

Una propuesta desde el Derecho del Trabajo para el mantenimiento del empleo ante la crisis.

## La expiración del despido injustificado.

Eduardo Goldstein.

**Sumario.- I.- Prefacio. II.- El Derecho del Trabajo; ¿puede resultar una herramienta eficaz para resolver el problema del empleo ante la crisis?.**

### I.- Prefacio.

1.- Tras la crisis económico-financiera que se suscitó en el Río de la Plata entre fines de 2001 y mediados de 2002, la realidad socio laboral de los países de la región aparejó una serie de cambios trascendentales consistentes en la pérdida de fuentes laborales, “*reformatio in pejus*” de un número importante de las relaciones laborales que se mantuvieron vigentes mediante rebajas salariales, pérdida de beneficios, postergación y/o supresión de sistemas de indexación no sólo del salario real, sino además por la inaplicación de mecanismos de ajuste por inflación, etc.

Además y con una antelación superior a un lustro desde la precipitación de los hechos, se promovió y acrecentó el pago de rubros salariales que constituyen materia gravada para las contribuciones especiales de seguridad social por fuera del sistema, no vertiéndose los aportes correspondientes.

Paralelamente comenzaron a aplicarse modelos de excepción como mecanismos de rutina tales como diferentes modalidades contractuales ajenas al tradicional contrato de trabajo de duración indefinida (vg. los contratos a plazo, los de arrendamiento de servicios -admitidos en Uruguay por ej. por la legislación previsional<sup>1</sup>-, la subcontratación de empresas tercerizadas, crecimiento del sector informal - trabajadores no inscriptos en los institutos de la seguridad social y por ende carentes de toda clase de cobertura de esa naturaleza-, precarización de las relaciones laborales, etc.).

---

<sup>1</sup> Cfr. Art. 178 Nral. 2º de la Ley de Reforma Jubilatoria N° 16.713 que dispone: “ No constituyen materia gravada a los fines de las contribuciones especiales de seguridad social las retribuciones por concepto de servicios prestados por empresas unipersonales, toda vez que conste por escrito claramente delimitadas por obligaciones de las partes y la ausencia de relación de dependencia y que las mismas cumplan, además, con las obligaciones tributarias, particularmente con la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes de la Dirección General Impositiva”.

El último inciso de la misma disposición que establece: “Se presumirá que no existe finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social cuando se trate de empresas unipersonales formadas por ex trabajadores de la co-contratante, cuando la relación contractual sea consecuencia de una reestructura de ésta, acordada con su persona”.

2.- Toda esta situación sumió a gran parte de la población económicamente activa<sup>2</sup> en una situación de desintegración social, marcada por la pobreza<sup>3</sup>, la indigencia<sup>4</sup>, la marginación y exclusión.

3.- Paralelamente el trance que tuvo entre otras causas la aplicación de políticas de cuño neoliberal en la década del 90, hizo eclosión con el denominado “*Estado de Bienestar*”<sup>5</sup>, poniendo en crisis los mecanismos y redes de protección social para afrontar y mitigar este tipo de coyunturas. Sin ir más lejos en Uruguay el Seguro de Desempleo amparó en 2002 la cifra record histórica de 35.671 personas<sup>6</sup>, instituyéndose además por primera vez el Subsidio por Desempleo de los Trabajadores Bancarios<sup>7</sup>.

4.- Ante el apartamiento provocado por el despido por un lado y la disminución de beneficios, precarización e informalismo, vastos sectores del colectivo fueron excluidos o cuasi excluidos del sistema y proceso social de producción, sumiéndolos en sectores apartados de la colectividad e impidiéndoles cubrir con el fruto de su trabajo sus necesidades básicas o satisfacerlas en forma parcial o insuficiente.

5.- De ese modo y frente a esta caótica situación fáctica y de gravísimas consecuencias, el Derecho del Trabajo que vio mutar a su vez al paradigma del típico contrato de trabajo de duración indeterminada, subordinado a un único empleador, por un salario fijo, registrado y denunciado ante los institutos de seguridad social etc., por diferentes categorías contractuales atípicas<sup>8</sup> y/o precarias<sup>9</sup>; debió dar respuesta a su elemental razón de ser: la protección de la parte más débil.

---

<sup>2</sup> Entendida esta como “...el conjunto de hombres y mujeres que en un período de referencia estaban trabajando o buscando activamente un trabajo”. Cfr. Guerra, Pablo en “*Sociología del Trabajo*”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Junio 2001, pág. 267.

<sup>3</sup> La línea de pobreza representa el ingreso mínimo necesario por persona para cubrir el costo de una canasta mínima individual para la satisfacción de las necesidades básicas, alimentarias y no alimentarias. Se considera en situación de pobreza a aquellos hogares cuyos ingresos son insuficientes para satisfacer las necesidades básicas, alimentarias y no alimentarias, de sus miembros. Cfr. Ministerio de Planificación Cooperación de Chile, vide sitio web: [www.mideplan.cl/final/index.php](http://www.mideplan.cl/final/index.php)

<sup>4</sup> La línea de indigencia representa el ingreso mínimo necesario por persona para cubrir el costo de una canasta alimentaria. Se considera en situación de indigencia a aquellos hogares que, aun cuando destinaran todos sus ingresos a la satisfacción de las necesidades alimentarias de sus integrantes, no lograrían satisfacerlas adecuadamente. Cfr. Ministerio de Planificación Cooperación de Chile, vide sitio web: [www.mideplan.cl/final/index.php](http://www.mideplan.cl/final/index.php)

<sup>5</sup> Dentro de las polémicas que suscitan para dar una definición más o menos académicamente adecuada de lo que se entiende por “*Estado de Bienestar*”, éste se caracteriza como aquél que dota de extensas prestaciones sociales a sectores concretos de la sociedad, otorgando un conjunto creciente de servicios sociales tales como pensiones, desempleo, salud, educación, etc.; que garantizan a los ciudadanos un nivel mínimo generalizado en materia educativa, sanitaria y de vida.

<sup>6</sup> Fuente Instituto Nacional de Estadística

<sup>7</sup> Art. 50 y sgtes. de la Ley N° 17.613 del 27.12.02 y el Decreto reglamentario N° 11/003 del 14.01.03.

<sup>8</sup> Dentro de las modalidades de contratación atípica a los señalados supra Nral. 1° segundo párrafo del presente capítulo podemos agregar el contrato por faena o servicio, el trabajo a domicilio, el teletrabajo y el contrato de trabajo a tiempo parcial ( Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en “*Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo Atípico*”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XVIII, Julio 2005, versión digital en sitio web: [http://mingaonlione.uach.cl/scielophp?script=sci\\_attext&pid=S0718...](http://mingaonlione.uach.cl/scielophp?script=sci_attext&pid=S0718...), pág. 13.

<sup>9</sup> El contrato o relación de empleo precario contiene como elementos determinantes:

6.- Si bien de alguna manera a paso cansino, fueron superados los primeros embates y efectos de la crisis en el mundo del trabajo, entre otros factores por la asunción del problema por nuestra disciplina, tanto a nivel de soluciones legislativas, como de serios y fundados aportes doctrinarios y solventes orientaciones jurisprudenciales, aparentemente campean nuevos azotes provenientes como efecto de la crisis financiera internacional de mediados de 2008.

De consumarse, afectarán sin lugar a dudas al mercado laboral con terribles consecuencias entre las que se encuentran en la cúspide el desempleo, situación a la que el Derecho del Trabajo en haras de compadecerse con su razón de ser deberá dar respuesta inmediata, con la ventaja –si es que así se la puede denominar-, de lo aprendido en la reciente experiencia antes anotada<sup>10</sup>.

7.- Por consiguiente con lo que puede suceder en el futuro inmediato, el Derecho del Trabajo debería dar un paso adelante y propender de ser posible a repeler y a amortiguar los efectos que tal coyuntura puede aparejar, para evitar de alguna manera caer en los estragos que causó la crisis de principios del presente siglo.

## **II.- El Derecho del Trabajo; ¿puede resultar una herramienta eficaz para resolver el problema del empleo ante la crisis?.**

1.- Como punto de partida debe dejarse bien en claro que el Derecho del Trabajo como rama autónoma dentro de las disciplinas jurídicas y a la vez de otras ciencias sociales, por sí sólo no puede dar soluciones al problema.

---

*“La inestabilidad: esto es, no existe un contrato de trabajo de duración indefinida, por lo que la relación entre la persona que presta los servicios y quien los recibe se rige por un acuerdo no escriturado o eventual, o bien, por un contrato que simula ser civil, expresado en el pago de honorarios, en vistas a evadir el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación laboral y previsional. Todo lo anterior supone que el empleo puede interrumpirse en cualquier momento, lo que afecta la natural necesidad de las personas de proyectar en el tiempo la estabilidad del empleo como soporte económico indispensable para el desarrollo de su vida individual o familiar.*

*La inseguridad: se plantea por la falta de protección en materia de seguridad social, en concreto, en lo que respecta al sistema de pensiones, a la protección de la salud, al seguro de desempleo o al seguro por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Igualmente, al encontrarse marginado el empleo precario de la aplicación de las normas básicas del ordenamiento jurídico laboral que le reconocen derechos mínimos a los trabajadores, se dificulta considerablemente, por ejemplo, la protección frente al despido y el reconocimiento de la libertad sindical.*

*La insuficiencia: se refiere al bajo nivel de los ingresos percibidos para hacer frente a las necesidades materiales de subsistencia del trabajador y de su grupo familiar, ya que los montos percibidos suelen ser inferiores al ingreso mínimo determinado por el ordenamiento jurídico, o bien, discontinuos en el tiempo, lo que obra en desmedro de condiciones de ingreso dignas y suficientes, de acuerdo a las circunstancias imperantes en el país de que se trate”. Cfr. Caamaño Rojo, ob. cit. pág. 14.*

---

<sup>10</sup> A vía informativa y como indicio de lo enunciado a nivel de la prensa en Uruguay, el matutino “El País” de Montevideo, informa en su edición del 5 de Diciembre de 2008 que el Ministerio de Economía y Finanzas espera un aumento del desempleo para el próximo año debido al deterioro de la actividad aunque considera que la tasa no volverá a trepar a los dos dígitos. En la edición del 30 de Enero de 2009 informa que por tercer mes consecutivo, las solicitudes para ampararse en el seguro de desempleo se incrementaron y llegaron a las 7.536 en diciembre, lo que representa un 39% más que un año atrás. En el BPS estiman que volverán a crecer. En la edición del 12 de Febrero de 2009 informa que la Cámara de Comercio y Servicios criticó fuertemente al gobierno por algunas medidas adoptadas en los últimos meses que, combinadas con la crisis internacional, consideran que llevaron a la desaceleración de la economía y a la afectación de algunas empresas; y en la edición del 25.02.09 que 1.000 trabajadores del sector metalúrgico fueron enviados al seguro de Desempleo como consecuencia de la crisis del sector automotriz en Estados Unidos, Japón y Alemania.

Por el contrario, el tratamiento de la crisis no significó un llamado de atención exclusivamente a esta rama del derecho, la que debió por un lado reafirmar y revigorizar la vigencia de determinados institutos protectorios y a su vez reformular otros, sino que las demás ciencias sociales desde su perspectiva teórico-práctica debieron transitar el mismo camino.

Ante los distintos niveles de inseguridad económicos provocados en el mercado laboral (aumento en las tasas de desocupación, subempleo e informalización de la economía, rebajas salariales, etc.), también el Estado debió dar respuestas económico-financieras, de políticas sociales y jurídicas, tanto para amortiguar como para evitar la debacle<sup>11</sup>.

En la actual coyuntura inmediata que aparentemente se nos presenta como consecuencia de una nueva crisis, si bien sus causas no son las mismas que la anterior, deberíamos al menos haber aprendido algo de las nefastas repercusiones que ella aparejó, para mitigar la que se avecina.

2.- Según cifras que maneja la OIT el desempleo en 2009 a nivel internacional podría aumentar en aproximadamente un 6.1%, es decir 5 millones de personas si comparamos las cifras con respecto a 2007. Esta situación se diferencia con la presentada en 2007, que cerró con un crecimiento económico del 5,2%, lo que se tradujo en un incremento de 45 millones de empleos durante el año, pero que a nivel mundial no tuvo gran trascendencia, atento a que el año comenzó con 187 millones de desempleados y cerró con 189.900.000 personas en esa situación<sup>12</sup>.

Véase que la OIT observa con preocupación que el crecimiento de la economía no puede crear un número suficiente de empleos decentes para las personas más pobres. Se tiene conocimiento de que 4 de cada 10 personas tienen empleos vulnerables, y en América Latina la tasa de empleo endeble aumentó en 1,8% en los últimos 10 años, situándose en 33,2% del empleo total.

Específicamente en el caso de Uruguay que no es ajeno a esta realidad, hemos reseñado algunos informes de prensa sobre las proyecciones de la crisis en la situación del empleo para el año 2009<sup>13</sup>.

Entonces surge la inevitable pregunta ¿puede el Derecho del Trabajo, constituir un medio eficaz para dar alguna respuesta útil ante tan sombrío panorama?.

Intentaremos dar algunos lineamientos en respuesta a la interrogante planteada, los que de ninguna manera se agotan en las propuestas que se formularán en un tema que requiere

---

<sup>11</sup> Un clarísimo ej. ya reseñado supra Nral. 3 fue la creación en el Uruguay del Subsidio por Desempleo de los Trabajadores Bancarios

<sup>12</sup> Fuente OIT, sitio web <http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>

<sup>13</sup> Vide nota de pié de página N° 10.

una seria profundización, y a nuestro juicio de ser posible en hegemonía con las demás ciencias sociales a quienes el mundo del trabajo subordinado importa.

3.- Para proceder a contestar a la pregunta, hay algunos aspectos preliminares que merecen ser ponderados con énfasis, para “*ahuyentar los fantasmas del pasado*” y que cargaban todas sus baterías contra esta disciplina, estigmatizándola como la causante de todos los males, tal cual lo subrayaban y continúan haciéndolo las concepciones neoliberales.

En ese orden, en primer lugar al Derecho del Trabajo se le ha inculcado por su rígido sistema normativo, la crisis de empleo. ¿Por qué?. Porque como señala Carballo Mena, “*la hipertutela que apuntala el derecho del trabajo clásico -sostienen sus detractores- desestimula las iniciativas patronales y propicia el uso de mecanismos de evasión mediante el fraude de ley y las prácticas simulatorias*”<sup>14</sup>.

Sin embargo la sanción de normas desreguladoras o flexibilizadoras, al menos en Uruguay no retrovirtieron ni amilanaron la crisis. A vía de ejemplo citamos dos situaciones que se dieron en el país: la sanción del Art. 29 de la Ley N° 16.906 del 07.01.98<sup>15</sup> (actualmente derogada por la Ley N° 18.091 del 07.01.07), que a su vez derogó a la Ley N° 15.837 del 28.10.86<sup>16</sup>, redujo los plazos de prescripción y caducidad para reclamar judicialmente el pago de créditos laborales

---

<sup>14</sup> Cfr. Carballo Mena, Cesar Augusto en “*El derecho del trabajo frente a la globalización. ¿La estrategia de Job?*”, en “Publicaciones Jurídicas Venezolanas”, Revista N° 113, ponencia presentada en el V Congreso Nacional de Estudiantes de Relaciones Industriales y IX Jornadas Académicas del Industriólogo: “*El Industriólogo de Cara al Nuevo Milenio*”, celebradas del 27 al 29 de octubre de 1998, en la sede de la Universidad Católica Andrés Bello.

<sup>15</sup> Disponía la norma: “(Prescripción y aplicabilidad de la misma).- Las acciones originadas en las relaciones de trabajo prescriben al año, a partir del día siguiente a aquél en que haya cesado la relación laboral en que se fundan.

La audiencia de tentativa de conciliación, con presencia del citante, interrumpirá la prescripción, siempre que sea seguida de demanda judicial interpuesta dentro de los treinta días calendario siguientes a la fecha del acta o del testimonio de la no comparecencia del citado. En ningún caso podrán reclamarse créditos o prestaciones laborales que se hubieran hecho exigibles con más de dos años de anticipación a la fecha en que se presente la demanda judicial correspondiente.

Las disposiciones anteriores serán aplicables a los créditos o prestaciones existentes a la fecha de promulgación de la presente ley, salvo que en un plazo de sesenta días calendario contados a partir de la mencionada fecha se hubiere presentado demanda judicial válida”.

<sup>16</sup> Rezaba la norma: “Artículo 1°.- Derógase el decreto-ley 14.490, de 23 de diciembre de 1975 así como todas las disposiciones que establecen términos de prescripción en materia de acciones originadas en relaciones de trabajo de que sea titular el trabajador frente al empleador.

Artículo 2°.- Las acciones originadas en las relaciones de trabajo prescriben a los dos años, a partir del día siguiente a aquel en que cesó la vinculación laboral en que se fundan. La sola presentación del trabajador ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social solicitando la audiencia de conciliación prevista en el artículo 10 del decreto-ley 14.188, de 5 de abril de 1974, interrumpirá la prescripción.

Artículo 3°.- En ningún caso podrán reclamarse prestaciones laborales que se hubieran hecho exigibles con más de diez años de anticipación a la fecha en que se inicie la reclamación judicial pertinente.

Artículo 4°.- No será aplicable al régimen de prescripción regulado por esta ley lo establecido en el artículo 1.227 del Código Civil.

Artículo 5°.- El régimen de prescripción establecido en los artículos 2° y 3° se aplicará a las relaciones laborales vigentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley así como a las que se inicien con posterioridad.

Artículo 6°.- Comuníquese, etc.”

En segundo término, un ejemplo ya citado en el presente trabajo es el Art. 178 de la Ley Nº 16.713 de Reforma Jubilatoria del 03.09.95, el que al permitir la constitución de empresas unipersonales, conformó una especie de carta blanca para “fundar” “seudo-empresas” de esa naturaleza en las que el trabajador bajo un “velo de legalidad” si cumplía con las exigencias allí previstas, podía no sólo vincularse laboralmente a un empleador más poderoso logrando de esa manera obtener un trabajo, pero a costa de renunciar a los beneficios que la legislación laboral a través del dirigismo contractual establece a favor de la parte más débil, sino además quedar relegado de toda la protección que la misma dispone.

Cabe consignar que esta modalidad contractual no aparejó el incremento del mercado laboral, provocando por el contrario un abuso desmedido al punto tal que se han constituido por ejemplo, “empresas unipersonales de cadetería”.

4.- Ermida Uriarte al analizar el problema es contundente al enfatizar que se trata de “una crisis extralaboral, por lo cual no hay espacio alguno para la vieja “culpabilización” del Derecho del trabajo y los beneficios de los trabajadores. No cabe, pues, buscar las soluciones en lo laboral. Allí están, más bien, las potenciales víctimas a evitar y damnificados a proteger”<sup>17</sup>. Por lo tanto la encrucijada que se le expone a nuestra disciplina, está plasmada no sólo en su capacidad sino también en la rapidez de adaptación a estas nuevas realidades, manteniendo incólume como aspecto medular su principio y finalidad teleológica, es decir su carácter tuitivo en auxilio de la parte más débil de la relación de subordinación jurídica.

Como sella Ackerman, de no tomarse cartas urgente en el asunto, el Derecho del Trabajo podría ser privado de sus notas esenciales hasta desfigurarse pues “también hoy (...) el eficientismo reclama la abolición de las regulaciones y las protecciones laborales, la individualización de las relaciones de trabajo y el retorno -cada vez menos discreto- del contrato de servicios”<sup>18</sup>.

5.- De allí que una impronta de gran peso que fortifica a nuestro juicio al Derecho del Trabajo para que deba desarrollar normas que garanticen su adaptabilidad a los nuevos escenarios económico-financieros y sociales, trasunta en tomar conciencia una vez más que los derechos laborales tienen naturaleza jurídica de derechos humanos fundamentales. Como dice Barreto, refiriéndose al marco de protección de toda persona que trabaja, que “se trata de pilares del ordenamiento jurídico y fuente misma de desarrollos normativos que imprimen una dirección determinada e inequívoca al derecho positivo. Ese contenido y función

---

<sup>17</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en “La crisis financiera global y el derecho del trabajo”, en “Lo más nuevo”, sitio web del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República: [http://www.rau.edu.uy/universidad/inst\\_derecho\\_del\\_trabajo/lomasnuevo.htm](http://www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/lomasnuevo.htm)

<sup>18</sup> Cfr. Ackerman, Mario en “(“De ganadores y perdedores”, en “Evolución del Pensamiento Justlaboralista”. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Montevideo pág. 29

esencial....explica que –los derechos humanos de carácter laboral – se ubiquen en los estamentos de mayor jerarquía normativa”<sup>19</sup>.

6.- Sobre esa base una de las propuestas que a nuestro juicio resulta plausible para mitigar los posibles despidos, es establecer un sistema de egreso por decisión patronal (como denomina Baylos Grau) en “*términos garantistas*”, pues no debemos olvidar que tanto el derecho al trabajo y a obtener una justa y retribución hoy día constituyen también derechos humanos fundamentales<sup>20</sup>, en la medida que encuadran dentro de su definición.

En efecto va de suyo que si los derechos humanos fundamentales conforman “*el conjunto de facultades, instituciones y prerrogativas que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos*”<sup>21</sup>, y son a su vez “*las aspiraciones del hombre, afirmación de fines humanos, demandas del hombre, exigencias éticas del hombre en su vida social que varían en la historia*”<sup>22</sup>, el derecho a integrarse en las actividades de producción y prestación de servicios de la sociedad y a participar en los beneficios obtenidos para garantizar un nivel de vida minimamente adecuado, ingresan sin estridencias dentro del concepto de derechos fundamentales enunciados<sup>23</sup>.

Por consiguiente, debe de alguna manera mutarse la orientación doctrinaria y jurisprudencial que admite que el despido se trata de un derecho del empleador, o que el mismo

---

<sup>19</sup> Cfr. Barreto Ghione, Hugo en “*Investigación sobre la aplicación de principios y derechos fundamentales en el trabajo en el Uruguay*”, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, N° 205, Perú 2006, pág. 21.

<sup>20</sup> A vía enunciativa podemos mencionar el Art. 1(2) del Convenio No. 122 de la OIT, por el cual cada miembro deberá asegurar que: “*habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo*” y el Art. 1° de la Carta Social Europea que establece: “*Con el propósito de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a trabajar, las partes Contratantes se comprometen: 1. A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo*”

<sup>21</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique en “*Los Derechos Fundamentales.*” Editorial Tecnos. Madrid. 1994. pág. 44

<sup>22</sup> Álvarez Conde, Enrique en . “*El Régimen Político Español.*” Editorial Tecnos. Madrid. 1994. Pág. 339.

<sup>23</sup> Cfr. Arts. 6° y 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que disponen:

“*Artículo 6*

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

- i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
- ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto”

puede ser objetivo y sin expresión de causa. Véase que muchas veces en tiempos de crisis se utiliza el mecanismo del despido individual o colectivo invocando un motivo económico o vinculado con la inestabilidad económico-financiera de la empresa, cuando la causa real es otra, actuándose en consecuencia de manera en fraudulenta.

7.- Podrá sostenerse y con acierto que los Sindicatos no sólo pueden sino que deben controlar esa situación mediante la promoción y reforzamiento de los derechos de información y consulta en los procesos de extinción de las relaciones laborales, pero ¿qué sucede con los sectores más vulnerables o donde las asociaciones profesionales tienen escaso o aún nulo poder de negociación?.

Ermida Uriarte propone –en postura que acompañamos sin vacilaciones-, la ratificación del Convenio N° 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo, “*que prevé la justificación del despido y unos mecanismos apropiados de reducción de personal y de despido colectivo por causas económicas o tecnológicas*”<sup>24</sup>. Sin embargo, los procesos legislativos de ratificación muchas veces no se acompasan a los ritmos de las crisis (vide supra Nral. 4° del presente capítulo).

No obstante en nuestra opinión, sin perjuicio que sería saludable y efectivo que el instrumento internacional se ratifique para reforzar el instituto del despido justificado allí establecido, la circunstancia de que no se encuentre todavía postivizado en nuestro ordenamiento jurídico interno, no obsta a su aplicación directa<sup>25</sup>.

Esta misma situación se da en Argentina, donde el Convenio de referencia no ha sido ratificado formalmente todavía<sup>26</sup>, pero a pesar de ello la jurisprudencia lo ha venido aplicando directamente aunque no en forma pacífica<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en ob. cit., sitio web: [http://www.rau.edu.uy/universidad/inst\\_derecho\\_del\\_trabajo/lomasnuevo.htm](http://www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/lomasnuevo.htm)

<sup>25</sup> Debe señalarse que en Uruguay existen posturas contrarias a prohibir los despidos sin causa justificada, así Verónica Raffo en un artículo intitolado “*Menos libertad para las empresas. La gota que desbordó el vaso*”, publicado en el suplemento, “*El Empresario*” del matutino “*El País*” de Montevideo, de fecha 06.03.09, postulando por el mantenimiento del despido injustificado indemnizable expresa: “*Los empresarios reaccionaron duramente. No es para menos. Lo mínimo que pueden pretender es elegir con libertad a los integrantes de su equipo de trabajo. Es la capacidad de dirigir la empresa y definir los objetivos la que está en cuestión. Las escasas y rígidas alternativas que se podrían argumentar para despedir determinarían que un empleado regular, que no sobresalga por nada, tendría puesto asegurado de por vida. El riesgo evidente es transformar las empresas en cosas similares a oficinas públicas*”.

<sup>26</sup> Tenemos noticia que el proyecto de ley de ratificación de dicho convenio se encuentra en el Senado del Congreso de la República Argentina desde 2006, expediente N° 4367/2006. Existe También un proyecto al efecto presentado en Noviembre de 2008 en la Cámara Alta

<sup>27</sup> En el reciente caso “*Aguirre, Fernando c/ Radiotróica de Argentina*”. En ese escenario, se conoció un nuevo pronunciamiento de la cámara del trabajo que, a contramano de lo que pretenden aquellos actores, habilitó a una compañía a dejar cesante a un empleado, sin que existiera motivo alguno, contra el pago de una indemnización. La decisión fue tomada por la Sala VIII, que desechó un fallo de primera instancia que había hecho lugar al reclamo del empleado, por el que pretendía se anule la decisión de la empresa, y que había ordenado la reincorporación del trabajador en su puesto.

En una reciente sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional del Trabajo del 14 de Junio de 2006 recaída en el en los autos caratulados: “*Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. s/ Acción de Amparo*”, el colegiado se refirió al despido discriminatorio por motivos sindicales interpretando las normas de jerarquía constitucional y supralegal, y la aplicación del *jus cogens*.

Entre sus fundamentos sostuvo que “*la accionada no solo ha vulnerado los derechos de la actora a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo al constituir el despido un acto incausado y, por tanto, ilícito, sino también ha transgredido el derecho fundamental de la trabajadora a no ser discriminada por motivos antisindicales consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y supralegal e integrante del jus cogens, configurándose de ese modo otra ilicitud escindible de aquella cuya sanción no puede ser subsumida en las normas de la ley de contrato de trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo*”. Este es el llamado “*deber de sumisión*” de los Estados miembros.

Con ese razonamiento Argentina debe ratificar un Convenio Internacional del Trabajo, y si no lo hiciera por aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena (que refiere a las Convenciones Internacionales) el Estado “*No puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”.

Por todo lo expuesto, **tenemos una norma constitucional que protege al trabajador ante el despido arbitrario y un Convenio Internacional del Trabajo (Nº 158 de la OIT) que dispone la nulidad del despido y la pertinente reincorporación del trabajador a su puesto, que deben hacerse cumplir por sobre la norma de derecho interno (artículo 245 ley de contrato de trabajo) por aplicación de la norma del artículo 27 del Tratado sobre Convenciones.**

De allí que conforme a una disposición de jerarquía superior a las leyes corresponde declarar la nulidad del despido arbitrario y disponer la reincorporación del trabajador a su lugar, no siendo reparación la indemnización sea el monto que sea, por supuesto con el pago de los salarios caídos hasta la efectiva reincorporación del trabajador a su puesto de labor<sup>28</sup>.

8.- Va de suyo que el Convenio Nº 158 de la OIT aún no ratificado, conforma una de aquellas disposiciones y principios internacionales a los que se le reconoce valor constitucional

---

Cfr. [www.infobaeprofesional.com/notas/46656-La-Justicia-avala-despidos-sin-causa-y-enfrenta-a-sindicalistas.html](http://www.infobaeprofesional.com/notas/46656-La-Justicia-avala-despidos-sin-causa-y-enfrenta-a-sindicalistas.html), edición del 18.03.09.

<sup>28</sup> Cfr. Gross, Reinaldo Emilio en “*Protección constitucional ante el despido arbitrario*”, Equipo Federal del Trabajo, Año III, Revista Nº 25, Buenos Aires, Junio 2007, págs. 85-92.

por aplicación en el caso de Uruguay, de los Arts. 72<sup>29</sup> y 332<sup>30</sup> de la Constitución, integrando de esa manera el denominado “*bloque de constitucionalidad*”. Esa circunstancia -asevera Barbagelata-, que incumbe a todos los Poderes del Estado, en el caso de los tribunales de justicia en lo que a la órbita de su competencia concierne, se refleja en que deben aplicarlos “*con vistas a su plena realización, así como abstenerse de aplicar disposiciones que lo vulneren*”<sup>31</sup>.

Comentario [G1]:

Recordemos lo mencionado supra Nral. 5º del presente capítulo; los derechos laborales forman parte de los derechos humanos fundamentales y ese aspecto “*ha aumentado los poderes y las responsabilidades de los jueces del trabajo y les exige una mayor atención a los particularismos del Derecho del Trabajo*”. Y en la actualidad afirma el mismo autor “*no hay ninguna duda sobre un particularismo radical de los derechos de los trabajadores, que consiste en el reconocimiento, a título pleno, de su integración en el sistema de los derechos humanos, que está conformado por el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales*”<sup>32</sup>.

En ese reconocimiento que ha aumentado los poderes y responsabilidades de los tribunales, la aplicación directa del Convenio 158 de la OIT no puede obviarse.

9.- Proseguir con un sistema de despido libre, incausado y cuya reparación estriba en soluciones dinerarias y en general pretasadas por el legislador es ir a contramano de lo sentenciado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina: obrar en sentido contrario a lo expresado por nuestra Corte Suprema, que tiene dicho que “*el hombre es el señor de todo mercado, y que éste encuentra sentido si, y sólo si, tributa a la realización de los derechos de aquel*”<sup>33</sup>

10.- En suma, el Convenio Nº 158 de la OIT, a pesar de que no ha sido ratificado formalmente por Uruguay, ni tampoco por Argentina, debe considerarse “*vinculante a partir de una interpretación sistémica que pregone adecuadamente su valor como integrante de los principios que rigen en la OIT*”<sup>34</sup>. La consideración del trabajador como sujeto de predominante protección constitucional impone una contemplación distinta, aferrada en la tutela

---

<sup>29</sup> Que dispone: “*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*”.

<sup>30</sup> Que establece: “*Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas*”.

<sup>31</sup> Cfr. Barbagelata, Héctor Hugo en “*La renovación del nuevo Derecho*”, conferencia dictada en las XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Minas, 12.08.06, publicada en el volumen 2 de las ponencias, editado por FCU, Montevideo, 2006, pág.19.

<sup>32</sup> Cfr. Barbagelata, Héctor Hugo en “*El juez ante el particularismo del Derecho del Trabajo*”, en “*Lo más nuevo*” sitio web cit.

<sup>33</sup> Cfr. Pronunciamiento del Instituto de Derecho Social del trabajo de la facultad de Derecho, de la Universidad Nacional de la Plata –UNLP. Material proporcionado por el Prof. Moisés Meik.

<sup>34</sup> Fuente, vide nota de pie de pág. Nº 34.

de los derechos humanos fundamentales del sujeto más débil en la relación de dependencia y la efectiva vigencia de las prerrogativas que hacen a su ciudadanía dentro de la empresa.

No resulta válido entonces anteponer (vg. los derechos de propiedad y el de ejercicio de libertad de empresa entre otros), para que el empleador sin razón valedera y justificación alguna, o encubriendo algún motivo ilícito (que si bien el orden jurídico prohíbe, al no obligarlo a expresar las razones de su decisión), cumpla con su voluntad de despedir al trabajador de la empresa, desembolsando una suma de dinero que como ya hemos adelantado, en muchas ocasiones la ley prefija.

Debemos tomar conciencia que la relación de subordinación jurídica, no debe mirarse ya desde la clásica y unívoca óptica del mercado, sino desde la de los Derechos Humanos que deben regir también en el marco de la relación de trabajo.

Si aplicamos la batería de disposiciones tuitivas que contiene el Convenio N° 158 quizás no logremos sosegar el desempleo que la crisis pueda provocar, porque como ya hemos visto eso requiere actitudes y soluciones multidisciplinarias. Pero lo que si evitaremos son desahucios carentes de toda razón.

De todas maneras si los Jueces con la estructura procesal que contamos por el momento para el proceso laboral en Uruguay no toman cartas inmediatas en el asunto, el Convenio 158 será como afirman algunos detractores del Derecho de los Derechos Humanos, un "*conjunto asistemático de normas programáticas*".