ha querido dotar de seriedad al planteo del trabajador, estableciendo la necesaria comparecencia conjunta de ambos” (TOMMASINO, Beatriz. “Aspectos procesales de la Ley 17.940”, en AAVV Protección y promoción de la libertad sindical, Curso sobre la Ley 17.940, FCU, 1ª edición setiembre de 2006, pág. 139). MANTERO expresa que “La solución impuesta por la ley, aunque novedosa, parece coherente con las especiales características del derecho a la libertad sindical, que como el derecho a la huelga y otros derechos fundamentales, es al mismo tiempo un derecho individual y colectivo” (MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Protección...cit., pág. 109). Mientras que LOUSTAUNAU argumenta que “este modelo fue introducido con el fin de brindar mayor protección al trabajador. La presencia del sindicato puede servir como garantía para evitar la renuncia y la transacción de derechos fundamentales. Sin embargo la implantación de institutos tan especiales, quizás ajenos al Derecho del Trabajo, sin tener en cuenta algunas dificultades que aparecerán al momento de la promoción de la demanda, nos llevan a presumir que no ha sido una solución absolutamente feliz” (LOSTAUNAU, Nelson. “Litisconsorcio necesario en las acciones creadas por la Ley 17.940 y limitación al derecho constitucional de accionar, en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, edición julio de 2006, pág. 150).

³⁹² ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 166; LOUSTAUNAU, Nelson. Litisconsorcio...cit. pág. 152; RASO DELGUE, Juan. ¿Es constitucional el lit. B del art. 3 de la Ley 17.940?, en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; FCU, 1ª edición julio de 2006, pág. 173; TOMMASINO, Beatriz. Aspectos...cit. pág. 137; ROSSI ALBERT, Rosina. Protección... cit. pág. 127 y ss.; MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Protección...cit. pág. 108; LARRAÑAGA ZENI, Nelson. Las Relaciones...cit. pág. 109.

varias³⁹³. La parte actora la conformará el trabajador actuando “conjuntamente” con la organización sindical³⁹⁴.

Expresa RASO que esto no obedece a un “invento uruguayo o un descuido del legislador, sino que responde a una concepción de la libertad sindical, que no permite escindir el aspecto individual del aspecto colectivo (...) el derecho del trabajo se caracteriza precisamente por ser un derecho que privilegia lo colectivo frente a lo individual. Es el derecho de los grupos más que el de los individuos; es el derecho de las organizaciones profesionales, más que el de los trabajadores individualmente considerados”³⁹⁵.

Continúa el autor, afirmando que esto no es novedoso en derecho comparado, refiriendo a dos sistemas de relaciones laborales como el español y el italiano. “En España solo los sindicatos oficialmente reconocidos tienen legitimación negocial...En Italia el art. 28 de la Ley 300/70 (StatutodeiLavoratori) indica que la legitimación activa para actuar en juicio por conductas antisindicales les está reservada solo a los organismos locales de los sindicatos más representativos; no a los trabajadores individualmente considerados o a cualquier asociación aunque tenga personería jurídica”³⁹⁶.

LOUSTAUNAU define al litisconsorcio como “una situación jurídica propia del proceso, en la cual, por necesidad, la parte actora, la demandada o ambas, son plurales; en la medida que la acción no pertenece exclusivamente a un solo sujeto de derecho, o la decisión de actuar en conjunto es adoptada por simple razón de conveniencia”³⁹⁷.

Por su parte, el CGP en su artículo 45 define al **litisconsorcio** cuando “*Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso en forma conjunta,*

³⁹³ TOMMASINO, Beatriz. Aspectos...cit. pág. 137.

³⁹⁴ Nos parece importante la observación de MANTERO, en que “Debe quedar claro que en esta situación el sindicato no actúa en representación ni en sustitución del o los trabajadores (C. G. del P: 36.2), sino que actúa en defensa de su propio derecho como sujeto colectivo del derecho del trabajo” (MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Protección...cit. pág. 109).

³⁹⁵ RASO DELGUE, Juan. Inédito.

³⁹⁶ *Ídem*

³⁹⁷ LOUSTAUNAU, Nelso. Litisconsorcio...cit. pág. 150.

sea activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia a dictarse con respecto a una pudiera afectar a la otra”.

Nos referimos al litisconsorcio que impone la ley 17.940 como “**activo**”, ya que hace alusión a la parte actora, mientras que en lo referente a la naturaleza del mismo, deviene en **necesario** debido a que la comunidad de intereses entre los que integran la parte actora (trabajador actuando conjuntamente con su organización sindical) es muy intensa, es total, al punto tal que la relación sustancial es inescindible³⁹⁸.

La inescindibilidad de la relación jurídica sustancial hace exigible la comparecencia de todos, pudiendo el juez suspender el proceso “hasta tanto los interesados cumplan con la identificación de los integrantes del litisconsorcio necesario y pueda procederse a su emplazamiento en forma”³⁹⁹ (artículo 47 del CGP)⁴⁰⁰.

LOUSTAUNAU advierte que la ley no tutela exclusivamente al trabajador, sino que también contempla a la organización gremial, ya que el objeto del proceso no es otro que la libertad sindical, la cual posee un contenido complejo que se desarrolla en dos planos, individual y colectivo, con dos sujetos titulares diferentes, los trabajadores y las organizaciones sindicales respectivamente. Y concluye que “la expresión no deja lugar a dudas: la legitimación activa de los procesos creados por la ley 17.940 radica en el

³⁹⁸ Artículo 46 bajo en nomen iuris de “Litisconsorcio necesario” “*Cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial que sea objeto del proceso no pudiese pronunciarse sentencia útilmente sin la presencia (litisconsorcio activo) o el emplazamiento (litisconsorcio pasivo) de todos los interesados, aquellos deberán todos comparecer y éstos deberán todos ser emplazados en forma legal. En este caso los recursos y demás actuaciones procesales de cada uno favorecerán a los otros. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio, sólo tendrán eficacia si emanan de todos los litisconsortes*”.

³⁹⁹ PEREIRA CAMPOS, Santiago y otros. “Código General del Proceso. Reformas de la Ley 19.090 Comparadas y Comentadas, segunda edición actualizada y ampliada 2014, Universidad de Montevideo (UM), pág. 202.

⁴⁰⁰ “*En el caso de litisconsorcio necesario activo, si no hubieren comparecido todos los interesados, el tribunal no dará curso a la demanda hasta tanto no se cumpla ese requisito (...) Cuando el defecto se denuncie o se advierta por el tribunal fuera de esta oportunidad, se suspenderá el proceso hasta tanto los interesados cumplan con lo previsto en los incisos anteriores, según corresponda.* Texto dado por el artículo 1 de la Ley N° 19.090 del 14 de junio de 2013.

trabajador actuando conjuntamente con su organización sindical. De allí que sin mayor excitación pueda sostenerse que el artículo en estudio establece un litisconsorcio necesario”⁴⁰¹.

Por otro lado, afirma RACCIATTI que la intervención de la organización sindical “no parece ser un litisconsorcio necesario en el estricto sentido del art. 56 del C.G.P.” debido a que: el conflicto sigue siendo individual y la pretensión deducida es del trabajador y no de su organización sindical; en los términos del artículo 46 del CGP no se impide pronunciar una sentencia útilmente sin la presencia del sindicato; y sin discutir la dimensión pluriofensiva, la reinstalación y cobro de salarios son individuales. “Parecería que finalmente se intentó establecer un frágil equilibrio entre el interés individual y el colectivo: ni el trabajador ni su “organización sindical” por sí solos pueden promover los procesos extraordinarios”⁴⁰².

Diferente es la posición de SARTHOU, quien considera que la figura referida es la del litisconsorcio “facultativo”, porque cuando se establece a quien corresponde la legitimación activa alude en singular al trabajador. Sostiene el destacado jurista compatriota que “Actuando conjuntamente con su organización sindical significa una colaboración o asistencia, pero no estrictamente que la organización sindical tenga legitimación activa. Actuar en forma conjunta no necesariamente titulariza a la organización sindical con la legitimación activa, en tanto no se dice que corresponderá al trabajador y a la organización sindical. Solamente indica una actuación conjunta que el trabajador puede o no aceptar, en tanto el principio del debido proceso constitucional le garantiza el alcance de la acción que le concede la Ley”⁴⁰³.

⁴⁰¹ LOUSTAUNAU, Nelson. Litisconsorcio...cit. pág. 152 y 153.

⁴⁰² RACCIATTI, Octavio Carlos. Aspectos...cit. pág. 67.

⁴⁰³ SARTHOU, Helios. Siete...cit. pág. 188.

La Suprema Corte de Justicia afirma de modo categórico: “Nótese que estamos, por precepto legal, ante un litisconsorcio activo necesario (art. 3º literal b) Ley N° 17.940)”⁴⁰⁴.

El TAT 4º sostiene en un fallo que “...el proceso general y el proceso de tutela especial, la “legitimación activa corresponde al trabajador actuando conjuntamente con su organización sindical”, habiendo coincidido doctrina y jurisprudencia mayoritarias, en que la norma consagra la hipótesis de un litisconsorcio necesario, ya que la legitimación no será completa accionar este tipo de procesos, si no comparecen el trabajador y su organización sindical”. Esto, “...a pesar de que cada uno y en forma independiente – el trabajador y la organización sindical – son titulares del bien jurídico libertad sindical”⁴⁰⁵.

Así, el TAT 3º afirma que “...el Sindicato “per se” no tiene legitimación para comparecer sin el trabajador en el proceso; la legitimación activa es del trabajador y no del Sindicato”⁴⁰⁶.

Como viene de analizarse, la norma al establecer la figura del litisconsorcio activo necesario, impone la presencia de la organización sindical. Ahora bien, no indica cual debe ser la organización sindical⁴⁰⁷ (en caso de ser

⁴⁰⁴ **SCJ, Sent. N° 437** 30.11.2009 Gutiérrez; Larrieux; Chediak; Van Rompaey; Ruibal disorde. **AJL 2009, c. 512**.

⁴⁰⁵ **TAT 4º SEF-0511-000167**. 4.6.2013 Echeveste ®; Patrón; Fernandez de la Vega. **AJL 2013, c. 250**.

⁴⁰⁶ Finaliza: “Por otro lado, si se aspirare a que quien comparece a contestar la apelación lo hace asimismo por el trabajador, lo que no resulta del escrito respectivo, es de ver que dicho compareciente no cuenta con apoderamiento del art. 44 CGP.: su nombre consta en un Otrosí pero no figura firmando la demanda. Corolario, la Sala tiene por no contestado el recurso de apelación deducido”. **TAT 3º, Sent. N° 283** 22.7.2010 Piatniza ®; Contarín; Odella. **AJL 2010, c. 208**.

⁴⁰⁷ Sobre estos tópicos, la doctrina se ha expresado de diferentes maneras. ROSSI afirma que “El litisconsorcio activo necesario estará conformado por el trabajador y la organización sindical que él escoja. Ambos conformarán la parte procesal. “La referencia a “su” organización sindical, habilita interpretar que es el trabajador quien determina la integración del litisconsorcio, por cuanto es él y no otro quien elige tal pertenencia. Aún en caso de que coexistan organizaciones de rama, empresa y sección, sin que tal elección esté sujeta, en tanto la ley no lo reclama, a orden de prelación alguno” (ROSSI ALBERT, Rosina. Protección...cit. pág. 127). MANTERO sostiene que Cuando el trabajador esta afiliado a un sindicato, no caben dudas que la acción deberá ser interpuesta por el trabajador y la organización sindical a la que está afiliado. Si el trabajador fue despedido por querer constituir un sindicato sin haber llegado a lograrlo, el titular del derecho a la libertad sindical colectiva, sería la organización sindical de segundo o tercer grado. En el caso de un trabajador no afiliado a ninguna organización sindical objeto de un acto de discriminación antisindical por plegarse a un paro nacional, el sujeto colectivo lesionado sería la central sindical que resolvió la medida. (MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Protección...cit. pág. 110).

más de una, o ante el caso de que no se llegue a conformar una organización sindical).

Sobre estos tópicos, la doctrina se ha expresado de diferentes maneras. ROSSI expresa que “El litisconsorcio activo necesario estará conformado por el trabajador y la organización sindical que él escoja. Ambos conformarán la parte procesal. “La referencia a “su” organización sindical, habilita interpretar que es el trabajador quien determina la integración del litisconsorcio, por cuanto es él y no otro quien elige tal pertenencia. Aún en caso de que coexistan organizaciones de rama, empresa y sección, sin que tal elección esté sujeta, en tanto la ley no lo reclama, a orden de prelación alguno”⁴⁰⁸. MANTERO sostiene que Cuando el trabajador esta afiliado a un sindicato, no caben dudas que la acción deberá ser interpuesta por el trabajador y la organización sindical a la que está afiliado. Si el trabajador fue despedido por querer constituir un sindicato sin haber llegado a lograrlo, el titular del derecho a la libertad sindical colectiva, sería la organización sindical de segundo o tercer grado. En el caso de un trabajador no afiliado a ninguna organización sindical objeto de un acto de discriminación antisindical por plegarse a un paro nacional, el sujeto colectivo lesionado sería la central sindical que resolvió la medida⁴⁰⁹.

Tampoco se pronunció la ley acerca de la comparecencia de la organización sindical en juicio, esto es, si el sindicato compareciente tenga que tener personería jurídica.

La posición que ha defendido ROSSI sobre el tema es que “El trabajador comparecerá bajo las reglas previstas para las personas físicas y el sindicato, bajo las que corresponden a las personas jurídicas si tienen personalidad jurídica y si no la tiene, conforme a las que se definirán en cada ocasión a través de la conjugación de los parámetros de la autonomía colectiva y la adecuada defensa de los intereses comprometidos”⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ ROSSI ALBERT, Rosina. Protección...cit. pág. 127

⁴⁰⁹ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Protección...cit. pág. 110.

⁴¹⁰ ROSSI ALBERT, Rosina. Protección...cit. pág.. 130 .

El TAT 2º sostiene que *“No hay impedimento legal en nuestro derecho de que en forma espontánea pueda crearse una organización sindical, y que sus dirigentes y componentes fueran distintos a las de otras organizaciones que actúan en la misma empleadora (...) El hecho de que exista pluralidad de organizaciones sindicales, no enerva que cada una de ellas, si cumplen con los requisitos formales para su constitución y designación de autoridades, puedan ejercer el derecho de accionar...”*⁴¹¹.

3.1.- La sanción de la ley 18.847 y el litisconsorcio

Un tema de meridiana importancia desde el punto de vista procesal, es el que se presenta luego de la aprobación de la ley 18.847. El “procedimiento general” establecido en la ley 17.940, en virtud de lo establecido en el artículo 11 de la ley 18.847, ya no rige por el “proceso extraordinario” de los artículos 346 y 347 del CGP. Ahora, se rige por el “proceso laboral ordinario” establecido en la ley 18.572, lo que importa la interrogante de si sigue siendo un requisito para promover la acción de reinstalación, la comparecencia conjunta del trabajador y “su organización sindical”.

EL TAT 4º se plantea la interrogante y expresa que bajo el imperio del régimen anterior a la ley 18.847, se entendía *“...admisible que el trabajador pudiera abandonar las estructuras procesales previstas por el art. 2 de la Ley Nº 17.940 sustituyéndola por la ordinaria, para reclamar la tutela de la libertad sindical, en cuyo caso no es aplicable el requisito previsto en el lit. B del art. 3 de la Ley de comparecencia conjunta de la organización sindical”*. Continúa, *“Como refiere la Dra. Rossi Albert: “Justifican tal conclusión ciertos fundamentos que pueden aglutinarse en tres órdenes: unos que derivan de la teoría general; otros, que se deducen de la interpretación de la propia ley 17.940 y por último otros, que se infieren de la conexión entre la ley y el resto del ordenamiento jurídico. Entre los tres primeros, desde el punto de vista existencial, de regla, todo asunto, pretensión, problema de la vida, toda realidad existencial que pueda traducirse en el supuesto de una norma secundaria, pretendida o asumida jurisdiccionalmente, es objeto válido del*

⁴¹¹ TAT 2º, Sent. Nº 155 27.5.2011 Tosi @; Echeveste; Corrales. AJL 2011, c. 553.

proceso ordinario...Respecto de los segundos...La ley utiliza ciertos giros, en más de una oportunidad que pueden interpretarse como dan por supuesto la existencia de otros procesos para demandar la misma pretensión...” ⁴¹².

Con las modificaciones introducidas por la Ley 18.847, entendemos que la exigencia del litisconsorcio activo necesario previsto en el literal B del artículo 3 de la Ley 17.940 es aplicable solamente para el proceso de tutela especial. En caso de que el trabajador no cuente con el apoyo de la organización sindical (o no lo requiera), la tutela a la libertad sindical se sustanciará por el proceso laboral ordinario⁴¹³.

3.2.- La constitucionalidad del artículo 3 Literal B de la ley 17.940

El artículo 3 Literal B) de la ley 17.940 ha encendido sendos debates, calificando algunos a la misma de inconstitucional y otros defendiendo su legalidad.

Expresa SARTHOU que “Entender el litisconsorcio necesario viola el principio del artículo 12 del debido proceso, que está concedido al sujeto de Derecho, que es el trabajador afectado y que si bien puede existir, frente al acto discriminatorio o de represión, un interés general del sindicato es distinto de la pretensión del sindicalista que solicita su reintegro. Por lo tanto, la norma, si se entiende así, sería inconstitucional”⁴¹⁴. Mientras que RASO sostiene que

⁴¹² TAT 4° SEF-0511-000167. 4.6.2013 Echeveste @; Patrón; Fernandez de la Vega. AJL 2013, c. 604.

⁴¹³ Sostiene CORRALES “...comparto la forma de comparecencia que prevé la Ley cuando se tramita por el procedimiento extraordinario (proceso de la acción de amparo), la comparecencia de la organización sindical otorga cierta certeza sobre las afirmaciones del trabajador, tanto para el juez, para un proceso rápido, así como para la demandada y la posición que asumirá en el reclamo (...) Además la Ley prevé que el trabajador pueda comparecer sin la organización sindical si así lo entiende o esta no lo quiere hacer, hoy en día con el nuevo proceso laboral, el tiempo de duración del proceso ordinario supera en poco tiempo al primero, y no deja al trabajador sin posibilidad de reclamo”. (CORRALES, Nanci. En entrevista realizada para este trabajo).

⁴¹⁴ “Interpretar que se trata de un litisconsorcio necesario conmuebe aspectos fundamentales de orden procesal y aún laboral. Significaría afectar la autonomía individual del sindicalista, imponiéndole el consentimiento para el accionamiento de parte del sindicato”. “Entender el litisconsorcio necesario viola el principio del artículo 12 del debido proceso, que está concedido al sujeto de Derecho, que es el trabajador afectado y que si bien puede existir, frente al acto discriminatorio o de represión, un interés general del sindicato es distinto de la pretensión del sindicalista que solicita su reintegro. Por lo tanto, la norma, si se entiende así, sería inconstitucional” Podría lesionar la libertad sindical negativa, si para conseguir la actuación conjunta, tuviera que afiliarse al sindicato. “Y si se mira desde el punto de vista del sindicato, más allá que represente la categoría, sería discutible que se le impusiera –violando esa

la norma es inconstitucional ya que “el Lit. B del art. 3: prohíbe al sujeto, que no cuenta con la “aprobación” sindical, la concurrencia ante la justicia para reclamar contra un acto antisindical del que es víctima”⁴¹⁵.

Por otro lado, LOUSTAUNAU defiende la posición de que “la solución legal no implica una violación constitucional ni al derecho al proceso ni al derecho de igualdad”. Frente a un caso donde el trabajador discriminado no cuenta con el apoyo de su organización gremial “Nada impide que acudan al proceso ordinario para obtener fines similares”⁴¹⁶. “Podría señalarse, que en la hipótesis de no lograrse la voluntad de la organización sindical para constituir el litisconsorcio, al trabajador le quedaría vedado el acceso al procedimiento de tutela especial, lo que implicaría una infracción al principio de igualdad establecido en el artículo 8 de la Carta, en virtud de la diferencia de duración de los procesos. A nuestro juicio este argumento –relativamente verdadero- se neutraliza si tomamos en consideración que no todos los trabajadores acceden a la tutela especial”^{417 418 419}.

autonomía colectiva- el litis consorcio necesario para cualquiera que se lo solicite”⁴¹⁴ (SARTHOU, Helios. Protección...cit. pág. 188).

⁴¹⁵ Manifiesta que la norma implica una restricción de acceso a la justicia. “La “libertad sindical” es hoy considerada un “derecho humano”, un derecho propio y directo de la persona humana por encima y al margen de cualquier institución. Condicionar la defensa de estos derechos a la intervención de otro sujeto...significa condicionar la defensa de derechos individuales a las decisiones de una tercera persona”. Asimismo, advierte que el artículo 8 de la Constitución establece que “todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”. Recuerda que el principio de igualdad también refiere a la igualdad ante la ley procesal, “porque el principio de igualdad lleva implícita la tutela judicial efectiva dentro del proceso”. “Prohibir el acceso a los tribunales de quien se considera víctima de determinada conducta de otro sujeto configura una hipótesis de denegación de justicia” (RASO DELGUE, Juan. ¿Es constitucional...cit. pág. 176 y 177).

⁴¹⁶ “De esta manera, no solo se salvaguarda la garantía constitucional de acudir a un proceso, sino además lo dispuesto en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos formulada en la Asamblea de la O.N.U de 10 de diciembre de 1948, el Pacto de San José de Costa Rica y la del propio artículo 11.1 del Código General del Proceso”.

⁴¹⁷ LOUSTAUNAU, Nelso. Litisconsorcio...cit. pág. 170.

⁴¹⁸ ERMIDA se planteaba la interrogante de “¿en qué situación queda el trabajador que no logra que el sindicato le acompañe en su demanda?” y respondía: “Claramente no se constituye el litisconsorcio y el trabajador, solo, sin la compañía del sindicato, no está legitimado para llevar a cabo las acciones previstas en la ley. Podrá en cambio, en nuestra opinión, proceder a la vía del juicio ordinario” (ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit pág. 166).

⁴¹⁹ RACCIATTI habla de “Las tres vías procesales”, y expresa “Pero, además, no son dos sino tres los procesos que surgen de la ley. Pues, sin perjuicio de los dos procedimientos del art. 2 (proceso general y

4.- La “prueba” en la ley 17.940

Se han suscitado debates entorno a si la ley establece la inversión de la carga de la prueba en su artículo segundo, así como si esta alcanza a ambos procedimientos⁴²⁰.

4.1.-La prueba en materia procesal

El CGP no nos aporta una definición sobre la prueba. Siguiendo al diccionario de la Real Academia, prueba, es la acción o efecto de probar, de demostrar. También puede ser razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.

DEVIS ECHANDÍA define a las pruebas judiciales como “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y variación de los diversos medios que pueden emplearse para otorgar al Juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”⁴²¹.

tutela especial), queda como vía residual el proceso ordinario (por ejemplo, para quienes no obtienen el medular apoyo de “su organización sindical” previsto en el art. 3 lit. “B”). Es la forma de asegurar a todos los trabajadores comprendidos en el convenio núm. 98 (aún a los no sindicalizados y a los minoritarios discrepantes con la dirección de su sindicato) el acceso a la justicia y a la reparación integral (ya que es aplicable en su totalidad el art. 1º de la ley, que declara la nulidad de los actos de discriminación)” (RACCIATTI, Ocatvio Carlos. Aspectos...cit. pág. 74).

⁴²⁰ El proyecto de ley establecía que: “Cuando se **alegue** por parte del trabajador que el despido o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tienen un carácter discriminatorio, incumbirá al empleador la **carga de probar** la existencia de una causa justificada”. Este proyecto recibió diversas críticas, entre ellas, por la inversión de la carga de la prueba y la existencia de una causa justificada.

Como lo reseña DELGADO este fue uno de los tópicos que concitó mayores críticas del sector empleador sosteniéndose que se trataba de la “inversión de la carga de la prueba”.

Finalmente y con relación a las diferencias entre el proyecto de ley y la ley vigente en el tema planteado, destacamos: a) Se agrega la obligación para el trabajador de “fundamentar” el carácter antisindical del acto atacado, b) Se descarta la utilización del término “carga” respecto de la prueba que debe aportar el empleador, c) Se sustituye “causa justificada” por “causa razonable”, y d) Se explicita el concepto de causa razonable señalando con que tema esta deberá estar relacionada. (DELGADO SOARES NETTO, Fernando. “Algunas consideraciones sobre la “causa razonable” como eximente en el proceso de tutela especial de la Ley 17.940”, en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Minas 12 y 13 de agosto de 2006, pág 180.)

⁴²¹ ECHANDÍA H., Davis. “Teoría general de las pruebas”, Buenos Aires, 1970, ts. I y II. Citado por VESCOVI, Enrique, Director. M de HEGEDUS; S. KLETT; F. CAROINAL; L. M. SIMÓN; S. PEREIRA. “Código General del Proceso, Tomo 4, art. 137 a 153”, Editorial Abaco Bs As., pág. 26.

Y siguiendo a TARIGO podríamos definir a la prueba como “el intento de lograr el convencimiento psicológico del Juez con respecto a la existencia o inexistencia, verdad o falsedad de un hecho alegado o afirmado por una de las partes”⁴²².

4.1.1.- Carga de la prueba

Ha sido definida como un imperativo del propio interés y no del interés ajeno⁴²³.

Como expresa COUTURE “la carga de la prueba es un imperativo del propio interés del litigante y no supone ningún derecho del adversario. Es una circunstancia de riesgo ya que quien no prueba sus hechos que ha de probar pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima probando, es decir, acreditando la veracidad de los hechos que la ley señala⁴²⁴”.

El CGP lo regula en su art. 139, donde expresa: *“139.1 Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión”*. Y continúa: *“139.2 La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba”*.

Como se observa, el CGP obliga al actor a probar los hechos constitutivos de su pretensión. Y a quien contradice corresponde probar los hechos extintivos, impeditivos o modificativos de aquella pretensión.

Se ha creado diferentes reglas para determinar sobre quien recae la carga de la prueba. Así podemos destacar cuatro criterios. Estos son,

⁴²² TARIGO, Enrique E. “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, Tomo II FCU 2ª edición, junio 1998, pág. 14.

⁴²³ VESCOVI, Enrique. Código...cit. pág. 70.

⁴²⁴ Conf. COUTURE, Eduardo J.. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Tercera edición. Depalma, Bs As, 1962. pág. 242.

- a) *Criterio de la carga de quien afirma.* La prueba recae sobre el actor, pero si el demandado afirma algo lo debe probar. Cada parte tiene la carga de probar sus propias afirmaciones.
- b) *Criterio de la prueba en función de los hechos a probar.* Corresponde probar, a quien afirma algo, los hechos constitutivos de su pretensión, y a quien contradice, los hechos modificativos, extintivos o impeditivos. Criterio este adoptado por el CGP en su art. 139.
- c) *Cada parte debe probar los supuestos fácticos de la norma jurídica que le es favorable.* Es complementaria de la anterior y consiste en probar los supuestos de hecho de la norma o normas en que basa su pretensión o excepción.
- d) *La carga de la prueba se distribuye según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido.* Significa que a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera sea su posición procesal^{425 426}.

4.2.- Teoría de las cargas probatorias dinámicas

Surge con el Profesor argentino – rosarino- Jorge W. Peyrano, y expresa que la carga de la prueba es dinámica, esto es, variable, según las

⁴²⁵ VESCOVI, Enrique. CGP...cit. pág. 73 a 79.

⁴²⁶ Así, el TAC 1° (Sent. 41/2010 de 27/04/2010) expresa: “la carga de la prueba es un imperativo del propio interés del litigante y no supone ningún derecho del adversario. Es una circunstancia de riesgo ya que quien no prueba sus hechos que ha de probar pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima probando, es decir, acreditando la veracidad de los hechos que la ley señala (conf. COUTURE “Fundamentos.” pág. 242, DEVIS ECHANDÍA “Compendio...” tomo I, pág. 228)” (RUDP 1/2011 C. 1022 Salvo, Castro, Vázquez ®). Y haciendo referencia a la carga de la afirmación, el TAT 1° afirma: “debemos advertir que el actor ha incumplido con la carga de la afirmación y ello deriva en consecuencias contrarias a su interés (...) Se comparte el criterio de Klett y Preira Campos (Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el CGP en RUDP, pág. 49 y sig.) en que existe un Standard del buen litigante que impone a las partes deber de adecuar su comportamiento procesal al modelo establecido por el legislador. Esto es: actuar de un modo leal, veraz y de buena fe, prestando la mayor colaboración en todos y cada uno de los actos que integran el proceso (...)...en los actos de alegación inicial, los hechos deben ser precisados de forma categórica, explícita y clara a fin de que el relato no constituya una emboscada para el adversario” (AJL 2011 C. 529 p. 518. Morales ®, Posada, Rossi.).

circunstancias del caso, a efectos de hacer recaer el esfuerzo probatorio en quien tiene a su disposición los medios idóneos de prueba⁴²⁷.

PEYRANO la define como “la que impone la carga probatoria (dados ciertos supuestos) a quien se encuentra en mejores condiciones de producir la prueba respectiva y no imponerla, ciega y apriorísticamente, por la sola circunstancia de tratarse de un hecho constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo”⁴²⁸.

En nuestro derecho si bien no está consagrada a texto expreso ha sido admitida por la doctrina, como VAN ROMPAEY⁴²⁹ y VESCOVI⁴³⁰, así como por la SCJ⁴³¹.

Partidarios de esta tesis señalan que esta es colorario directo de los principios de buena fe, solidarismo, colaboración y moralidad.

En este sentido, afirman KLETT y PEREYRA CAMPOS que “la formulación del principio de moralidad presupone el trinunfo constructivo de la orientación publicista del Derecho Procesal, con el consiguiente abandono de las concepciones utilitario-hedonísticas e incluso belicistas, imbrincadas en la tendencia privatística del liberal-individualismo (...) La buena fe, la lealtad, la veracidad y la probidad, son componentes de un concepto más amplio que se podría denominar principio de moralidad (...)” el cual podríamos definir como “el conjunto de reglas de conducta, presididas por el imperativo ético, a que

⁴²⁷ VESCOVI, Enrique. CGP...cit. pág. 79.

⁴²⁸ PEYRANO, Jorge. “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba”. RDP N° 1/92. pág. 239.

⁴²⁹ VAN ROMPAEY, Lesley. “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal Uruguayo”.

⁴³⁰ VESCOVI, Enrique. “La carga de la prueba”. IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, 1997.

⁴³¹ LJU N° 116, Caso N° 13.397 “La teoría de las cargas probatorias dinámicas no implica que el órgano de mérito esté habilitado a desaplicar las normas legales que disciplinan la distribución de las cargas probatorias. Por el contrario, resultan una forma de flexibilización de esa regla que, basada en el principio de la buena fe y colaboración procesal, sientan la presunción en contra de la parte que si bien estaba en mejores condiciones de aportar prueba al proceso, no obró de ese modo”.

deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos procesales (partes, procuradores, abogados, jueces)”⁴³².

VAN ROMPAY señala que “no es del caso extenderse sobre la trascendencia del principio general de buena fe, cuya raigambre constitucional (arts. 7, 72 y 332 de la Carta), naturaleza supralegal y cuño jusnaturalista fuera puesta de manifiesto por valiosos aportes vernáculos; de igual manera, sólo cabe destacar la operatividad y eficacia de este precioso instrumento para vincular la justa decisión de la contienda a las circunstancias del caso, en el ámbito contractual (art. 1291 C. Civil) y en el procesal (arts. 5 y 63 CGP). Y culmina, “entre otras manifestaciones del principio de moralidad en la actuación procesal se señala que las partes deben proporcionar al tribunal información correcta y plena; la obrepción, la reticencia, la ambigüedad, etc., adquieren en el proceso carácter malicioso cuando están destinadas a perjudicar”⁴³³.

KLETT y PEREYRA CAMPOS entienden que “la tesis se funda en la aplicación de los principios generales de la buena fe y lealtad procesales (art. 5 del CGP) y en el deber de colaboración en la información y comprobación de los hechos del proceso”⁴³⁴.

Es dable destacar la modificación que ha introducido la ley 19.090 a través de su art. 1 al art- 5 del CGP, donde se le agrega al primer inciso “...los sujetos del proceso deberán actuar con veracidad y brindar la máxima colaboración para la realización de todos los actos procesales (Artículo 142). El incumplimiento de este deber tendrá las consecuencias previstas en cada caso por la ley”.

Refiriendo al principio de buena fe, ABAL OLIÚ destaca el deber de “proponer y dar a conocer todos los medios probatorios de los hechos (incluso aquellos que en definitiva puedan perjudicarlos)”⁴³⁵. Y afirman SARAVIA

⁴³² KLETT, Selva y PEREYRA CAMPOS, Santiago. “Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código del Proceso”, RUDP 1/997, pág. 63.

⁴³³ VAN ROMPAY, Lesley. La teoría...cit. pág. 450.

⁴³⁴ KLETT, Selva y PEREYRA CAMPOS, Santiago. Valor...cit. pág. 76.

⁴³⁵ OLIÚ, Alejandr, “Derecho Procesal” T. I, FCU, pág. 141.

MORALES Y SARAVIA GARCÍA que “el principio de colaboración forma parte del principio de buena fe procesal que debe regir en todo proceso, porque el actuar de buena fe implica asimismo, el no ocultamiento de pruebas y la participación activa en el diligenciamiento de ellas”⁴³⁶.

Desde una visión de la carga de la prueba, partidarios de la teoría afirman que el tribunal debe apreciar cual de las partes esta en mejores condiciones para probar, y sin estando en mejores condiciones no probó, el tribunal debe extraer inferencias incriminativas por su falta de colaboración.

Señala VAN ROMPAY (recogiendo un argumento inicialmente planteado por VESCOVI⁴³⁷) que la sede normativa de esta tesis está contenida en el art. 139.2 del CGP, “al establecer que la regla general del 139.1 no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación conforme con las reglas de la sana crítica de las omisiones o deficiencias de la prueba”⁴³⁸.

Esta norma flexibilizaría el criterio general “permitiendo efectuar las correcciones que correspondan a cada caso concreto, habilitando a considerar al menos como presunción simple la conducta de quien teniendo en su poder los medios idóneos de prueba no los produce y alega que la carga corresponde a su contraria”⁴³⁹.

Sin perjuicio de los argumentos esgrimidos por los defensores de la tesis, la teoría de las cargas dinámicas ha despertado polémicas y hay quienes sostienen que no corresponde su aplicación.

En esta tesis encontramos la posición de GUERRA⁴⁴⁰ quien sostiene que no corresponde su aplicación y no resulta un concepto necesario en

⁴³⁶ SARAVIA MORALES, Marcela y SARAVIA GARCÍA, Diego. “Reformas introducidas por la ley 19.090 al régimen de prueba”, revista Judicatura N° 55 publicación de la Asociación de Magistrados del Uruguay, Noviembre 2013, CADE pág. 48.

⁴³⁷ En comentarios de Vescovi sobre el art. 139.1 del CGP. En su opinión la Teoría de las Cargas Dinámicas opera como fórmula de corrección de los criterios sobre la carga de la prueba, que funciona en casos de excepción, atendiendo a las circunstancias del caso.

⁴³⁸ VAN ROMPAY, Lesley. La teoría...cit.

⁴³⁹ VAN ROMPAY, Lesley, La teoría...cit. pag. 453.

⁴⁴⁰ GUERRA PEREZ, W. “Reflexiones sobre cargas de la prueba dinámicas” RUDP, 1996, pág. 300 - 304. Citado por VESCOVI Enrique. Código...cit. pág. 84

nuestro derecho, que dispone de norma especial, el art. 139 CGP. Sosteniendo que el deber de colaboración no existe como norma general en nuestro derecho y sí solo para los casos previstos en el art. 189.

También BARRIOS DE ANGELIS⁴⁴¹, quien afirma que esta teoría es extraña a nuestro derecho positivo, tomando, especialmente, la noción de carga en su sentido de regla de valoración más que de regla de juicio, y su manifestación de tarea de la parte, sobre la base solo de la primera parte del art. 139.

La doctrina dominante está a favor de la aplicación de la teoría, aunque con algunas limitaciones. Concluye VESCOVI “el llamado de atención de GUERRA sirve para evitar el abuso de la nueva teoría y para reclamar el mayor respeto al derecho de defensa, aún en los procesos sociales donde la ley aumenta los poderes del juez para colaborar con el actor (art. 350.3), pero no podemos rechazar la idea de que el juez, en aplicación de sus facultades y de los deberes de las partes, puede, en definitiva, y dentro del criterio de la sana crítica, aplicar la regla de juicio referida en casos justificados, de acuerdo, como diría el recordado profesor Viera, con el principio de razonabilidad”⁴⁴².

4.2.1.- Especialidades de la materia laboral. Disponibilidad del medio probatorio.

En el año 1955 el Profesor DE FERRARI decía “la prueba de numerosos hechos que de acuerdo con los principios del derecho común debería aportarla el trabajador, se encuentra frecuentemente en poder de la empresa. Es entonces ésta quien debe aportarla y mientras la prueba no sea presentada por quien la tiene en su poder, debe el juez aceptar que el trabajador dice la verdad”⁴⁴³.

Este principio ha sido admitido pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia laboral. Significa que tiene la carga de la prueba quien está en

⁴⁴¹ Citado por VESCOVI, Enrique. Código...cit. pág. 84.

⁴⁴² VESCOVI, Enrique. Código...cit. pág. 85.

⁴⁴³ RDL N° 227 pág. 137 citado por VESCOVI, Enrique. Código...cit. pág. 81.

mejores condiciones para probar el hecho. Desde entonces su aplicación es aceptada en forma pacífica por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria⁴⁴⁴.

Expresa el TAT 1º que *“...el principio de disponibilidad del medio probatorio o de facilidad de la prueba importan la puesta en funcionamiento de un mecanismo que camina hacia la igualdad procesal, ya que en esa área, del mismo modo que en la relación sustantiva, la igualdad no es el punto de partida sino una aspiración o punto ideal. Entonces. Las cargas procesales deben identificarse, y a su tiempo evaluarse, atendiendo a las particularidades circunstanciales de cada caso en aplicación del principio que sienta el art. 139.2 del CGP: no quien debe, sino quien puede. Vale decir, quien, sin estar gravado a priori, se halla en mejores condiciones de afirmar y de probar”*⁴⁴⁵.

La Suprema Corte de Justicia en Sentencia Nº 125/2006 sostiene que *“...la carga de la prueba se determina no solo por la situación inicial del proceso, sino por circunstancias posteriores. Sin duda la demanda y su contestación constituyen el principal factor para distribuir la carga de la prueba; pero según el concepto de la mayoría de los autores, en el proceso ocurre un verdadero diálogo probatorio, y a medida que se presentan réplicas y*

⁴⁴⁴ Es uniforme la aceptación de ambas teorías en la jurisprudencia en general. A tales efectos repasemos algunos fallos de diversos tribunales y laborales en particular. En este sentido expresa el TAF 2º en sent. 114/2010 *“De esa manera impidió la incorporación al proceso de una prueba cuya disponibilidad se encontraba bajo su órbita discrecional (...) su actitud de impedir el conocimiento cabal de los hechos alegados, colide con la teoría de las cargas probatorias dinámicas...Se señala la existencia y reticencia y en consecuencia la necesidad de aplicar el principio de las cargas probatorias dinámicas, no resultando acreditados sus propios dichos”* (RUDP Caso 1034 TAF 2º Cantero, Silberman, Pérez Manrique). El TAC 6º afirma: *“...corresponde hacer recaer el onus probando sobre la parte que está en mejores condiciones para producir la prueba respectiva...tenía o debía tener la documentación que acreditara las operaciones de compra realizadas por la actora”* (RUD 1-2 2010 Caso 882 TAC 6º Klett, Hounie, Martínez). El TAT 1º en un caso referente a realización de horas extras, y en aplicación del principio de disponibilidad de los medios probatorios afirma: *“Probada la realización de trabajo extraordinario, la prueba del número grava al demandado como consecuencia de la incidencia del principio de disponibilidad del medio probatorio. (...) Y si la empleadora no aportó al proceso prueba que necesariamente debía tener en su poder para dilucidar la procedencia o no de éste reclamo, debe soportar las consecuencias”* (RUDP 2011 Caso 1035 Sen t. 41/2010 TAT 1º Posada, Rossi, Morales). En el mismo sentido, el TAT 3º expresa: *“La jurisprudencia laboral ha adoptado este criterio de la teoría de las cargas dinámicas, que en su más sencilla concepción significa que tiene la carga de la prueba quien está en mejores condiciones para probar el hecho y ello tiene su fundamento en los principios de lealtad, buena fé, probidad y oralidad en el proceso que también se traducen el otros, como el deber de veracidad y colaboración de las partes con la Justicia para poder llegar al conocimiento de la verdad”* (RUDP 2010 Caso 888 Sent. Nº 45/2009 TAT 3º Patniza, Molinari, Cantarín). TAT 3º, SEF-0014-000100. 2.5.2013 Odella @; Nogueira; Contarín. AJL 2013, c. 577; TAT 4º, Sent. Nº 13 22.3.2013 Echeveste @; Fernandez de la Vega; Patrón. AJL 2013, c. 580; TAT 3º SEF-0014-000313. 15.10.2013 Odella @; Contarín; Nogueira. AJL 2013, c. 579.

⁴⁴⁵ TAT 1º SEF-0012-000007. 6.2.2013 Rossi @; Morales; Posadas. AJL 2013, c. 576.

*contraréplicas, e inclusive como resultado de las pruebas que se van reuniendo, las partes modifican su situación procesal y el riesgo de la falta de prueba va pasando alternativamente de una parte a la otra*⁴⁴⁶.

4.3.-Carga de la prueba en la ley 17.940

4.3.1.- La carga de la prueba en el proceso de tutela especial

El proceso de tutela especial consagrado en el art. 2 num. 2 de la ley 17.940, finalizada la enumeración de a quienes alcanza el proceso, establece que **“El trabajador deberá fundamentar porque sostiene que fue despedido por razones sindicales”**. Pero en el inciso final del mismo art. 2 le impone al empleador la carga de **“...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, otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”**.

La norma no exige al trabajador la carga de probar⁴⁴⁷, aunque sí le impone a este la carga de la fundamentación. Esto es, que lo explique y justifique a través de un desarrollo razonado⁴⁴⁸.

Como bien expresa GARMENDIA esta exigencia de fundamentar indica que no es suficiente solo acreditar la titularidad de determinada calidad previstas en e lit. A a E del art.2. En este proceso de tutela especial “...se pone a cargo del trabajador, no ya el onus probando de las razones (motivaciones) sindicales que impulsaron al empleador a perjudicarlo, sino el deber de aportar las explicaciones (razones fundadas) por las cuales sostiene que el perjuicio que ha sufrido responde a razones sindicales”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Citada en **AJL 2013**, c. 577; **AJL 2010** c.207.

⁴⁴⁷ Ver ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit., , pág. 170 y ERMIDA URIARTE, Oscar en “Primera Lectura de la ley 17940 de protección de la actividad sindical” RDL, T XLIX N° 221, enero-marzo 2006, pág. 254. También, DELGADO SOARES NETTO, Fernando. Algunas...cit. , pág. 181.

⁴⁴⁸ GARMENDIA ARIGÓN, Mario. “Primera Jurisprudencia Sobre la Ley 17.940” , en RDL N° 224, pág. 804.

⁴⁴⁹ *Ídem*

RACCIATI haciendo alusión a la obligación de “fundamentar” que se le impone al actor en el proceso, explica que “Ello supone la exposición detallada y seria de los fundamentos de la pretensión. Se trata de una solución diferente a la de las reglas del derecho procesal del trabajo (aplicables en el proceso general⁴⁵⁰). Aquí alcanza con “fundamentar” el motivo por el cual sostiene que fue despedido o perjudicado por razones sindicales. En el plano de la práctica forense, parecería prudente adelantarse a las vicisitudes del proceso y ofrecer la prueba correspondiente”⁴⁵¹.

Muestra de lo expresado es un pasaje del fallo del TAT 3º cuando afirma “...el actor no alegó haber sido despedido y en términos generales, de la demanda, el fundamento del perjuicio del actor en su condición de delegado sindical no se presenta con claridad, más bien, desarrolla perjuicios personales o familiares”⁴⁵².

La Suprema Corte de Justicia expresa que “...en cuanto a la carga de la prueba que el trabajador deberá fundamentar porqué sostiene que fue despedido o perjudicado por razones sindicales”⁴⁵³. Y en otro fallo sostiene que “...conforme a lo establecido en el Art. 139 CGP era la parte actora a quien gravaba la carga probatoria de la alegada notificación de los despidos, lo que no hizo”⁴⁵⁴.

AMEGLIO analizando estos fallos de la Corte sostiene que “El trabajador al fundar su pretensión anulatoria deberá detallar los hechos y razones que lo llevan a concluir que el comportamiento del empleador es violatorio de la libertad sindical en los términos estipulados por el Art. 117, numeral 4 del CGP.

⁴⁵⁰ El autor está refiriendo a que la disposición de la inversión de la carga de la prueba no rige para el proceso de tutela general.

⁴⁵¹ RACCIATTI, Octavio Carlos. Aspectos...cit., pág. 85.

⁴⁵² Sentencia N° 198 del 29/05/06.

⁴⁵³ Sent. N° 2531/2011

⁴⁵⁴ Sent. N° 101/2010.

Si afirma su condición de dirigente o delegado sindical, deberá probar tal extremo”⁴⁵⁵.

Para el empleador la ley establece una actividad probatoria de exponer positivamente los motivos de su conducta. Tendrá la carga de probar: la veracidad de los motivos esgrimidos como fundamento de la medida cuestionada; que estos sean razonables; y a su vez suficientes⁴⁵⁶.

La **jurisprudencia** ha marcado una “hoja de ruta”. El TAT 1^o⁴⁵⁷ en un fallo, citando a la Dra. ROSSI afirma que, “*En la mecánica del proceso de tutela especial, la nulidad, la reinstalación y el derecho al cobro de los salarios caídos operan automáticamente...El legislador ha creado una presunción juris tantum de que, en determinadas situaciones, el empleador con su obrar ha dañado la libertad sindical individual del trabajador...La ley aporta una hoja de ruta que así se sintetiza*”: 1) El Tribunal articula hechos obstativos del ejercicio de su libertad sindical, indicando que hubo violación de la misma; 2) El juez no evalúa fundamentos, sino que solo controla que exista articulación de hechos en conexión con fundamentos. Ello por cuanto para la parte actora pesa la llamada “carga de explicitar; 3) Al demandado le incumbe una actividad más amplia que la del actor: relata hechos, invoca la causa que se encuentra dentro del elenco de las legalmente admisibles y ofrece prueba; 4) El Tribunal controla la existencia de su relato de hechos, evalúa la causa y su razonabilidad; valora la prueba de los hechos constitutivos de la causal; 5) Si el demandado no invoca causa razonable, se cristaliza la presunción de vulneración del derecho al ejercicio de la libertad sindical; 6) Si los hechos articulados por el demandado relativos a la causa razonable se prueban, se destruye la presunción a favor del actor; 7) Si no se prueban, se consolida la presunción de ataque a la libertad sindical.

Son intrascendentes desde la perspectiva legal, por lo que el Tribunal no tiene que ocuparse de ellas: a) la actividad probatoria por parte del trabajador

⁴⁵⁵ AMEGLIO, Ediarado J. “Reflexiones sobre la Libertad Sindical en Uruguay”, en Libro XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU 1ª edición noviembre 2011, pág. 37.

⁴⁵⁶ GARMENDIA ARIGÓN, Mario. Primera...cit. pág. 806.

⁴⁵⁷ AJL 2007, c. 384.

demandante; b) la eventual intención de atacar la libertad sindical por parte del empleador; c) la apreciación de la conexión causal entre la causa razonable invocada y el efectivo daño a la libertad sindical.

El empleador no debe probar el hecho negativo (prueba diabólica) de que no quiso atacar la libertad sindical, sino que debe probar la razonabilidad y proporcionalidad de la causa extraña a todo propósito contrario a la violación de la libertad sindical⁴⁵⁸.

4.3.2.- La carga de la prueba en el proceso de tutela general

Un tema determinante es la interrogante que se ha planteado acerca de si la inclusión de la exigencia de fundamentar al trabajador y la carga de probar al empleador, ubicadas en el inc. final del art. 2 de la norma, son aplicables a ambos procesos o solamente al proceso de tutela especial.

Como lo dice SARTHOU, “además de la diferencia en el procedimiento que el proceso general tiene con el de tutela especial, existe otra diferencia que es la omisión en el proceso general de la inversión de la carga probatoria que tiene el proceso de tutela especial, más allá de las objeciones que le hemos formulado”⁴⁵⁹.

En la misma posición REYES sostiene que “...la carga de la prueba en la norma finalmente sancionada, cuya aplicabilidad fue restringida al proceso de tutela especial (amparo, Art. 2 num. 2), la precisa el elenco de actos discriminatorios y concreta los alcances de un concepto jurídico indeterminado como es la justa causa”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ **AJL 2007**, c. 522. Similar posición es la del TAT 2º cuando afirma que “*el demandado debe demostrar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, que no se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se le impone la prueba diabólica de un hecho negativo – la no discriminación – sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente extraño a todo propósito contrario de los derechos fundamentales*”. **AJL 2008**, c. 418 y **AJL 2010**, c. 510.

⁴⁵⁹ SARTHOU, Helios. Siete ...cit., pág. 184.

⁴⁶⁰ REYES OEHNINGER, Alberto. “La carga de la prueba en la ley 17.940” en AAVV Promoción y Protección de la Libertad Sindical – Curso sobre la ley 17.940, FCU setiembre 2006, pág. 154.

LARRAÑAGA haciendo referencia al “proceso general” manifiesta que “En la medida que en este proceso se aplican las reglas del proceso ordinario, el actor deberá probar los hechos constitutivos de su pretensión Art. 139.1 del Código General del Proceso). Por tanto, los litisconsortes activos deberán probar efectivamente el acto antisindical que alegan”. Y concluye, “En nuestra opinión, en este proceso ordinario no rige la regla especial de inversión de la carga de la prueba en perjuicio del demandado, que como veremos seguidamente, solo se aplica al proceso de tutela especial”⁴⁶¹.

En igual sentido, PEREZ DEL CASTILLO analizando el “régimen general” enseña, que “Sin embargo, a diferencia del proceso especial, aquí es el trabajador quien debe asumir la carga de *probar* que la medida que lo afectó fue antisindical”⁴⁶².

El TAT 1^a en referencia al proceso de tutela general, expresa lo siguiente, “...*la interpretación de la norma se aplica solo al proceso de tutela especial y por lo tanto en este caso, era la actora quien tenía que probar que fue discriminada por su actividad sindical...*”. Continúa “...*no se probó que la actividad sindical fuera determinante del despido...*”, y concluye “...*como la premisa de la actividad sindical no se da, ni siquiera habría que analizar, en este caso, si el despido fue justificado, mas allá de que debe concluirse que tuvo causa y que ella se derivó de la actividad laboral...*”⁴⁶³.

Recientemente, el mismo tribunal (TAT 1^o) - con otra integración - ha modificado la posición recién esgrimida. Sostiene que “*en cuanto a la distribución de las cargas probatorias, nada prevé la ley 18.572*” y ante “*hipótesis de imprevisión corresponde la aplicación de las reglas del art. 31 del mismo cuerpo normativo: acudir a las disposiciones especiales en materia laboral y al Código General del Proceso en cuanto sea aplicable, se ajuste a lo dispuesto por los arts. 1 y 30 y no contradiga los principios del Derecho del Trabajo. Por el camino del art. 31, se releva como disposición especial en*

⁴⁶¹ LARRAÑAGA ZENI, Nelson. Las Relaciones... cit. pág. 107.

⁴⁶² PEREZ DEL CASTILLO, Santiago. Manual ...cit., pág. 443.

⁴⁶³ TAT 1^o, Sent. N° 150 23.5.12 Morales ®; Corrales; Contarín. Rossi y Posada discordes. AJL 2012, c. 454.

materia laboral la Ley 17.940 que reglamentando el proceso de tutela especial establece que es el empleador quien debe probar la existencia de una causa razonable. Se funda en que estando en juego un derecho humano fundamental con protección constitucional e internacional, *“existiendo una regla internacional de distribución de cargas probatorias más favorables que la nacional, corresponde optar por la primera”*. Y en segundo lugar, *“porque la perspectiva distributiva de cargas probatorias que se postula, incluso conciliaría con las reglas generales del derecho procesal común (art. 139 del CGP), por cuanto hace recaer sobre el sujeto procesal que se encuentra en mejores condiciones de probar. El fallo también menciona los dictámenes 830 y 831 del CLS, los cuales sostienen que en aplicación de la Recomendación N° 143, y en pos de garantizar una protección eficaz para los representantes de los trabajadores, “cuando se alega el despido o la modificación en su detrimento en las condiciones de empleo discriminatorias, el empleador es quien debe probar que su acto está justificado”*⁴⁶⁴.

AMEGLIO haciendo un análisis de los fallos relacionados con la ley 17.940 de la Suprema Corte de Justicia reflexionaba: *“Del análisis de estos fallos se desprende que la SCJ, ha optado por interpretar en forma amplia el concepto de justa causa. En materia de prueba, es el empleador el que tiene la carga de probar los hechos que configuran la justa causa, mientras que el trabajador debe fundamentar, describir o detallar el acto antisindical”*⁴⁶⁵.

También ERMIDA se ha planteado la situación en análisis, comentando que *“La ubicación de estos párrafos al final de todo el artículo 2 no ayuda a establecer una respuesta indubitable en base a la estructura del texto. Parecería que ser la parte final del inciso 2 (en cuyo caso su aplicación se restringiría a la acción de tutela especial), pero por otra parte, podría llegar a sostenerse que se trata de la parte final de todo el art. 2, refiriéndose también al procedimiento general, previsto en el inc, 1. La historia de la sanción, en cambio, puede echar más luz, favorable a la interpretación restrictiva”*. Finalmente se cuestiona si una u otra posición cambiaría mucho y plantea el

⁴⁶⁴ AJL 2012, c. 792.

⁴⁶⁵ AMEGLIO, Eduardo J. Reflexiones...cit. pág. 38.

caso de un trabajador que demandase la nulidad de un acto antisindical por la vía del proceso “general”, haciéndose la pregunta si éste proceso “¿no debería tramitarse de conformidad con los criterios de disponibilidad del medio probatorio, de las cargas dinámicas, de interpretación extensiva de los derechos fundamentales y restrictiva de sus limitaciones, etc.?”⁴⁶⁶.

Entendemos que la referencia mencionada en el inciso final del art. 2 de la inversión de la carga de la prueba está expresamente reservada para el proceso de tutela especial y en el proceso de tutela general se aplican las normas del derecho común, esto es el art. 139 del CGP, aunque sin perder de vista los criterios aplicables a la materia laboral (teoría de las cargas dinámicas, disponibilidad del medio de prueba).

Las discusiones parlamentarias que trajeron aparejada la modificación y aparición de otro proceso (general) diferente al especial; la ubicación del texto mencionado dentro de la descripción del proceso especial; sumado a que se dispuso del artículo 3 para las disposiciones comunes a ambos procedimientos (especial y general), no apareciendo ninguna referencia a la materia probatoria; así como la reciente sanción de la ley 18.847 que ordena este proceso (general) se promueva a través del “proceso laboral ordinario”, creemos son argumentos suficientes para sustentar la posición esgrimida.

6.- DISCUSIÓN

6.1.- CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

6.1.1.- Conclusiones parciales

A la luz de las “preguntas de investigación” formuladas, desarrollaremos las siguientes conclusiones parciales:

1.- ¿Cuáles han sido los principales rasgos de la evolución histórica de la libertad sindical?

La protección jurídica de la libertad sindical ha transitado por diferentes etapas: *prohibición*, *tolerancia*, hasta llegar al *reconocimiento*. Esta última etapa

⁴⁶⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos...cit. pág. 171.

(reconocimiento) está especialmente signada por la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución Alemana de 1919 - siendo pioneras en la incorporación del derecho sindical a las constituciones nacionales -, así como por la Constitución de la OIT (1919).

2.- ¿Cuál es el marco normativo vigente sobre libertad sindical a nivel mundial y regional?

El concepto de libertad sindical es consagrado como un derecho fundamental y es promovido por normas de la más alta jerarquía, tanto a nivel mundial como regional. Vale resaltar: la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; la *Declaración de Principios Sociales de América*; la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*; la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; el *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos*; y la *Declaración Sociolaboral del Mercosur*.

Resultan de meridiania importancia las regulaciones de la libertad sindical que emanan desde la OIT, por ser éstas las más desarrolladas, detalladas y precisas. Cabe destacar especialmente:

2.1. La *Constitución de la OIT (1919)*, que incluye en su preámbulo el reconocimiento a la “libertad sindical” siendo ésta una de las “*condiciones necesarias para alcanzar la paz mundial*” y la *Declaración de Filadelfia* que actualiza los fines y objetivos de la OIT destacando que “*la libertad de expresión y de asociación son esenciales para el progreso constante*”.

2.2. Los *Convenios Internacionales de Trabajo*, que refieren a la libertad sindical, con especial referencia al núm. 87 y núm. 98, siendo el primero de estos (CIT 87), valorado como un texto básico de su regulación internacional.

2.3. Las *Recomendaciones*, que versan sobre la libertad sindical y que constituyen directrices para los Estados en la materia, siendo consideradas como doctrinas más recibidas, las cuales subsidiariamente integran el derecho positivo.

2.4. El *Comité de Libertad Sindical*, órgano creado por el Consejo de Administración de la OIT (1951), responsable de llevar adelante el procedimiento especial de queja por violación de la libertad sindical.

2.5. La *Resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de 1970 sobre derechos sociales y su relación con los derechos civiles*, que plantea la interdependencia entre la libertad sindical y el resto de las libertades civiles.

2.6. La *Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998*, que incluye los Convenios N° 87 y 98 entre los siete Convenios Internacionales del Trabajo considerados fundamentales, junto s los de trabajo forzoso (núms. 29 y 105), lucha contra la discriminación (núms. 100 y 111) y edad mínima (núm. 138). La *Declaración* establece que los Estados por el hecho de pertenecer a la OIT tienen el compromiso de “*respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objetos de esos convenios*”.

3.- ¿Cuál es la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical (CLS) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en relación a la protección contra la discriminación antisindical?

Los pronunciamientos del *Comité de Libertad Sindical* han contribuido a precisar el significado y el alcance de las disposiciones de los convenios de la OIT en materia de libertad sindical. A través de ellos se han establecido principios generales, constituyendo una “jurisprudencia muy elaborada, al punto de que se puede considerar, que han venido conformando un verdadero derecho común internacional en la materia”⁴⁶⁷. La posición del Comité de Libertad Sindical ha sido:

3.1. Ponderar a la discriminación antisindical como una de las violaciones más graves a la libertad sindical.

3.2. Velar por el establecimiento de garantías adecuadas contra los actos de discriminación antisindical, en particular contra los despidos.

⁴⁶⁷ BEAUDONNET, Xavier. Derecho...cit. pág. 87.

3.3. Destacar la necesaria protección contra cualquier acto que tienda a perjudicar al trabajador de cualquier forma a causa de su afiliación sindical o participación en actividades sindicales fuera del lugar de trabajo o con el consentimiento del empleador en el lugar de trabajo. Incluye dentro de las protecciones, a las omisiones y la discriminación al momento de la contratación.

3.4. Resaltar la necesidad que las legislaciones nacionales aseguren la eficacia práctica del artículo 1 del Convenio Internacional de Trabajo 98 estableciendo procedimientos eficaces que posibiliten el reintegro a los puestos de trabajo sin pérdida de salarios de los trabajadores discriminados.

3.5. Extender el ámbito de protección a todo trabajador. Cuando se trate de representantes de los trabajadores impone al empleador la obligación de probar la justificación del acto.

4.- ¿Cuál es el marco normativo vigente sobre la libertad sindical en nuestro ordenamiento jurídico?

En **nuestro país**, en cuanto a la regulación heterónoma de la libertad sindical, podemos destacar:

4.1. La *Constitución Nacional*, que a través del artículo 57 no solo reconoce los “sindicatos gremiales”, sino que da mandato al legislador para que se dicten normas para su promoción. Debemos integrarlo con los artículos 7 y 54, que reconocen a los habitantes el derecho al honor, libertad y trabajo (artículo 7), y la independencia de la conciencia moral y cívica a todo obrero o empleado (artículo 54). Asimismo, los artículos 72 y 332 de la Carta dieron lugar a lo que BARBAGELATA denominó “*bloque de constitucionalidad*”, a través de los cuales forman parte de nuestro ordenamiento con la mayor jerarquía normativa aquellos instrumentos internacionales referidos a derechos humanos fundamentales.

4.2. La ratificación de los *Convenios Internacionales de Trabajo*: núm. 87 sobre el derecho de sindicación; núm. 98 sobre protección de la libertad sindical y derecho de la negociación colectiva; núm. 135 sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la

empresa; núm. 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública y núm. 154 sobre negociación colectiva.

4.3. El decreto 93/968 del 3/02/1968 (reglamentario de los CIT 87 y 98), la ley 17.940 sobre protección y promoción de la actividad sindical y su decreto reglamentario 66/006 del 6/03/2006.

5.- ¿Cuáles son los aspectos sustantivos y procesales (en materia de prueba) de la nueva ley?; ¿Qué papel ha jugado la jurisprudencia nacional en relación a la tutela de la libertad sindical en el marco de la ley 17.940?

5.1. La sanción de la ley 17.940 y la convocatoria de los Consejos de Salarios han sido dos bases sólidas y de trascendencia para el modelo de relaciones laborales de nuestro país. En este nuevo contexto se observa un gran crecimiento de las organizaciones sindicales, en la generación de nuevos sindicatos y en el aumento de la sindicalización.

5.2. La ley se dirige a “los trabajadores” afiliados o a quienes estén con miras a constituir una organización sindical. Esta tutela está dirigida tanto para trabajadores que se desempeñen en la actividad privada como en el sector público. Sobre este último aspecto, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la aplicación de la ley a los funcionarios públicos.

5.3. Si bien la ley 17.940 no consagra a texto expreso la libertad sindical negativa, entendemos que esta sí está comprendida a través del reenvío que hace el artículo 1 de la ley 17.940 a los literales a) y b) de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, la cual garantiza “ *la libertad de afiliación, de no afiliación y desafiliación*”. Esta posición se armoniza con la libertad al trabajo y asociación consagrada por nuestra Constitución, a través de sus artículos 36 y 39, respectivamente.

Sostenemos por lo tanto que en relación al *aspecto individual de la libertad sindical*, la tutela es abarcativa tanto de la libertad sindical individual positiva como de la libertad sindical individual negativa.

5.4. La ley 17.940 hace alusión expresa a la “*libertad sindical de los trabajadores*”. Por ser la libertad sindical un “derecho complejo” (en tanto su titularidad puede ser individual como colectiva), cuyo objeto central es la “actividad sindical”, entendemos que la tutela de la ley comprende sus aspectos individuales y colectivos.

5.5. La ley no crea un sistema de estabilidad absoluta para los dirigentes sindicales (sin perjuicio que los “empodera” a través de una protección más intensa), sino que establece la nulidad de los actos antisindicales que menoscaben la libertad sindical. De hecho, introduce el concepto de “causa razonable” como eximente de responsabilidad del empleador frente al despido considerado antisindical.

La jurisprudencia nacional ha aplicado la norma con ponderación y mucha prudencia. Con relación a la causa razonable “capacidad o conducta” del trabajador, adoptó mayoritariamente una posición “amplia”, sosteniendo que “la expresión abarca un contenido más amplio que la condición de notoria mala conducta”, pudiendo existir inconductas que sin alcanzar el nivel de una “notoria inconducta”, constituyan una causa razonable de despido.

5.6. Con las modificaciones introducidas por la Ley 18.847, la exigencia del litisconsorcio activo necesario previsto en el literal B del artículo 3 de la ley 17.940 es aplicable solamente para el proceso de tutela especial. En caso de que el trabajador no cuente con el apoyo de la organización sindical (o no lo requiera), la tutela a la libertad sindical se sustanciará por el proceso laboral ordinario.

5.7. La referencia normativa del inciso final del art. 2 relacionada a la inversión de la carga de la prueba está expresamente reservada para el proceso de tutela especial. En el proceso de tutela general se aplican las normas del derecho común (art. 139 del CGP). Esto, sin perder de vista los criterios aplicables a la materia laboral: teoría de las cargas dinámicas, disponibilidad del medio de prueba.

5.8. La ley 17.940 no provocó andanadas de demandas de reinstalación como se auguraba al momento de su sanción. BARRETO analizando el tema

advertía que el número de denuncias ante la Inspección General del Trabajo (IGTSS) creció muy por encima de los casos sometidos a la justicia. El estudio muestra que a partir del año 2005 los casos presentados a la IGTSS casi triplican los del año 2004 y se sitúan muy por encima de cualquiera de los años anteriores, siendo aún mayor la diferencia con relación a los casos judiciales⁴⁶⁸.

Los actores a pesar de tener un medio heterónimo potente y eficaz de tutela de la libertad sindical (y de reparación perfecta), han optado - en su mayoría - por la vía administrativa (de reparación imperfecta) y los medios autónomos de solución de controversias. Es que la vía heterónoma implica el sometimiento del conflicto y su resolución a la decisión de un juez, donde hay un “perdedor” y un “ganador”, siendo esto un punto de quiebre en las relaciones de poder de los actores. Sin embargo, las instancias de autocomposición de los conflictos importan mayor libertad para los actores en la búsqueda de consensos y la confección de “trajes a medida” como soluciones a los conflictos generados, donde las partes puedan disimular las concesiones recíprocas efectuadas. Ello nos permite afirmar que la ley ha jugado un rol más “preventivo” que sancionatorio.

6.1.2.- Conclusión final

Finalmente como respuesta a la pregunta principal de investigación planteada al comienzo de este trabajo, se concluye que: la aprobación de la ley 17.940 ha significado un indudable avance en nuestro sistema de relaciones laborales y particularmente en el derecho del trabajo nacional.

Incorporó al ordenamiento jurídico nacional una potente y eficaz herramienta para la tutela de la libertad sindical. Si bien no innovó con relación a los derechos sindicales, dotó de coercibilidad a las normas de la más alta jerarquía, particularmente al CIT núm. 98. Superó la cuestión de la autoejecutabilidad de éste a través de la “reparación perfecta” y generó

⁴⁶⁸ El autor nos muestra una tabla donde se observan la cantidad de casos presentados ante la IGTSS y a la Justicia. A continuación mencionaremos año/cantidad de casos. Ante la Justicia: 2001/0; 2002/0; 2003/0; 2004/0; 2005/0; 2006/3; 2007/8; 2008/6; y 2009/s/d. Y ante la IGTSS: 2001/12; 2002/10; 2003/9; 2004/13; 2005/37; 2006/28; 2007/22; 2008/49; y 2009/18. BARRETO GHIONE, Hugo. La Ley...cit. pág. 33.

certezas jurídicas. Este significativo avance de nuestro ordenamiento jurídico ha contribuido a una efectiva tutela de la libertad sindical.

6.1.3.- Reflexiones finales

Consideramos que la ley 17.940 ha sido necesaria y justa, siendo un aporte relevante a los efectos de garantizar la tutela de la libertad sindical. Pero – como lo advertíamos con BUGALLO y PAGÉS –, “no olvidemos que la nueva legislación en materia de libertad sindical estableció garantías, derechos, facilidades, pero no estableció ninguna reglamentación acerca del uso de esas potestades. Las reglas claras aseguran mayor eficacia de los instrumentos jurídicos dispuestos para tutelar el ejercicio de la libertad sindical. La forma más adecuada de dotar de garantías al colectivo de trabajadores y de salvaguardar su interés por sobre los intereses individuales, es reglamentar (por lo menos) algunos aspectos formales”. Nos referimos a la elección de delegados o representantes alcanzados por la tutela especial prevista en el artículo 2.2 de la ley y la fehaciente comunicación a la empresa de quienes son los representantes de los trabajadores. “Consideramos que estos son aspectos fundamentales para asegurar la democracia interna sindical a la hora de la elección de sus representantes (que tendrán además fueros especiales y tutelas privilegiadas en relación a los demás trabajadores), así como la certeza jurídica para empresarios (que sabrán realmente quiénes son sus delegados) y jueces (quienes aplicarán la ley y por ende las tutelas especiales)”⁴⁶⁹. Compartimos lo propuesto por SLINGER acerca de incluir la obligación de que el sindicato cuente con personería jurídica, estableciendo un procedimiento rápido y sencillo para su obtención. Ello no viola el CIT 87, y el hecho de que el sindicato, por imperio de la ley 17.940 comparezca en juicio y haya comenzado a manejar fondos importantes justifica, por razones de transparencia y certeza jurídica, la exigencia de personería en todos los niveles⁴⁷⁰.

Estas reglamentaciones, en nuestra opinión no limitan el derecho sindical, sino que lo ordena.

⁴⁶⁹ BUGALLO, Beatriz; PAGÉS, Karina; LIMA JULIANI, Marcos. Reflexiones...cit. pág. 63 y 64.

⁴⁷⁰ SLINGER; Leonardo. En entrevista realizada para este trabajo.

Para finalizar, destacamos que el tema libertad sindical y el estudio de la ley 17.940 que hemos realizado es complejo y dinámico, lo que implica que las conclusiones no sean completas o definitivas. Este trabajo pretende ser un punto de partida sobre el cual nos proponemos seguir investigando y analizando los diferentes aspectos de la libertad sindical y su constante evolución.

7.- LISTADO BIBLIOGRÁFICO

AMEGLIO, Eduardo J. "Reflexiones sobre la libertad sindical en el Uruguay", en Libro XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, 1ª edición noviembre 2011.

ANUARIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL, FCU 2007.

ANUARIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL, FCU 2008.

ANUARIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL, FCU 2009.

ANUARIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL, FCU 2010.

ANUARIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL, FCU 2011.

ANUARIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL, FCU 2012.

ANUARIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL, FCU 2013.

BARBAGELATA, H. H, Derecho del Trabajo" Tomo I Volumen I, Montevideo, FCU, 1978.

-----: "Los particularismos del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales", FCU 2ª edición actualizada y ampliada marzo de 2009.

- BARRETO GHIONE, Hugo, "Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay", Oficina Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, OIT , 1ª edición 2006.

-----: "Elementos para una crítica de la apreciación jurisprudencial de la causa razonable", en RDL N° 227.

-----: "La Ley 17.940 y los medios vigentes a la protección de la actividad sindical en el ordenamiento jurídico laboral", en AAVV Cuarenta estudios sobre la nueva legislación laboral uruguaya, Grupo de los miércoles XXXV Aniversario, FCU 1ª edición agosto 2010.

BEAUDONNET, Xavier –director-, "Derecho internacional del trabajo y derecho interno" en Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Centro Internacional de Formación (CIF) OIT. Segunda edición 2010.

BUENO MAGANO, Octavio, "Organizacao sindical brasileira", Sao Paulo 1982.

BUGALLO MONTAÑO, Beatriz; PAGES LÓPEZ, Karina; y LIMA JULIANI, Marcos. "Reflexiones sobre las dificultades "intrasindicales" que ponen en jaque la eficacia de la libertad sindical como derecho humano fundamental", en Libro XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, 1ª edición noviembre de 2011.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., y TREU T., "Diritto del Lavoro", T. I, Diritto Sindacale, 5ª edición Turín 2003.

CASTELLO, Alejandro. "Apuntes sobre la noción de acto antisindical y su régimen de nulidad absoluta", en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas 12 y 13 de agosto de 2006, FCU.

-----: "La nulidad del acto antisindical" en AAVV Protección y Promoción de la Libertad Sindical – Curso sobre la Ley 17.940- Mantero de San Vicente, Osvaldo y otros, FCU, 1ª edición setiembre de 2006.

COUTURE, Eduardo J.. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Tercera edición. Depalma, Bs As.

DE BUEN, Nestor, "Derecho del Trabajo", 3ª edición Mexico 1979, T. II .

DELGADO SOARES NETTO, Fernando. "Algunas consideraciones sobre la "causa razonable" como eximente en el proceso de tutela especial de la Ley 17.940", en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Minas 12 y 13 de agosto de 2006.

-----: "Otro caso de reinstalación de dirigente sindical por el procedimiento especial de la ley 17.940", en laleyonline.

ERMIDA URIARTE, Oscar en "Primera Lectura de la ley 17940 de protección de la actividad sindical" RDL, T XLIX N° 221.

-----: "Aplicacao das normas internacionais do trabalho", Revista do Advogado N° 110.

-----: "La protección contra los actos antisindicales". Montevideo, 1987.

-----: "Sindicatos en Libertad Sindical", FCU, 4ª edición junio de 2012.

FERNANDEZ BRIGNONI, Hugo. "Comentarios a un caso judicial sobre la protección de la libertad sindical en el marco de la Ley 17.940", en RDL N° 226.

GARI, Pedro y PÉREZ DEL CASTILLO, Matías. "Manual de Derecho Colectivo", FCU, 1ª edición mayo 2012.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. "Algunas preguntas y otras tantas (tentativas de) respuestas sobre la ley N° 17.940", en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas 12 y 13 de agosto de 2006, FCU edición julio 2006.

-----: "Primera Jurisprudencia Sobre la Ley 17.940" , en RDL N° 224.

GIUGNI, Gino, "Derecho Sindical", Edición del IELSS, Madrid 1983.

Informe RELASUR, "La Relaciones Laborales Uruguayas", FCU, 1ª edición junio 1995.

JAVILLIER, Jean Claude. Manual de Derecho del Trabajo, FCU 1ª edición Agosto de 2007.

KLETT, Selva y PEREYRA CAMPOS, Santiago. “Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código del Proceso”, RUDP 1/997.

La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición (revisada) 2006.

LARRAÑAGA ZENI, Nelson. “Las Relaciones Laborales Colectivas Uruguayas”, AMF 1ª edición julio de 2014.

Las Relaciones Laborales en el Uruguay – 10 años de cambio”, Instituto Cuesta Duarte PIT – CNT, OIT.

LASKI, Harold, “Los sindicatos en la nueva sociedad”, trad. Esp., México 1951.

LOSTAUNAU, Nelson. “Litisconsorcio necesario en las acciones creadas por la Ley 17.940 y limitación al derecho constitucional de accionar, en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, edición julio de 2006.

-----: “El concepto de causa razonable en las acciones de reinstalación de dirigentes o militantes sindicales”, en RDL N° 230.

MANGARELLI, Cristina y CASTELLO, Alejandro. “Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada”, RDL T. XL, N° 185.

MANGARELLI, Cristina y ROSENBAUM, Jorge. “El despido abusivo en el Derecho Uruguayo”, RDL N° 151, T. XXXI, Montevideo 1988.

-----: “Daño Moral en el Derecho Laboral”, Editorial Acali, Montevideo 1984.

-----: “Primeras reflexiones sobre el sistema de negociación colectiva. Ley N° 18.566 de 11 de setiembre de 2009”, en Libro XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo 5 y 6 de diciembre de 2009.

-----: “Reflexiones acerca de la protección frente a los actos discriminatorios que vulneran la libertad sindical y la ley 17.940”, en Libro XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas 12 y 13 de agosto de 2006, FCU.

MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, “Derecho Sindical”, FCU, 1ª edición julio 1998.

-----: “Actos, hechos, conductas o comportamientos antisindicales, en AAVV Protección y Promoción de la Actividad Sindical, Curso sobre la Ley 17.940, FCU, 1ª edición setiembre 2006.

-----: “Evolución de la Protección Jurídica de la Libertad Sindical”, en AAVV Protección y Promoción de la Libertad Sindical – Curso sobre la Ley 17.940- Mantero de San Vicente, Osvaldo y otros, FCU, 1ª edición setiembre de 2006.

-----: "Procedimientos judiciales", en AAVV Protección y Promoción de la Libertad Sindical, Curso sobre la Ley 17.940, FCU, 1ª edición setiembre 2006.

MONTOYA MELGAR, A., Derecho del trabajo, 28º edición Madrid 2007.

OLIÚ, Alejandr, "Derecho Procesal" T. I, FCU.

OPERTTI, Paola y MARABOTTO Andrés, "Libertad Sindical Negativa en el Ordenamiento Jurídico Uruguayo", en Revista de Derecho UM, www.um.edu.uy, revistaderecho.um.edu.uy).

PEREIRA CAMPOS, Santiago y otros. "Código General del Proceso. Reformas de la Ley 19.090 Comparadas y Comentadas, segunda edición actualizada y ampliada 2014, Universidad de Montevideo (UM).

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. "Manual Práctico de Normas Laborales" - décimo tercera edición -Actualizada con Matías Pérez del Castillo, FCU 13ª edición setiembre 2013.

PEYRANO, Jorge. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba". RDP N° 1/92.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "Curso de Derecho Laboral", Tomo I. Volumen II, C. Acali Editorial, 2da edición ampliada y corregida 1979, Tomo I Volumen I.

-----: "Curso de Derecho Laboral" Derecho Colectivo Tomo IV Volumen I, IDEA Montevideo 1999.

POTOBSKY, Geraldo Von. "Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional", en AAVV Normas Internacionales del trabajo para magistrados, juristas y docentes en derecho, Facultad de Derecho, OIT, CIF.

RACCIATTI, Octavio Carlos. "Aspectos Procesales de la Ley 17940", en Libro de XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Vol. 2, FCU 1ª edición diciembre de 2006.

-----: "Los convenios internacionales del trabajo y las leyes posteriores a su ratificación", en RDL N° 174.

RASO DELGUE, Juan, en "Derecho del Trabajo Tomo I", FCU, 1ª edición marzo de 2012, Capítulo X La Organización Internacional del Trabajo.

-----: "Despido abusivo" en Derecho del Trabajo Tomo II, FCU 1ª edición octubre de 2012.

-----: "Impacto de le ley de fuero sindical". Revista Derecho y Tribunales.

-----: "La influencia de las normas internacionales del trabajo en el surgimiento y evolución del Derecho Laboral Latinoamericano, con especial referencia a la experiencia uruguaya".

-----: "Ley N° 17.940 sobre promoción y protección de la libertad sindical: análisis de los aspectos sustantivos", en Libro XVII Jornadas Uruguayas de

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas 12 y 13 de agosto de 2006.

RASO DELGUE, Juan; DONO DURANTE, Liliana y SANTESTEVAN, Ana. “La libertad sindical: una puesta al día en el derecho uruguayo (1995-2004), en Veinte Estudios en Memoria de Ricardo Mantero Alvarez – Grupo de los Miércoles -, FCU 1ª edición noviembre de 2004.

Revista Derecho del trabajo – LA LEY URUGUAY -, Año I, Número I, Octubre/diciembre 2013.

REYES OEHNINGER, Alberto. “La carga de la prueba en la ley 17.940” en AAVV Promoción y Protección de la Libertad Sindical – Curso sobre la ley 17.940, FCU setiembre 2006.

RODRIGUEZ, Juan Manuel; COZZANO, Beatriz; MAZZUCHI, Graciela. “Relaciones Laborales y modelo de desarrollo”, Montevideo, Grupo Magro ediciones 2010.

RODRÍGUEZ, Juan Manuel; COZZANO, Beatriz; MAZZUCHI, Graciela; GONZÁLEZ, María Eloisa. “Las Relaciones Laborales 2010 – 2014 y Perspectivas”, Facultad de Ciencias Empresariales, Instituto de Relaciones Laborales – Universidad Católica del Uruguay, Diciembre 2014.

ROSSI ALBERT, Rosina. “La nueva tutela de la libertad sindical: un reto a la judicatura laboral”.

-----: “Protección y promoción de la libertad sindical”, en AAVV Protección y promoción de la libertad sindical Curso sobre la Ley 17.940, FCU, 1ª edición setiembre de 2006.

-----: “Tutela de la libertad sindical en la Ley 17.940. Aspectos procesales”, en Promoción y protección de la libertad sindical”, en AAVV Protección y Promoción de la Libertad Sindical, Curso sobre la Ley 17.940, FCU 1ª edición noviembre de 2006.

SARAVIA MORALES, Marcela y SARAVIA GARCÍA, Diego. “Reformas introducidas por la ley 19.090 al régimen de prueba”, revista Judicatura Nº 55 publicación de la Asociación de Magistrados del Uruguay, Noviembre 2013, CADE.

SARTHOU, Helios, “Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical” en “Trabajo, Derecho y Sociedad”, Tomo I Estudios de Derecho Colectivo, FCU 1ª edición. Setiembre 2004.

-----: “Siete tópicos sobre la tuititividad sindical en la ley 17.940”, en AAVV Protección y Promoción de la Libertad Sindical, Curso sobre la Ley 17.940, FCU, 1º edición setiembre 2006.

SERÉ, Jorge, en “Curso de Derecho Laboral”, Tomo 1.

SLINGER, Leonardo. “Ley 17.940 sobre promoción y protección de la actividad sindical: análisis de los aspectos sustantivos, en Libro XVII Jornadas uruguayas

de derecho del trabajo y de la seguridad social Volumen 2, FCU 1 edición diciembre de 2006.

SUSSEKIND A., MARANHAO D, y VIANNA S, "Instituicoes de Dereito do Trabalho", Vol. II, 8ª edición Río de Janeiro 1981.

TARIGO, Enrique E. "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo II FCU 2ª edición, junio 1998.

TOMMASINO, Beatriz. "Aspectos procesales de la Ley 17.940", en AAVV Protección y promoción de la libertad sindical, Curso sobre la Ley 17.940, FCU, 1ª edición setiembre de 2006.

VAN ROMPAEY, Lesley. "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal Uruguayo".

VARELA, Raúl H., "Participación del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en el Proceso de Ratificación de los Convenios Internacionales del Trabajo" en AAVV Treinta y Seis Estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo, Grupo de los miércoles, FCU, 1ª edición diciembre 1995.

VESCOVI, Enrique, Director. M de HEGEDUS; S. KLETT; F. CAROINAL; L. M. SIMÓN; S. PEREIRA. "Código General del Proceso, Tomo 4, art. 137 a 153", Editorial Abaco Bs As.

VESCOVI, Enrique. "La carga de la prueba". IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, 1997.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, "La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, Alcances y Regulación", ed PLADES, abril 2010.

-----: "La Libertad Sindical en las Normas y Pronunciamientos de la OIT", FCU, 1ª edición setiembre de 2007.

www.ilo.org

www.laleyonline.com.uy

ZAPIRAIN, Héctor. Proceso de elaboración y aprobación de la ley de libertad sindical", en AAVV Protección y Promoción de la Actividad Sindical, Curso sobre la Ley 17.940.

ANEXO

ENTREVISTAS EN PROFUNDIDAD

XVII.- ENTREVISTAS EN PROFUNDIDAD

1.- Entrevista a la Dra. Nanci Corrales, Ministro del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Segundo Turno.

1.1.- ¿Cuál ha sido el impacto de la Ley 17.940 en el sistema de relaciones laborales y en el derecho del trabajo nacional?

“Desde el punto de vista de nuestro trabajo, la Ley significo un cambio importante para los jueces porque dio una herramienta para aplicar la reinstalación, que anteriormente y a pesar del Convenio Internacional 98 no se aplicaba”.

“La situación más próxima era la figura del despido abusivo, lo cual mejoraba la retribución de la indemnización pero no reconstruía la situación laboral. Eran contadas las sentencias donde se ordenaba la reinstalación de un trabajador y las pocas que había (favorables al trabajador) no pasaban de la Primera Instancia”.

“En los tribunales, predominaba la opinión de que no existía norma legal habilitante para reintegrar al trabajador despedido a causa de su actividad sindical. La Suprema Corte de Justicia sostenía el carácter programático del convenio núm. 98 (sentencia núm. 25 del 20.6.90, Rev. Derecho Laboral, núm. 158, p.377). y en sentencia 148 de 29/8/988 en particular referencia al convenio 98, señaló que no habilita al ejercicio de la acción de reinstalación deducida pues carece así de fundamento jurídico por falta de texto legal habilitante; por el contrario, el sistema organiza un sistema de multas al infractor de las normas del convenio, ley 12.030 y decreto 93/68 (citando “RDL N° 158” p. 363 y ss.)”.

“Con ese panorama sin duda la Ley significo un cambio en nuestro derecho de trabajo”.

“La Ley que en un principio se pensó significaría una cascada de demanda, se aplicó con prudencia y ponderación por las partes y los magistrados. En un principio quizás la forma en que prevé la carga de la prueba a cargo del empleador, que fue llamada o interpretada como inversión de la carga de la prueba que prevé la ley dio motivo para tener más de una interpretación que luego se fue ajustando”.

“Se aprecia que muchas veces se facilita la transacción ante la posibilidad del retorno del trabajador, durante el proceso, y aun después del proceso con una sentencia favorable que ordena el reintegro. El retorno al lugar de trabajo en la empresa pequeña o familiar después del proceso puede ser difícil de llevar a la práctica en la realidad, pero la orden de restitución deja al trabajador desde el punto de vista de sus principios en otra posición para arribar a un acuerdo que solo pasa por lo económico”.

1.2.- ¿Considera necesarias modificaciones y/o ampliaciones al texto de la ley 17.940?

“No considero que me corresponda ligeramente opinar sobre modificación o ampliaciones de la Ley, quizás porque mi tarea habitual es su aplicación”.

1.3.- ¿Comparte el hecho que el trabajador para acudir a los procedimientos previstos por la ley debe comparecer conjuntamente con su organización sindical?

“Teniendo en cuenta lo amplia de la concepción que debe entenderse por organización sindical, extremo que fue objeto de discusión al inicio de la aplicación de la Ley. Y que en definitiva no esta reglamentado y no se habla específicamente de sindicato, de que el actor deba ser afiliado u otra precisión”.

“En este estado comparto la forma de comparecencia que prevé la Ley cuando se tramita por procedimiento extraordinario (proceso de la acción de amparo), la comparecencia de la organización sindical otorga cierta certeza sobre las afirmaciones del trabajador, tanto para el juez, para un proceso

rápido, así como para la demandada y la posición que asumirá ante el reclamo. La Ley de este modo impide que la organización o el trabajador por si solo pueda acceder a este proceso”.

“Además la Ley prevé que el trabajador pueda comparecer sin la organización sindical si así lo entiende o esta no lo quiere hacer, hoy el día con el nuevo proceso laboral, el tiempo de duración del proceso ordinario supera en poco tiempo al primero, y no deja al trabajador sin posibilidad de reclamo”.

2.- Entrevista al Dr. Leonardo Slinger Profesor Adjunto de Derecho Laboral de la Universidad de Montevideo, Universidad de la República y Universidad Católica del Uruguay.

2.1.- ¿Cuál ha sido el impacto de la Ley 17.940 en el sistema de relaciones laborales y en el derecho del trabajo nacional?

“En mi opinión hubo un primer momento en que pareció que, como efecto de la ley, el tema discriminación sindical se iba a “judicializar”, dado que se promovieron varias acciones al amparo de la ley. Sin embargo, al día de hoy creo que ha existido como una suerte de cambio de estrategia del movimiento sindical. Ya no se recurre tanto al procedimiento de la ley 17.940, sino que se discuten solo en el ámbito de la DINATRA.

“Un impacto importante de la ley también se dio en las otras protecciones que la norma prevé. Es decir, por el descuento de la cuota sindical y por la licencia gremial”.

“La obligación del empleador de descontar la cuota le ha facilitado mucho a los sindicatos la recolección de la cuota de sus afiliados, y entiendo ha dado una fortaleza económica a los sindicatos, que antes era solo privilegio de los sindicatos muy grandes. El manejo de fondos considerables por parte de los sindicatos ha permitido que se amplíen los medios de acción sindical de los gremios. Hoy, al tener más dinero, y sobre todo al tener la certeza que al fin de cada mes recibirán un “X” monto les permite pensar en la contratación de espacios en radio y televisión para difusión de sus plataformas, en carteles o volantes más sofisticados, o en utilizar dinero en capacitar dirigentes”.

“Por su parte, en el tema la licencia sindical la ley también generó la ampliación y difusión del beneficio”.

2.2.- ¿Considera necesarias modificaciones y/o ampliaciones al texto de la ley 17.940?

“Lo que creo que sería conveniente sería incluir la obligación de que el sindicato cuente con personería jurídica, estableciendo un procedimiento rápido y sencillo para su obtención. Entiendo que ello no viola el CIT 87, y que el hecho de que el sindicato, por imperio de esta ley, comparezca en juicio y haya empezado a manejar fondos importantes justifica, por razones de transparencia y certeza jurídica, la exigencia de personería en todos los niveles”.

“Por su parte, en materia de prueba pienso que podría exigirse una prueba más acabada al trabajador, y no el solo hecho de tener que fundamentar”.

2.3.- ¿Comparte el hecho que el trabajador para acudir a los procedimientos previstos por la ley debe comparecer conjuntamente con su organización sindical?

“Pienso que debería ser optativo. La exigencia del litisconsorcio necesario puede hacer que en algún caso un trabajador se vea imposibilitado de promover su reclamo por el simple hecho de que el sindicato no está dispuesto a apoyar el reclamo, por ejemplo, por discrepancias internas”.

3.- Entrevista al Sr. Milton Castellano Coordinador del Instituto Cuesta Duarte del PIT – CNT.

3.1.- ¿Cuál ha sido el impacto de la Ley 17.940 en el sistema de relaciones laborales y en el derecho del trabajo nacional?

El entrevistado manifiesta que primero es necesario hablar sobre el “objetivo de la ley”. Expresa que “en las relaciones laborales hay más de una doctrina” en referencia a los diferentes sistemas de relaciones laborales. Por una lado, “sistemas con total regulación y que son los actores los que le dan contenido”. En otra doctrina (a la que se afilia CASTELLANO), que “parte de la base que no existen actores en iguales condiciones. El capital tiene mayor

influencia en las relaciones laborales, y las relaciones entre los actores no son equilibradas”. Prefiere un grado de regulación a los efectos de lograr “un poco más de equilibrio, que hace a la justicia social, a la mejor distribución del ingreso”.

“En Uruguay desde el año 2005 el objetivo es lograr relaciones laborales mas equilibradas que posibiliten mejorar la distribución del ingreso”. Para esto, “se tomaron como base tres leyes (como parte de un sistema) que hacen a un todo: a) ley de negociación colectiva; b) ley de libertad sindical que de beneficios a los trabajadores para fomentar derechos y libertades; y c) leyes de tercerizaciones para que alcance a las nuevas formas de organización del trabajo”.

“La ley 17.940 pretende equilibrar el desequilibrio, lo que busca es atemperar este desequilibrio que hacíamos referencia. Incorpora la reinstalación, algo no menor (son pocos los países que la tienen), y como un elemento medular eso da una garantía necesaria para el objetivo”. También destaca “la importancia de la protección que da la ley cuando el sindicato está en germen”.

“Además de lo mencionado, la ley tiene dos elementos importantes para la promoción y desarrollo de la actividad sindical: a) las carteleras sindicales, que son el reconocimiento formal e institucional del sindicato, a través de las cuales se produce la expansión de la actividad sindical; y b) la cuota sindical”. En relación a la cuota sindical sostiene “si tomo experiencias de derecho comparado (Brasil por ejemplo), todos pagan la cuota sindical, sin embargo nosotros preferimos que esta sea voluntaria y que el sindicato valga por lo que valga. Esto posibilitó el desarrollo de los sindicatos”.

“Estos tres factores (reinstalación, cartelera sindical, cuota sindical) más las leyes mencionadas ha mostrado ser un modelo exitoso en la búsqueda de reequilibrio”.

3.2.- ¿Considera necesarias modificaciones y/o ampliaciones al texto de la ley 17.940?

“Hasta ahora nadie ha mostrado elementos necesarios para modificar. Hay que ver la ley integralmente y no punto a punto”.

“El mayor equilibrio no está en la ley por sí sola, sino que viene con la madurez de los sindicatos, el prestigio, la confianza, etc., que no se compran ni se hacen a través de una ley”.

“Hoy no veo ni nadie plantea propuestas. Incluso los planteos de empresarios en la ley no incorporan cambios, sino que refieren al derecho de huelga y reglamentar la actividad sindical. Esta ley como protección y fomento de la libertad sindical está bien”.

3.3.- ¿Comparte el hecho que el trabajador para acudir a los procedimientos previstos por la ley debe comparecer conjuntamente con su organización sindical?

“Entiendo que los acuerdos personales son parte de las relaciones individuales de trabajo. Las relaciones colectivas las deben desarrollar las organizaciones representativas de trabajadores. La representación de los trabajadores es un sindicato y si existe más de uno el más representativo. Siempre que estén en juego aspectos de las relaciones colectivas debe estar el sindicato”.

“Para finalizar quiero destacar que un papel importantísimo que jugó la ley fue ser factor preventivo y con relación a la promoción, hoy hay más delegados sindicales a lo largo y ancho del país”.

4.- Entrevista al Dr. Gonzalo Irrazabal abogado de la Cámara de Industrias del Uruguay.

4.1.- ¿Cuál ha sido el impacto de la Ley 17.940 en el sistema de relaciones laborales y en el derecho del trabajo nacional?

“Como aclaración previa se debe dejar constancia que el Sector Empleador siempre estuvo y estará de acuerdo con la Protección y la Promoción de la Libertad Sindical en armonía con los principios establecidos por la Organización Internacional de Trabajo (OIT), nuestras disposiciones constitucionales y nuestras leyes en la materia”.

“En su oportunidad, el Sector Empresarial presentó una propuesta en la que expresaba en síntesis que el ordenamiento jurídico de un país, no puede constituirse a la vez, en una fuente de incertidumbre tanto para empleadores como para trabajadores y una fuente de rigidez para el funcionamiento fluido de los procesos económicos, de inversión y crecimiento del empleo. En consecuencia se ha considerado imprescindible contar con un marco legislativo moderno, armónico, dinámico y que se adecue a esta nueva realidad. Las normas deben otorgar certeza jurídica, para beneficio de empleadores y trabajadores pero en especial deben tener una visión global”.

“Para lograr un marco armónico y sistémico de Relaciones Laborales, el Sector Empleador siempre consideró prioritario plantear, analizar y resolver en esta instancia, un nuevo marco legal basado en el consenso al que lleguen empleadores y trabajadores y que deberá necesariamente:

- a)- Reconocer como derechos fundamentales de los empleadores, el de constituir, dirigir económicamente, organizar y de procesar cambios en su Empresa, así como proteger los bienes de su organización.
- b)- Dotar de un marco orgánico, equilibrado y sistémico a la actividad sindical, estableciéndose claramente sus derechos y obligaciones.
- c)- Establecer un marco jurídico específico para el adecuado ejercicio del derecho constitucional de huelga en respeto y armonía con otros derechos también constitucionales, como el derecho de propiedad y el derecho al trabajo entre otros.
- d) Realizar una adecuada modernización y actualización de la legislación del trabajo en especial en referencia a la jornada de trabajo y descanso, y horas extra”.

“En acuerdo con los principios postulados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en especial el tripartismo, el tratamiento de estos temas debió contar necesariamente con la activa participación y en especial el consenso de los empleadores y trabajadores como actores principales de un verdadero Sistema de Relaciones Laborales. Nada de eso sucedió y hoy la ley de referencia consagra una visión “*hemipléjica*” de las Relaciones Laborales”.

“El tratamiento por separado de diferentes temas, en diferentes ámbitos y con multiplicidad de interlocutores produjeron inevitablemente la atomización del sistema de Relaciones Laborales terminando en una “*catarata normativa*” evitando una visión global, única y sistémica que hubiese permitido soluciones integrales, efectivas y sobre todo permanentes”.

4.2.- ¿Considera necesarias modificaciones y/o ampliaciones al texto de la ley 17.940?

“Las Relaciones Laborales incluyen por definición el concepto de “*bilateralidad*” y en ningún momento el proyecto consagra o relaciona los derechos de los Empleadores. El texto normativo sólo otorga garantías al Sector Trabajador regulando aspectos referidos a una sola de las partes”.

“Algo de lo consultado está enunciado en la respuesta anterior. En la propuesta del Sector Empresarial siempre estuvo presente un proyecto alternativo que consagre un verdadero equilibrio entre los derechos de los actores que consagre y proteja el derecho de los trabajadores y que consagre y proteja el derecho de los empleadores”.

“Está ausente del Proyecto de Sistema de Relaciones Laborales normas específicas que hacen a aspectos que la propia ley regula como por ejemplo la reglamentación respecto a las formalidades para la designación de delegado sindical, la comunicación o notificación, el numero por empresa etc, etc. y en especial la protección de los bienes de la Empresa, la reglamentación de aspectos de la huelga (vg. Huelgas lícitas e ilícitas, voto secreto etc.) aumentos por productividad, responsabilidad sindical (patrimonial) etc”.

“En cuanto al alcance subjetivo del Fuero Sindical estimamos que solo debe alcanzar a los dirigentes siempre y cuando se cumpla con un doble requisito, es decir la comunicación fehaciente y previa a la Empresa y al MTSS. Solo de esta forma se garantiza un verdadero y efectivo control a efectos de determinar si se está realmente ante un dirigente sindical”.

“Respecto del número de trabajadores protegidos por su condición de dirigentes sindicales habría y como se adelantó, se debería definir un número de dependientes en función de la cantidad de trabajadores efectivos en la

empresa u otros criterios objetivos teniendo siempre presente la actividad o giro de la Empresa”.

“Otro aspecto a rever resulta la inversión de la carga de la prueba que el texto determina y que ha sido recogido por algunas sentencias. La prueba de la determinación de la “causa justificada” para un despido, o lo que resulta peor, “cualquier cambio desfavorable” que con una carga subjetiva tremenda “alegue el trabajador” terminan por cuestionar el poder de dirección o disciplinario del Empleador. Se debe ser mucho más cauteloso de lo que el texto plantea”.

“La inversión de la carga de la prueba provoca una alteración en el delicado equilibrio entre los actores de una relación de trabajo”.

4.3.- ¿Comparte el hecho que el trabajador para acudir a los procedimientos previstos por la ley debe comparecer conjuntamente con su organización sindical?

“El tema que se consulta excede ampliamente la cuestión estrictamente procesal. Conferirle a la organización sindical el poder de legitimar una acción debe implicar necesariamente que dicha organización - y por tanto su comparecencia en un proceso judicial en defensa de derechos de un tercero - , deba ser regulada. Mientras ello no ocurra el trabajador podrá, eventualmente, ser rehén de intereses y visiones diversas”.