ISSN 2697-3170

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR
JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR
FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 2

No. 4

Enero-Abril
2021

Abril de 2021.

Copyright © Equipo editorial RJT
Rincón 477/803, C.P. 11.000
Montevideo, Uruguay.
Teléfono: (+598) 29161523
contacto@revistajuridicadeltrabajo.com / www.revistajuridicadeltrabajo.com

El contenido de los artículos publicados en la Revista Jurídica del Trabajo es responsabilidad exclusiva de los autores.

Esta obra está bajo una licencia internacional Creative Commons Atribución 4.0.

RESPONSABLES EDITORIALES

EQUIPO EDITORIAL

Director: Jorge Rosenbaum (Universidad de la República, Uruguay)
Coordinador: Federico Rosenbaum (Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

COMITÉ CIENTÍFICO

César Arese (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)
Héctor García (Universidad de Buenos Aires, Argentina)
Nelson Mannrich (Universidade de São Paulo, Brasil)
Rodrigo Palomo (Universidad de Talca, Chile)
Francisco Tapia (Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile)
José Herrera (Universidad del Rosario, Colombia)
Ignasi Beltrán (Universitat Oberta de Catalunya, España)
José Antonio Fernández Avilés (Universidad de Granada, España)
Carlos Palomeque (Universidad de Salamanca, España)
Eduardo Rojo (Universidad Autónoma de Barcelona, España)
Wilfredo Sanguineti (Universidad de Salamanca, España)
Stefano Bellomo (Sapienza Università di Roma, Italia)
Patricia Kurkzyn (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Alfredo Villavicencio (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Alejandro Castello (Universidad de la República, Uruguay)
César Augusto Carballo (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela)
Oscar Hernández (Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Venezuela)

COMITÉ DE EVALUACIÓN

Miguel Ángel Maza (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Ricardo Seco (Universidad Blas Pascal, Argentina)
Carlos Ernesto Molina (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia)
José Antonio Baz (Universidad de Salamanca, España)
Rosa Morato (Universidad de Salamanca, España)
Héctor Jaime (Universidad Católica del Táchira, Venezuela)

MIEMBROS CORRESPONDIENTES DE EDICIÓN

Fábio Tulio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco, Brasil)
Nicolás Márquez (Universidad Católica del Norte, Chile)
Francisco Ruay (Universidad de Chile, Chile)
Luis Triguero (Universidad de Granada, España)
Raúl Saco Barrios (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Javier Suarez (Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana)
Iván Mirabal (Universidad Fermín Toro, Venezuela)

En memoria de Oscar Ermida Uriarte
1949 - 2011

ÍNDICE

EDITORIAL: Nuestro homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte ..... **iii**

Alfredo Villavicencio Ríos: Rasgos esenciales y fisuras de la libertad sindical: el estado constitucional en cuestión..... **1**

Antonio Baylos Grau: OEU y la Revista de Derecho Social Latinoamérica ... **23**

Emilio Morgado Valenzuela: Releyendo "Sindicatos en libertad sindical" al analizar ciertos contenidos de derecho colectivo en el Código del Trabajo de Chile **52**

Manuel Carlos Palomeque López: Cuando conocí al Profesor Oscar Ermida Uriarte..... **83**

Adrián Goldin: Segmentación tutelar o nueva expansión del ambito de cobertura del Derecho del Trabajo y la protección social **94**

Francisco Tapia Guerrero: Dignidad de la persona y Derecho del Trabajo . **120**

Antonio Ojeda Avilés: La ley del río: aportaciones de los grandes ríos de Europa y América al Derecho del Trabajo **134**

Oscar Hernández: Semblanza de Oscar el bueno, por Oscar el malo..... **166**

Héctor Omar García: Crítica de la libertad sindical de mercado **173**

Wilfredo Sanguineti Raymond: El teletrabajo como fenómeno social y como noción jurídica **190**

Cristina Mangarelli: El Derecho del Trabajo del futuro. Sistema de normas y vigencia efectiva..... **218**

Juan Raso Delgue: La internacionalización del Derecho del Trabajo en la visión de Oscar Ermida Uriarte..... **234**

Alejandro Castello: Formas de terminación del convenio colectivo..... **271**

Jorge Rosenbaum Rimolo: Los rumbos de la negociación colectiva en Latinoamérica: ¿un mar sin orillas? **292**

Iván Daniel Jaramillo Jassir: De la protección a la maternidad y las acciones afirmativas para superar las brechas de género en el sistema de relaciones laborales colombiano **312**

Julio Ismael Camacho Solis: La libertad sindical en Mexico..... **336**

Roy Alexis Quispe Agipe: El componente ético del Derecho del Trabajo.... **367**

Manuel Echeverría: El derecho de huelga de los jueces en Uruguay..... **394**

Karla Varas Marchant: Modelos de regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales **427**

Reynaldo Lam Peña: Trabajo decente, teletrabajo y precariedad laboral: los efectos de una pandemia **458**

Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón: Crítica del derecho de acceso al trabajo en la realidad peruana..... **480**

Marianela Boliolo; Zulmira Silva: Desafíos y oportunidades de las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical..... **508**

Maria Aparecida Alkimim; Leda Maria Messias Da Silva; Rosely Camilo Pereira Gomes: Desarrollo humano, trabajo decente y empleo sostenible en el capitalismo contemporáneo: desafíos de la 4ª. revolución industrial..... **543**

José Antonio Rueda Monroy: Descifrando la delimitación subjetiva de la LGDPD. Especial referencia al ámbito socio laboral del derecho..... **573**

EDITORIAL: Nuestro homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte

Próximo a cumplirse el décimo aniversario de su fallecimiento, la **Revista Jurídica del Trabajo** quiere rendir un merecido homenaje al **Prof. Oscar Ermida Uriarte**, y lo hace editando el presente **Número 4** de su publicación periódica, que reúne numerosas contribuciones dedicadas a su memoria.

Docentes de una aquilatada trayectoria en el desenvolvimiento del conocimiento, la investigación y la enseñanza del Derecho del trabajo, de la Seguridad Social y de las Relaciones Laborales, se han hecho presentes en esta edición. Y también autores más jóvenes, quienes dieron respuesta a la **Convocatoria abierta e internacional** que efectuara la Revista para presentar trabajos originales relacionados con la obra del Prof. Ermida Uriarte.

La temprana desaparición física de Oscar ciertamente dejó un gran vacío, pero su figura sigue presente en el recuerdo de quienes tuvimos el privilegio de conocerle, compartir la cotidianeidad durante un gran trecho de su vida, así como aprender y admirar sus valores y acciones personales.

Además de rendirle el tributo espiritual de nuestro sentimiento fraterno, profesamos el orgullo de que este acometimiento editorial haya reunido tantas y tan valiosas expresiones sobre el legado que dejó quien fuera uno de los grandes juristas del cosmopolitismo universalista (tal como lo calificara el Prof. Antonio Baylos Grau en su Blog el 8 de junio de 2011).

A partir de este año 2021 y con el lanzamiento del Vol. 2 de la Revista, se ha estrenado una nueva plataforma web (www.revistajuridicadeltrabajo.com) que aloja todos los contenidos pasados (Vol. 1, Números 1, 2 y 3 y el Número especial), así como también los próximos números a editarse en el futuro, utilizando el sistema OJS/PKP. Para más información, la dirección de contacto es contacto@revistajuridicadeltrabajo.com.

Finalmente, el Equipo editorial de la RJT se complace en anunciar que la Revista ha sido recientemente indexada en WorldCat, Directory of Open Access Scholarly Resources y Directory of Research Journals Indexing.

Equipo editorial de la RJT

RASGOS ESENCIALES Y FISURAS DE LA LIBERTAD SINDICAL: EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN CUESTIÓN

ESSENTIAL FEATURES AND CRACKS IN FREEDOM OF ASSOCIATION: THE CONSTITUTIONAL STATE IN QUESTION

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

Doctor en Derecho, Universidad de Sevilla, España. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (julio 2014-diciembre 2020).

alfredo.villavicencio@pucp.edu.pe

Fecha de envío: 29/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

RASGOS ESENCIALES Y FISURAS DE LA LIBERTAD SINDICAL: EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN CUESTIÓN

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El trabajo desarrolla los elementos componentes de la libertad sindical bajo la influencia del pensamiento "ermidiano". Entre ellos, examina la importancia del conflicto, el carácter multiforme en su rol distributivo que resulta clave para el equilibrio social y económico, su complejidad como derecho principalmente colectivo y de actividad, la condición de derecho fundamental que exige remover los obstáculos que puedan entorpecer su ejercicio, la rémora de los modelos de relaciones laborales fuertemente intervenidos y de la promovida descentralización de la autonomía colectiva, la imposición de una legalidad compatible con las normas internacionales y el carácter funcional para la modalización del trípode de sostén de la libertad sindical. Se concluye que fortalecer la relevancia de la acción sindical permite avanzar significativamente en las condiciones de trabajo y de vida.

Palabras clave: Libertad sindical - Estado constitucional - Conflicto colectivo - Sindicatos

Sumario: 1. Introducción. 2. Rasgos esenciales de la libertad sindical. 3. Conclusión.

Abstract: The work develops the component elements of freedom of association under the influence of "Ermidian" thinking. Among them, it examines the importance of conflict, the multiform nature in its distributional role that is the key to social and economic balance, its complexity as a mainly collective and active right, the condition of fundamental right that requires removing obstacles that may hinder its exercise, the remora of strongly intervened models of industrial

relations and the promoted decentralization of collective bargaining , the imposition of legality consistent with international standards and the functional character for the modalisation of the freedom of association tripod. It is concluded that strengthening the relevance of trade union action, makes significant progress in working and living conditions.

Key words: Freedom of association - Constitutional State - Collective conflict - Unions

Summary: 1. Introduction. 2. Essential characteristics of freedom of association. 3. Conclusion.

1. Introducción

A mediados de mayo del 2011 viajé a Montevideo y Oscar Ermida tuvo la deferencia, otra más, de permitirme visitarlo. Pasamos un par de horas inolvidables, recordando los viejos tiempos y mirando el futuro de las relaciones laborales desde su privilegiada atalaya. Ya se había publicado su "Crítica a la Libertad sindical" y me instó a que escribiera 'una crítica académica' a su texto. Le di mi palabra a regañadientes y a mucha insistencia. Muy poco después falleció y me quedó el compromiso que pienso honrar en esta oportunidad, aunque no en los términos aceptados inicialmente, sino intentando darle una mirada complementaria a su estupendo ensayo, sobre este colosal instrumento de justicia social, tan grato para ambos, pero tan venido a menos.

Agradezco sentidamente a Jorge y Federico Rosenbaum, organizadores de este merecidísimo homenaje que la Revista Jurídica del Trabajo le rinde al más importante laboralista latinoamericano de las últimas décadas, que fue mucho más que una voz académica extremadamente rigurosa y fecunda. Fue, también, un gran maestro de diversas generaciones de laboralistas a lo largo y ancho de América Latina, un gran aglutinador de intelligenza alrededor del mundo del trabajo, un notable impulsor de investigaciones y un militante prominente de los fundamentos y principios de una disciplina puesta al servicio de la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos. Vaya pues, nuevamente, mi cariño y reconocimiento indelebles en estas ideas, que por convicción y finalidad tienen una fuerte raigambre ermidiana.

2. Rasgos esenciales de la libertad sindical

1. El primer rasgo esencial en el campo de la libertad sindical, pasa por tener siempre presente, como lo hiciera notar KAHN-FREUND, que en las relaciones laborales *el conflicto es el padre de todas las cosas*.

Este rol genético del conflicto se expresa no únicamente en su condición de connatural, intrínseco y necesario en el mundo de las relaciones laborales, al punto que OJEDA (2008, pág. 445) afirma que *negar su existencia en las*

relaciones laborales es una insensatez que nadie mantiene. Se expresa también (el rol genético) en que por su presencia surgen las organizaciones de los trabajadores para fortalecer a la parte laboral (sindicalización), cuya acción reivindicativa va creando el proceso de interacción dirigido a funcionalizarlo a partir de una búsqueda de puntos de encuentro entre los intereses de empleadores y trabajadores (negociación colectiva), búsqueda en la que la expresión descarnada del conflicto, la huelga, juega un rol claramente equilibrador, exacerbando el conflicto pero para componerlo (huelga).

Por lo tanto, como señala ERMIDA (1999, págs. 11-13), *en nuestra atípica parcela del ordenamiento jurídico, el conflicto es uno de los tipos, es normal, es el principio o la regla.* Porque *la razón de ser, la naturaleza de las cosas (de esas cosas) es el pluralismo, la autonomía, el conflicto, la protección o tutela, la autotutela, la huelga.* En función de ello, *el conflicto es sin duda, el elemento dinamizador de sistema de relaciones laborales y, más aún, le es funcional en el sentido de hacerle viable a través de su papel compensador o equilibrador*. De este modo, lo genético se funde con lo funcional, puesto que permite la negociación y el alumbramiento de acuerdos colectivos que democratizan la toma de decisiones y mejoran las condiciones de labor y de vida de los trabajadores.

Este **"sentido común"** laboralista viene siendo puesto en cuestión por la narrativa dominante de *deslaboralización* de las relaciones de trabajo, irradiada por visión neoliberal de las relaciones de trabajo, según la cual ya no tenemos trabajadores sino colaboradores, tampoco remuneración, sino compensación ni despido, sino desvinculación. Esta categorización responde a la "superación" del conflicto de intereses antes referido, dado que hay un solo interés: el de la empresa, al que el colaborador se suma libremente (VILLAVICENCIO, 2016, págs. 17 y ss.). El embate es de hondo calado, pero no es el único y se encuentra trenzado con otros entre los que cabe resaltar los provenientes de la globalización, las transformaciones en la propia organización del trabajo, la introducción de nuevas tecnologías. Todo ello en un marco de agudización de las premisas del capitalismo, que ha vuelto a entronizar a la competitividad como

el valor máximo (ERMIDA, 2010) al que se vienen rindiendo grandes valores civilizatorios conseguidos esforzadamente a lo largo del siglo pasado.

2. El segundo rasgo esencial es que la libertad sindical, condensación jurídica de la tutela colectiva, es una institución multifuncional y caleidoscópica que cumple un papel decisivo en los procesos de producción y distribución de la riqueza y de asignación y ejercicio del poder, jugando un rol muy pronunciado de contrapeso.

En tal sentido, ha trascendido el ámbito de las relaciones laborales para convertirse en un componente esencial del Estado Constitucional de Derecho, en un instrumento clave de equilibrio social y económico general, en la medida en que cumple un fin central: la consecución de cuotas cada vez mayores de igualdad sustancial (tengamos siempre presente que el paradigma constitucional tiene en sus cimientos el Estado Social de Derecho). En tal sentido, ERMIDA (1985, pág. 26) acoge elocuentes citas en las *que se ha admitido sin vacilaciones que la libertad sindical es un elemento indispensable a la democracia real: VERDIER comprueba la libertad sindical es una constante un denominador común, de los regímenes democráticos, a tal punto que GIUGNI considera que la efectividad del orden democrático puede ser medida por la eficacia de la libertad sindical, la Declaración de Querétaro la proclama como elemento constitutivo de la democracia y LYON-CAEN concluye que no hay democracia sin libertad sindical.*

Sin embargo, en la actualidad hay corrientes especialmente agresivas, sobre todo en los países más liberales como Chile, Colombia o Perú, que venden la idea de que este derecho fundamental es una antigualla, una pieza de museo a la que habría que jubilar de una buena vez por inútil.

Para responder esta pregunta en la actualidad hay que buscar referencias en las opiniones de los que se encuentran en las atalayas más elevadas. No cabe ninguna duda de que los veinte destacados académicos que forman la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encuentran en tal élite y tenemos la suerte de contar con el Estudio General sobre los Convenios Fundamentales (2012), en cuyo primer párrafo referido al convenio 87 afirman:

"La libertad sindical es esencial para la búsqueda de la justicia social en el proceso de globalización y está estrechamente vinculada con todos los demás derechos fundamentales a los que se refiere este Estudio General. Se trata de un derecho humano fundamental de alcance universal, indispensable para el ejercicio de otros derechos. Es un proceso, dotado de un contenido sustantivo, que permite por medio de acciones colectivas, tomar medidas para combatir el trabajo forzoso, proteger a los menores de abusos y adoptar medidas contra la discriminación y en favor de la igualdad que beneficien a todos. La libertad sindical está en la esencia de la democracia, desde la base hasta lo más alto de la cúspide del poder." (OIT, 2012, pág. 17)

Qué duda cabe que ERMIDA también es un referente obligado y en su último trabajo afirmaba rotundamente que:

"es que si hubiera que elegir uno solo de los derechos humanos laborales, habría que escoger la libertad sindical, porque con ella existe al menos la posibilidad de crear los otros derechos o algunos de ellos. La inversa no se da. Se puede reconocer la limitación de la jornada o el descanso semanal o el derecho de vacaciones, sin que ello genere el surgimiento de otros derechos. En cambio, el reconocimiento –y sobre todo el ejercicio- de la libertad sindical si tiene esa potencialidad creativa de los otros derechos, tanto que así fue como nacieron algunos de los otros derechos laborales y el derecho laboral mismo" (2012, pág.36).

En esta medida, es un relevante vehículo para generar igualdad sustantiva. Véase cualquier estadística sobre las condiciones de trabajo, sobre las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores sindicalizados y los que no lo están, en el país que se quiera, para entender la importancia de la tutela colectiva como instrumento no sólo de mejora de las condiciones de trabajo sino de ciudadanía social (por su actualidad, puede verse ANNER, 2020).

Sin embargo, no podemos desconocer que la libertad sindical viene perdiendo eficacia a causa principalmente de la difuminación del empleador y la fragmentación del interés colectivo (descentralización productiva, deslocalización, subcontratación), la creciente automatización del trabajo, que viene disminuyendo la presencia e importancia del factor humano y ampliando

las posibilidades de actuación empresarial (desregulación y flexibilización), así como por la tolerancia de formas de organizar el trabajo (como las plataformas tecnológicas) que ni siquiera reconocen la condición de trabajadores a quienes prestan servicios bajo su égida. Salvo en el caso de la automatización, se ha tratado de reducir a mínimos el ámbito subjetivo y objetivo de la protección laboral, individualizándola y desjuridificándola, diluyendo la normativa laboral, individual y colectiva, o llevándola a ámbitos mercantiles o civiles donde la regulación de las prestaciones es casi toda disponible para las partes.

Son tiempos de desmontaje de la protección brindada por el Derecho del Trabajo a partir de la política económica neoliberal, tras la caída del muro de Berlín y el fin de la bipolaridad, la cultura postmoderna individualista, la informalidad y los problemas intrasindicales, que marcan la crisis del sindicato y la autotutela colectiva, en apretado resumen de lo señalado al respecto por ERMIDA, (2012, págs. 47-48). Lo que a nivel macro se articula en un mundo globalizado en el que, en términos de SUPIOT (2011, pág. 26) *"el objetivo de la justicia social ha sido sustituido por el de la libre circulación de los capitales y de mercancías, y la competencia sin trabas. En lugar de amoldar la economía a las necesidades de los hombres, y el mundo financiero a las necesidades de la economía, se amolda la economía a las exigencias del mundo financiero y se trata a los hombres como 'capital humano' al servicio de la economía".*

Por eso, las consecuencias de este desmontaje, no sólo conducen a un Derecho del Trabajo diezmado y anémico, sino que ponen en jaque el modelo de estado constitucional y democrático de derecho de nuestros países, en la medida que se le está privando de su principal instrumento de equidad, de ciudadanía social, de reparto tendencialmente equilibrado del poder y la riqueza, y de expresión de la democracia material.

En tal dirección, ha señalado FERRAJOLI que *"hoy asistimos a la crisis del paradigma constitucional determinada esencialmente por el fin del monopolio estatal de la producción normativa y del desarrollo, a escala global, de los poderes públicos y sobre todo de los económicos y financieros que se sustraen al gobierno de las instituciones políticas de la democracia representativa y a los límites y vínculos jurídicos del estado de derecho, tanto legislativo como*

constitucional". Agregando que *"el futuro del estado de derecho y de la democracia, como alternativa a la quiebra de ambos también en el interior de los estados nacionales, depende de la progresiva expansión del paradigma constitucional a los ordenamientos supranacionales, a la altura de los nuevos poderes extra- o supraestatales"* (2014, p. 22).

En la misma línea, la OIT a través de los informes *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos* (2004), *Trabajar por un futuro más prometedor* (2019) y el Estudio General sobre los Convenios Fundamentales (2012), *Dar un rostro humano a la globalización*, reclama el cambio del curso de la globalización, para imbuirla del respeto de las formas democráticas y dotarla de un enfoque basado en las personas, por lo que se debería aprovechar la ventana de oportunidad que también significa la tragedia global que estamos viviendo, ocasionada por la pandemia del corona virus, para dar pasos efectivos en esa dirección.

Hay que salir del curso puramente económico de la globalización para tamizarla a través de las reglas democráticas y del respeto a los derechos fundamentales, habida cuenta que, como afirma rotundamente HÄBERLE (2019, pág. 89) estos son una respuesta a una realidad antisocial: *"ellos buscan solucionar iusfundamentalmente la 'cuestión social'"*, tema frente al que los laboralistas no podemos ponernos de perfil.

3. Como tercer rasgo esencial, debemos apuntar que estamos ante un derecho muy complejo, insuperablemente descrito por ROMAGNOLI (2006, pág. 18) cuando afirma que:

"la libertad sindical es una fórmula lingüística abreviada de la que nadie podía sospechar su exuberancia. La libertad sindical engendra el derecho a regular las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva y el derecho a condicionar su dinámica recurriendo a la huelga. Engendra el derecho al pluralismo organizativo y concurrencial a la vez que el derecho al autogobierno del mismo. Engendra el derecho de los individuos a ejercitarla (la así llamada libertad positiva) junto a la de no ejercitarla (libertad negativa) y los derechos del sindicato a la vez que los derechos de los representados dentro del sindicato y respecto de él" (2006, pág. 18).

Involucra, por tanto, distintos binomios indisolubles, individual/colectiva, positiva/negativa, de organización/de actividad, que debemos tener presente siempre para poder dar cuenta de su riqueza.

Al respecto, debemos dejar indicado que el más relevante instituto de atribución de poder y equilibrio social de nuestras democracias, la tutela colectiva, funciona de manera sistémica: tiene como presupuesto la creación libre de sujetos colectivos, a la negociación colectiva como medio de expresión y a la huelga como garantía de eficacia.

Por tanto, si bien podemos dividir este derecho a efectos de estudiarlo con más acuciosidad, debemos afirmar que puestos en acción sus tres componentes (auto-organización, auto-regulación y auto-tutela) no sólo son inescindibles sino que deben poder materializarse efectivamente, ya que se trata de un trípode que para tenerse en pie requiere no sólo de sus tres pilares sino también de que ninguno sufra restricciones sensibles. Todo ello porque en realidad la parte orgánica o estática de la libertad sindical tiene una función de soporte del objeto de la tutela colectiva, que es la actividad de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

Desde el haz de derechos y binomios que trae consigo la libertad sindical, podemos afirmar que, si bien todos son necesarios, estamos frente a un derecho principalmente colectivo y de actividad, cuya efectividad presupone el surgimiento libre de sujetos colectivos. De allí que en América Latina las principales restricciones no sólo se encuentren en el plano orgánico o estático (número mínimo de trabajadores, categorías excluidas, registro discrecional, etc), sino que las hallamos también en el plano negocial (obstáculos para negociar por rama de actividad, por ejemplo) o en el conflictual (aceptación legal sólo de la huelga típica: suspensión total de actividades con abandono del centro de labores). Con esas dos últimas restricciones, muy difundidas en las legislaciones de nuestro subcontinente lleno de microempresas, se habrá desmontado la efectividad de este medular instrumento de atribución de poder y consiguiente equilibrio social de nuestras sociedades.

Vuelvo al tema desde otro ángulo. Podríamos reducir a mínimos la exigencia de número de afiliados para constituir un sindicato y a la par abrir la

posibilidad para crear organizaciones sectoriales, con lo que se levantan los cuestionamientos derivados del Convenio 87 de la OIT. Pero si exijo simultáneamente la aquiescencia de los empleadores para negociar por rama de actividad y la huelga sigue siendo aquella clásica (suspensión de labores con abandono del centro de trabajo), para la cual los empleadores encontraron el antídoto hace dos siglos, el resultado está cantado: el mantenimiento de la estructura sindical atomizada, la maldición de no superar el 10% de afiliación y la consiguiente atrofia del más importante instrumento de equilibrio social inventado por el propio capitalismo (cuando se sintió amenazado por las ideologías revolucionarias y particularmente por la revolución rusa).

4. Como cuarto rasgo esencial queremos dejar sentado que el rol del Estado frente a la libertad sindical ha sido y sigue siendo no sólo diverso, sino que es una tradicional zona sísmica del Derecho del Trabajo, para usar los términos de VENEZIANI (1992, pág. 67), con movimientos permanentes de fronteras. En virtud de lo expuesto, hay modelos de *abstention of law* y modelos fuertemente intervencionistas, siendo el signo de la presencia estatal también variado, puesto que puede ser restrictivo o promocional, existiendo, por cierto, muchas variedades intermedias o mixtas.

La definición del rol del Estado en materia de libertad sindical no depende de la opinión de nadie, por importante que sea, y no es una materia de libre disposición para quienes ejercen el poder. El rol del Estado lo debemos encontrar, en primerísimo lugar, en las normas constitucionales, habida cuenta que la llegada del siglo XXI puede verse un período de sustitución de nuestros estados legales de derecho o "legicentristas" -para utilizar la expresión de PRIETO SANCHÍS (1998, pág. 16)-, por los respectivos estados constitucionales de derecho, con todo lo que ello significa en el ámbito de un fuerte proceso de revisión de todas las disciplinas jurídicas, que tienen que pasar ahora por el tamiz de la norma suprema y su fuerte impronta en materia del principio de *fuerza inmediatamente vinculante de los derechos fundamentales* (HESSE, 1995, pág. 57).

En este contexto, partamos de la constatación de que estamos ante un derecho fundamental unánimemente reconocido por las constituciones

latinoamericanas, y ello trae consigo necesariamente un conjunto de garantías negativas, dirigidas a la remoción de todos los obstáculos que puedan impedir o entorpecer su ejercicio. Pero, como derecho fundamental, también trae consigo relevantes garantías positivas, que implican la actuación estatal dirigida a construir el andamiaje necesario para asegurar su efectividad y que así este derecho pueda cumplir la finalidad para la que ha sido concebido; deberes estatales que llevan a revisar toda la actuación estatal en clave promotora, no sólo legal y no sólo de libertad sindical, dado que hay muchas normas precarizadoras en el ámbito individual que impactan directamente en la libertad sindical y que también deben ser revisadas. Estamos, pues, ante la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que como normas institucionales obligan al Estado a adoptar complejos marcos procedimentales y funcionales para concretar los valores en ellos encarnados (HÄBERLE, 2003, pág. 97).

A mayor abundamiento, la esfera positiva tiene además, mandatos explícitos en diversas constituciones latinoamericanas en los que se ordena garantizar o promover el derecho a organizarse en sindicatos a quien ejerza el poder público (artículo 159 de la Constitución de Bolivia, artículo 326.7 de la Constitución de Ecuador, artículo 28.1 de la Constitución de Perú, y artículo 57 de la Constitución de Uruguay). A ello habría que agregarle lo dispuesto por el artículo 11 del Convenio 87 de la OIT, ratificado por todos los países latinoamericanos con la excepción de Brasil, que establece la obligación estatal de *adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar el libre ejercicio del derecho de sindicación*. Y esta confluencia entre normas *internacionales y constitucionales* alrededor de los derechos humanos, es otro de los signos de los tiempos, de gran trascendencia, en la medida en que el valor y la importancia jurídica de tales normas internacionales viene incrementándose no sólo entendiéndose como absolutamente exigibles en los ordenamientos internos dado que todos somos monistas, sino porque es cada vez mayor el número de países latinoamericanos que les otorgan rango constitucional, como sucede con Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela o Perú.

Adicionalmente, es importante tener siempre presente lo que significa el deber de garantía de los derechos fundamentales, en los términos establecidos

por la Corte Interamericana de Justicia en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras:

"166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de ***organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.***

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (el resaltado es propio).

En el ámbito internacional, hay que indicar que los convenios 87 y 98 son el núcleo duro de la regulación de estos derechos, dado que son los primeros en trascender el ámbito individual para reconocer también la titularidad colectiva y los que regulan con mayor detalle el haz de potestades vinculadas a este derecho. Además de ello, hay que indicar que las normas aludidas involucran tanto la esfera estática u orgánica de la libertad sindical, como la dinámica o de actividad, debiendo poner especial énfasis en el campo tutelar, la intervención del Estado dirigida a garantizar (proteger y facilitar) el ejercicio del derecho, librándolo efectivamente de cualquier afectación en sí o en otros derechos laborales, que pueda sufrir un titular concreto por el hecho de ejercerlo. Tengamos siempre presente que, como señaló ERMIDA (1987, pág 23), *"las medidas de protección de la actividad sindical, por una parte, derivan, del principio de libertad sindical, son una consecuencia de éste, pero, por otra parte, constituyen presupuestos esencialísimos del ejercicio real y efectivo de la actividad sindical, porque si tales medidas de protección no existen o son ineficaces, ello determina que, en los hechos, la actividad sindical no pueda ser practicada".*

Y esta concepción, que compartimos plenamente, tenía aparejada la convicción de que en la dimensión orgánica la regulación internacional resulta prácticamente suficiente en la medida en que estamos hablando de espacios de máxima libertad frente a los cuales esta regulación busca cumplir únicamente una función de resistencia a las injerencias estatales en materia de creación y configuración del sujeto colectivo. En tal sentido, reglamentar el Convenio 87 es casi sinónimo de injerir indebidamente, en la medida en que la regla es que todas las materias están dejadas en manos de la autonomía sindical, salvo, de ser necesaria, una regulación mínima y formal sobre la obtención de la personería jurídica a través de un registro y las reglas de mayor representatividad, que deben ser pocas, sencillas y no dejar lugar a la discrecionalidad.

Sin embargo, ahora tenemos que matizar en alguna medida el mandato de abstención en el plano orgánico, por la irrupción de la globalización y su paradigma de descentralización productiva, así como de las nuevas tecnologías. La emergencia del empleador novatorio o fungible, o si se quiere el estallido de la empresa tradicional puso en jaque a las estructuras sindicales tradicionales, exigiendo su adaptación a la nueva situación. Como señala SUPIOT (2001, pág. 687) "*los derechos colectivos de los trabajadores deben poder adherirse a las formas que los empresarios imprimen a la organización del trabajo*".

Y para lograr tal fin se requiere más que las iniciativas de auto-reforma sindical en que se encuentran inmersas la Confederación Sindical Internacional y la Confederación de Sindicatos de las Américas. Se necesita que el propio Estado se comprometa con medidas de fomento, estímulo o incentivo que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de organizarse a trabajadores de diversas contratistas, plataformas, cadenas internacionales de producción etc., entre ellos o conjuntamente con el personal de la empresa principal, lo mismo respecto de trabajadores autónomos o parasubordinados que participan en la cadena productiva.

Además de ello, resulta imprescindible que se estimule la negociación colectiva supraempresarial, particularmente a nivel de rama, porque permite mayor fortaleza y mejor capacidad de sortear los retos generados por la nueva estructura empresarial en red (incluso dentro de las cadenas productivas

internacionales). Basta ver las 6 ventajas de la negociación colectiva centralizada y las 8 desventajas de la descentralizada, señaladas por ERMIDA (2021, págs. 55-56), para apostar firmemente por ello. Y, simultáneamente, para que esta tutela colectiva sea realmente efectiva resulta perentorio permitir que la huelga pueda ejercerse en todas sus expresiones, con la sola exigencia planteada por el Comité de Libertad Sindical, de no perder su carácter pacífico. Seguir manteniendo que la única posible es la suspensión colectiva de labores con abandono del centro de trabajo, es una reducción a mínimos no sólo inconstitucional sino también impúdica, puesto que esconde el doble rasero frente al conflicto: su admisión en teoría y la negación de su ejercicio efectivo en la práctica, impidiendo en los hechos que cumpla su función compensadora o de equilibrio. Tengamos siempre presente que, a través de la huelga, en todas sus manifestaciones, *"participan los trabajadores en las decisiones y obligan al poder político y económico a contar con ellos"*, con afirma con claridad y contundencia OJEDA (2014, pág. 238).

Sólo así podremos salir del síndrome del 10% como tope que no podemos superar en ningún país latinoamericano que no sea Argentina, Brasil y Uruguay, que no por coincidencia son los 3 países que tienen sindicatos, negociación colectiva y huelga a nivel de rama o sectorial. Del mismo modo que se debe redefinir la figura del interlocutor empresarial para efectos colectivos, de manera que más allá de la pluralidad de empresas participantes haya una contraparte en la que estén todos los que tienen que ver con las condiciones de trabajo de la cadena, con una predeterminación propia de los pesos en la representación.

Si bien hasta hace poco tiempo bastaba con una mirada sólo de garantías negativas, la situación de emergencia que vivimos nos conduce a plantear la necesidad de actuación estatal promoviendo formas de organización y actuación sindical que puedan permitir hacer frente a las nuevas relaciones laborales precarias, descentralizadas, bajo plataformas tecnológicas, etc., que vienen trastornando los postulados clásicos del Derecho del Trabajo y no sólo en materia colectiva.

5. Como quinto rasgo esencial, debemos indicar que en la realidad los países latinoamericanos, con la honrosa excepción de Uruguay, manejan una

lógica invertida respecto de las estipulaciones constitucionales que acabamos de tratar. Es decir, por regla general intervienen donde no deben y con un sentido contrario al mandado, pues han visto ordinariamente al sindicato como un sujeto bajo sospecha, al que hay que delimitarle muy claramente el estrecho campo en el que puede moverse, generando un modelo de relaciones laborales fuertemente intervenido pero con un claro signo restrictivo. Son muchas normas limitativas en las esferas de autonomía y muy pocas en las de tutela.

Las causas de esta situación son diversas y han sido ampliamente tratadas por la doctrina, y han dado origen a modelos muy descentralizados, que tienen a la empresa como eje, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, con una afiliación mínima que se ha visto además muy afectada por la descentralización productiva. Por estas razones, la conclusión principal de los debates de auto-reforma de la CSA indican que el principal empeño debe ser cambiar la tutela colectiva de empresa por la supraempresarial (rama, grupo de empresas, empresas en red), con las articulaciones que haga falta, pero con una mucho mayor cobertura y fuerza, habida cuenta del peso de la micro y pequeña empresa en nuestros países. Tema que no es nada fácil porque el *estatus quo* beneficia ampliamente al empresariado, cuya fuerza se ha visto muy acrecentada en las últimas décadas, al punto que están poniendo un jaque fuerte a la OIT en materia de huelga.

En este marco, además, tenemos todavía como asignatura pendiente el tránsito de un modelo intervencionista y restrictivo, a un modelo democrático de relaciones laborales, donde la presencia estatal deje el máximo espacio a la autonomía sindical, como esfera de auto-organización, y a la autonomía colectiva, como esfera de regulación y gobierno de las relaciones laborales, y siente presencia activa a través de un conjunto de garantías eficaces para el ejercicio de la actividad sindical individual y colectiva.

Esta tarea es tan ardua como urgente y hay que llevarla a cabo, ya se ha dicho, en medio de la vorágine de cambios introducidos por la globalización, la revolución tecnológica y los nuevos paradigmas de organización del trabajo, pero no hay que temerle ni correrle, porque así como la crisis económica ha sido una compañera histórica de nuestra disciplina, los cambios en la estructura y en la

organización productiva también son permanentes y hay que tratar de ir dándoles respuesta metidos en el ojo mismo de la tormenta.

No nos sirven las "posiciones inmovilistas" ni las que lo consideran al sindicato como una pieza de museo. En todo caso, sobre todos estos temas PALOMEQUE recientemente ha dicho con autoridad que "los problemas han cambiado naturalmente, pero la necesidad de que la ordenación jurídica de las relaciones laborales adapte su respuesta compensadora de desigualdades al tiempo presente y a sus nuevos desafíos sigue siendo una exigencia permanente", razón por la cual "la revitalización del sindicato y del sindicalismo como instrumento imprescindible para la tutela colectiva de los trabajadores y el progreso social del siglo XXI, también en las sociedades complejas contemporáneas, sigue siendo un objetivo inaplazable para la consecución de un sistema social cada día más libre y más justo" (2010, pág. 29).

6. Como sexto rasgo esencial debemos señalar que es más o menos común encontrar en las normas latinoamericanas que los derechos de creación y configuración de los sindicatos debe hacerse libremente pero "con la condición de sujetarse a la ley", para decirlo en los términos del artículo 212 del Código de Trabajo de Chile.

Esta situación ha sido aceptada como expresión del *sentido común* relativo a que el ejercicio de cualquier derecho sólo puede ser amparado cuando se ejerce conforme a derecho, en su versión doméstica. Y en nombre de tal *sentido común* las muchas legislaciones latinoamericanas establecen regulaciones que colisionan reiteradamente con las normas del Convenio 87 y que se aplican por encima de cualquier enjuiciamiento de validez. Hemos de decir al respecto, que esta situación no puede ser aceptada por los propios términos del artículo 9 del Convenio 87, que señalan:

"Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio".

Hay que prestarle especial atención al segundo párrafo que viene a decirnos que, así como hay que respetar la legalidad, ésta debe respetar en su texto y en su aplicación las garantías previstas en el propio convenio. No estamos, pues, ante un mandato unidireccional de respeto de la legalidad, sino de uno bidireccional que conlleva un doble condicionamiento entre el ordenamiento nacional originario y el que tiene origen internacional, pero se incorpora como norma interna a partir de la adopción del monismo como teoría adoptada unánimemente en América Latina. Y lo hace en muchos casos (Colombia, Argentina, Venezuela, Guatemala, Perú, etc), con rango constitucional, dando cabida a la institución del bloque de constitucionalidad, que, además de otorgarle el máximo rango a las normas constitucionales de origen internacional, les permiten el acceso a los procesos constitucionales que de manera célere y preferente se han establecidos en nuestros países para garantizar la tutela efectiva de los derechos constitucionales.

Ello, además, viene absolutamente respaldado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cuando, tras establecer que los países deben cumplir de buena fe los tratados que ratifican (artículo 26), agrega que no cabe alegar ninguna norma interna para justificar el incumplimiento de un tratado en vigor para un país (artículo 27). Por tanto, debe quedar totalmente claro que la regla es en principio la contraria: la legalidad está en la obligación de respetar el tratado sin menoscabo de que en el ejercicio de los derechos involucrados se respete el ordenamiento jurídico en general; muestra de ello son los innumerables pronunciamientos de los órganos de control de la OIT respecto de leyes que infringen los derechos o su ejercicio a través de normas legales.

7. Finalmente, como séptimo rasgo esencial, debemos tener en cuenta que sindicación, negociación colectiva y huelga no conforman un triángulo y mucho menos equilátero, como tantas veces se ha referido. Los tres pilares de la libertad sindical tienen diferente tamaño, y la figura que mejor los grafica no es el triángulo (escaleno, con tres lados desiguales), sino el trípode, porque la mirada funcional no puede ser obviada nunca. Así, estos tres componentes no sólo son inescindibles, sino que su diferencia de tamaño no puede ser tal que impida que el pedestal se tenga en pie.

En esta estructura, la sindicación es el pilar más extenso, porque el derecho a constituir organizaciones y configurarlas libremente, se atribuye hasta a los trabajadores autónomos ("los trabajadores, sin ninguna distinción", señala el Convenio 87), con la única posibilidad de que los países puedan limitar o excluir de este derecho a policías y militares. La negociación colectiva, en cambio, puede ser modalizada económicamente en el caso de los trabajadores del Estado (a partir de la necesidad de que el presupuesto público pueda cumplir todas sus finalidades). Y, finalmente, la huelga, puede llegar hasta prohibirse, en el caso de los servicios esenciales (en sentido estricto, según la OIT).

Siendo de distinta extensión los tres pilares de la libertad sindical, la modalización y recorte de dos de ellos, no puede ser tan aguda como para impedir que cumpla su función de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. En tal sentido, se debe entender que la modalización salarial de la negociación colectiva de los trabajadores del Estado no puede equipararse con prohibiciones de pactar remuneraciones o condiciones de trabajo que tengan trascendencia económica. Y similar mirada hay que tener respecto de la huelga en los servicios esenciales en sentido estricto, cuya prohibición, de ser el caso, debe venir acompañada del otorgamiento de garantías compensatorias, como un arbitraje célere e independiente, puesto que, de no ser así las organizaciones creadas y la negociación llevada a cabo tendrían una existencia fantasmagórica. Es decir, que sólo tienen restringido el pilar de la autotutela, en función de la protección de bienes jurídicos de igual o mayor valor que la propia huelga, por lo que la restricción para ser válida debe venir acompañada de un instrumento sucedáneo que impida que el ejercicio de la libertad sindical sea infértil.

3. Conclusión

Concluimos alertando que de la mayor extensión de la parte orgánica de la libertad sindical no refuerza su importancia frente a la de actividad, sino fortalece, aunque parezca paradójico, la relevancia de la acción sindical. La libre creación y configuración del sujeto colectivo viene a ser un derecho de libertad, que no se diferencia en sustancia del genérico derecho de asociación, y cuya

amplitud no es un fin en sí mismo sino una garantía de eficacia de la acción sindical. A organizaciones sindicales más fornidas mejores condiciones para el ejercicio de las facultades que hacen singular a la libertad sindical, le negociación y la huelga, a lo que viene aparejado un avance significativo en las condiciones de trabajo y de vida.

Bibliografía

ANNER, M. (2020). "What diference does a unión make". Center for global workers rights, The Pennsylvania State University, Pensilvania.

ERMIDA URIARTE, O. (1985). "Sindicatos en libertad sindical", Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.

ERMIDA URIARTE, O. (1987). "Protección de la libertad sindical", Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.

ERMIDA URIARTE, O. (1999). "La flexibilización de la huelga", Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.

ERMIDA URIARTE, O. (2003). "Derechos laborales y comercio internacional", en Globalización y derechos laborales, Salamanca.

ERMIDA URIARTE, O. (2010). "Globalización y derechos laborales", en Revista Relaciones Laborales, N° 21, Montevideo.

ERMIDA URIARTE, O. (2012). "Crítica a la libertad sindical", en revista Derecho PUCP,

FERRAJOLI, L. (2014). "La democracia a través de los derechos", Editorial Trotta, Madrid.

HÄBERLE, P. (2003). "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn", Editorial Dickinson, Madrid.

HÄBERLE, P. (2019). "Los derechos fundamentales en el Estado prestacional", Editorial Palestra, Lima.

HESSE, K. (1998). "Ley, principios, derechos". Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III/Editorial Dykinson, Madrid.

OJEDA AVILÉS, A. (2008). "Derecho Sindical", Editorial Tecnos, Madrid.

OJEDA AVILÉS, A. (2014). "Compendio de Derecho Sindical", Editorial Tecnos, Madrid.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. (2010). "El sindicalismo el siglo XXI y sus objetivos en transformación". En VV.AA., Hacia un sindicalismo en el siglo XXI (págs. 19-29). Editorial Congreso de la República del Perú, Lima.

PRIETO SANCHÍS, L. (1998). Ley, principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III/Editorial Dykinson, Madrid.

ROMAGNOLI, U. (2006). "El renacimiento de la palabra sindicato", en Revista de Derecho del Trabajo, N° 2, Caracas.

SUPIOT, A. (2001). "Revisiter les droits d'action collective", en revista Droit Social, N 7, Paris.

SUPIOT, A. (2011). "El espíritu de Filadelfia: la justicia social frente al mercado total", Editorial Península, Barcelona.

VENEZIANI, B. (1992). "Stato e autonomia collettiva" Cacucci Editore, Bari.

VILLAVICENCIO, A. (2016). "La «desvinculación asistida» y el derecho al trabajo. El choque entre la *lex mercatoria* y el Estado Constitucional de Derecho, en Revista Trabajo y Derecho, N° 19-20, Madrid.

OEU Y LA REVISTA DE DERECHO SOCIAL LATINOAMÉRICA

OEU AND THE LATIN AMERICA SOCIAL LAW REVIEW

Antonio BAYLOS GRAU

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Castilla La Mancha (UCLM), España. Director del Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (CELDS), instituto de investigación de esa Universidad.

Antonio.Baylos@uclm.es

Fecha de envío: 02/04/2021

Fecha de aceptación: 07/04/2021

OEU Y LA REVISTA DE DERECHO SOCIAL LATINOAMÉRICA

Antonio BAYLOS GRAU
Universidad de Castilla La Mancha (España)

Resumen: El artículo evoca, con un trazo anecdótico pero pleno de sustantividad, las cualidades más salientes de Oscar Ermida Uriarte en distintas facetas, teniendo como punto de partida las circunstancias principales del conocimiento personal que uniera al autor con el extinto jurista uruguayo. Se da cuenta de las numerosas actividades, proyectos e intercambios encarados en común, entre los cuales resaltan principalmente la edición de la Revista de Derecho Social Latinoamérica, de la que Ermida fuera co-director, así como los eventos académicos que vincularon a las Universidades de Castilla La-Mancha, la Universidad de la República y múltiples ámbitos institucionales u organizativos, que dieron cabida a una pléyade de estudiosos de los grandes temas jurídicos del mundo del trabajo y de las relaciones laborales, con especial acento en la realidad viva del derecho sindical. En ese marco resulta descripto el nacimiento y el cultivo de un estrecho vínculo de amistad que recíprocamente se profesaron Oscar Ermida y el autor, colmado de propuestas teóricas y académicas, así como de acciones prácticas, que continúan influyendo en la profundización de derechos nucleados en torno al trabajo y a su subjetividad colectiva.

Palabras clave: Oscar Ermida Uriarte - Recuerdo - Revista de Derecho Social Latinoamérica - Editorial Bomarzo Latinoamericana

Sumario: 1. El recuerdo de Oscar Ermida Uriarte, Oscar Ermida Uriarte en el recuerdo. 2. La Revista de Derecho Social Latinoamérica y la Editorial Bomarzo Latinoamericana. 3. El primer número de RDSLAT y la codirección de la Revista. 4. La RDSLAT y las conferencias internacionales organizadas en la Facultad de Derecho de la UDELAR.

Abstract: The article evokes, with an anecdotal stroke but full of substantiveity, the most protruding qualities of Oscar Ermida Uriarte in different facets, taking as a starting point the main circumstances of personal knowledge that uneded the author with the extinct Uruguayan jurist. He realizes the many activities, projects and exchanges in common, among which are mainly the edition of the Journal of Social Law Latin America, of which Ermida was co-director, as well as the academic events that linked the Universities of Castilla La-Mancha, the University of the Republic and multiple institutional or organizational scopes, which accommodated a plet of scholars of the great legal issues of the world of work and industrial relations , with special emphasis on the living reality of trade union law. This framework described the birth and cultivation of a close bond of friendship professed by Oscar Ermida and the author, full of theoretical and academic proposals, as well as practical actions, which continue to influence the deepening of nucleated rights around work and its collective subjectivity.

Key words: Oscar Ermida Uriarte - Memory - Latin American Social Law Review - Latin American Editorial Bomarzo

Summary: 1. The memory of Oscar Ermida Uriarte, Oscar Ermida Uriarte in memory. 2. The Latin American Social Law Review and the Latin American Editorial Bomarzo. 3. The first issue of LASLR and the co-address of the Journal. 4. The LASLR and the international conferences organized at the UDELAR Law School.

1. El recuerdo de Oscar Ermida Uriarte, Oscar Ermida Uriarte en el recuerdo

El 7 de junio del 2021 se cumplirán diez años ya del fallecimiento de Oscar Ermida Uriarte (OEU en adelante). El acontecimiento conmocionó a todos los académicos, magistrados, funcionarios y profesionales dedicados al derecho del trabajo en el área cultural latinoamericana. Era sin duda alguna el profesor y experto iuslaboralista más conocido y reconocido en toda el área cultural hispano parlante, y de los pocos juristas del trabajo latinoamericanos que frecuentaban permanentemente los medios europeos. OEU, como acostumbraba a firmar los mensajes, había tenido una larga experiencia profesional en la OIT. Desde el año 1986 hasta 2005 fue funcionario técnico de la OIT, ocupando sucesivamente los puestos de Consejero Regional en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales para América latina, Director de Relasur, Especialista Principal en Normas Internacionales del Trabajo y Relaciones Laborales y, en fin, especialista del Centro Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional de la OIT – Cinterfor/OIT. Ante todo un universitario que sabía aunar teoría y práctica colectiva. Catedrático de Derecho del trabajo en la Universidad de la República del Uruguay en Montevideo, discípulo de Américo Pla, del que heredó la dirección del famosísimo "Grupo de los miércoles", fue distinguido con la pertenencia a varias asociaciones de mérito. Era miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y miembro correspondiente de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Fue además, director de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de su país y presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Su contribución teórica y práctica a los movimientos sociales representativos del trabajo o que buscaban la consolidación y el desarrollo de una ciudadanía social plena, rescatada de la mercantilización profunda de la existencia humana, fue impresionante. En relación con la Confederación Sindical de las Américas, su participación doctrinal y teórica resultó extraordinariamente relevante en el tema de los derechos sociales como eje estratégico del sindicato.

Su posición *pro labour* era bien conocida, sostenida por su enérgica capacidad crítica de las regulaciones restrictivas de la acción colectiva de representación de los y las trabajadoras, y su potente aptitud para formular marcos institucionales alternativos y profundamente democráticos. En la última sesión del Tribunal Internacional de la Libertad Sindical, reunido en México, en mayo del 2011, se le dedicó un recuerdo solidario reconociendo su importancia en la delimitación de estos lugares de resistencia y de denuncia.

Las obras de Ermida son inmensas e importantes. Es preciso un examen detenido de su producción científica para dar cuenta del vigor y de la inteligencia de su hacer doctrinal. Sus discípulos son muchos y atestiguan su forma suave pero contundente de dirigir sus investigaciones. En este mismo número de la revista dedicada a su homenaje serán múltiples los testimonios sobre la extensión y la intensidad de su producción científica, sobre su magisterio indudable que se extendía por todos los eventos académicos de América Latina. Su hijo Martín se dedicó con esmero a recolectar toda la obra escrita de su padre, que muy correctamente atinó a presentar como "el pensamiento iuslaboralista de OEU", porque en efecto se trata de su "capacidad de formar ideas y representaciones de la realidad en su mente, relacionando unas con otras", una forma de abordaje general y completo de las relaciones de trabajo y del modelo de sociedad que le subyace.

Lo primero que leí de OEU fue un libro coordinado por él y por Antonio Ojeda que publicó Trotta sobre la negociación colectiva en América Latina, en 1993. Pero casi inmediatamente un amigo me hizo llegar su impresionante texto sobre las Empresas multinacionales y el Derecho laboral, una obra publicada en 1981 y desde muchos puntos de vista un trabajo anticipatorio de materias determinantes en el futuro, que me reveló a un escritor magnífico y un jurista excelente. Pero sólo llegué a conocerle personalmente gracias a Adrián Goldín, que me invitó a un congreso de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo en Córdoba, y desde allí me ofreció la oportunidad de acudir a Brasilia, donde se celebraba una convención internacional en la que se debatía la ratificación del convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical por el Estado brasileño, en donde participaba Oscar. En esa extraña ciudad se fundó nuestra amistad, paseando

posiblemente de manera imprudente por lugares donde la presencia de ambos resultaba un tanto insólita e inhabitual, mientras charlábamos y nos informábamos recíprocamente sobre nuestros respectivos enfoques sobre la regulación jurídica y la problemática derivada del trabajo y su valencia política y social, que constituía la clave de la existencia de una democracia real.

Desde entonces pudimos recorrer un largo trecho juntos, siempre beneficiándome de su saber, de su prudencia en la administración de las cosas y la evitación de litigios, de su inteligencia aguda para saber mostrar el lado más sugerente de aproximarse a los fenómenos de regulación del trabajo y de la relación social que se genera alrededor. Era un hombre de ingenio, pero modesto en sus expresiones y en su propia presencia. Tenía un muy acentuado sentido del humor, y creo que ese gusto suyo por la ironía, también sobre él mismo, nos permitió un amplio espacio de complicidades.

Trabajamos mucho en común, nos sentíamos bien en esa tarea de lograr un espacio de cooperación y de discusión que compartíamos con un amplio grupo de expertos y expertas en ambos lados del océano. Los viajes y los encuentros surcando el Atlántico se multiplicaron, formaron parte de la cotidianeidad de las relaciones entre los equipos de trabajo fundamentalmente basados en la triangulación La Mancha / Montevideo / Buenos Aires, pero con importantes anclajes en Brasil, Chile, Perú y México principalmente. Académicamente fue muy relevante su participación en un Congreso europeo que puso punto final a un Proyecto de Investigación dirigido por Isabelle Daugareilh sobre la responsabilidad social empresarial en su vertiente externa, celebrado en Burdeos en el 2007, donde formamos un grupo compacto de compañerismo y amistad entre el colectivo hispano parlante, con Guillermo Gianibelli, Rafael Carvallo y Oscar junto a Joaquin Aparicio y Margarita Barañano, que eran los directores españoles del proyecto ESTER, y otros integrantes del campo de la sociología y del derecho. Un grupo que concitó enseguida la admiración y la sana envidia del resto de las delegaciones del congreso por la capacidad de simultanear intervenciones rotundas que orientaban la discusión colectiva junto con la empatía y socialidad positiva de todos sus miembros entre sí y frente al exterior del mismo.

Un elemento muy importante de conexión lo supuso el lanzamiento de un Curso de Postgrado en Derecho en la UCLM que todos los meses de enero, a partir del 2001, reunió durante tres semanas a un numeroso grupo de expertos de toda Latinoamérica en la sede del convento de San Pedro Mártir en Toledo, y en el que la presencia estelar de OEU fue constante hasta el 2011, el año de su muerte. El curso estaba financiado por las matrículas de los inscritos, pero contaba también con una importante ayuda de la Consejería de Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, cuya titular era entonces Mari Luz Rodriguez, ella misma profesora de Derecho del Trabajo en esta Universidad, lo que repercutió en un amplio seguimiento y la incorporación de muchas personas que de otro modo no habrían podido beneficiarse de este proyecto que facilitó la conexión entre diferentes espacios de organización académica, profesional y sindical de Latinoamérica. Esos eneros en Toledo entraron dentro del calendario reservado de OEU, que cambió por tanto el verano austral por el frío del invierno toledano, en muchas ocasiones felizmente acompañado de Marisa. Su presencia permanece aún hoy, pues el Curso de posgrado dedicado al Derecho laboral se denomina “Oscar Ermida Uriarte” a partir de la edición de 2012, al año siguiente de su fallecimiento.

Toledo fue también el lugar en el que presentamos juntos, ya en el 2010, el resultado de un proyecto planeado por Jose Vidal Beneyto en el marco de la Fundación AMELA, que tenía por objetivo un análisis crítico con el desorden mundial dando relieve a una nueva categoría geopolítica, la del “área ecocultural” basada en las sociedades civiles, a la que confiaba la movilización de la integración macrorregional de las grandes sociedades geopolíticas. Es decir, gobernar la globalización desde el reconocimiento de la multipolaridad y desde la afirmación global de la justicia y el derecho[1]. En ese proyecto que Vidal Beneyto inició desde su etapa como Director del Colegio de Altos Estudios Europeos Miguel Servet de París, el área del sindicalismo y de los movimientos sociales se podía contemplar desde la perspectiva del “progreso sostenible y la integración regional” y como era previsible, Oscar se integró en este proceso de

[1] C. Rougier-Vidal, “Presentación” en A. Baylos y G. Giannibelli, *Convergencia sindical, movimientos sociales e integración latinoamericana*, Fundación Amela / Ed. Pretextos, Valencia, 2011, p. 13

discusión y debate, aportando un texto a mi juicio fundamental sobre la definición de la libertad sindical según la OIT, en el que efectuaba una crítica a la propia doctrina del Comité de Libertad Sindical por insuficiente y trazaba un plano del sindicalismo latinoamericano en el que destacaba sus insuficiencias, en lo que denominaba una situación de "subdesarrollo sindical"[2].

Pero probablemente, el trabajo en común más relevante y significativo de nuestra relación lo constituyó la idea de crear una revista latinoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que posibilitara una puesta en común del debate teórico en nuestra materia ante un panorama general marcado por la hegemonía cultural y política del neoliberalismo tanto en Europa como en América Latina. Cuando Jorge Rosenbaum me propuso participar en este número de la revista de homenaje a OEU en el décimo aniversario de su desaparición, me indicaba, muy acertadamente, lo siguiente

Más allá de los afectos personales que siguen siendo muy fuertes, también valoramos que hoy día ya contamos con generaciones que están iniciando la docencia y sus cursos de Maestría en Uruguay, sin haberle conocido físicamente. Es que el tiempo pasa volando y las generaciones se renuevan. Pero con la satisfacción de que la presencia referencial de Oscar y su pensamiento, siguen ocupando un sitial de primera línea en la doctrina y jurisprudencia nacional.

Es cierto que diez años ya es un lapso de tiempo lo suficientemente largo como para que la familiaridad con el pensamiento de OEU en los académicos uruguayos – y más aún en los de otros países – se circunscriba a la estela de sus trabajos nacionales, a sus planteamientos jurídicos sobre el marco institucional uruguayo que acompañaron de manera muy relevante el curso de su desarrollo político a partir del 2005 con la victoria del Frente Amplio. Menos conocida sin embargo puede resultar su actividad científica volcada en el espacio de encuentro cultural entre diferentes ámbitos nacionales de América Latina y de éstos con Europa, en especial entre España e Italia, que tradicionalmente han

[2] O. Ermida Uriarte, "Crítica de la libertad sindical", en A. Baylos y G. Giannibelli, *Convergencia sindical, movimientos sociales e integración latinoamericana*… cit., pp. 45-79. De más fácil acceso para el público uruguayo en *Derecho Laboral* nº 242 (2011), pp. 225-253, que fue el último artículo de OEU publicado en su revista.

tenido una fuerte presencia en la dogmática iuslaboralista suramericana. Por ello el objeto principal de esta evocación de OEU va a centrarse en su aportación decisiva en la construcción de la Revista de Derecho Social Latinoamérica, un proyecto ilusionante que se mantuvo entre el 2006 y el 2011.

2. La Revista de Derecho Social Latinoamérica y la Editorial Bomarzo Latinoamericana

Un primer intento de lanzar una publicación especializada que recogiera aportaciones latinoamericanas y europeas críticas con los planteamientos neoliberales del ajuste de la crisis surgió en medio de la década ominosa de finales del siglo XX, en 1997 en Argentina, en torno a un grupo de profesores, jueces y abogados que quisieron organizar una "obra colectiva y plural" que buscaba "la extensión de los derechos y la construcción de una sociedad donde las exclusiones y las discriminaciones no sean aceptadas como parte del 'orden natural' del mercado; una sociedad en la cual todos los hombres y mujeres de carne y hueso que la conforman no puedan pensarse como libres e iguales sino serlo efectivamente". La plasmación por tanto de la revista implicaba la apertura de lugar en el que se consolidara una práctica de discusión y debate entre especialistas comprometidos con la democracia social que desbordara las fronteras nacionales de la República Argentina. Este experimento se materializó en una publicación denominada "Contextos" y subtitulada "Revista Crítica de Derecho Social", editada por Editores del Puerto, la casa editorial de Alberto Bovino, cuyo primer número vio la luz en 1997[3]. La revista solo publicó tres números, uno por año, y se extinguió con la llegada del nuevo siglo, tras la publicación del número 3, cuando las políticas neoliberales y el ajuste de la crisis sumieron al país en un caos indescriptible y en una convulsión política acelerada.

[3] El consejo de redacción lo componían Victor Abramovich, Christian Courtis, Viridiana Díaz Aloy, Beatriz Fontana, Guillermo Gianibelli, Moisés Meik, Alicia E. C. Ruiz, Carlos Szternsztejn y Oscar Zas. En el Consejo Consultivo de la Revista estaban Joaquin Aparicio y Antonio Baylos por España, Stephanie Bernstein de Canadá, Jose Eduardo Faria y Tarso Genro por Brasil, Antoine Jeammaud por Francia, Umberto Romagnoli por Italia, Javier Neves y Jorge Rendón por Perú y Pancho Tapia por Chile. A partir del número 2, en 1998, se incorporaron a dicho Consejo consultivo Luigi Ferrajoli por Italia y Boaventura de Sousa Santos por Portugal.

Aunque en su composición no formaba parte ningún profesor uruguayo, la revista publicó interesantes aportaciones de Hugo Barretto Ghione y de Helios Sarthou en sus números 2 y 3, en donde la reflexión crítica sobre el marco laboral del Mercosur fue predominante[4].

En esa misma época, en España nacía, en 1998, una nueva revista especializada en Derecho laboral, como el producto principal de una nueva editorial, Bomarzo, localizada en Albacete y en cuyo cuadro directivo estábamos Joaquin Aparicio y Luis Collado además de yo mismo. Se trataba de la Revista de Derecho Social, que surgió del esfuerzo compartido de un grupo de personas dedicadas a la enseñanza universitaria, a la magistratura y a la abogacía, que quería afirmarse como una forma de acotar un espacio de análisis, comunicación y debate, que reflexionara sobre la regulación del trabajo en el marco español y europeo desde un enfoque crítico desde la teoría pero también desde la práctica del derecho, en una línea de preservación de los valores democráticos y ciudadanos derivados de la centralidad del trabajo como elemento decisivo para la cohesión social y la emancipación de las personas. El lanzamiento de la Revista se insertaba en un momento histórico de transición o de cambio de los paradigmas fundamentales que sustentaban el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social tanto en España como en la Unión Europea, utilizando el concepto de derecho social para partir del valor de la igualdad como elemento fundante de un proceso reconstructivo del conjunto normativo que regula el trabajo.

El propósito que animaba la creación de la RDS y su desarrollo concreto en los primeros números captó el interés del espacio teórico de los juristas del trabajo latinoamericanos como una forma de manifestación del pensamiento crítico iuslaboralista[5]. En concreto, el de OEU, como pude atestiguar en las

[4] Un derecho laboral minimalista, era la expresión utilizada por H. Barretto Ghione, "El derecho laboral minimalista del Mercosur", *Contextos* nº 2 (1998), pp. 13-32, aproximación crítica reiterada por Sarthou, que sin embargo en su trabajo propone alternativas para la vigorización de un espacio inédito también cohesionado socialmente sobre la base de un garantismo de los derechos laborales con tendencia a expandirse más allá del acuerdo de integración económica. H. Sarthou, "Primeras reflexiones sobre trabajo, derecho, integración Mercosur y globalización ante las puertas del nuevo siglo", *Contextos nº 3* (1999), pp. 177 – 201.

[5] De hecho "la clara orientación editorial, aglutinando, promoviendo e impulsando un derecho de trabajo alternativo" y la oportunidad de su aparición, fue saludada como un "hecho de suma significación" en la nota que G. Gianibelli escribió en la revista Contextos informando y

conversaciones que manteníamos todos los eneros desde la primera edición de los Cursos de Postgrado. Me consta que mi trabajo sobre la repolitización del despido que se publicó en el 2000[6], le pareció especialmente sugerente. La frecuencia de nuestros intercambios no sólo se acentuó desde Toledo, sino que también pusimos en marcha algunas iniciativas muy estimulantes, como la red de intercambio y movilidad de profesores financiada por la Agencia Española de Cooperación Internacional, liderada por la UCLM, que enlazaba a la UDELAR uruguaya, la UBA argentina y la PUCP peruana con la Universidad de Sevilla, la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y claro está, la UCLM, permitiendo la realización de seminarios conjuntos a un lado y a otro del océano, conectando así las corrientes más pujantes del iuslaboralismo español y latinoamericano. En esos años además pude asistir por invitación de Oscar al mítico seminario que se celebraba en horas insólitas para un madrileño en la casa de Américo Pla, y compartir tantos momentos de amistad y camaradería con él y su familia, además de tomar contacto directo con la mayoría de los magníficos exponentes del extenso grupo de investigadores y docentes del Instituto de Derecho del Trabajo y sus grandes maestros – Pla, Barbagelata, pero ya en aquel momento de manera indiscutible OEU – con los que desde entonces he mantenido una intensa conexión.

Que la experiencia de *Contextos* no tuviera continuidad debido a la enorme crisis argentina del 2000-2001, no impidió que la idea siguiera presente, y que se desplazara esta vez hacia el polo editorial que significaba la Editorial Bomarzo, que se estaba consolidando como un centro de publicaciones especializadas en Derecho laboral en España, a través de varias colecciones, además de ser la casa editora de la Revista de Derecho Social, ya en esos años (2000-2005) afianzada como revista de impacto en Derecho del Trabajo, ocupando el segundo puesto, inmediatamente detrás de *Relaciones Laborales* en el primer cuartil de estas publicaciones periódicas. Surgió así la idea de crear una revista de alcance latinoamericano que se apoyara en un colectivo de

resumiendo los contenidos de los ocho primeros números de la RDS. Cfr. G. Gianibelli, "Revista de Derecho Social", *Contextos* nº 3 (1999), pp. 349-331

[6] A. Baylos, "Por una (re)politización de la figura del despido", *Revista de Derecho Social* nº 12 (2000), pp. 9-34.

juristas del trabajo de diferentes nacionalidades que garantizaran no sólo la alimentación de los contenidos de la revista a partir de las problemáticas nacionales, sin que contribuyeran eficazmente a su distribución en sus respectivos ámbitos de influencia. Y de esta manera se fue afianzando esta idea como proyecto colectivo cultural que se quería sostener sobre la contribución fundamental de Bomarzo. El cambio de ciclo político que se estaba produciendo en una buena parte de los países centrales en América del sur, desde Brasil a Argentina, pasando por el triunfo del Frente Amplio en Uruguay, y el establecimiento de democracias derivadas de amplios movimientos ciudadanos en Venezuela, Ecuador y Bolivia, hacía concebir esperanzas del cambio de paradigma ideológico articulado hasta el presente en torno al neoliberalismo, con desdichadas consecuencias para el derecho del trabajo.

En el despliegue de esta idea, OEU tuvo un papel determinante, que compartió con los otros cuatro integrantes de lo que se podría llamar grupo promotor: dos españoles, Joaquín Aparicio y yo mismo, dos uruguayos, Oscar Ermida y Hugo Barretto, y un argentino, Guillermo Gianibelli. Oscar compartiría la dirección de la revista conmigo y los otros tres serían los secretarios de redacción de la revista proyectada. La gestión de la edición de la misma correría a cargo de la Editorial Bomarzo en Albacete, que enviaría luego lo que nosotros todavía llamábamos fotolitos a Argentina, para su impresión a papel. Desde allí a su vez se distribuiría al resto de los países de América Latina, utilizando principalmente a los contactos de la Revista en cada uno de los países, sin perjuicio de envíos directos por suscripciones y de distribución (residual) por la vía tradicional de librerías. Para ello se constituyó una sociedad – Editorial Bomarzo Latinoamericana – que posibilitara la edición en Argentina, pensada no sólo para la Revista, sino también para publicar libros que recogieran el resultado de congresos o seminarios organizados por la propia editorial[7]. Tuvimos algún

[7] Realmente sólo se llegó a publicar un libro, por lo demás muy significativo: G. Gianibelli y O. Zas (Coords.), *Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo (Inspirados en Moisés Meik),* Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires, 2006, en donde participaron una amplia muestra de iuslaboralistas españoles, argentinos y uruguayos. Entre estos, Oscar Ermida con una exposición sobre la nueva legislación laboral uruguaya, Hugo Barretto con un interesante estudio sobre el modo de regulación de los conflictos colectivos, y Helios Sarthou con una crítica a la negación de la filosofía de la estabilidad en el empleo.

problema con el nombre de la Revista, porque en el 2005 se había publicado el primer número de la *Revista Latinoamericana de Derecho Social* a cargo de la UNAM mexicana, lo que impedía que se pudiera adoptar esta misma denominación para la nuestra. Como el proyecto original partía de una conexión directa con la Revista de Derecho Social, el nombre que le asignamos fue el de *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, manteniendo asimismo la misma grafía de la que convertimos en la *petite soeur* de la RDS.

Con gran optimismo, como luego se habría de comprobar, pensamos que la revista debía ser semestral, y que hablara en las dos lenguas dominantes en América Latina, el español / castellano y el portugués. Este bilingüismo era fundamental para afirmar el alcance regional propuesto, conscientes de que tanto los brasileños podían leer correctamente el español como a la inversa, el portugués escrito era muy accesible al lector castellano, y además porque la aportación desde y para un Brasil en pleno cambio político era fundamental para el conjunto de temas que se querían abordar en la revista. Además constituía un guiño favorable al uso de estas dos lenguas frente al predominio aplastante del inglés como idioma académico global.

3. El primer número de la RDSLAT y la codirección de la Revista

De esta forma, a mediados del año 2006, se publicó el número 1 de la *Revista de Derecho Social Latinoamérica* (RDSLAT en adelante), en cuyo editorial se explicaba detalladamente una parte del proceso que había llevado a sus promotores a lanzar este producto. En efecto,

"El intercambio entre integrantes de aquel grupo de españoles y sus colegas de Latinoamérica, plasmado en recíprocas visitas, seminarios, cursos, textos, etc., fue gestando la natural idea de dar forma a una publicación que sirviera de vehículo y recepción de ese flujo de pensamiento, expresión y debate entre España y Europa y América Latina. Confluyen para ello no sólo un sentido de la fraternidad aquilatada por el afecto, sino el convencimiento en algunas ideas, comunes y compartidas: la defensa del Estado Social y Democrático de Derecho, el rol sustantivo del sujeto sindical, tanto en la acción expansiva de los

derechos y su efectividad en el trabajo, como en la de representación general de la ciudadanía social, la cotidiana construcción de un proyecto emancipador, que se actúa en el marco de cada conflicto y se articula a escala local, regional, nacional y global. La globalización y la transnacionalización, que afectan severamente la protección laboral vía deslocalizaciones, privatizaciones –incluso de la seguridad social–, descentralización productiva, desregulación y flexibilización, justifican la creación de una red de análisis, acción e intercambio que trascienda el acotado espacio de nuestros países, todos ellos afectados y presionados, en mayor o menor medida, por similares problemas. Se trata en definitiva de interactuar científicamente en el marco de un claro compromiso con los objetivos de justicia social y protección que animan al Derecho social".

La subsistencia de la RDSLAT se hacía depender de la acción conjunta de los dos codirectores y de los tres secretarios de redacción – es decir del núcleo promotor del proyecto – pero a su vez la revista preveía un consejo de redacción con funciones de coordinación y de impulso de intervenciones en los contenidos de los sucesivos fascículos de la misma, en donde estaban representadas las culturas jurídico-laborales de Chile, Perú, Costa Rica, Paraguay, México, Colombia y Brasil[8] y un consejo asesor en el que se localizaban juristas de referencia tanto a nivel americano como europeo[9]. Se trataba por tanto con ello de que fuera posible

"…reconocer un espacio común, que se extiende a lo largo de toda Latinoamérica, de reflexión y de coordinación a partir de diferentes grupos insertados en este proceso de identificación con los valores e intereses que han

[8] Se trataba de Martín Carrillo (Perú), Rafael Carvallo (Chile), Alexander Godínez (Costa Rica), Roberto Ingles (Paraguay), Enrique Larios (México), Alberto León Gómez (Colombia), Reginaldo Melhado (Brasil) y Luis Carlos Moro (Brasil). Como se puede apreciar, y era un empeño insistente de OEU, la integración de los iuslaboralistas del MERCOSUR se cuidaba especialmente, además de extender a México y a América Central la incidencia de la revista en el cono sur y en la región andina, aunque que no se encontraron exponentes idóneos para cumplir los objetivos de la RDSLAT en los estados plurinacionales recién instalados, como Bolivia o Ecuador, teniendo en cuenta además la especificidad venezolana de juristas enfrentados en torno al chavismo o al antichavismo entonces muy polarizados.

[9] Entre ellos, por parte americana, tres brasileños, Ericson Crivelli, Mauricio Godinho Delgado y J. Francisco Siqueira Neto, tres argentinos, Moisés Meik, Mario Ackerman y Hector O. García, un chileno, Pancho Tapia, un mexicano, Oscar Alzaga, un paraguayo, Carlos Alberto González, un peruano, Javier Neves, y un panameño, Rolando Mugas. Por parte europea, la española Maria Emilia Casas, el francés Antoine Jeammaud y el italiano Umberto Romagnoli.

hecho nacer el derecho del trabajo y los sistemas de seguridad social. Abogados y sindicalistas, magistrados y funcionarios de la administración de trabajo, exponentes de la política y del mundo de la economía que convergen en un modelo democrático de relaciones laborales, son los sectores a los que se dirige esta Revista y con los que va a desarrollar un diálogo fecundo. En el que se ha correctamente definido como un "tiempo de derechos" sobre el trabajo es posible debatir y profundizar en cada una de las diferentes realidades nacionales, políticas y sociales de este continente, coincidiendo en lo esencial en el enunciado de los derechos que se nuclean entorno al trabajo y a su subjetividad colectiva. El trabajo como elemento de ciudadanía y como factor de nivelación social, y los derechos sindicales e individuales como el instrumento para su realización material"

Y así surgió el número 1 de la RDSLAT, que fue presentado en sociedad con ocasión de una larga gira en octubre de 2006 que nos condujo a Joaquin Aparicio y a Umberto Romagnoli conmigo desde Lima y Arequipa a Buenos Aires y Montevideo, con la presencia de Oscar en el inicio y en la final de este largo trayecto tan productivo también en términos de vivencias y afectos en el marco del compañerismo con tantos y tantas colegas dedicadas al Derecho del Trabajo de todas partes de América que fueron convocados a Lima y Arequipa en el marco del Encuentro de ex becarios de Bolonia, Turin y Castilla la Mancha, dirigidos por *il nonno* Pedro Guglielmetti y organizado por Martin Carrillo[10].

La estructura de la publicación se basaba en cinco grandes apartados, además del editorial que abría cada número. En un primer lugar la sección de estudios o trabajos teóricos, seguidos de una que pretendía recoger "los itinerarios latinoamericanos en donde se expresa la acción sindical –sea por la vía del conflicto o de la negociación, en el nivel local, nacional o internacional– de manera de ir componiendo un mosaico en el que las construcciones y experiencias de cada uno puedan ser aprovechadas en otros espacios", junto a

[10] Son muchos los recuerdos de este viaje, pero conservo nítidamente la escena de OEU conversando en una cena en Arequipa con los jóvenes – y menos jóvenes – laboralistas peruanos, una escuela de pensamiento del derecho del trabajo sobre la que Oscar siempre tuvo una enorme ascendencia e influencia, en gran parte derivada de su productiva larga estancia en Lima como funcionario de la OIT.

un apartado dedicado a tendencias presentes en la regulación de las relaciones laborales contempladas desde diferentes realidades nacionales. A estas tres secciones seguía un apartado novedoso dedicado a entrevistar a los maestros del Derecho del Trabajo aún vivos, de forma que se anotara a través del intercambio de preguntas y de respuestas el recorrido vital que había surcado la obra de los entrevistados y sus vicisitudes particulares de vida, y los fascículos se cerraban con una sección de noticias breves, en donde se incluían también comunicados o anotaciones sobre aspectos concretos de interés, y un apartado destinado a la reseña de libros.

El primer número era muy impactante. Ofrecía cuatro estudios importantes. El que abría la revista lo firmaba OEU y efectuaba una exposición general sobre los caracteres y tendencias del Derecho del Trabajo mediante un examen comparativo entre América Latina y Europa, un texto, como puede suponerse, de enorme claridad y lucidez que acababa con la enunciación de una serie de perspectivas de futuro de extremo interés y que aun hoy ofrece pistas muy seguras para la reconstrucción teórica de la materia[11]. Acompañaban a este primer estudio otro de Umberto Romagnoli sobre "Los derechos sociales en la Constitución", un texto de Tarso Genro sobre la posibilidad de combinar las nociones de democracia y socialismo[12], y otro de quien escribe en el que se planteaba el problema de la responsabilidad legal de las Empresas Transnacionales. En la parte dedicada a Conflictos, Guillermo Gianibelli exponía un trabajo muy elaborado sobre la capacidad de construir una subjetividad colectiva a través precisamente del conflicto laboral y social, analizando tanto la experiencia en el período neoliberal argentino como en el inmediatamente posterior a la crisis del 2000/2001, y en la sección dedicada a analizar las tendencias de derecho comparado, se incluían dos temas. El primero, de enorme interés estratégico en el momento ante el predominio de la solución indemnizatoria como forma de reparar la lesión de derechos fundamentales o de conductas discriminatorias, era la calificación y las consecuencias que llevaba

[11] O. Ermida Uriarte, "Caracteres, tendencias y perspectivas del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa", *Revista de Derecho Social Latinoamérica* nº 1 (2006), pp. 7-28.
[12] "E possivel combinar democracia e socialismo?", *Revista de Derecho Social Latinoamérica* nº 1 (2006), pp. 43 - 67

aparejadas el despido discriminatorio y la sanción de nulidad del mismo[13], el segundo, el estudio de "nuevos derechos" entendiendo por tales el establecimiento de los "cyber-derechos" en el ámbito laboral, anticipándose quince años a que este tema revistiera la importancia y la dedicación de los juristas que hoy conocemos[14].

El primer laboralista que inauguraba la sección era el maestro Hector Hugo Barbagelata, entrevistado por Hugo Barretto, en el que se resaltaba el *oficio* del profesor en el escenario del mundo de trabajo y en la que el maestro respondía con la inteligencia (y la ironía) que le caracterizaba. Ponían fin al número una crítica al sistema de pensiones chileno y sus propuestas de reforma llevada a cabo por la Asociación de Abogados Laboralistas de Chile, y una crónica del importante Congreso de unificación entre la CIOSL y la CMT que dio lugar, en Viena, a la constitución de la Confederación Sindical Internacional (ITUC-CSI), efectuada también por Hugo Barretto. Las reseñas de los libros venían firmadas por Gianibelli, OEU y yo mismo, ante respectivas obras cuyo contenido se resumía críticamente.

Se trataba por tanto de un producto muy cuidado y de un evidente impacto teórico, también de concepción de la RDSLAT como un instrumento mediante el cual se podían hacer circular enfoques a la vez críticos y propositivos sobre el flujo legislativo y jurisprudencial de los respectivos países, desde un tratamiento teórico y práctico que suministrara modelos y orientaciones que pudieran contribuir a la construcción de un proyecto de transformación social en torno al Estado Social de Derecho y a la vez al desarrollo de una cultura jurídica y política solidaria y emancipatoria, como señalaba el Editorial de presentación del primer número. De esta manera, la RDSLAT se concebía como un producto *complementario* del trabajo académico y teórico que en cada uno de nuestros países de origen se iba desarrollando en esa misma dirección convergente.

---

[13] Con exposiciones del tratamiento del despido antidiscriminatorio en Perú (Martín Carrillo), en Argentina (Moisés Meik) o en España (Maria Dolores Santos).

[14] Desarrollados desde la experiencia italiana (Antonio Loffredo) o alemana (Ulrich Zachert), por parte europea, y, en el lado americano, por el marco institucional que brindaba Uruguay (Juan Raso) o Chile (Sergio Gamonal). En Brasil, se analizaba por separado "el trabajo prestado por internet" (Roberto Rezende) o el monitoreo del e-mail en el lugar de trabajo (Jorge L. Souto Maior).

4. La RDSLAT y las conferencias internacionales organizadas en la Facultad de Derecho de la UDELAR

Como se ha anotado antes, la idea de hacer una revista semestral pecaba de optimismo, y pese al pronóstico favorable del grupo promotor, resultaba muy difícil conseguir encargar a diversos autores la realización en tiempo hábil de los textos requeridos, siendo así que tampoco funcionaba adecuadamente la iniciativa proveniente de los diferentes países contemplados. De hecho, su numeración, que debía ser correlativa y corresponder a las inscripciones (anuales) efectuadas por los abonados, no coincidía con la entrega real de los ejemplares, que se producía siempre más tarde. Por otra parte, los temas seleccionados no debían corresponder a un enfoque exclusivamente "interno" del problema, sino que deberían tener la suficiente dosis de generalidad y de ejemplaridad como para que pudieran servir de contraste o de inspiración como aportaciones o ejemplos en diferentes contextos nacionales de la región latinoamericana, y no era fácil por tanto encontrar este sesgo en los artículos que se disponía. Por otro lado, la capacidad de trabajo de los juristas concernidos estaba también muy volcada en la propia realidad legislativa nacional, por lo que abordar una escritura diferente requería una confección específica del texto para la revista, para lo que no siempre había tiempo disponible.

No es el momento de hacer ahora un seguimiento del contenido de los números de la Revista, que sin duda podría merecer una investigación específica como producto original en si mismo considerado y en la selección de los temas abordados[15]. La confección de los índices de cada número, los temas que se querían privilegiar y que eran por tanto objeto de encargo a sus posibles autores, el seguimiento de estas gestiones y la posterior entrega de los originales a la editorial para su maquetado, el envío a Buenos Aires para su impresión, todo ello era un ciclo que se efectuaba sobre la base de un trabajo colectivo en el que Oscar tenía una participación dirigente y activa.

[15] Todos los números publicados están disponibles en a página web de la Editorial Bomarzo y por tanto son accesibles para quien quisiera emprender esta investigación.

Al menos desde el 2008 están documentadas como "actas" o "síntesis" las reuniones emprendidas con esta finalidad, cuyo examen permitiría ver de manera plástica como varía el contenido propuesto y se va modificando en función no solo de la disponibilidad personal de la irrupción de nuevos temas que suscitan la curiosidad y la conveniencia de abordarlos[16]. Las "síntesis" de las reuniones que se conservan comienzan en Toledo en enero del 2008 – ya publicado por tanto el numero 2 en el 2007 – y sin que todavía haya visto la luz el número 3 – y continúan tras la conveniencia de unificar en un numero doble el correspondiente a la serie de 2008 – el número 4/5 – preparando trabajosamente un número 6 que es el objeto de discusión tanto en su primer diseño en una reunión doble entre Montevideo y Buenos Aires, en junio del 2009, como unos meses después, ya precisado un poco más, en Colonia de Sacramento en Uruguay, aprovechando el XVIII encuentro del grupo de ex becarios Bolonia-Castilla La Mancha-OIT, a finales de septiembre del 2009. El contenido del número 6, que correspondería al año 2009, se sigue abordando en enero del 2010 en Madrid, tras la participación de OEU en el Curso de Toledo, o de nuevo en mayo de ese mismo año en Barcelona, donde Oscar había acudido al congreso de la AEDTSS invitado por su amiga Mar Serna, entonces consejera de Trabajo de la Generalidad de Cataluña en el gobierno presidido por José Montilla. La preparación de un Congreso internacional en Toledo, para septiembre del 2010, patrocinado por la Fundación AMELA sobre Convergencia sindical y de movimientos sociales en América Latina, del que ya se ha hablado, hizo que esta publicación fuera prioritaria sobre el fascículo proyectado, y el conocimiento de la enfermedad de Oscar tan repentino como inevitable su desenlace, hizo que este tema quedara pospuesto.

[16] Las "síntesis" de las reuniones indican el lugar en el que se celebraban, normalmente fuera de los espacios académicos, salvo la de enero de 2008, en el despacho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de Toledo, en San Pedro Mártir. El resto se distribuyen entre el hotel Radisson en Colonia de Sacramento (donde se tomó la imagen que se acompaña a este escrito), una reunión desdoblada en el Café Gran Sportman de Montevideo y el Café Británico de Buenos Aires, en Jose Luis, en el Paseo de la Habana de Madrid, o la champañería "La Viña del Señor", frente a la iglesia Santa Maria del Mar, en Barcelona. La última reunión, a la que se refiere el texto más adelante, se celebró en el restaurante "El Fogón" en Montevideo, ya sin la presencia de OEU.

(El directorio de RDSLAT reunido en Colonia de Sacramento (Uruguay), en septiembre del 2009)

Pero junto con la elaboración de los números de RDSLAT, podría decirse que como un elemento adicional y consustancial a este esfuerzo, se preparaban unos encuentros internacionales que reunían en Montevideo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, a un grupo muy importante de profesores, magistrados y abogados de diferentes países de América Latina y de España, para estudiar y debatir alguno de los temas que se consideraban de mayor relevancia e interés en ese momento. Con el auxilio económico de la Fundación Ebert, y el apoyo fundamental de la Facultad de Derecho, OEU organizó en Montevideo, con la Facultad y la Revista como organizadores centrales del mismo, un primer seminario del 20 al 22 de junio de 2007, con el título "El Derecho del Trabajo después del neoliberalismo", y que se conectaba directamente con el editorial del número 2 de la RDSLAT que se dedicaba a ese mismo tema, el de pensar el marco institucional laboral que podría prefigurarse después del neoliberalismo, enlazando cambio político, que se estaba produciendo en el cambio de ciclo presente en aquel momento en América del Sur y su repercusión sobre el derecho del trabajo. De esta forma, el seminario internacional convergía plenamente con los objetivos de la RDSLAT en fomentar y extender una propuesta de regulación alternativa de las relaciones laborales

liberada de los patrones inducidos por la perspectiva neoliberal hegemónica económica y políticamente en la región. Con ello además se pretendía explícitamente que los materiales que se manejaran en el seminario y las discusiones abiertas que en él se mantuvieran, se volcaran posteriormente en nuevas reflexiones y debates sobre estos procesos de cambio y de refundación de los sistemas de relaciones laborales después de la etapa neoliberal en Latinoamérica que alimentaran nuevas aportaciones a la RDSLAT.

Se concebían por tanto las reuniones de juristas y especialistas en derecho laboral que convocaba la RDSLAT como un complemento indispensable de la labor efectuada a través de las páginas de esta. Y dada la periodicidad programada, se pretendía que cada año se pudiera efectuar una reunión internacional de este tipo. De hecho, se intentó preparar una para el 2008 en Sao Paulo, donde se hallaba la sede de la CSI que previsiblemente podría contar con financiación de la siempre disponible Fundación Ebert, y se diseñó también el tema que se debería examinar en la misma, "Derechos Humanos y Derecho del Trabajo", pero este proyecto no fue posible y se trasladó al año siguiente a Montevideo, en donde el grupo de profesoras y profesores del Derecho del Trabajo estaban de luto ante el fallecimiento del maestro Pla Rodriguez que se había producido en julio del 2008.

OEU organizó el seminario de Montevideo en la Facultad de Derecho del 22 al 24 de junio del 2009, aunando los proyectos que deberían haber correspondido a dos reuniones separadas. De esta forma el seminario, de nuevo convocado bajo los auspicios de la Facultad y de la Revista, se presentaba en una fórmula doble. En un primer día, el tema abordado fue el de los Derechos humanos y el Derecho del Trabajo, con la presentación del libro de Hector Hugo Barbagelata a cargo de OEU[17] seguido de una conferencia sobre el tema básico a discutir: la consideración de los derechos laborales como derechos humanos. A esta presentación del tema se añadía una sesión académica en la que se abordó una cierta tipología de los derechos humanos laborales atendiendo a los instrumentos y el alcance de los mismos, y en donde intervendrán, entre otros,

[17] H.H. Barbagelata, *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales,* FCU, Montevideo, 2009.

el propio Oscar Ermida, junto con Wilfredo Sanguineti, Miguel Canessa y Joaquín Aparicio. A continuación el debate se dedicó al examen de los problemas de interpretación y de aplicación, con especial atención a la jurisprudencia de los órganos constitucionales y de las Cortes Supremas de los países de América del Sur y del Centro. Al día siguiente, 24 de junio, se procedía a un análisis concreto de alguno de estos derechos laborales como derechos humanos. El primero fue el derecho al trabajo, aspecto central en la definición del contenido del Seminario, y en este punto intervinieron Hugo Barretto (Uruguay), Moises Meik (Argentina), Alfredo Villavicencio (Perú) y Alexander Godínez (Costa Rica) junto a mi mismo, para, en una segunda fase, abordar las migraciones laborales desde el enfoque de los derechos humanos, con la intervención del profesor uruguayo Osvaldo Mantero y los profesores de la UCLM Laura Mora y Francisco Trillo. Una exposición final de síntesis corría a cargo de los codirectores de la RDSLAT, cuyo número doble 4/5, correspondiente al año 2008, (y último en publicarse, aunque ese extremo no se contemplaba en aquel momento) se distribuyó entre los asistentes.

El formato original del encuentro consistía en que el último día la Fundación Ebert y la rama americana de la CSI, la CSA, en colaboración con la Facultad de Derecho y la RDSLAT, proponían un seminario con el atractivo título de “El sindicalismo latinoamericano en su laberinto”, al que asistiría el Secretario General de la CSA, Víctor Báez, y un grupo extenso de sindicalistas de otros países latinoamericanos, destacando desde luego la presencia de PIT - CNT de Uruguay y con la participación española de CCOO representada por Laureano Cuerdo. Se pretendía debatir entre juristas y sindicalistas sobre aspectos centrales del sindicalismo en esa región asignando un papel estelar a lo que se venía a denominar la autorreforma sindical, entendiendo por tal un movimiento impulsado tanto desde las bases sindicales como por la estructura sindical internacional que reformulara de manera más funcional a la era global la estructura y las formas de acción del sindicalismo latinoamericano. La acción sindical internacional y en concreto la posición respecto de la OIT, constituyeron dos nuevos puntos de debate en este seminario.

(OEU junto a Víctor Báez, en el seminario de junio de 2009 en Montevideo sobre el sindicalismo latinoamericano)

Los acontecimientos posteriores que se produjeron durante el 2010, con la irrupción de la crisis de la deuda soberana en España subsiguiente a la crisis financiera iniciada dos años antes, y el inicio de las reformas laborales derivadas de la austeridad, junto con los hechos ya narrados y la enfermedad de Oscar, ralentizaron el proceso de confección del número 6 de la RDSLAT, a la vez que hacía urgente intentar un nuevo encuentro de iuslaboralistas para analizar colectivamente este nuevo rumbo de las reformas laborales, tanto en Europa como en América Latina. El seminario se convocó bajo la fórmula habitual de la Facultad de Derecho y la Revista, con el título "Rumbos de la(s) reforma(s) laboral(es) en América Latina y España", para el 23 y 24 de junio de 2011 en Montevideo, sin que Oscar Ermida pudiera llegar con vida al mismo.

Fue un encuentro muy emotivo y lleno de tristeza, al que asistieron un gran número de reputados especialistas y profesores de derecho laboral de América Latina (Chile, Argentina, Brasil, Perú, Venezuela, Costa Rica, Guatemala y México) con un grupo de juristas de la UCLM. El seminario se abrió la tarde del día 23 de junio con dos intervenciones sobre el recuerdo y la memoria de Oscar Ermida Uriarte desde el que entonces era el director del Instituto de Derecho del Trabajo, Jorge Rosenbaum, y yo mismo en mi calidad de codirector de la RDSLAT.

Tras este acto de apertura, el seminario partió con una mesa redonda que ofrecía el panorama de la reforma laboral en América del Sur, y en donde se examinaban las tendencias en acto en Argentina, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela, a cargo de los profesores Gianibelli, Moro, Tapia, Villavicencio, Barretto e Iturraspe. La orientación de los procesos de reforma y un cierto "cambio de rumbo" respecto de lo que hasta comienzos de siglo venía a significar la expresión "reforma laboral" como sinónimo de restricción de derechos ciudadanos, tanto colectivo-sindicales como individuales y en especial en lo que se refiere a la garantía del empleo, constituyó la base del debate que siguió a las intervenciones, junto con problemas más generales de eficiencia de los derechos y la función de la interpretación de las normas que desempeñan los jueces y magistrados.

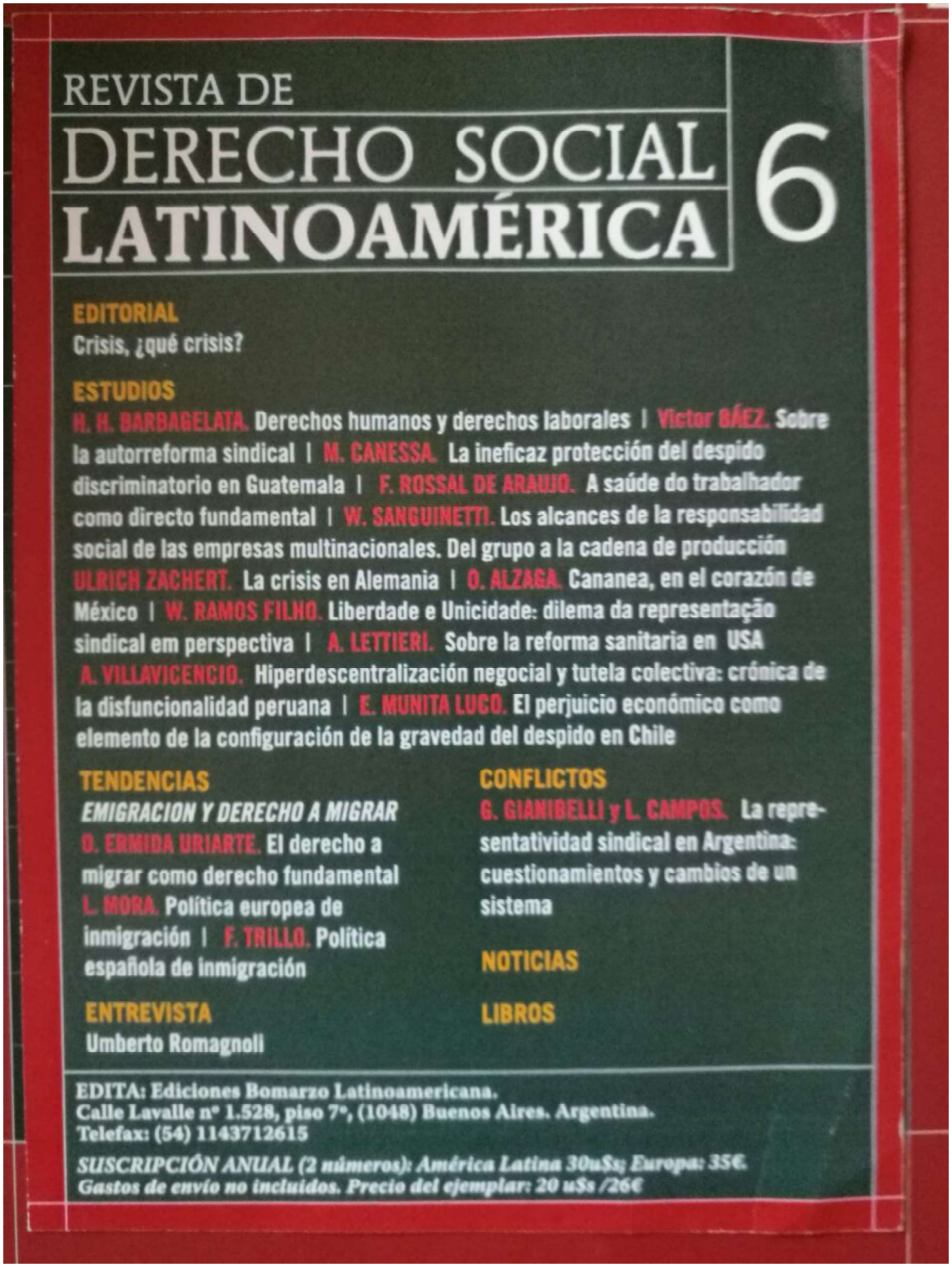
Al día siguiente, el seminario conoció un cierto paréntesis mediante la defensa pública de dos tesis de maestría, la de Natalia Colotuzzo sobre Derecho Penal del Trabajo, y la de Luján Charruti, sobre un análisis comparativo entre España y Uruguay de los límites jurídicos al poder de dirección del empleador con especial consideración a la profesionalidad del trabajador, una tesis de maestría para mi especialmente importante, puesto que la profesora Charruti habría de proseguir sus estudios de doctorado en la UCLM bajo mi dirección y lograr finalmente el título de doctora en derecho por aquella universidad[18] . A continuación, se realizó otra mesa de exposición sobre los procesos de reforma en Costa Rica, Guatemala y Mexico, a cargo de Godínez, Canessa y Alzaga. En todos los casos, la debilidad del sindicalismo o en ciertos casos la agresión constante a la presencia sindical constituyó un *leit motiv* en estos países que recorrió cualquier reflexión sobre los proyectos de reforma en acto y su motivación real.

Una tercera mesa de cierre sobre el panorama latinoamericano se dedicó, de forma monográfica, a la implantación y mejora del proceso laboral como eje de la garantía judicial de los derechos laborales, analizando las experiencias

[18] Mª Luján Charruti Garcén, *Los límites jurídicos al poder de dirección del empleador con especial consideración de la profesionalidad del trabajador: una visión comparada España-Uruguay.* Tesis doctoral, UCLM, 2016. Hay publicación del texto, revisado, en FCU, Facultad de Derecho, Montevideo, 2018.

legislativas de Argentina, Brasil, México y Uruguay, que expusieron respectivamente, Zas, Robinson, Larios y, de manera conjunta, Rossi y Fernández Brignoni. Por último, la experiencia de la reforma laboral española - con alguna reflexión adicional sobre las reformas europeas en curso - fue analizada por Joaquín Aparicio, Paco Trillo y yo mismo, ofreciendo un punto de contraste con la experiencia latinoamericana que ha dejado atrás en una buena parte de sus ordenamientos internos los planteamientos desreguladores de las relaciones laborales y la debilitación del poder sindical que caracteriza hoy las exigencias de la Comisión Europea y del FMI en la Unión europea. H.H. Barbagelata conmigo cerró el Seminario con algunas reflexiones finales sobre la orientación general del impulso reformista en América Latina y sus características más relevantes.

La Revista, sin embargo, faltó a su cita en esta última convocatoria de los Seminarios de Montevideo en los que participaba. Con todos los textos ya preparados y maquetados, faltaba sin embargo enviarlos a Buenos Aires para su edición definitiva. Así que se distribuyó en la reunión un impreso en el que se daba cuenta de los contenidos del número 6. En él se recogían buena parte de los materiales que se habían debatido en el encuentro de Montevideo de dos años antes, empezando por un texto de Barbagelata sobre la consideración de los derechos laborales como derechos humanos, y, en la sección de tendencias, un último trabajo de OEU, el derecho a migrar como derecho fundamental, junto a los textos de Laura Mora y Francisco Trillo, que contemplaban este problema desde la perspectiva europea y española. El jurista que resultaba entrevistado era Umberto Romagnoli, y el número contaba con una importante aportación doctrinal desde Chile, Guatemala, Brasil y México, pero también desde Alemania, Italia y España, junto con una intervención de Báez sobre la autorreforma sindical en América Latina. Pero permaneció inédito.



REVISTA DE
DERECHO SOCIAL
LATINOAMÉRICA
6

EDITORIAL
Crisis, ¿qué crisis?

ESTUDIOS
H. H. BARBAGELATA. Derechos humanos y derechos laborales | Víctor BÁEZ. Sobre la autorreforma sindical | M. CANESSA. La ineficaz protección del despido discriminatorio en Guatemala | F. ROSSAL DE ARAUJO. A saúde do trabalhador como directo fundamental | W. SANGUINETTI. Los alcances de la responsabilidad social de las empresas multinacionales. Del grupo a la cadena de producción ULRICH ZACHERT. La crisis en Alemania | O. ALZAGA. Cananea, en el corazón de México | W. RAMOS FILHO. Liberdade e Unicidade: dilema da representação sindical em perspectiva | A. LETTIERI. Sobre la reforma sanitaria en USA A. VILLAVICENCIO. Hiperdescentralización negocial y tutela colectiva: crónica de la disfuncionalidad peruana | E. MUNITA LUGO. El perjuicio económico como elemento de la configuración de la gravedad del despido en Chile

TENDENCIAS
EMIGRACION Y DERECHO A MIGRAR
O. ERMIDA URIARTE. El derecho a migrar como derecho fundamental
L. MORA. Política europea de inmigración | F. TRILLO. Política española de inmigración

ENTREVISTA
Umberto Romagnoli

CONFLICTOS
G. GIANIBELLI y L. CAMPOS. La representatividad sindical en Argentina: cuestionamientos y cambios de un sistema

NOTICIAS

LIBROS

EDITA: Ediciones Bomarzo Latinoamericana.
Calle Lavalle nº 1.528, piso 7º, (1048) Buenos Aires. Argentina.
Telefax: (54) 1143712615

SUSCRIPCIÓN ANUAL (2 números): América Latina 30u$s; Europa: 35€.
Gastos de envío no incluidos. Precio del ejemplar: 20 u$s /26€

(Impreso que anunciaba los contenidos del número 6 de la RDSLAT)

En la última de las "síntesis" de las reuniones del grupo, fechada en Montevideo el 23 de junio del 2011, se habla de la necesidad de cerrar el numero 6 añadiendo una necrológica sobre Oscar, cambiar la mancheta de la Revista

suprimiendo la asignación de puestos (directores, secretarios de redacción) y crear un directorio horizontal al que se integrarían Alfredo Villavicencio, de la PUCP peruana, y Sayonara Grillo Coutinho de Almeida, de la UFRJ brasileña, rompiendo el monolitismo masculino de la dirección de la RDSLAT. En la reunión se enumeraban los temas que habrían de componer el número 7, que, en la parte de Estudios, se quería dedicar de forma monográfica a Oscar Ermida Uriarte. Se trataría de hacer intervenir a unas diez personas, con especial relación con nuestro amigo y que escribieran sobre temas que OEU había frecuentado. Entre ellas incluíamos a Alfredo Villavicencio y Jorge Rosenbaum, a Adrian Goldín, Sergio Gamonal y Pedro Weimberg, Manuel Ramón Herrera Carbuccia y Rolando Mugas, así como a Mar Serna, Isabelle Daugareilh y Alvaro Orsatti y Víctor Báez. Pero nunca se llevó a efecto.

La muerte de Oscar Ermida supuso la desaparición de este proyecto. El número 6 no llegó a imprimirse y distribuirse, aunque la Editorial Bomarzo, al recuperar cinco años después este proyecto como revista digital, publicara en el blog de su página la mayoría de los textos que lo componían. Un proyecto que sin embargo tiene un valor intrínseco tanto en lo que contenía de propuesta de organización y de desarrollo de una cultura jurídica garantista y activista en favor de la vigencia efectiva de los derechos sociales en toda la región como en lo que supone de emanación de la personalidad y de la capacidad de trabajo de Oscar Ermida Uriarte, de su concepción abierta y positiva sobre el derecho como forma de asegurar la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas que trabajan.

En su necrológica, escribí las siguientes palabras finales:

"Normalmente las palabras no pueden dar cuenta de la desolación que deja la pérdida de un amigo. Sé que su figura como teórico y doctrinario no sufrirá apenas por su desaparición física, y que deja un grupo cohesionado de amigos, colegas y discípulos que preservarán su legado. También nosotros, desde la UCLM, desarrollaremos esta labor. Pero nada podrá aplacar la certeza terrible de que con él desaparece uno de los grandes juristas del cosmopolitismo universalista, una persona que empeñó tantos esfuerzos en justificar y defender un sistema de derechos protegidos y garantizados en todas las partes por el

mero hecho de formar parte de una cultura civilizatoria de emancipación social y humana".

Es cierto que su legado perdura, diez años después. Pero también la tristeza y el vacío ante su ausencia. Este escrito pretende que las generaciones que no lo han conocido tengan acceso a una de las facetas de su personalidad, una señal de sus inquietudes y de la potencia de sus propuestas teóricas y académicas, pero también de la convicción y el talento para disponer instrumentos idóneos para llevar a cabo una labor colectiva y simultáneamente, dirigir su orientación y su alcance. Ojalá este texto cumpla la finalidad anunciada.

Bibliografía

BARBAGELATA, H.H. (2009). *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales,* FCU, Montevideo.

BARRETTO GHIONE, H. (1998). "El derecho laboral minimalista del Mercosur", *Contextos*, nº 2.

BAYLOS, A. (2000). "Por una (re)politización de la figura del despido", *Revista de Derecho Social*, nº 12.

CHARRUTI GARCÉN, M. (2018). *Los límites jurídicos al poder de dirección del empleador con especial consideración de la profesionalidad del trabajador: una visión comparada España-Uruguay,* FCU, Montevideo.

ERMIDA URIARTE, O. (2006). "Caracteres, tendencias y perspectivas del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa", *Revista de Derecho Social Latinoamérica,* nº 1.

ERMIDA URIARTE, O. (2011). "Crítica de la libertad sindical", en A. Baylos y G. Giannibelli, *Convergencia sindical, movimientos sociales e integración latinoamericana*, Fundación Amela / Ed. Pretextos, Valencia.

ERMIDA URIARTE, O. (2011). "Crítica de la libertad sindical", *Derecho Laboral*, nº 242.

GENRO, T. (2006). "E possivel combinar democracia e socialismo?", *Revista de Derecho Social Latinoamérica,* nº 1.

GIANIBELLI, G. (1999). "Revista de Derecho Social", *Contextos* nº 3.

GIANIBELLI, G. y ZAS, O. (Coords.) (2006). *Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo (Inspirados en Moisés Meik),* Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires.

ROUGIER-VIDAL, C. (2011). "Presentación" en A. Baylos y G. Giannibelli, *Convergencia sindical, movimientos sociales e integración latinoamericana*, Fundación Amela / Ed. Pretextos, Valencia.

SARTHOU, H. (1999). "Primeras reflexiones sobre trabajo, derecho, integración Mercosur y globalización ante las puertas del nuevo siglo", *Contextos*, nº *3.*

RELEYENDO "SINDICATOS EN LIBERTAD SINDICAL" AL ANALIZAR CIERTOS CONTENIDOS DE DERECHO COLECTIVO EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE CHILE

RE-READING "UNIONS IN FREEDOM OF ASSOCIATION" WHEN ANALYZING CERTAIN CONTENTS OF COLLECTIVE LAW IN THE CHILEAN LABOR CODE

Emilio MORGADO VALENZUELA

Doctor Honoris Causa de la Université de Bordeaux, Francia. Miembro de Número, Ex Presidente y Presidente de Honor de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Vicepresidente (América del Sur) de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Director Adjunto de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe.

mormauemilio@gmail.com

Fecha de envío: 19/03/2021
Fecha de aceptación: 01/04/2021

RELEYENDO "SINDICATOS EN LIBERTAD SINDICAL" AL ANALIZAR CIERTOS CONTENIDOS DE DERECHO COLECTIVO EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE CHILE

Emilio MORGADO VALENZUELA

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Al presentar el contenido y alcance de algunas normas contenidas en el Código del Trabajo vigente en Chile, en lo referente a la libertad sindical y el ejercicio del derecho a la actividad sindical a través de la negociación colectiva y la huelga, examino exclusiones y limitaciones para el ejercicio de esos dos derechos, en el marco de una histórica presencia estatal en la fijación normativa de los contenidos y alcances del derecho colectivo del trabajo en Chile; todo ello evocando importantes proposiciones doctrinarias de Oscar Ermida Uriarte, expresadas -con su habitual claridad y reconocida maestría- en su sólido estudio "Sindicatos en Libertad Sindical". Entre otras materias, esas proposiciones doctrinarias se refieren al intervencionismo estatal, la heteronomía y autonomía, la libertad sindical positiva y negativa, la unicidad y pluralidad sindical y, la titularidad en la representación y la representatividad.

Palabras clave: Intervencionismo - Libertad sindical - Autonomía - Actividades sindicales

Sumario: 1. Introducción. 2. Primera Parte. Principales rasgos de la trama normativa y de los principios referidos a la libertad sindical en Chile. 2.1. Intervencionismo o abstencionismo estatal (heteronomía y autonomía). 2.2. Libertad sindical positiva o negativa. 2.3. Unicidad o pluralidad sindical. 2.4. Titularidad sindical, representación y representatividad. 3. Segunda parte. Exclusiones y limitaciones en la negociación colectiva y la huelga contenidas en el código del trabajo de Chile. 3.1. Introducción. 3.2. Exclusiones y limitaciones

en el ejercicio del derecho de negociación colectiva reglada. 3.3. Exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho de huelga.

Abstract: In presenting the content and meaning of some of the Chilean Labor Code's norms regarding freedom of association and the right of trade unions to exercise their activities through collective bargaining and strike, this paper examines exclusions and limitations to said rights. This is done in view of the State's historic interventionist role in labour matters. In doing so, the paper calls on key doctrinary propositions established by Oscar Ermida Uriarte. These ideas were originally expressed, with his habitual clarity and mastery of the subject, in his foundational study "Sindicatos en Libertad Sindical". Amongst other matters, professor Ermida's key postulates refer to State intervention, heteronomy and autonomy, positive and negative freedom of association, unicity and plurality, and trade union titularity of representation and representative determination.

Key words: Interventionism - Syndical liberties - Autonomy - Syndical activities

Summary: 1. Introduction. 2. First Part. Main features of the normative framework and principles referring to freedom of association in Chile. 2.1. State interventionism or abstentionism (heteronomy and autonomy). 2.2. Positive or negative freedom of association. 2.3. Union uniqueness or plurality. 2.4. Union ownership, representation and representativeness. 3. Second part. Exclusions and limitations in collective bargaining and strikes contained in the Chilean labor code. 3.1. Introduction. 3.2. Exclusions and limitations in the exercise of the right to regulated collective bargaining. 3.3. Exclusions and limitations in the exercise of the right to strike.

1. Introducción

En Chile, el derecho colectivo del trabajo está regulado en los Libros III (de la organización sindical) y IV (de la negociación colectiva) del Código del Trabajo. Nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo es muy descentralizado y, desde sus orígenes, el Estado interviene en esas relaciones con diversos matices de intensidad, según las circunstancias políticas y económicas predominantes en el período histórico que se estudie.

En la primera parte de esta monografía, presentaré las principales características de nuestra normativa legal en lo concerniente al intervencionismo estatal y la relación autonomía sindical-heteronomía, a la libertad sindical positiva y negativa, a la unicidad o pluralidad sindical y, a la titularidad en la representación y la representatividad, contrastando esos contenidos con lo aportado doctrinariamente en esas materias por Oscar Ermida Uriarte en su extraordinario doctrinario "Sindicatos en Libertad Sindical".[1]

En el entorno de ese marco referencial, en la segunda parte focalizaré mi análisis en lo referido a las restricciones y limitaciones establecidas en la legislación chilena respecto del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga.

2. Primera Parte. Principales rasgos de la trama normativa y de los principios referidos a la libertad sindical en Chile

Lo concerniente a la libertad sindical en Chile, tiene lugar en un marco legal y fáctico de estrecha interdependencia entre el sistema de relaciones colectivas de trabajo y la trama normativa que lo regula. Sus características y orientaciones son influidas por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo y éste experimenta cambios derivados de experiencias y prácticas que suelen coexistir o substituir los marcos legales. Ello adquiere mayor notoriedad,

[1] Oscar Ermida Uriarte: *Sindicatos en Libertad Sindical*. Fundación de Cultura Universitaria. Quinta Edición. Montevideo – Uruguay, mayo de 2016.

por ejemplo, en las relaciones colectivas de trabajo en la administración pública y en ciertos sectores vitales de la actividad económica.

Cabe advertir, además, que el contenido y alcances de las normas y prácticas colectivas presenta una estrecha relación con el entorno político en el que se han producido. A la vez, son beneficiados o perjudicados por el talante de los sujetos y operadores, públicos y privados, a cargo de su aplicación y control.

Focalizaré mi análisis en los efectos de esas interrelaciones en los siguientes aspectos de la libertad sindical: intervencionismo o abstencionismo estatal (heteronomía y autonomía), libertad sindical positiva y negativa, unicidad o pluralidad sindical y titularidad en la representación y representatividad sindical.

2.1. Intervencionismo o abstencionismo estatal (heteronomía y autonomía)

Sin duda, el intervencionismo estatal ha estado presente en el sistema normativo de nuestras relaciones colectivas de trabajo desde sus orígenes. Pero en ese intervencionismo se advierte la presencia de propósitos e intensidades variadas. Por ejemplo, en el proyecto presentado al Senado en 1919, por senadores del Partido Conservador, existía un claro propósito de limitar la autonomía de los sindicatos de empresa, cuya creación se proponía, mediante la intervención de autoridades públicas en su creación y administración, a la vez que se preveía la intervención del empleador en la gestión de parte de las finanzas sindicales y en el desarrollo de ciertas actividades sindicales.[2] En cambio, en el proyecto gubernamental, de la Alianza Liberal, presentado a la Cámara de Diputados en 1921[3] , no había la mencionada intervención de la parte

[2] En ese tiempo, los trabajadores estaban principalmente agrupados en 'mancomunales" -de declarada orientación reivindicacionista y contestataria, que promovía cambios sociales y económicos profundos para solucionar 'la cuestión social' , y en 'sociedades de resistencia', de clara orientación anarquista. Además, un importante porcentaje de trabajadores continuaba afiliado a sociedades de socorros mutuos, llamadas 'mutuales', constituidas desde mediados del siglo XIX.

[3] Elaborado a petición del Presidente Arturo Alessandri Palma, por el jurista Moisés Poblete Troncoso, quien más tarde fue funcionario de la OIT y Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Chile.

empleadora y la intervención estatal no estaba necesariamente encaminada a dirigir la creación ni el funcionamiento del sindicato, sino que, como se expresaba en el Mensaje que precedía al propuesto texto normativo, con ella se pretendía garantizar y facilitar la existencia de sindicatos y el desarrollo de sus actividades sindicales, 'como ocurría en las naciones civilizadas'. En cierto sentido, la intervención estatal cumpliría la función, cuasi docente, de guía encauzadora. En apoyo de esa interpretación procede recordar que los textos internacionales básicos sobre libertad sindical datan de 1948 y 1949, por lo que esos anticipados propósitos, aparentemente, no la violentaban abiertamente.

Como uno de los resultados de la conmoción política causada por la presencia armada de oficiales del ejército en las tribunas del Congreso ('la revolución del ruido de sables'), se precipitó la adopción, en un solo día y sin debate, de parte del contenido normativo del proyecto de Código del Trabajo de 1921, en forma de leyes específicamente referidas a capítulos del mismo. Una de esas leyes fue la 4057, promulgada el 8 de septiembre de 1924. En su Título I, reguló al sindicato industrial inspirándose en lo propuesto en el proyecto del Partido Conservador, de 1919. A la vez, pero inspirada en el proyecto liberal de 1921, en su Título II normó al sindicato profesional. Algo similar ocurrió con el contenido de la Ley 4056.sobre los conflictos entre el capital y el trabajo.

Mediante un decreto reglamentario de noviembre de 1928, el texto de la Ley 4057 fue revisado 'para subsanar dificultades en su aplicación' y 'establecer normas de control con el fin de hacer más eficiente el cumplimiento de la ley'. En 1931, al aprobarse el Código del Trabajo, la tarea codificadora no consistió en una simple recopilación de la legislación existente, sino que se revisaron sus contenidos y redacción, intentando dar al conjunto un adecuado nivel de coherencia. Pero, lo esencial de las leyes 4057 y 4056, se mantuvo.[4]

En consecuencia, la intervención estatal podía asumir tanto un papel moderado, casi promotor, o uno exigente y obligatoriamente preceptivo, según fuere conveniente para armonizar el tono interventor con la naturaleza cambiante de las relaciones del Estado con el movimiento sindical.

[4] Desde 1924 hasta 1933, hubo numerosos cambios de gobierno y hasta una 'República Socialista', de brevísima duración.

De otra parte, se estima que el absentismo total del Estado en la regulación de las relaciones de trabajo -individuales y colectivas- en situaciones de claros y profundos desequilibrios y desigualdades entre las partes de esas relaciones, contribuye a perpetuar o agravar esas circunstancias. Evitar o, por lo menos, aminorar su magnitud, puede justificar la existencia de 'una intervención para no intervenir', esto es, una intervención para tornar innecesaria la aplicación de una política interventora 'con vocación de permanencia', sino que fundamentada en el deber social de proteger la defensa, promoción y mejoramiento de los derechos e intereses de los trabajadores.

Hasta el golpe de estado de 1973, tales propósitos se expresaron, por ejemplo, en la legislación y -especialmente- las prácticas *'pro labour'* habidas en los gobiernos de los Presidentes Pedro Aguirre Cerda (1938-1941), Eduardo Frei Montalva (1964-1970) y Salvador Allende Gossens (1970-1973).

Durante la dictadura (1973-1990), se instaló -de facto y mediante legislación adoptada en un régimen no democrático, sin Congreso- un modelo de relaciones colectivas de trabajo fuertemente intervenidas por el Estado, orientado a preservar 'la seguridad interior', y a favorecer la implantación y consolidación de un modelo de desarrollo económico abiertamente contrario a la existencia de organizaciones sindicales y a sus actividades.

Luego, durante el proceso de restauración de la democracia, los gobiernos de los partidos de la Concertación para la Democracia (1990 a 2010) y de la Nueva Mayoría (2010-2014), lograron notorios avances en la construcción de un sistema normativo más acorde con los principios y normas internacionales sobre libertad sindical. Para ello, desde 1990, en sucesivas reformas legislativas, se intentó y se logró reemplazar parte de la normatividad impuesta por la dictadura, acercando así nuestro Código a lo establecido, principalmente, en los Convenios 87 y 98, ratificados por Chile en 2001.

Lo expresado, no impide reconocer la actual existencia de un importante nivel de intervencionismo estatal, con fuerte preeminencia de fuentes normativas heterónomas y limitadas expresiones de autonomía colectiva.

Así, por ejemplo, en el Código del Trabajo existen ciento setenta y nueve artículos para regular lo referido a las organizaciones sindicales, especialmente

en lo que se refiere a: (i) los trámites y *'quorum'* de constitución, las observaciones que puede formular la Inspección del Trabajo y las sanciones aplicables; (ii) las materias que deben contener sus estatutos, incluyendo lo relacionado con la elección y censura del directorio[5] y, (iii) la composición del patrimonio sindical y los requisitos para disponer de bienes inmuebles.

En lo concerniente a las normas generales sobre la negociación colectiva, en el Código se regula; (i) lo referido al derecho de las organizaciones sindicales de recibir de la empresas ciertas informaciones económicas y, (ii) los contenidos, aplicación, extensión, duración, vigencia, ultraactividad y exigibilidad de las convenciones colectivas y laudos arbitrales (denominados 'instrumentos colectivos), resultantes de la negociación colectiva. También, y en forma detallada, en el Código se regula lo que concierne a los regímenes de procedimientos negociales no reglados, reglados y especiales.

Lo referido a la huelga es regulado como parte del procedimiento de negociación colectiva reglado.

Por su relevancia, en la segunda parte de esta monografía analizo lo atinente a las exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y a huelga.

Doctrina sustentada por Ermida. En primer lugar, es necesario tener presente que Ermida destaca que: (i) "el Convenio 87 establece el más irrestricto y general derecho a la sindicación, a la autonomía y autarquía sindical y a la independencia respecto del Estado y, (ii) en el Convenio 98 se protege la libertad sindical y a la negociación colectiva, a la vez que se 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 (lo que apunta en primer lugar, a la imposición del fuero sindical) y que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de*

[5] Cabe destacar que tras la reforma de la Ley 20.940 (2016), en el artículo 231 del Código del Trabajo se ordena que el estatuto del sindicato debe "incorporar un mecanismo destinado a resguardar que el directorio esté integrado por directoras en una proporción no inferior a un tercio del total de sus integrantes con derecho al fuero y a las demás prerrogativas que establece este Código, o por la proporción de directoras que corresponda al porcentaje de afiliación de trabajadoras en el total de afiliados, en el caso de ser menor." Similar obligación se establece respecto de los estatutos de federaciones y confederaciones (artículo 272) y centrales sindicales (artículo 278).

adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras (prácticas desleales).”[6]

A la vez, sostiene: (i) que “la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos y viceversa”; (ii) que *“el derecho a la libertad sindical depende los demás derechos fundamentales, porque es prácticamente imposible desarrollar una actividad sindical auténtica, si no se pueden ejercer derechos tales como, por ejemplo, el de reunión, el de expresión del pensamiento, etc.* “ y, (iii) *“que la libertad sindical “no resulta autosuficiente”, en el sentido de que necesita, para existir, de otras libertades civiles y políticas*.[7]

En segundo lugar, se debe tener presente que, rotunda y claramente, Ermida resume su opinión expresando *“A mayor libertad sindical, menor reglamentación”.*[8]

Como fundamento de esa opinión, resulta útil recordar que en el prólogo de la segunda edición de su ‘Sindicatos en Libertad Sindical’, Ermida aclaró que en la primera edición había procurado *“describir los principios fundamentales de la libertad sindical y el marco dentro del cual sería posible una reglamentación heterónoma de lo sindical sin afectar esos grandes principios, las normas internacionales y las tradiciones nacionales.”* Y, en el prólogo a la primera edición, afirmó que en el derecho sindical contemporáneo, *“más que reglamentar limitando, se tiende a promover o facilitar el desarrollo de la actividad sindical”.*[9]

Luego, al referirse al derecho a la autonomía sindical, también llamada autarquía sindical, la concibe *“como el derecho de los sindicatos a autogobernarse, a darse sus propias normas y estructura, a fijar libremente su programa de acción, a elegir libremente sus autoridades, a vincularse libremente con otras organizaciones, nacionales e internacionales”.*[10]

A la vez, sostiene que en el ejercicio de este derecho, *“el sindicato debe mantenerse independiente frente a los empleadores, frente a las organizaciones patronales y frente al estado, en su origen. desarrollo y estructura. Debe nacer y*

[6] Ob.cit, p. 17.
[7] Ob.cit, pp. 24- 25.
[8] Ob.cit, p. 97
[9] Ob.cit, p. 9.
[10] Ob.cit, p. 39.

vivir con independencia, dándose sus propias normas de forma (estructura) y funcionamiento".[11]

Asimismo, afirma que el principio de autonomía *"contiene una serie de reglas o subtipos, a saber: a) la facultad constituyente, proyección del principio de autonomía en el aspecto normativo según el cual el sindicato tiene el derecho de darse su propio estatuto y delinear su estructura y organización; b) la autonomía interna o autarquía propiamente dicha según la cual la organización profesional tiene la facultad de designar sus dirigentes y ejercer directamente y por si misma su administración, al margen de interferencias externas; c) la facultad de acción sindical referida a la actividad del sindicato que debe ser elegida, proyectada y realizada libremente por éste, utilizando los medios necesarios para la realización de sus fines, tales como la negociación colectiva, la huelga, etc., y d) la facultad federativa, que se refiere al derecho del sindicato a vincularse con otras organizaciones, formando federaciones o confederaciones, nacionales e internacionales".*[12]

2.2. Libertad sindical positiva o negativa

La reiterada posición secundaria -asignada en la legislación heredada de la dictadura - al derecho y ejercicio de la libertad positiva de asociación, en general, y de la libertad de sindicación en particular, se manifiesta en el lenguaje y el estilo utilizados en la redacción de las correspondientes normas constitucionales y legales, lenguaje que resulta funcional a la política de reducir al máximo la presencia y acción sindical, fortalecer la individualización de las relaciones de trabajo y consolidar la existencia en ellas de un claro desequilibrio entre las partes.

Así, por ejemplo: (i) al regular lo concerniente al derecho de asociación en general, en el inciso segundo del artículo 19 N° 15° de la Constitución de 1980 se establece: *"Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación"* ; (ii) en el inciso tercero del artículo 19 N°16 de esa Constitución se dispone: *"Ninguna*

[11] Ob.cit, p. 60.
[12] Ibid.

ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos" y, (iii) en el artículo 19 N° 19 de ella, al regular el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley, se afirma: *"La afiliación sindical será siempre voluntaria."*

Siguiendo esa orientación constitucional, en los incisos segundo y tercero del artículo 214 del Código del Trabajo se expresa que la afiliación a un sindicato *"será siempre voluntaria, personal e intransferible",* y que *"nadie puede ser obligado a afiliarse a una organización sindical para desempeñar un empleo o desarrollar una actividad. Tampoco podrá impedirse su desafiliación."*

Doctrina sustentada por Ermida. Al referirse a las interacciones entre los derechos sindicales y los demás derechos fundamentales, Ermida sostiene que los derechos individuales dependen de la libertad sindical y que *"para los trabajadores, el poder nuclearse en y actuar a través de organizaciones representativas es indispensable para poder acceder al goce de derechos que de otro modo, les serían, si no inaccesibles, por lo menos difícilmente alcanzables".*[13] En ese marco conceptual, afirma que *"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 deleción y a desafiliarse de las mismas, así como a constituir (o no) tales organizaciones, sin autorización previa y en total libertad. Dentro de esos derechos individuales a la sindicación, existe, a su vez, un aspecto positivo y un aspecto negativo, por lo cual se habla de libertad sindical positiva y "libertad sindical negativa".*[14]

Además, Ermida recuerda que la libertad sindical positiva está expresamente mencionada en los Convenios 87 y 98, y que esos convenios de la OIT *"no edictan expresamente la libertad sindical negativa."* En su opinión: (i) esa libertad negativa *"consistiría en el derecho a no afiliarse a un sindicato y a desafiliarse de él"* y, (ii) que *"la admisión sin reservas de la existencia de tal libertad sindical negativa, implica la interdicción total o parcial, de las*

[13] Ob.cit, p.25.
[14] Ob.cit. p. 31.

denominadas "cláusulas sindicales" o "cláusulas de seguridad sindical", tema sumamente polémico".[15]

2.3. Unicidad o pluralidad sindical

En la legislación vigente el 11 de septiembre de 1973, se regulaba la existencia de los siguientes tipos de sindicatos: (i) sindicatos industriales: únicos, por empresa o establecimiento, de afiliación obligatoria e integrados por trabajadores que tuvieren la condición jurídica de obreros. Ellos fueron establecidos en la Ley 4057, del 8 de septiembre de 1924, codificada en mayo de 1931; (ii) sindicatos profesionales (también establecidos en la Ley 4057): plurales, de libre afiliación y de variados niveles de implantación según la igual, similar o conexa profesión, industria o trabajo desarrollada por sus miembros; (iii) sindicatos de trabajadores en las empresas de la Gran Minería del Cobre, establecidos en el Decreto 313, de 1956 y, (iv) sindicatos de trabajadores agrícolas: plurales, de libre afiliación y de variados niveles de implantación. Fueron establecidos en la Ley 16.625 de 1967.[16]

Es importante recordar que en las normas sobre organizaciones sindicales contenidas en el Decreto-Ley 2756, de 1979, se establecieron sólo las siguientes cuatro formas de organización sindical, cuya denominación corresponde a los trabajadores que afiliaren: (i) sindicato de empresa, que agrupa sólo a trabajadores de una misma empresa; (ii) sindicato interempresa, que agrupa a trabajadores de a lo menos tres empresas distintas; (iii) sindicato de trabajadores independientes, que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno y, (iv) sindicato de trabajadores de la construcción, que agrupa a trabajadores de esa rama de actividad, cuyo objeto especial era proveer de puestos de trabajo a sus asociados, actuales o futuros, en las condiciones previamente acordadas con los distintos empleadores.

Sólo los sindicatos de empresa podían negociar colectivamente En el listado de las únicas finalidades asignadas a los demás sindicatos, no se

[15] Ibid.
[16] Las normas de la Ley 16.625 se inspiraron principalmente en los Convenios 87 y 98 de la OIT.

estableció la de representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos colectivos.

Tras sucesivos cambios legislativos habidos desde 1990 hasta 2001, en el párrafo 31 del artículo único de la Ley 19.759, se modificó el encabezamiento del artículo 216 por el siguiente: *"Las organizaciones sindicales se constituirán y denominarán en consideración a los trabajadores que afilien. Podrán, entre otras, constituirse las siguientes"*. Al incorporarse la expresión "entre otras", se puso término a la rígida enumeración de tipos o formas sindicales que podían ser constituidos, la que pasó a ser un listado de modalidades que no excluye la existencia de otras.

Doctrina sustentada por Ermida. Al referirse al sindicato, Ermida afirma que su trascendencia *"está dada por la naturalidad e inevitabilidad del hecho sindical"*, y que éste *"deriva de la tendencia natural de agregación de los individuos condicionados a una misma situación socioeconómica"*. Además, sostiene que la importancia del sindicato deriva de su condición de ser *"uno de los sujetos del derecho del trabajo"* y *"protagonista principalísimo del derecho colectivo del trabajo"*.[17]

A esas valoraciones de la importancia del sindicato, Ermida agrega: (i) *"su carácter de instituto de autotutela y -en tal función- de condición de eficacia del derecho laboral"*; (ii) su necesidad e importancia *"incluso para llevar adelante los fenómenos participativos"* y, (iii) no menos trascendental e importante, "*su efecto democratizador"*.[18]

En lo concerniente a la naturaleza jurídica del sindicato, Ermida señala que al *"enfoque asociacionista del sindicato se ha contrapuesto la visión institucionalista del mismo"*, concluyendo que *"sin perjuicio de las serias reservas que plantea la tesis institucionalista aplicada a otros ámbitos del derecho laboral- en los que lleva a interpretar como comunes intereses contrapuestos- corresponde reconocer que el sindicato puede ser una categoría susceptible de explicarse en base al concepto de institución"*.[19]

[17] Ob.cit, pp. 65-66.
[18] Ob.cit, pp. 67-69.
[19] Ob.cit, pp. 70-71

Y, en lo específicamente referido a la unicidad o pluralidad sindical, Ermida afirma que quienes favorecen la unicidad invocan su función de *"fortalecimiento del movimiento sindical, en cuanto dicho sistema evitaría el divisionismo que llevaría a la "pulverización sindical"*. A la vez, recuerda que *"en contra de la unidad sindical preceptiva, se señala: a) que ella anula la libertad sindical y que puede promover o facilitar la injerencia y arbitrariedades gubernamentales privilegiando a una determinada organización en perjuicio de otras, b) que por lo demás, el artículo 2 del 87 liquida la cuestión a favor de la pluralidad sindical*".[20]

Evocadas esas consideraciones, Ermida concluye sosteniendo que la pluralidad sindical es parte del concepto de libertad sindical, pero que *"también, la unidad sindical es deseable si es espontánea ("lo que se ha de evitar es que sea impuesta o por intervención estatal"* y, (ii) que el concepto de sindicato más representativo ha surgido *"como un recurso que permite arribar o acercarse a una conciliación o concurrencia entre el pluralismo necesario a la libertad y la eficacia unitaria para la acción".*[21]

A la vez, Ermida advierte que el concepto de sindicato más representativo *"sólo debe operar en el terreno de la representatividad -cuando se trata de atribuir a un sindicato determinada facultad- y que nunca puede hacerse valer en el plano del reconocimiento del sindicato, ya que si importara un desconocimiento o una excesiva limitación al reconocimiento de sindicatos múltiples, estaría imponiendo la "unicidad sindical", es decir, la unidad preceptiva, en contra del pluralismo exigido por la propia noción de la libertad sindical".*[22]

2.4. Titularidad sindical, representación y representatividad

Hasta la adopción de los Decretos-Leyes 2756 y 2758, de junio de 1979 - más tarde incorporados al Código del Trabajo de 1987- la titularidad en la representación de los trabajadores en sus relaciones con el empleador y con el

[20] Ob,cit, p.42
[21] Ob,cit, pp. 42-43
[22] Ob.cit, p. 44.

Estado siempre estuvo radicada en las correspondientes organizaciones sindicales.

En el artículo 1° del Decreto-Ley 2758, de 1979, se definió a la negociación colectiva como *"el procedimiento a través del cual un empleador se relaciona con uno o más sindicatos de la respectiva empresa, o con trabajadores que presten servicios en ella y que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones para los involucrados en dicho procedimiento, por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en esta ley."*

La inclusión de *"trabajadores que se unan para negociar colectivamente"*, en un pié de igualdad de derechos con los sindicatos, fue reiterada en el Código del Trabajo de 1987.

Desde el inicio del retorno a la democracia (1990), variados esfuerzos se han realizado para que nuestro derecho colectivo del trabajo se ajuste a los principios y normas de la OIT. Es así como, por ejemplo, durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar, con la adopción de la Ley 19.759 (septiembre de 2001), se logró modificar muy positivamente diversas normas en materia de sindicatos, negociación colectiva y huelgas. Uno de los cambios más relevantes aportados por esa ley fue la incorporación del artículo 314bis -a continuación del artículo 314, sobre la negociación colectiva no reglada. En él se estableció un régimen de negociación semi-reglada aplicable a los grupos de trabajadores que se unan para negociar. En dicha modalidad se establecieron las siguientes normas mínimas de procedimiento: (i) la participación de ocho o más trabajadores, los que debían ser *representados "por una comisión negociadora, de no menos de tres integrantes ni más de cinco, elegida por los involucrados en votación secreta celebrada ante un inspector del Trabajo"* ; (ii) *"el empleador estaba obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de 15 días.* Si no daba respuesta, sería multado; (iii) la aprobación de la propuesta final del empleador debía efectuarse mediante votación secreta realizada en una asamblea especialmente convocada, con presencia de un ministro de fe. Todo acuerdo adoptado sin sujeción a esas

normas mínimas *"tendrá la naturaleza de contrato individual de trabajo y no producirá el efecto de un convenio colectivo."*

Con esa norma se fortaleció la titularidad del sindicato como representante de los trabajadores en la negociación colectiva, sin perjuicio de establecer un procedimiento de negociación semi-reglada a cargo de los grupos de trabajadores. Ese procedimiento no daba acceso a los *"derechos, prerrogativas y obligaciones*" de la negociación colectiva reglada, aplicables sólo en las negociaciones colectivas a cargo de los sindicatos.

Tan importante modificación fue necesaria para impedir pseudo negociaciones colectivas a cargo de grupos de trabajadores.

Pero, la experiencia demostró que la existencia de esa negociación semi-reglada no bastaba para evitar distorsiones y simulaciones. Por tal motivo y, además, para vigorizar la titularidad sindical y atender las reiteradas observaciones formuladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la Presidenta Bachelet, en 2014, envió al Congreso un proyecto de ley para modernizar las relaciones laborales. Al terminar la tramitación del proyecto en el Congreso -y antes de la intervención del Tribunal Constitucional- en el artículo 303 del texto substitutorio del antiguo Libro IV del Código del Trabajo, se definía la negociación colectiva como *"aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo a las normas contenidas en el presente Libro."* En ese mismo artículo se disponía: (i) que *"los trabajadores tendrán derecho a negociar colectivamente con su empleador a través de la o las organizaciones sindicales que los representen, conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada previsto en el Título IV de este Libro"* y, (ii) *"en todas aquellas empresas en que no exista organización sindical con derecho a negociar, podrán hacerlo grupos de trabajadores unidos para ese efecto."* Sobre el particular, en dicho artículo se disponía que en las empresas en que no existiera organización sindical con derecho a negociar colectivamente, *"los trabajadores podrán unirse para el solo efecto de negociar con su*

empleador", conforme a las reglas mínimas de procedimiento del sistema semireglado de negociación colectiva, precedentemente recordadas.

Como explicaré en la introducción de la segunda parte de este documento, al ser parcialmente acogidos los requerimientos de inconstitucionalidad presentados ante el Tribunal Constitucional, fue necesario vetar las normas recién evocadas. Por lo tanto, los grupos de trabajadores no pueden negociar colectivamente.

Doctrina sustentada por Ermida. Al analizar lo concerniente al aspecto colectivo de la libertad sindical y los contenidos de esa libertad ante el Estado, los empleadores y otras organizaciones de trabajadores, Ermida destaca el derecho de los sindicatos *"al ejercicio de facultades y funciones típicamente sindicales, colectivas o gremiales, tales como la negociación colectiva, la huelga, la reivindicación y la participación".*[23] En otros términos, la representación de los trabajadores radica en el sindicato.

Planteada así la titularidad sindical en el ejercicio de los derechos sindicales recién mencionados, surge el problema de identificar al sindicato habilitado para ejercer dicha titularidad en un régimen de pluralidad sindical. Como ya lo he recordado precedentemente, Ermida estima que *"el concepto de sindicato más representativo "sólo debe operar en el terreno de la "representatividad"* y no imponer el criterio de la unicidad sindical preceptiva.[24]

3. Segunda parte. Exclusiones y limitaciones en la negociación colectiva y la huelga contenidas en el código del trabajo de Chile

3.1. Introducción

En diciembre de 2014, en cumplimiento del programa de gobierno ofrecido a la ciudadanía por la coalición denominada "Nueva Mayoría", durante la campaña electoral que permitió a Michelle Bachelet acceder, por segunda vez, a la Presidencia de la República, la Presidenta envió a la Cámara de Diputados

[23] Ob,cit, p.37.
[24] Ob.cit, p. 44.

un proyecto de ley para modernizar el sistema de relaciones laborales fortaleciendo el derecho de sindicación y la libertad sindical, protegiendo y promoviendo el efectivo ejercicio del derecho de negociación colectiva y, actualizando las normas reguladoras del derecho de huelga.

La tramitación del proyecto fue larga, difícil y objeto de diversas vicisitudes y variados compromisos en torno a indicaciones formuladas en ambas Cámaras del Congreso y por el Poder Ejecutivo. Constitucionalmente aprobado el proyecto por el Congreso, miembros de la entonces oposición presentaron al Tribunal Constitucional requerimientos para que se declarara la inconstitucionalidad de algunas de las normas del proyecto de ley aprobado. Uno de los argumentos utilizados fue la violación de la libertad de los trabajadores para no afiliarse a un sindicato, lo que ocurriría si se establecía la titularidad preferente del sindicato en la negociación colectiva, como estaba previsto en el proyecto de ley.

Al respecto, cabe evocar que, hasta la fecha, los contenidos laborales establecidos en la Constitución de 1980 (adoptada durante la dictadura), no han sido objeto de reformas. En ellos se privilegia la libertad sindical negativa, la radicación de las relaciones colectivas del trabajo en la empresa o establecimiento de ella, y se propician o declaran -expresa o implícitamente- excepciones y limitaciones en el ejercicio de los derechos de sindicación, de negociación colectiva y de huelga.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional acogió algunos de los requerimientos formulados. Como el cumplimiento de lo sentenciado obligaba a suprimir normas esenciales tenidas en cuenta para la debida aplicación de normas no objetadas de inconstitucionalidad, éstas y los respectivos institutos jurídicos, sin duda, resultarían desnaturalizadas y hasta provocarían efectos perversos y contrarios a los anunciados objetivos de promoción y protección de los derechos colectivos de los trabajadores. Adicionalmente, ocasionarían repercusiones negativas en sus derechos individuales. Habida cuenta de estas y otras consideraciones, se procedió a vetar aquellas normas.

Aprobado el veto presidencial por el Congreso y publicada la Ley 20.940 en el Diario Oficial del 8 de septiembre de 2016, el nuevo texto del Libro IV del Código del Trabajo contenido en ella, substituyó al existente hasta esa fecha.

Sin desconocer que son importantes los perjuicios derivados de la aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional, es conveniente poner de relieve que en el nuevo texto del Libro IV del Código del Trabajo se recogieron y perfeccionaron importantes avances normativos logradas durante los Gobiernos de los Partidos de la Concertación para la Democracia desde marzo de 1990, presididos por los Presidentes Patricio Aylwin Azócar (1990-1994), Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000), Ricardo Lagos Escobar (2000-2006) y Michelle Bachelet Jeria (2006-2010). A esos avances se debe sumar la ratificación de los Convenios núms. 144 (en 1992), 87 y 98 (en 1999), y 151 (en 2000).

En lo concerniente a las estructuras procedimentales de la negociación colectiva, en el actual Libro IV se norman los siguientes: (i) la negociación colectiva no reglada (artículo 314)[25] ; (ii) el procedimiento de negociación colectiva reglada (artículos 327 al 344); (iii) las reglas especiales para la negociación colectiva de los trabajadores afiliados a sindicatos interempresa, la negociación colectiva de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria (artículos 364 al 373) y, (iv) la negociación iniciada por federaciones y confederaciones (artículos 408 al 411). A esas modalidades puede agregarse la particular forma de negociar los llamados pactos sobre condiciones especiales de trabajo, regulados en los artículos 374 al 377 del Código del Trabajo.

Uno de los temas que requiere un nuevo esfuerzo reformador, es el atinente a las exclusiones y limitaciones en el ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga. Centraré mi análisis en las normas sobre la negociación colectiva reglada, porque es la modalidad negocial más utilizada debido a consideraciones históricas y prácticas como, por ejemplo, ser el medio al que necesariamente se debe recurrir para poder declarar una huelga legal. Ello suele conducir a que cada una de las fases formales del proceso negocial constituya, en la práctica, una estación de paso en un viaje en el que la estación

[25] En el artículo 314 del Código del Trabajo se establece que en cualquier momento "y sin restricciones de ninguna naturaleza podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones voluntarias, directas y sin sujeción a normas de procedimiento, para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado." La condición de ser "voluntarias" supone la presencia de la voluntad concurrente de organizaciones sindicales y de uno o más empleadores.

final querida es la huelga. Además, en alguna medida, esa circunstancia profundiza los contenidos conflictivos propios de toda negociación colectiva.

3.2. Exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho de negociación colectiva reglada

A. Exclusiones referidas a los sujetos.

1. En el artículo 1° del Código del Trabajo se dispone que sus normas no se aplicarán a los funcionarios de la administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso nacional y del Poder Judicial. Esta exclusión general y permanente también comprende a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. No obstante, se les aplicarán las normas del Código del Trabajo en los aspectos o materias no reguladas en esos estatutos, en lo que no fueren contrarias a ellos.

2. Junto a las mencionadas exclusiones generales, existen otras específicas, establecidas en función de la naturaleza de la entidad empleadora o en función de la naturaleza de la relación de trabajo.

3. Atendiendo a la naturaleza de la entidad empleadora, se excluye a: (i) los trabajadores de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionan con el Gobierno a través de ese Ministerio; (ii) los trabajadores de empresas del Estado en las que leyes especiales establezcan la prohibición de negociar colectivamente y, (iii) los trabajadores de las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiados en más de un cincuenta por ciento por el Estado - directamente o a través de derechos o impuestos- a menos que se trate de establecimientos educacionales particulares subvencionados conforme a la ley, o de establecimientos educacionales técnico-profesionales administrados por corporaciones privadas, si concurren las condiciones previstas en la legislación.

Corresponde al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo determinar las empresas en las que el Estado tiene aporte, participación o representación mayoritarios. En ellas, la negociación colectiva sólo puede tener lugar en el establecimiento correspondiente, al que se asigna el carácter de empresa.

4. En función de la naturaleza de la relación de trabajo, se excluye: (i) a los trabajadores sujetos a contratos de aprendizaje en las micro, pequeñas y medianas empresas, si éstas se excusan de negociar con esos trabajadores y, (ii) a los trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, tales como los gerentes y subgerentes. De la existencia de esta exclusión se debe dejar constancia escrita en el contrato de trabajo. A falta de tal estipulación, se entenderá que el trabajador está habilitado para negociar colectivamente.[26]

5. Las exclusiones de carácter temporal son dos: (i) para negociar colectivamente en una micro o pequeña empresa, mediana empresa o gran empresa se requiere que hayan transcurrido -a lo menos- dieciocho, doce o seis meses, respectivamente, desde el inicio de las actividades de la empresa y, (ii) ningún trabajador puede ser parte de más de un contrato colectivo celebrado con el mismo empleador. En consecuencia, terminada la vigencia de un contrato colectivo el trabajador puede ser parte de otro distinto con el mismo empleador.

B. Exclusiones referidas a las materias.

1. En forma perentoria, en el penúltimo inciso del artículo 306 se dispone que no serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

[26] El trabajador, o el sindicato al que esté afiliado, podrán reclamar ante la Inspección del Trabajo acerca de la circunstancia de no poder negociar colectivamente. La resolución de la Inspección del Trabajo podrá reclamarse judicialmente, dentro del plazo de quince días desde su notificación.

No obstante, tal restricción es relativa si se tiene presente lo dispuesto en los tres primeros incisos del mismo artículo, en los que se establece que son materia de la negociación colectiva: (i) aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones de trabajo; (ii) las referidas a acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares; el ejercicio de la corresponsabilidad parental; planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad; acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores; constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, mecanismos de solución de controversias, entre otros; (iii) acuerdos de extensión, a todos o parte, de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical, para la aplicación general o parcial de estipulaciones de un instrumento colectivo y, (iv) pactos sobre condiciones especiales de trabajo regulados en los artículos 374 al 376 del Código del Trabajo.[27]

C. Limitaciones en el ejercicio del derecho de negociación colectiva.

1. Aunque el derecho de negociar colectivamente en niveles superiores al de la empresa no está prohibido, tampoco está eficazmente promovido y protegido. Más aún, en la normativa constitucional, en forma expresa, se hace referencia al derecho de los trabajadores de negociar colectivamente "con la empresa en que laboren, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar". (Artículo 19 N° 16 de la Constitución).

[27] Esos pactos pueden celebrarse en las empresas con una afiliación sindical igual o superior al treinta por ciento del total de trabajadores. Conjunta o separadamente, las respectivas organizaciones sindicales pueden acordar con el empleador, en forma directa y sin sujeción a las normas de la negociación colectiva, pactos sobre: (i) la distribución de la jornada y, (ii) los sistemas de jornadas que combinen tiempos de trabajo presencial en la empresa y fuera de ella, para los trabajadores con responsabilidades familiares. También esta modalidad de pacto puede ser convenida para aplicarla a trabajadores jóvenes que cursen estudios regulares, a mujeres, a personas con discapacidad o, a otras categorías de trabajadores que definan el empleador y la organización sindical, de común acuerdo.

2. No cabe duda de que el sistema chileno de relaciones colectivas de trabajo es fuertemente descentralizado, no sólo en el nivel de la empresa sino que hasta el nivel de los establecimientos de ella. Si a tal característica se agregan los problemas de identidad real de la empresa, derivados de la definición de ella contenida en el artículo 3° del ´Código del Trabajo[28] , la posibilidad de negociar en niveles supraempresariales, principalmente depende de la voluntad del empleador, grupo de empleadores, asociación o asociaciones de empleadores.

3.3. Exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho de huelga

A. Exclusiones.

1. En el ya mencionado artículo 19° N° 16 de la Constitución se establece que no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tal prohibición también se aplica a *"las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la*

[28] En el artículo 3° del Código del trabajo se establece que para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social: (i) *"se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada"* y, (ii) que dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador *"cuando tengan una dirección laboral común, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común".* Esta figura jurídica de unidad de empresa no se entiende presente por la *"mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas."* Además, en el artículo 3° se dispone que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador: (i) *"podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes"*; (ii) *podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas."* Además, en ese artículo del Código se expresa: (i) que *"los sindicatos interempresa que agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador, podrán presentar proyectos de contrato colectivo, siendo obligatorio para el empleador negociar con dichos sindicatos"* y, (ii) que *"la presentación y tramitación de los proyectos de contrato colectivo se regirán por las normas de la negociación colectiva reglada."*

población o a la seguridad nacional." La determinación de los trabajadores sometidos a esta prohibición corresponde a la ley.

2. En la misma norma constitucional se dispone que la ley *"señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse "a arbitraje obligatorio",* a cargo de tribunales especiales de expertos establecidos por ley.

3. Cabe advertir que estas normas constitucionales excluyentes, están expresadas inmediatamente después de la norma constitucional referida a la negociación colectiva. A la vez, en el Código del Trabajo, lo concerniente a la huelga está normado en los Capítulos VI (Derecho a huelga) y VII (Limitaciones al ejercicio del derecho a huelga), que forman parte del Título IV (El procedimiento de negociación colectiva reglada) del Libro IV del Código del Trabajo (De la negociación colectiva). Ello permite suponer que en la legislación chilena el derecho a huelga no solo constituye un derecho inherente al derecho de sindicación y de libertad sindical, sino que, además, es parte integrante de uno de los procedimientos establecidos para negociar colectivamente.

4. A las mencionadas exclusiones de rango constitucional, se debe agregar la exclusión de carácter general establecida en el ya mencionado artículo 1° del ´Código del Trabajo.[29]

5. Finalmente, en el artículo 362 del Código del Trabajo se dispone que no podrán declarar la huelga *"los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional."*

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas, es efectuada cada dos años mediante una resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento

[29] En él se dispone que sus normas no se aplican a: (i) los funcionarios de la administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial; (ii) los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. No obstante, se les aplicarán las normas del Código del Trabajo en los aspectos o materias no reguladas en esos estatutos, en lo que no fueren contrarias a ellos.

y Turismo, *"previa solicitud fundada de parte."* Tal solicitud se debe poner en *conocimiento "de la contraparte empleadora o trabajadora para que formule las observaciones que estime pertinentes."*

La mencionada resolución se debe publicar en el Diario Oficial y puede ser reclamada ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre el reclamante, según lo establecido en las normas del Código del Trabajo sobre los procedimientos judiciales en la negociación colectiva, Sólo por causa sobreviniente se puede revisar la permanencia de una empresa en la mencionada resolución ministerial conjunta.

B. Limitaciones.

Las normas que limitan el ejercicio del derecho a huelga están contenidas en los artículos 359 al 362 del Código del Trabajo, referidas a la calificación y provisión de servicios mínimos y equipos de emergencia, y 363, que regula la reanudación de faenas ordenada judicialmente.

1. *La provisión de servicios mínimos y equipos de emergencia.*

Al inicio del artículo 359, en forma categórica se afirma que la obligación del sindicato de proveer servicios mínimos no debe *"afectar el derecho a huelga en su esencia".* Por lo tanto, sin duda, se debe entender que la provisión de esos servicios es excepcional y que las normas que la regulan deben interpretarse restrictivamente.

En consecuencia -teniendo presente el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena- los servicios mínimos requeridos deben ser los *"estrictamente necesarios"* para: (i) *"proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes"*; (ii) garantizar: (a) *"la prestación de servicios de utilidad pública"*, (b) *"la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas"*, y (c) *"la prevención de daños ambientales o sanitarios."*

El equipo de emergencia encargado de atender los servicios mínimos durante la huelga estará integrado *"por trabajadores involucrados en el proceso de negociación"*, los que deben *"percibir remuneraciones por el tiempo trabajado."*

Si el sindicato no provee el equipo de emergencia, *"la empresa podrá adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos, incluyendo la contratación de estos servicios."* No obstante, esas medidas *"no podrán involucrar a un número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos por el sindicato, salvo que la Inspección del Trabajo autorice fundadamente uno distinto*.

Según lo establecido en el artículo 360 del Código, antes del inicio de la negociación colectiva, *los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberán ser calificados.* La calificación consiste en identificar: (i) *los servicios mínimos de la empresa* y, (ii) *el número y las competencias profesionales o técnicas de los trabajadores que deberán conformar los equipos de emergencia.*

La calificación debe ceñirse a las siguientes normas centrales: (i) corresponde al empleador proponer por escrito al sindicato o sindicatos, su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, con una anticipación mínima de ciento ochenta días antes del vencimiento del instrumento colectivo vigente en la empresa, enviando copia de ella a la Inspección del Trabajo; (ii) los sindicatos tienen un plazo de quince días para responder, conjunta o separadamente; (iii) si se produce acuerdo, éste debe constar en un acta firmada por el empleador y los sindicatos concurrentes a la calificación, enviándose copia a la Inspección del Trabajo, "dentro de los cinco días siguientes"; (iv) si no se produce acuerdo o éste no involucra a todos los sindicatos, cualquiera de las partes puede requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo; (v) La Dirección Regional del Trabajo debe: (a) oír a las partes; (b) "solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda"; (c) "*realizar visitas inspectivas, a requerimiento de parte"* y, (d) recibir los informes técnicos acompañados por las partes; (vi) la correspondiente resolución que dicte la Dirección Regional del Trabajo debe ser fundada y emitida dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al requerimiento". Tal resolución

es reclamable ante el Director Nacional del Trabajo y, (vii) en presencia de una solicitud fundada de parte *"la calificación podrá ser revisada si cambian las condiciones que motivaron su determinación"*.[30]

La fase calificatoria recién evocada, es seguida por otra de confirmación y provisión de los equipos de emergencia, regulada en el artículo 361 del Código. Esta fase comienza cuando el empleador, en su respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por el sindicato o sindicatos, propone a la comisión negociadora sindical *"los trabajadores afiliados al sindicato que conformarán los equipos de emergencia, cuando corresponda."*

La comisión negociadora tiene un plazo de cuarenta y ocho horas para responder. Si no responde, se entiende aceptado lo propuesto por el empleador.

Si la respuesta es negativa o existe discrepancia *"en el número e identidad de los trabajadores del sindicato que deben conformar los equipos de emergencia"*, el empleador -dentro del plazo de cinco días de recibida la respuesta- debe solicitar a la Inspección del Trabajo que se pronuncie. Ésta debe resolver ese requerimiento dentro del plazo de diez días. En contra de su resolución sólo procede el recurso de reposición.

2. La reanudación de faenas.

Según lo dispuesto en el artículo 363 del Código del Trabajo, si se produce *"una huelga o el cierre temporal de la empresa, que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional"*, el Tribunal de Letras del Trabajo respectivo podrá decretar la reanudación de faenas, previa solicitud de parte. En tal caso, las

[30] A esas normas centrales se agregan las siguientes normas complementarias: (i) si en la empresa existe más de un instrumento colectivo vigente, el plazo mencionado se aplica considerando a aquél *"más próximo a vencer"*; (ii) tratándose de sindicatos recién constituidos se establen plazos especiales; (iii) si existen establecimiento o faenas de la empresa en dos o más regiones, el requerimiento de calificación debe formularse en la correspondiente al domicilio del requirente; (iv) si ha sido requerida la intervención de dos o más Direcciones Regionales, corresponde a la Dirección del Trabajo determinar cuál de ellas resolverá todos los requerimientos formulados" y, (v) en el mes de abril de cada año, la Dirección del Trabajo debe publicar *"los estándares técnicos de carácter general que han servido de base para la calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia."*

faenas se reanudan en las mismas condiciones vigentes en el momento en que fue presentado el correspondiente proyecto de contrato colectivo.

Si atendemos a sus resultados, en esencia esta norma establece una modalidad de exclusión del ejercicio del derecho de huelga, regulada por dos categorías de consideraciones. Una, referida a las características, oportunidad o duración de la huelga. La otra, relacionada con los bienes jurídicos gravemente afectados por ella: (i) la salud; (ii) el medio ambiente; (iii) el abastecimiento de bienes o servicios de la población; (iv) la economía del país o, (v) la seguridad nacional.

Lo solicitado se tramita aplicando el procedimiento abreviado denominado "monitorio", regulado en los artículos 496 al 502 del Código del Trabajo, con excepción del procedimiento preliminar ante la Inspección del Trabajo.

La sentencia definitiva del Tribunal se debe notificar a la Dirección Regional del Trabajo para la designación del correspondiente tribunal arbitral, de común acuerdo entre las partes. La audiencia se realiza con cualquiera de las partes que asista o en ausencia de ellas. En la audiencia se designa a tres árbitros titulares y dos suplentes, entre aquellos inscritos en la Nómina Nacional de Árbitros. En ausencia de las partes, corresponde a la Dirección Regional del Trabajo designar a aquellos que más se acerquen a las preferencias de las mismas. Si las partes no manifestaren preferencias, la designación se hará por sorteo".[31]

Doctrina sustentada por Ermida. Como ya lo evoqué en la primera parte de esta monografía, al precisar el contenido de la autonomía sindical, Ermida expresa que una de sus expresiones es "*la facultad de acción sindical referida a la actividad del sindicato que debe ser elegida, proyectada y realizada libremente por éste, utilizando los medios necesarios para la realización de sus fines, tales como la negociación colectiva, la huelga, etc.*"

Al examinar lo referido a los derechos sindicales ante el Estado y los empleadores y sus organizaciones, Ermida afirma: que *"es absolutamente obvio que la libertad sindical incluye el derecho a la acción sindical, esto es, a ejercer efectivamente los hechos, las funciones atribuidas a los sindicatos. Así, en el*

[31] Artículos 363 y 387 del Código del Trabajo.

marco de la llamada libertad sindical colectiva y dentro de ella, entre los derechos colectivos que posee el sindicato frente al estado y a los empleadores, que se incluyen, sin hesitaciones, la acción reivindicativa y participativa, así como el ejercicio de la negociación colectiva y de la huelga".[32]

Asimismo, afirma que *"el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva es uno de los aspectos más relevantes del derecho a la libertad sindical"*. En apoyo de esta aseveración, Ermida subraya que *"el propio Convenio 98 de la OIT haya dispuesto el estímulo y fomento de la negociación colectiva hasta alcanzar su pleno desarrollo", lo que ha sido recientemente reafirmado por el Convenio 154 sobre fomento de la negociación colectiva".*[33]

A la vez, Ermida sostiene que *"el derecho de huelga es actualmente reconocido como uno de los derechos esenciales para la defensa y promoción de los intereses profesionales".*[34]

También recuerda que *"en sus orígenes el movimiento sindical adoptó exclusivamente una acción de reivindicación o contestación, actitud que aún predomina, siendo esencial e irrenunciable, modernamente ha venido a agregársele, con carácter más o menos subordinado, accesorio o complementario, una acción participativa. Si bien es cierto que en el seno del propio movimiento sindical se discuten aún la procedencia teórica y la conveniencia táctica de abordar la acción participativa, no es menos cierto que hoy en día la participación del sindicato en la vida pública de los países ya es una de las funciones sindicales importantes. Hoy el sindicato participa ampliamente en la vida social, económica y política de numerosos países, poseyendo representantes en gran cantidad de órganos gubernamentales y de las propias empresas, públicas y privadas".*[35]

Finalmente, enfática y acertadamente, Ermida nos recuerda que "el sindicato, la negociación colectiva y la huelga" son "los tres pilares indispensables e interdependientes sobre los que se basa todo el derecho

[32] Ob.cit, p. 45.
[33] Ob.cit, pp. 45-46.
[34] Ob.cit, p.46.
[35] Ob.cit, p. 47.

colectivo del trabajo, al extremo de que la ausencia de cualquiera de ellos impida el funcionamiento de éste".[36]

[36] Ob.cit, p. 46.

Bibliografía

ERMIDA URIARTE, O. (2016). *Sindicatos en Libertad Sindical*, FCU, Quinta Edición, Montevideo – Uruguay.

SEMBLANZA DE OSCAR EL BUENO, POR OSCAR EL MALO

PORTRAIT OF OSCAR THE GOOD, BY OSCAR THE BAD

Oscar HERNÁNDEZ ALVAREZ

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ohernandeza07@gmail.com

Fecha de envío: 29/01/2021

Fecha de aceptación: 01/03/2021

SEMBLANZA DE OSCAR EL BUENO, POR OSCAR EL MALO

Oscar HERNÁNDEZ ALVAREZ

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Partiendo de un relato sobre cómo se conocieron y compartieron los primeros contactos e intercambios, se señala que Oscar Ermida fue el alumno más destacado de la Escuela Uruguaya del Derecho del Trabajo fundada por los grandes Maestros de las primeras generaciones. Surge la anécdota de los apelativos de Oscar el Bueno y Oscar el Malo, cómo nacieron y se divulgaron a lo largo del tiempo. El contexto de América Latina es resaltado como uno en el que se ha vivido una pasión por la regulación del trabajo en condiciones de equidad, no obstante la pobreza y las desigualdades, el militarismo y las oligarquías. La figura de Oscar Ermida sobresalió en la región, dejando incluso una importante huella en Venezuela, país de la nacionalidad del autor, tantas veces visitada por el jurista uruguayo, no sólo en misiones de OIT o por la participación en el Congreso Mundial de Caracas en 1985, sino posteriormente con su presencia en Congresos y conferencias, así como ediciones de trabajos en publicaciones locales. Semblanza de una amistad y expresión del doloroso desenlace, pero con la esperanza de que la semilla por él sembrada siga dando frutos en las presentes y futuras generaciones.

Palabras clave: Oscar Ermida Uriarte - Iuslaboralista - Escuela uruguaya de Derecho del Trabajo - Derecho laboral venezolano

Sumario: 1. Oscar Ermida y el derecho laboral uruguayo. 2. Oscar Ermida y el derecho laboral latinoamericano. 3. Oscar Ermida y el derecho laboral venezolano.

Abstract: Based on a story about how the first contacts and exchanges met and shared, it is noted that Oscar Ermida was the most outstanding student of the

Uruguayan School of Labour Law founded by the great Masters of the first generations. The anecdote of the appellates of Oscar the Good and Oscar the Bad emerges, referring how they were born and circulated over time. The context of Latin America is highlighted as one in which there has been a passion for regulating work in conditions of equity, nevertheless poverty and inequalities, militarism and oligarchies. The figure of Oscar Ermida shined in the region, leaving even an important mark in Venezuela, the country of the author's nationality, so often visited by the Uruguayan jurist, not only in ILO missions or by participation in the World Congress of Caracas in 1985, but subsequently with his presence in Congresses and conferences, as well as editions of works in local publications. It is a resembling of a friendship and expression of the painful outcome, but in the hope that the seed sown by him will continue to bear fruit in present and future generations.

Key words: Oscar Ermida Uriarte - Iuslaboralista - Uruguayan School of Labor Law - Venezuelan labor law

Summary: 1. Oscar Ermida and Uruguayan labor law. 2. Oscar Ermida and Latin American labor law. 3. Oscar Ermida and Venezuelan labor law.

Hace años, tantos que prefiero no decir cuantos, coincidimos en Santo Domingo como profesores en un seminario de Derecho Comparado del Trabajo Oscar Ermida Uriarte y yo. Ermida Uriarte iba vestido impecablemente, con su tradicional terno azul oscuro, corbata bien puesta y cabello engominado. Con cierto aire de artista de cine argentino de la época de Gardel. Oscar era brillante, agradable en el trato, pero muy formal y un tanto tímido, lo cual creaba cierta distancia con los estudiantes. Por mi parte, yo iba a clases como soy, como ustedes me conocen. Los alumnos, con ese sentido del humor tan propio del Caribe, nos bautizaron Oscar el Bueno, a Ermida y a Oscar el Malo, a mí. Yo sabía que Oscar era mucho mejor que yo, pero siempre, no sin dudas, me agarré a la ilusión de que lo de bueno y lo de malo hacía referencia a nuestra distinta manera de ser y no a la calidad de nuestras clases. Pero, en fin, fuese una cosa u otra, los apelativos de Oscar el Bueno y Oscar el Malo se divulgaron, a pesar de la permanente protesta de Plá, a quien no terminaban de gustar estas peripecias del humor caribeño.

Bueno y Malo compartimos durante décadas experiencias académicas y de amistad. Fuimos compañeros junto con il Nonno Pedro Gugliemetti, Carlos Tomada, Susana Corradetti, y Napoleón Goizueta, entre los aquí presentes, en el primer curso auspiciado por la Universidad de Bologna y la O.I.T. Luego seguimos compartiendo experiencias. Incluso, escribimos juntos un ensayo sobre subordinación. Recuerdo que cuando comenzamos a trabajar en su casa, Oscar me dijo, ahora se verá que tan buenos y que tan malos son los Oscares.

Debo decir que Oscar Ermida fue extraordinariamente bueno en su disciplina, que más que la del Derecho del Trabajo, fue la de relaciones laborales, porque perteneció a la escuela de iuslaboralistas que concibe a aquél como el marco normativo de éstas. Pero fue, además, una persona extraordinariamente buena y generosa. Su sentido de la amistad iba más allá del gusto de compartir con los amigos, tan propio de los latinoamericanos, pues se extendía al gusto de colaborar con ellos, en todo aquello en que le fuere posible. Durante una temporada de varias semanas que pase hace años en Montevideo, Oscar tuvo conmigo un trato más que amistoso, cuasi paternal. No sólo me abrió las puertas de su oficina en CINTEFOR, en la cual me ofreció un cubículo, sino que, junto

con Mariza, su fiel compañera, también me abrió las puertas de su casa, en donde fui no sólo invitado, sino también cocinero e, incluso, reglamentista, pues traté de poner orden en las sesiones de supuesto estudio de Paula y Ana Laura, las hijas de Oscar y Mariza, que poblaban la casa con decenas de compañeritas de colegio. El Reglamento de Oscar el Malo, que así lo llamaban, bastante rígido en la regulación de reuniones de colegialas en casa de la familia Ermida Fernández, es una de las normas que ha tenido más efímera vigencia en la legislación uruguaya. Apenas estaba yo en Carrasco abordando mi vuelo de regreso a Venezuela, cuando la rebelión de colegialas llevó a la inmediata derogación del Reglamento.

1. Oscar Ermida y el derecho laboral uruguayo

Hablar de Oscar Ermida es hablar de la Escuela uruguaya de Derecho del Trabajo sin duda una de las más prestigiosas de la Región. Con raíces en De Ferrari, esta Escuela se fue formando bajo la tutoría de tres grandes Maestros. Plá y Sarthou, de grata memoria y Barbagelata, que es una muestra excepcional de vitalidad y lucidez en una edad avanzada. Oscar no sólo fue el más destacado de la generación que siguió a los viejos maestros, sino que fue un valioso nexo de conexión entre ellos y las nuevas generaciones. Eso lo saben mejor que yo los colegas uruguayos.. ¡Cuantas veces Oscar les regaló generosamente su sabiduría! Basta ver en los índices de Derecho Laboral, para apreciar como Oscar estaba dispuesto siempre a participar en investigaciones académicas con otros colegas de su país. La prematura muerte de Oscar, fue ciertamente, un golpe fuerte para la Escuela. Pero la semilla sembrada por los viejos maestros y cultivada por Ermida y por otros, ya generó fuertes árboles, cuya vitalidad perdura más allá de los golpes sufridos.

2. Oscar Ermida y el derecho laboral latinoamericano

Nuestra disciplina ha sido de las más dinámicas de las ciencias jurídicas latinoamericanas. Desde Queretaro, en 1917, la América Latina ha vivido una

pasión por la regulación del trabajo en condiciones de equidad, que ha persistido, no obstante la pobreza y las desigualdades, el militarismo y las oligarquías. La persistencia de tal pasión, aún en contra de estos negativos obstáculos, encontró siempre resorte y refugio en la Academia. Por eso no es de extrañar que nuestra región haya sido abundante en maestros de Derecho del Trabajo. Pero son pocos los que han cultivado la disciplina en clave latinoamericana. Es decir, aquellos que han podido investigar y enseñar, teniendo como marco de referencia, no a su propio país, sino a la Región, con sus unidades y sus diversidades, con sus desarrollos particulares y sus tendencias generales. Entre esos pocos, Ermida ocupó posición relevante. Lo sabemos de sobra los de Bologna-Castilla La Mancha, que tuvimos tantas veces el privilegio de escuchar sus sabias disertaciones.

3. Oscar Ermida y el derecho laboral venezolano

Por último y ajustándome a las limitaciones de tiempo establecidas, quiero señalar que Ermida tuvo una participación importante en el Derecho Laboral venezolano. Visitó mi país por primera vez en 1985, con ocasión del Congreso Mundial que se celebró ese año en Caracas. Pocos años después participó como profesor de un seminario de Derecho Comparado del Trabajo que se llevó a cabo en Caracas, en continuidad de los seminarios iniciados en Passo Fondo por Wagner Giglio. A inicios de los noventa fue designado por la OIT, para integrar una misión de estudio sobre las relaciones laborales en Venezuela. Junto con Oscar, participaron en esa misión, otro uruguayo que dejó honda huella durante su desempeño académico en Venezuela, el Maestro Osvaldo Mantero y mi Maestro, el cubano Efrén Córdova. Nunca se había hecho tan buena radiografía de las relaciones laborales de Venezuela como se hizo en ese estudio, cuya publicación fue obstaculizada por el gobierno venezolano, hasta que, por esos avatares de la vida, nuestro compañero boloñés Napoleón Goizueta tuvo un breve paso por el Ministerio del Trabajo y, entre gallos y media noche, dio a la OIT la autorización gubernamental requerida para la publicación.

Oscar luego fue frecuente asistente a Congresos y conferencias en Venezuela y participó con sus trabajos en publicaciones venezolanas. En participó en la concepción del Seminario de Post Grado en Derecho Comparado del Trabajo a realizarse en la Isla de Margarita , organizado por la Universidad de Margarita y por la Fundación Universitas, de la cual es Director nuestro compañero Iván Mirabal y que se ha institucionalizado recientemente como Seminario Académico para América Latina de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A este último encuentro Oscar no pudo asistir. La vida fue generosa en darle talento y bonhomía. Cuánto nos hubiese gustado que esa vida no hubiese terminado prematuramente, cuando estaba en la plenitud de sus facultades y de su producción científica. Pero más que la pesadumbre debe reinar entre nosotros los sentimientos de gratitud, por haberlo tenido entre nosotros y de esperanza de que la semilla por él sembrada siga dando frutos en las presentes y futuras generaciones.

Mucho agradezco a los organizadores de este Encuentro que me hayan conferido el extraordinario honor de haber participado en este homenaje a nuestro querido compañero Oscar Ermida Uriarte, miembro de la primera promoción de nuestro Grupo.

CRÍTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL DE MERCADO

CRITICISM OF FREEDOM OF ASSOCIATION IN THE MARKET

Héctor Omar GARCÍA

Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

hgarciaomar@gmail.com

Fecha de envío: 30/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

CRÍTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL DE MERCADO

Héctor Omar GARCÍA
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Resumen: El trabajo analiza a la libertad sindical desde la óptica de las normas internacionales, así como su evolución e involución. Asimismo, se pondera el derecho de huelga en la jurisprudencia internacional y en la OIT y se plantean los desafíos de cara al futuro para los derechos de acción que integran la libertad sindical.

Palabras clave: Libertad sindical - OIT - Comité de Libertad Sindical - Huelga

Sumario: 1. Introducción: La libertad sindical en las normas internacionales. 2. La libertad sindical en la globalización: evolución e involución. 3. El derecho de huelga en la jurisprudencia internacional y en la OIT. 4. En la búsqueda de soluciones.

Abstract: The work analyzes freedom of association from the perspective of international norms, as well as its evolution and involution. Likewise, the right to strike is weighed in international jurisprudence and in the ILO and challenges for the future are raised for the rights of action that make up freedom of association.

Key words: Freedom of Association - ILO - Committee on Freedom of Association - Strike

Summary: 1. Introduction: Freedom of Association in International Standards. 2. Freedom of association in globalization: evolution and involution. 3. The right to strike in international jurisprudence and in the ILO. 4. In search of solutions.

A O.E.U.,
siempre entre nosotros,
siempre delante de nosotros.

1. Introducción: la libertad sindical en las normas internacionales

Es bien sabido que la libertad sindical, en tanto derecho fundamental de dimensión universal, ha obtenido una plasmación positiva internacional que trasciende a la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT") y su sistema normativo. Atestiguan esa trascendencia numerosos instrumentos jurídicos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.4); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22); el Protocolo de San Salvador (art. 8) y la Declaración Sociolaboral del Mercosur (art 16 del texto revisado en 2015)[1], además de los Convenios núm. 11, 87 y 98, entre otros de la OIT, y dos declaraciones trascendentales de esta organización internacional: la *relativa a los fines y objetivos de la OIT* (Declaración de Filadelfia de 1944), incorporada a la Constitución de la OIT en 1946, y la *relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, de 1998.

Entre los tratados mencionados es necesario destacar los dos pactos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Estos pactos, no solo garantizan —cada uno por su lado— al derecho de libertad sindical sino, además, ambos le otorgan al Convenio nº 87 de la OIT una prevalencia terminante[2] en cuanto se relaciona con las garantías que este

[1] ERMIDA URIARTE, Oscar, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", en *Revista de la Asociación Ius et Veritas*, Lima, Nº 27, 2003, pp. 247/258. Asimismo, la Corte Suprema argentina aplicó esta declaración como una fuente más entre otras provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, en los casos: "*Asociación de Trabajadores del Estado –ATE– c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales*", 11/08/2008 (*Fallos*: 331:2499); "*Pérez, Aníbal Raúl c. Disco SA*", 1º/09/2009 (*Fallos:* 332:2043); y "*Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/acción de amparo*", 7/12/2010 (*Fallos:* 333:2306).

[2] El art. 8, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declara que: "*Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas*

instrumento originado en el tripartismo internacional de la segunda posguerra concede a la autonomía colectiva de los trabajadores[3].

A tal punto es relevante esa integración del Convenio 87 a los esos documentos internacionales, sobre todo al PIDCP, por cuanto ella viene a contradecir las visiones de los derechos económicos, sociales y culturales como una edición menor en relación con los denominados derechos "de primera generación" (precisamente, los derechos civiles y políticos), que resultarían además perniciosos en cuanto vendrían a ser causa de supuestos aumentos de costos con consecuencias de pérdida de competitividad para las economías de las empresas y los Estados.

La Argentina, a contracorriente de la ola neoliberal que recorrió Sudamérica durante la década de 1990, reformó su Constitución Nacional (CN) en 1994 e incorporó a su ordenamiento interno las convenciones internacionales como normas de grado *superior a la ley* y, específicamente, los tratados de derechos humanos pasaron a ser fuentes de igual jerarquía que la norma fundamental (art. 75.22 CN). Entre las convenciones internacionales mencionadas en primer término, se encuentran los convenios de la OIT; entre los enunciados en segundo lugar, se encuentran los referidos pactos de las Naciones Unidas.

La integración del Convenio nº 87 al PIDESC y el PIDCP, ambos dotados de la mayor jerarquía normativa en el ordenamiento argentino, dio lugar, tres lustros más tarde, a que la Corte Suprema de Justicia proclamara la jerarquía

garantías." Una cláusula casi idéntica conforma el numeral 3 del art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[3] Sin desconocer que el art. 2 del Convenio nº 87 incluye como sujetos titulares del derecho de libertad sindical a *los empleadores*; tomamos en cuenta esta norma internacional en cuanto concierne a *los trabajadores*, teniendo en cuenta los señalamientos provenientes de algunos autores, como Ermida Uriarte, quien puso de manifiesto que "las razones por las cuales la OIT bilateraliza la titularidad de la libertad sindical luego de treinta años de atribuirla unilateralmente a los trabajadores, parecen ser exclusivamente pragmáticas y políticas, así como ajenas a la dogmática jurídica. E inmediatamente se hace necesario advertir que tal bilateralización resiente la función protectora del derecho fundamental de sindicación." *Vid*. ERMIDA URIARTE, Oscar, "Crítica de la libertad sindical", en rev. *Derecho Laboral*, Montevideo, t. LIV – Nº 242, abril – junio 2011, p. 233. Con idéntica orientación, Villavicencio Ríos tampoco acepta las tesis que denomina *bilaterales* o *pansindicales* y mantiene toda referencia a este derecho en el terreno exclusivo de los trabajadores. Vid. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*, OIT (Proyecto FSAL/ACTRAV) – PLADES – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, p. 97, nota 62.

constitucional del convenio de la OIT que garantiza la libertad sindical y el derecho de sindicación[4].

En términos comparables a los de la Corte argentina se han expresado otros tribunales superiores del subcontinente. El Tribunal Constitucional del Perú, al considerar incluidos en el respectivo *bloque de constitucionalidad* los convenios de la OIT en materia de negociación colectiva, como el 98, el 151 y el 154[5]. Y antes, en 1999, lo había hecho la Corte Constitucional de Colombia, cuando tuvo oportunidad de sentar doctrina sobre la integración de las *recomendaciones* del Comité de Libertad Sindical al bloque de constitucionalidad de este país[6].

Sin embargo, estos casos de tutela judicial efectiva de la libertad sindical provenientes de altos tribunales sudamericanos, son tan puntuales que producen al mismo tiempo sensaciones gratificantes e inquietantes. Ello, porque en definitiva se trata de pronunciamientos escasos y sus criterios no son perdurables. Es más vasta la tendencia que se observa en la jurisprudencia de los altos tribunales de la región y también en la de tribunales superiores de países europeos (por caso, del Tribunal Constitucional de España[7]), sobre todo

---

[4] "*El Convenio, además de haber sido ratificado por la Argentina (en 1960) y estar claramente comprendido en la citada Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, ha sido hecho propio, de acuerdo con lo ya señalado, por dos tratados con jerarquía constitucional*". Véase: CSJN, 11/08/2008, "*Asociación de Trabajadores del Estado –ATE– c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales*" (*Fallos*: 331:2499).

[5] Véase STC 3/09/2015 (Expedientes 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC), especialmente el voto concurrente de la magistrada Ledesma Narváez.

[6] "*Las recomendaciones de la OIT son obligatorias para el gobierno por dos razones: primera, en virtud de la Constitución de la OIT (art. 19), y de los convenios 87 y 98 sobre sindicalización, todos ratificados por el Estado. Segunda, la Constitución Política, artículos 39, (derecho de asociación sindical) 56, (derecho de huelga) 53 (los Convenios Internacionales en materia de derecho al trabajo pertenecen a la legislación interna), y 93 (prevalencia de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia).*" Véase: Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, "*Sindicato de las Empresas Varias de Medellín c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín E.S.P.*", 10/08/1999 (sent. T-568/99).

[7] En el caso "Tele-Madrid", el Tribunal Constitucional español convalidó la práctica del *esquirolaje tecnológico*, esto es, el reemplazo de huelguistas por medios tecnológicos: "*la efectividad del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta la empresa o abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos perseguidos por la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma*". Véase STC 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017, 17), y asimismo TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El esquirolaje tecnológico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.

en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, decididamente encaminada a desandar el camino en la garantía de los derechos de libertad sindical iniciado en la primera posguerra mundial, con la fundación de la OIT, y desarrollado en la segunda. La propia corte argentina, en la década pasada, comenzó a retroceder en la tutela de los derechos de libertad sindical, concretamente en materias como la titularidad del derecho de huelga[8] y la protección de los representantes gremiales contra el despido[9].

Fase de retroceso, de debilitamiento o de neutralización de la eficacia de las garantías del derecho de libertad sindical más allá de su reconocimiento formal como libertad de constituir asociaciones gremiales. En palabras más claras, lo que se puede constatar es un proceso de vaciamiento del contenido de la libertad sindical. Se mantiene una cierta consideración hacia la libertad sindical en su expresión estática o formal como derecho de constituir organizaciones sindicales y de afiliarse a ellas. Un derecho o —en palabras de Massimo D'Antona— "una libertad en una sola dimensión, una « *libertad de* »[10]".

2. La libertad sindical en la globalización: evolución e involución

La noción de libertad sindical se encuentra sometida a una intensa presión que procura estrechar progresivamente su alcance hasta identificarlo con el de una inadjetivada libertad de asociación. Sarthou enfrentó ese intento oponiendo las razones históricas que condujeron a la construcción del derecho de libertad sindical, cuya naturaleza "nada tiene que ver con el derecho de asociación que generan las sociedades comerciales o las asociaciones en el derecho civil o común". La constitucionalización específica de la libertad sindical y sus

[8] CSJN, 7/06/2016, "*Orellano, Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo*" (*Fallos*: 339:760). En esta sentencia el máximo tribunal argentino concentró la titularidad del derecho de huelga en las organizaciones sindicales, haciendo una interpretación restrictiva del término "*gremios*" adoptado por el art. 14 bis CN, inspirado en el art. 56 de la Constitución uruguaya de 1934, modificada en 1942.

[9] CSJN, 23/02/2016, "*De Caso, Andrea L. c. Cascada S.R.L. s/reinstalación (sumarísimo)*" (*Fallos*: 339:155); *ídem*, 4/09/2018, "*Varela, José G. c. Disco S.A. s/amparo sindical*" (*Fallos*: 341:1106); *ídem*, 4/06/2020, "*Laurenzo, Juan Manuel c. Unión Platense S.R.L. s/amparo*" (*Fallos*: 343:341).

[10] D'ANTONA, Massimo, "Derechos sindicales y derecho del sindicato en Italia: el Título III del Estatuto de los Trabajadores revisitado", traducido por Rosario Gallardo, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Nº 1, Edit. Complutense, Madrid, 1992, p. 90.

elementos componentes —evoca Sarthou— "no es un hecho social, político e institucional superfluo o redundante, con base en que ya estaba garantizado el genérico derecho de asociación", sino media una "diferencia esencial entre las expresiones subjetivas de esa libertad de agremiación y de la necesidad social de los sujetos sindicales frente a la contingencialidad de las asociaciones del simple derecho de asociación, que ningún conflicto histórico promovieron en la historia de la humanidad"[11].

Conforme señala Romagnoli, el tratamiento diferenciado de la libertad sindical respecto de la libertad de asociación tal como la entendía la doctrina del liberalismo clásico, es decir, como ausencia de ataduras e interferencias, edificó el salto cualitativo representado por el Derecho del Trabajo. La libertad sindical —ilustra el maestro de Bolonia—, desde que dejó de contentarse con la inviolabilidad, adquirió la dimensión de « *libertad para* ». "Ya no es tan solo un principio abstracto" y "se halla provista del poder de procurarse recursos de naturaleza diversa que el empresario no puede negarse a proporcionar sino a costa de incurrir en ilicitud"[12].

Sin embargo, la visión unidimensional de la libertad sindical, como nuda *libertad de asociación* —tal como es enunciado el derecho en lengua inglesa y se plasmó en la denominación que recibe el Convenio nº 87 en este idioma (*freedom of association*)—, gana espacio en la actualidad de las relaciones y las instituciones ligadas al trabajo y trastoca la finalidad esencial de la libertad sindical cifrada en la creación y tutela de otros derechos del trabajador en la tendencia hacia la subordinación de su objeto a las libertades económicas que impone el mercado. Se produce así otro tránsito (esta vez, involutivo) de la

[11] "Por eso hablamos de un pluralismo conflictual en el sistema capitalista, tomando en este aspecto la posición sostenida por Khan-Freund. Pero le agregamos que además es fundacional o genético, que es bipolar y que, en cuando tal, ha sido bilateralmente constitucionalizado. (…) el reconocimiento del derecho de la libertad sindical representa el acuerdo en ese pluralismo conflictual genético, bipolar y constitucionalizado de los propietarios de capital y los trabajadores en tregua histórica, con sus armas jurídicas documentadas en el pacto fundacional de la comunidad." Cfr. SARTHOU, Helios, "Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical", en DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, edición de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 188, México, 1997, p. 179.

[12] ROMAGNOLI, Umberto, "La libertad sindical, hoy" (traducción de Antonio Baylos), en *Revista de Derecho Social*, Albacete, Nº 14, abril – junio 2001, p. 15.

libertad sindical que, más que un retorno a la concepción de esta como simple *libertad de* asociación, implica una mutación de la *libertad sindical para* enfrentar los intereses del empresario, en preservación de los derechos del trabajador, hacia una suerte de libertad sindical anómala: una *libertad sindical de mercado*, sometida a modificación genética para satisfacer los intereses del empleador, aunque ello deba ocurrir a costa de los derechos que antes tutelaba.

La libertad sindical impostada, renegada, deriva de la tendencia, creciente, a despojar a aquel derecho fundamental de toda garantía a los derechos de acción que hacen a su instrumentalidad esencial; principalmente, los derechos de huelga y de negociación colectiva, que son precisamente las expresiones agonales de la libertad sindical, las que poseen la capacidad concreta de modificar la realidad, los hipotéticos estados de cosas desfavorables a los trabajadores. Derechos imprescindibles para que la libertad sindical cumpla su *función instrumental* de generar y tutelar otros derechos de los trabajadores.

Tal concepción plana, inocua, de la libertad sindical, preferida por el capitalismo global de estos tiempos, implica un reverdecimiento del integrismo liberal en el campo económico y social, cuyo principal representante ha sido Friedrich Hayek. Este influyente economista y jurista cuestionó, desde mediados del siglo pasado, la existencia misma de los sindicatos. Escribió alegatos corrosivos en contra del reconocimiento de derechos sindicales más allá de la mera libertad de asociación, despojada de toda capacidad de negociación y de conflicto[13].

La corriente neoconservadora no deja, desde luego, de tener contrincantes. En el debate de ideas es enfrentada por juristas como Antonio Baylos y Alain Supiot. El primero, saliendo al cruce del resurgimiento del pensamiento de Hayek en ámbitos académicos y de la política pública, cuestiona que: "Pese a que la ideología respeta como elemento fundante de la sociedad las libertades cívicas, entre ellas la libertad de asociación, la libertad de los trabajadores para asociarse en la defensa de sus intereses ha sido siempre vista con sospecha, de manera que se debía limitar o anular, en ocasiones, a través

[13] "Los sindicatos no han conseguido su importancia y poder actuales por el mero ejercicio del derecho de asociación." *Vid.* HAYEK, Friedrich A., "Sindicatos, inflación y beneficios", integrada a la obra *Sindicatos, ¿para qué?*, colección *Laissez faire!*, Unión Editorial, Madrid, 2009, p. 20.

de la interdicción o restricción muy intensa de sus medios de acción, como la negociación colectiva y, especialmente, la huelga"[14]. Por su lado, Supiot opone a las ideas de Hayek el principio de solidaridad[15], verdadero emblema del asociacionismo obrero.

3. El derecho de huelga en la jurisprudencia internacional y en la OIT

Otrora hermanos siameses, hoy, la huelga y la libertad sindical se encuentran sometidos a presiones tendientes a su separación. Más allá de la consagración formal de ambos derechos en las constituciones políticas de la mayoría de los países de América Latina y de Europa[16], la huelga entró en el siglo XXI padeciendo problemas de eficacia. Estos provienen, en algunos casos, de la normativa infraconstitucional pero, en su mayor medida, de las instancias institucionales a cargo de asegurar la aplicación de la normas en el ámbito jurídico interno de los Estados y en el internacional. Los "treinta años gloriosos" para los derechos sociales fueron sucedidos por otros treinta de pérdidas y retroceso que conforman una tendencia que parece indetenible.

La desagregación forzada de la huelga respecto de la libertad sindical es ostensible en la jurisprudencia de diversos países y, particularmente, en la más alta instancia judicial europea. Pero donde este problema se verifica con singular

---

[14] BAYLOS, Antonio, *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, Serie *Estudios Socioculturales*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2012, p. 113.

[15] El jurista francés afirma que la justicia social es, hoy, el principal obstáculo que enfrenta el *Mercado* para imponerse completamente al orden jurídico, y es por ello que las empresas lo han convertido en objeto de destrucción sistemática. *Vid*. SUPIOT, Alain, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, coll. *Poids et mesures du monde*, Fayard, París, 2015.

[16] Con la salvedad que corresponde al Reino Unido, donde la huelga no goza de reconocimiento como derecho, sino apenas como una *libertad*, que el trabajador puede ejercer pero sin protección contra el despido. Se considera que el trabajador que acude a la huelga incurre en incumplimiento del contrato de trabajo, generando además responsabilidad para el sindicato convocante por inducir a los trabajadores a dicha ruptura. La acción se presume ilegal y solo se ampara si la huelga encuadra en alguna de las inmunidades legalmente establecidas, aplicables exclusivamente en el marco de un conflicto entre los trabajadores y su empleador (*trade dispute*), pues, de lo contrario, el empresario puede demandar una orden judicial (*injunction*) para detener la acción o, en su caso, reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. *Vid*. NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, "La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel", en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, colección *Enfoque Laboral*, nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 61/62.

énfasis es en el sistema de control normativo de la OIT. Fue puesto en evidencia crudamente por el embate frontal del Grupo de los Empleadores de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo contra el principal organismo de ese sistema de control de la OIT —la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones—, que no se limitó a los *idus* de junio de 2012 sino perdura indefinidamente.

El cuestionamiento del empresariado mundial[17] es de doble carácter: formal o metodológico y sustancial o de interpretación normativa, y se traduce de manera concreta en dos dimensiones: a) la negación del derecho de huelga como parte del contenido del Convenio n° 87[18]; y b) el desconocimiento de la competencia de la Comisión de Expertos para interpretar las normas de la propia OIT (lo que implica la puesta en crisis del entero sistema de control normativo, que hace a la razón de existencia de esta agencia internacional)[19].

La desmesurada presión para excluir al derecho de huelga del Convenio nº 87 no se explica sino como demostración de fuerza del empresariado internacional, que volcó el peso de su influencia —nunca antes exhibida de forma tan impudorosa— sobre los gobiernos de los Estados miembros de la OIT y en la propia organización con la finalidad de despojar de garantía jurídica a la principal herramienta que poseen los trabajadores para la defensa de sus

[17] La posición respecto de la ajenidad del derecho de huelga con respecto al Convenio nº 87 y la crítica relativa al alcance del mandato de la Comisión de Expertos habían sido anticipadas por la Organización Internacional de Empleadores (OIE) en un documento de junio de 2011.

[18] "Al comienzo de la reunión de la Comisión de Aplicación de Normas de 2012, el Vicepresidente empleador expresó la insatisfacción de su Grupo con algunas partes del estudio general (de la comisión de Expertos). El Grupo de los Empleadores mantuvo que no podía interpretarse que del Convenio núm. 87 emane el derecho de huelga, y dijo que no se limitaría a presentar una simple objeción al respecto, como había hecho hasta entonces. Esta vez, los empleadores exigían que no se examinase ningún caso de incumplimiento grave del Convenio núm. 87 por parte de un Estado Miembro que lo hubiera ratificado." *Vid*. BELLACE, op. cit., pp. 62/64.

[19] "Aunque los empleadores venían manifestando esas objeciones desde hacía veinte años, lo que sorprendía esta vez era su modo de percibir las relaciones internas dentro de la OIT. Aceptar este enfoque supone afirmar que los miles de casos sobre los que se ha pronunciado el CLS a lo largo de sus sesenta años de existencia no han dado lugar a un marco coherente respecto de la libertad sindical que pueda servir de referencia a otros órganos de la Organización, y que la Comisión de Expertos, al velar por la aplicación del Convenio núm. 87, no puede basarse en la interpretación del CLS sobre las garantías constitucionales que protegen la libertad sindical." Véase BELLACE, Janice, "La OIT y el derecho de huelga", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133 (2014), núm. 1, pp. 62/64.

derechos e intereses, como expresa el denominado *principio básico* del Comité de Libertad Sindical en materia de huelga[20].

No caben dudas de que el art. 3 del Convenio n° 87, cuando consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores a "formular su programa de acción", alude a la huelga. ¿A qué índole de acciones sindicales podría remitir el convenio sobre la libertad sindical que no incluyera este derecho?

La ponderación jurídica de la huelga no está en crisis en el ámbito interamericano, donde mantiene vigencia la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los *leading cases* internacionales "*Baena vs. Panamá*" y "*Huilca Tecse vs. Perú*". De acuerdo con esta doctrina, la libertad sindical radica "básicamente" en la facultad de constituir organizaciones sindicales, pero no solo en ella, sino igualmente en las facultades de "*poner en marcha* [la] *estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención*

[20] "*El Comité ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales.*" Este derecho, también dentro de la doctrina del Comité, se encuentra garantizado por el Convenio nº 87: "*El derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87.*" Véase: OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, Sexta edición (2018), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 145, párr. 752 y 754, respectivamente. Sin perjuicio de este reconocimiento del Comité, que merece ponerse en relieve, de la huelga como un derecho fundamental contenido en el Convenio nº 87, su doctrina continúa inevitablemente en el proceso de "conservadurización" observado por Ermida Uriarte hace una década (*Vid*. Ermida Uriarte, Oscar, "Crítica de la libertad sindical", en rev. *Derecho Laboral*, t. LIV – Nº 242, Montevideo, Abril – Junio 2011, pp. 236/238). Este repliegue en la doctrina jurídica del sistema de control normativo de la OIT es evidente en otros párrafos de las últimas recopilaciones de decisiones del Comité —la de 2006 y la de 2018, que acaba de citarse—, en la que aparece una preocupante matización del mencionado "principio básico" en materia de huelga. En los párrafos 520 y 751 de sendas recopilaciones, puede leerse que: "*El Comité ha estimado siempre que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones* ***únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos***." (Resaltado agregado.) Más que una reafirmación de inveterada doctrina, parece un intento del Comité de rescribir su historia, dado que el condicionamiento a la defensa excluyente de intereses "únicamente económicos" de los trabajadores parece desdecir su propia doctrina sobre la legitimidad de las huelgas políticas, que se encuentra a la vista en las mismas recopilaciones. A título de ejemplo, véase: *La libertad sindical*, recopilación de 2006, p. 526. "*Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores.*" *Ibidem*, párr. 527: "*Las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política, económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida.*"

de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho" ("Baena")[21]. La libertad sindical de asociación y de acción son dos dimensiones que "*deben ser garantizadas simultáneamente*", puesto que "[l]*a libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga*" ("Huilca Tecse")[22].

Pero si dirigimos la mirada hacia Europa, constatamos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de huelga y de negociación colectiva se encuentra ligada a las libertades económicas, porque este tribunal ha juzgado estos derechos sociales en relación con las libertades de establecimiento y desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios[23] (garantizadas por el art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Directiva 96/71).

Apenas transcurrido un lustro del siglo XXI, la alta jurisprudencia europea inició un proceso de relativización y condicionamiento de la eficacia de los derechos laborales colectivos mediante el dictado de sentencias controversiales (en los casos "*Viking*", "*Laval*", "*Ruffert*" y "*Fonnship*"[24]) que deslegitimaron el ejercicio de la huelga y la negociación colectiva cuando estos derechos entraron en colisión con las referidas libertades del mercado eurocomunitario. El TJUE priorizó las ventajas competitivas de las empresas que desplazaron sus trabajadores *low cost* al territorio de otros estados sin someterse a la normativa legal y convencional de estos últimos, que les resultaba más onerosa en cuanto

[21] CorteIDH, "*Baena, Ricardo y otros vs. Panamá (Fondo, reparaciones y costas)*", sentencia del 2/02/2001, Serie C Nº 72, párr. 156.
[22] CorteIDH, "*Huilca Tecse, Pedro y otros vs. Perú (Fondo, reparaciones y costas)*", sentencia del 3/03/2005, Serie C Nº 121, párr. 70 y 72.
[23] MENDOZA NAVAS, Natividad, "La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Directora), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, col. *Enfoque Laboral* nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 123.
[24] Respectivamente: STJUE, 11 de diciembre de 2007, "*International Transport Works' Federation y Finnish Seamen's Union (FSU) vs. Viking Line ABP y su filial OU Viking Line Eesti*" (C-438/05); *ídem*, 18 de diciembre de 2007, "*Laval un Partneri Ltd. vs. Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*" (C-341/05); *ídem*, 3 de abril de 2008, "*Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen*" (C-346/06); e *ídem*, 8 de julio de 2014, "*Fonnship A/S vs. Svenska Transportarbetare-förbundet y del Facket för Service och Kommunikation (SEKO)*" (C-83/13).

a costos salariales y condiciones de trabajo, aunque ello implicara favorecer el *dumping* social.

Conforme sintetiza Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, la libre prestación de servicios opera a favor de las empresas que desplazan trabajadores y, en perjuicio de estos, como inmunidad o antídoto frente a la legislación laboral y la autonomía colectiva del país de acogida, lo cual determina el consecuente sacrificio de los derechos fundamentales de libertad sindical, huelga y negociación colectiva, tanto de las organizaciones sindicales y de los trabajadores del Estado huésped como de los propios trabajadores desplazados, cuyos derechos colectivos y su posible ejercicio en el lugar de trabajo no aparecen directamente afirmados[25].

La doctrina del TJUE favorece ostensiblemente a la libertad de mercado a costa de los derechos de libertad sindical. Puntualmente, en detrimento de la eficacia de las normas nacionales e internacionales que tutelan el derecho de huelga y la vigencia de las convenciones colectivas. Las decisiones de la máxima instancia jurisdiccional de la Unión ilustra la prevalencia de "la Europa de los mercaderes" por sobre "la Europa de los trabajadores"[26].

No es posible cerrar este apartado sin hacer siquiera una referencia a la utilización de la tecnología de avanzada para neutralizar la eficacia del ejercicio del derecho de huelga. Este fenómeno, denominado *esquirolaje tecnológico*, que ya ha generado debate jurisprudencial en Europa, no consiste sino en el reemplazo de los trabajadores huelguistas, pero ya no por otros trabajadores

[25] De acuerdo con el autor arriba citado, el TJCE, interpretando la normativa de la Unión Europea (Directiva 96/71) a la luz del art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (que prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro), además de asegurar un núcleo de reglas imperativas de protección mínima que deben respetar, en el país de acogida, los empresarios que desplazan a trabajadores con objeto de efectuar un trabajo de carácter temporal en el lugar de la prestación, opera también como fijación de máximos de protección, evitando reglas laborales en el país de acogida que mejoren las establecidas en el país de origen (más allá de ese núcleo de normas mínimas). *Vid*. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo", en *Temas Laborales*, núm. 100, vol. 2, 2009, p. 546.

[26] MIRANDA BOTO, José María, "La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europea", en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, col. *Enfoque Laboral* nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 85.

contratados *ad hoc* por el empresario (*esquiroles*), sino por dispositivos automatizados[27].

4. En la búsqueda de soluciones

Los derechos de acción que integran la libertad sindical, para que esta no permanezca congelada en una mera libertad de asociación testimonial, tienen que incidir en el mismo ámbito global en que acontece el problema, que urge resolver. La pregunta es cómo lograr superar esta situación, que excede lo coyuntural y se encamina hacia su agravamiento, como lo ponen en evidencia la jurisprudencia europea destacada precedentemente y el bloqueo de los mecanismos de control de normas en cuanto se refiere a la huelga nada menos que en el seno de la OIT.

La gravedad y complejidad de la situación no exime a los Estados de buscar respuestas disponiendo de todos los medios a su alcance, pero sin embargo está claro que, dada la dimensión transnacional del problema, este no podrá ser enfrentado victoriosamente desde el aislado marco de la legislación estatal, que la libre circulación de mercancías y capitales permite a las empresas eludir con facilidad[28]. Es necesario impulsar acciones que se proyecten extraterritorialmente, es decir, que trasciendan esa limitada dimensión geográfica-jurídica, con el fin de construir una regulación.

Tras ese fin, no se debe menospreciar que aún preservan su vigencia instrumentos internacionales de derechos fundamentales que podrían dar sustento a un hipotético pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia, que es el órgano autorizado para clausurar cualquier discusión relativa a la interpretación de tratados[29].

---

[27] Véanse la sentencia sintetizada y la bibliografía citada en la nota 7 de este trabajo.
[28] SUPIOT, Alain, *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, traducción de Jordi Terré, Península, Barcelona, 2011, p. 148.
[29] De acuerdo con el art. 92 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, "*La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas*…" A su vez, el art. 94.1 de la carta orgánica del alto tribunal internacional con sede en La Haya dispone que: "*Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.*" Y el art. 96 del mismo instrumento agrega que: "***a)*** *La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión*

Por otro lado, hay un factor que no debe abdicar su papel de actor relevante en las relaciones laborales transnacionales, y este es obviamente el sindicato. Aunque la pérdida de influencia y la desorientación del movimiento obrero internacional en el escenario de la globalización financiera son inocultables, aún conserva, este actor, un lugar insoslayable en el tripartismo estructural de la OIT.

Desde ese lugar, y en relación con lo señalado dos párrafos más arriba, la Central Sindical Internacional, aún está a tiempo de corregir el error de haber acordado con la OIE, en febrero de 2013, no llevar ante la Corte Internacional de Justicia el planteo sobre la pertenencia del derecho de huelga al contenido del Convenio n° 87. El error puede corregirse denunciando ese acuerdo y requiriendo al Consejo de Administración de la OIT la presentación de una consulta sobre el tema en cuestión ante la Corte de La Haya, que —como se ha dicho— es el único tribunal idóneo para poner un punto final a la discusión.

Este tribunal todavía cuenta con un bagaje importante de normas y doctrina jurídica internacionales en que apoyarse para reafirmar la garantía que recibe la huelga del Convenio sobre la libertad sindical. Doctrina que, con el transcurso del tiempo, continuará diluyéndose así como acrecentándose la creencia de que los sindicatos no han logrado entrar en el siglo XXI.

---

jurídica. b) Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades."

Bibliografía

BAYLOS, A. (2012). *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, Serie *Estudios Socioculturales*, Los libros de la Catarata, Madrid.

BELLACE, J. (2014). "La OIT y el derecho de huelga", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, núm. 1.

D' ANTONA, M. (1992). "Derechos sindicales y derecho del sindicato en Italia: el Título III del Estatuto de los Trabajadores revisitado", traducido por Rosario Gallardo, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Nº 1, Edit. Complutense, Madrid.

ERMIDA URIARTE, O. (2003). "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", *Revista de la Asociación Ius et Veritas*, Lima, Nº 27.

ERMIDA URIARTE, O. (2011). "Crítica de la libertad sindical", *rev. Derecho Laboral*, Montevideo, t. LIV, Nº 242, abril – junio.

HAYEK, F. (2009). "Sindicatos, inflación y beneficios", *Sindicatos, ¿para qué?*, Colección *Laissez faire!*, Unión Editorial, Madrid.

MENDOZA NAVAS, N. (2016). "La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Directora), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, Colección *Enfoque Laboral* nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia.

MIRANDA BOTO, J. (2016). "La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europea", en FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (Dir.), *El derecho de huelga en el Derecho internacional*, Colección *Enfoque Laboral* nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2016). "La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel", en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Colección *Enfoque Laboral*, nº 23, Universidad del País Vasco – Tirant lo Blanch, Valencia.

OIT (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO FERRER, M. (2009). "Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo", *Temas Laborales*, núm. 100, vol. 2.

ROMAGNOLI, U. (2001). "La libertad sindical, hoy" (traducción de Antonio Baylos), *Revista de Derecho Social*, Albacete, Nº 14, abril – junio.

SARTHOU, H. (1997). "Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical", en DE BUEN LOZANO, N. y MORGADO VALENZUELA, E. (Coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, edición de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 188, México.

SUPIOT, A. (2011). *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, traducción de Jordi Terré, Península, Barcelona.

SUPIOT, A. (2015). *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, coll. *Poids et mesures du monde*, Fayard, París.

TASCÓN LÓPEZ, R. (2018). *El esquirolaje tecnológico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.

VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*, OIT (Proyecto FSAL/ACTRAV) – PLADES – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA VISIÓN DE OSCAR ERMIDA URIARTE

THE INTERNATIONALIZATION OF LABOR LAW IN THE VISION OF OSCAR ERMIDA URIARTE

Juan RASO DELGUE

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de la República, Uruguay.

juanraso@redfacil.com.uy

Fecha de envío: 11/04/2021

Fecha de aceptación: 18/04/2021

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA VISIÓN DE OSCAR ERMIDA URIARTE

Juan RASO DELGUE

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: En su vasto universo de investigación y estudios, la dimensión jurídica internacional del Derecho del trabajo fue una de las principales preocupaciones de Oscar Ermida Uriarte, desde el comienzo mismo de su carrera universitaria y académica. El impacto de la globalización y la consolidación de las multinacionales en la economía mundial, su repercusión en las condiciones de los trabajadores y de sus organizaciones, los desafíos para la disciplina en el marco de la incipiente cuestión de la globalización de la economía, ocuparon parte importante de su producción científica. Para ello, elaboró un concepto propio del derecho del trabajo internacional, que permitiera dar un marco teórico desde la perspectiva del derecho a fenómenos como las empresas multinacionales, la globalización, la deslocalización, la regionalización de la economía. Al definir la regla de la norma más favorable como punto de conexión axial en todo conflicto laboral a nivel internacional, promovió la idea que en el nuevo escenario internacionalizado, también las organizaciones sindicales debían internacionalizarse.

Palabras clave: Ermida Uriarte - Empresas multinacionales - Globalización - Deslocalización - Principio de la norma más favorable - Internacionalización sindical

Sumario: 1. Introducción. 2. El concepto de “Derecho del trabajo internacional”. 3. Las empresas multinacionales. 4. Globalización, deslocalización y relaciones laborales. 5. Técnicas para la regulación de las relaciones laborales en un contexto global. 6. La regla de la norma más favorable a nivel internacional. 7. Sobre el Mercosur. 8. El sindicalismo ante la internacionalización de las

relaciones laborales. 9. El *jus cogens* como derecho aceptado por la comunidad de Estados. 10. Sobre el teletrabajo. 11. Conclusiones.

Abstract: In his vast universe of research and studies, the international legal dimension of labor law was one of Oscar Ermida Uriarte's main concerns, from the very beginning of his university and academic career. The impact of globalization and the consolidation of multinationals in the world economy, its impact on the conditions of workers and their organizations, the challenges for discipline in the framework of the incipient issue of globalization of the economy, occupied an important part of his scientific production. To do this, he developed his own concept of international labor law, which allowed to give a theoretical framework from the perspective of the right to phenomena such as multinational companies, globalization, relocation, regionalization of the economy. By defining the rule of the most favorable standard as the axial connection point in all labor disputes at the international level, he promoted the idea that in the new internationalized scenario, trade union organizations should also internationalize.

Key words: Ermida Uriarte - Multinational companies - Globalization - Relocation - Principle of the most favorable standard - Trade union internationalization

Summary: 1. Introduction. 2. The concept of “International labor law”. 3. Multinational companies. 4. Globalization, relocation and labor relations. 5. Techniques for the regulation of labor relations in a global context. 6. The rule of the most favorable standard on an international level. 7. About Mercosur. 8. Trade unionism in the face of the internationalization of labor relations. 9. Jus cogens as a right accepted by the community of States. 10. About teleworking. 11. Conclusions.

1. Introducción

Agradeciendo con especial consideración la invitación formulada por la Revista Jurídica del Trabajo para recordar al Maestro y amigo Oscar Ermida Uriarte, en ocasión del décimo aniversario de su fallecimiento, nuestro primer desafío fue el de ubicar en su vasta obra uno de los temas al que supo darle amplia trascendencia.

Nuestra opción recayó sobre una de las grandes cuestiones que siempre acompañó el desarrollo de su pensamiento jurídico: la dimensión internacional del derecho del trabajo.

Como hemos expresado con el colega Castello[1], durante gran parte del siglo pasado la problemática internacional del derecho del trabajo estaba limitada fundamentalmente a la cuestión de las migraciones y al estudio de las normas emanadas de la Organización Internacional del Trabajo

En realidad, estas dos situaciones, aunque originadas en el ámbito internacional, seguían perteneciendo a la órbita del derecho interno del trabajo, por lo que mal se las podía elegir como ejemplos de derecho internacional. En el primer caso – el de las migraciones - la problemática se limitaba a la obligación de los Estados de dar a los trabajadores inmigrantes los mismos derechos que tuvieran sus nacionales, Se trataba –en otras palabras – de garantizar al trabajador extranjero la aplicación de las normas de derecho laboral interno del país donde éste había fijado su nueva residencia, agotándose en el logro de este objetivo la aspiración social y jurídica de la época. En el segundo caso – los convenios internacionales del trabajo – debe precisarse que estas normas, si bien tienen una fuente internacional, no están destinadas a resolver problemas de derecho internacional del trabajo. La función de la O.I.T es la de desarrollar una obra de uniformización de la legislación laboral en los diversos países miembros, de modo que una determinada situación tenga la misma solución en territorios nacionales distintos. Pero en definitiva, dichas normas regulan la problemática laboral interna de los Estados, sin hacer referencia a cuestiones

[1] RASO DELGUE J. y CASTELLO A., ver Cap. IX "La Ley laboral en el espacio" en *Derecho del Trabajo*, T. 1, Montevideo 2012, pp. 119 y ss.

vinculadas a las relaciones extranacionales. Puede así expresarse que la O.I.T es una fuente internacional de creación de "normas laborales de derecho interno y sustantivo"[2].

Desde comienzo de los años '80 del siglo pasado, se desarrolla una nueva y profunda transformación del trabajo, propiciada por nuevas tecnologías, de las que el *chip* o microprocesador es el símbolo de los nuevos instrumentos del trabajo. Innovaciones tecnológicas en las comunicaciones (Internet) y la caída del muro de Berlin, abrirán las puertas a la más absoluta libertad de comercio, que a nivel internacional se identificará con el fenómeno de la mundialización o globalización de la economía. En el nuevo contexto, se produce la internacionalización de los flujos de capitales, mientras que la economía ya solo se concibe a escala global.

Como ha señalado Castells, el sociólogo de la era digital,

"la más importante transformación subyacente al surgimiento de la economía global dice relación al gerenciamiento de la producción y a la distribución y al propio procesos productivo... El proceso productivo incorpora componentes producidos en varios locales diferentes, por diferentes empresas y montados para alcanzar finalidades y mercado específicos en un nueva forma de producción y comercialización... El nuevo sistema productivo depende de una combinación de alianzas estratégicas y proyectos de cooperación ad hoc entre empresas, unidades descentralizadas de cada empresa de gran porte y redes de pequeñas y medianas empresas que se conectan entre sí y con grandes empresas o redes empresariales"[3].

Se produce así un proceso de "atomización organizativa" a través de "una estrategia de descomposición programada y sistemática, tendiente a convertir a las otrora grandes empresas en una serie de entidades de menor dimensión, con grados de autonomía variables en función de cada circunstancia particular"[4].

---

[2] PLA RODRIGUEZ, A., "Reflexiones sobre el derecho internacional del trabajo", en rev. *Derecho Laboral*, T. XVIII, Nº 100, Montevideo, Diciembre de 1975, p. 621 y ss.
[3] CASTELLS M., *A sociedades em rede*, Vol. I, São Paulo, Brasil 1999, p.114, cit. por PLÁ REGULES M.J., "La descentralización a nivel internacional", en *Cuarenta y dos estudios sobre la Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo 2000, p. 82.
[4] Garmendia Arigón M., "Filialización", en *Cuarenta y dos estudios...* cit. p. 201 y 202.

El fenómeno de la mundialización y de la consolidación de las empresas transnacionales o multinacionales incide fuertemente en las relaciones laborales que se precarizan, mientras se cuestionan las protecciones laborales por excesivas y se produce una fuga del derecho del trabajo: se habla de flexibilidad laboral, externalización del trabajo, privatizaciones etc.

Ermida, ya al comienzo de su brillante carrera universitaria y acádemica, diferencia claramente el derecho interno que regula situaciones internacionales o extranacionales y el conflicto de las leyes laborales en el espacio, que está a la base del origen del Derecho del trabajo internacional. Su preocupación se focaliza en el fenómeno de la internacionalización de las relaciones laborales - y la regulación del mismo -, que va adquiriendo nuevos espacios y provocando nuevos desafíos en el marco de la incipiente cuestión de la globalización de la economía.

Es consciente que los conflictos económicos internacionales se resuelven, la mayoría de las veces, a través de normas de derecho comercial o civil, pero considera que cuando está en juego el trabajo, prima la aplicación del derecho laboral y sus principios: "las normas jurídicas que regulan las prestaciones de trabajo son de derecho laboral - afirma enfáticamente - aunque estén contenidas en una ley titulada como comercial o aunque coexistan en un mismo cuerpo normativo con disposiciones de otra naturaleza". Ejemplo de ello es el Código de Comercio, señala, que pese a su denominación incluye normas de clara naturaleza laboral, como ocurre con el derecho marítimo[5].

Examinaremos a continuación la relevancia del pensamiento del homenajeado en los principales aspectos del proceso de internacionalización del Derecho del trabajo.

2. El concepto de "Derecho del trabajo internacional"

Desde sus trabajo iniciales, Ermida pone de manifiesto la existencia de un Derecho del trabajo internacional de cuño privado, diferente al Derecho

[5] ERMIDA URIARTE O., "Derecho del trabajo internacional - Contrato de ajuste y personería laboral del empleador" en rev. *Derecho Laboral*, T. XXIV, N° 121, Montevideo 1981, p. 97.

internacional público, representado este último principalmente por la normativas de los Convenios Internacional del Trabajo y de los principales Pactos y Tratados internacionales.

El Derecho del trabajo internacional (no es casual que la expresión "del trabajo" preceda el adjetivo "internacional", para marca la preminencia de lo laboral) es definido como "la disciplina jurídica que analiza los problemas planteados por la presencia de elementos internacionales o extranacionales en una relación de trabajo o instituto laboral y busca solucionar por lo tanto los conflictos espaciales de leyes laborales"[6].

Luego de señalar que el derecho del trabajo internacional constituye una zona de confluencia del derecho internacional privado y del derecho laboral, expresa que ese derecho adjetivo (el internacional), "recibe el contenido, la inspiración, la finalidad, los principios y las técnicas propias del derecho sustantivo que lo informa", que no es otro que el derecho laboral. Por lo tanto al tener que resolver sobre la concurrencia de dos normas de derecho internacional privado vinculadas al trabajo, la solución vendrá impuesta por la preminencia de los criterios y los principios laborales[7].

Afirma contundentemente:

"La especialidad del derecho del trabajo internacional radica en que las leyes en conflicto, normas de derecho laboral, son distintas, en cuanto a su naturaleza y función de las demás normas jurídicas, puesto que más que cualesquiera otras, ellas están llenas de una constante preocupación de dar al trabajador asistencia jurídica y protección económica. La naturaleza de las normas en conflicto y el fin social que las justifica exigen de la solución que se de al conflicto, la especialidad consistente en que la propia solución del mismo debe responder a los principios y fines que inspiran a las normas laborales concurrentes... Hay acuerdo en admitir que el derecho del trabajo internacional es especial, escindiéndose del derecho internacional privado clásico, lo que determina que los criterios de solución de los conflictos de normas laborales, no tienen por que coincidir exactamente con los imperantes en el d.i.p. común"[8].

---

[6] *Ibidem* p. 101 y 102.
[7] *Ibidem,* p. 103.
[8] *Ídem*.

La opinión de Ermida se volverá "doctrina más recibida" en la definición de los conflicto de normas laborales en el espacio y ello no será un tema menor ante la creciente conflictividad que se producirá a partir del aumento incesante de la transnacionalización de las relaciones de trabajo, lo cual irá perfilando principios y criterio propios de la disciplina proyectados a la esfera global, no siempre coincidentes con las reglas tradicionales que nos vienen del Derecho Internacional Privado

En el proceso de internacionalización de las relaciones laborales cobra protagonismo el costo del *nivel de la protección laboral,* que plantea el riesgo de la "competencia degradatoria *o en cascada".* Precisamente por ello - dice - se vuelve indispensable el *abordaje internacional de la cuestión.* No es solo una cuestión de la legislación o de los sindicatos o las autoridades nacionales (que por supuesto, entiende, deberán actuar en materia de información previa, de negociación colectiva, de limitación de los efectos del despido, del plan social, etc.), "pero lo cierto es que en este contexto de globalización ninguna autorización, ninguna autoridad nacional, ninguna norma nacional puede dar cuenta de *la totalidad* del fenómeno deslocalizador". Sin embargo ese "abordaje internacional" plantea una reflexión "verdaderamente dramática": pese a la esencialidad de la regulación internacional, se comprueba *la insuficiencia de la normativa internacional existente*[9].

3. Las empresas multinacionales

Sus ideas centrales sobre la transnacionalización del trabajo se plasman inicialmente en su tesis sobre "Empresas Multinacionales y el Derecho del Trabajo", publicada en febrero de 1981 a la edad de 31 años y que constituiría uno de los tantos textos pluricitados por la doctrina y jurisprudencia nacionales y extranjeras.

En el prólogo del libro, Plá Rodríguez inteligentemente destaca:

[9] ERMIDA URIARTE O., "Deslocalización, globalización y relaciones laborales", en revista *Relaciones Laborales,* N° 21, Montevideo 2010, p. 58 y 59.

"Uno de los fenómenos más característicos de nuestra época es , sin duda, la enorme concentración de capitales y paradójicamente, su dispersión en personas jurídicas distintas diseminadas, por diversas partes del mundo. Él ha dado origen a los grupos de empresa, y como una de las modalidades más importantes e interesantes de ellos, a las empresas multinacionales... De todas las numerosísimas y complejas repercusiones que en el universo jurídico produce este fenómeno de empresas multinacionales, Oscar Ermida Uriarte ha escogido como tema de estudio, las que se producen en el terreno del derecho del trabajo... La tesis central que inspira este estudio es la unidad subyacente del conjunto económico, que lo convierte en el verdadero empleador de los diversos trabajadores que actúan en cada una de las empresas miembros, como consecuencia imperativa del principio de primacía de la realidad"[10].

Ermida Uriarte, en el capítulo introductorio de su tesis (y posterior libro) señala la existencia de diversos problemas que las empresas multinacionales plantean al juslaboralismo. "La importancia que dichas empresas tienen en todos los campos (económico, político, etc.) - afirma - y las ineludibles dificultades que afronta su análisis científico a todos los niveles, determinan la utilidad de un estudio monográfico al respecto"[11].

Luego de señalar (en 1981) que la economía moderna es, en gran medida, la economía de las multinacionales, porque son expresión de la concentración económica "signo actual de la economía"[12], alerta sobre el surgimiento de estas empresas, cuyo despliegue trasnacional ha generado un desajuste en el terreno jurídico, en tanto se trata de una realidad multinacional que el derecho –tradicionalmente estatal y, por ende, limitado por las fronteras nacionales - no ha sabido o no ha podido abarcar[13].

Define las empresas multinacionales a partir de un concepto expresado por su Maestro Américo Plá Rodríguez en 1979, quien afirmaba que las

[10] ERMIDA URIARTE O, *Empresas Multinacionales y Derecho Laboral*, Montevideo 1981, pp. 9 y 10 (Prólogo).
[11] *Ibidem,* p. 17
[12] *Ibidem,* p. 20.
[13] *Ibidem*. p. 30.

empresas multinacionales "no son otra cosa que un conjunto económico distribuido internacionalmente" [14]. A partir de esta idea, Ermida Uriarte expresa:

"La importancia conceptual de esta definición radica en que, haciendo exclusiva referencia a las ideas de conjunto económico y de distribución o actividad internacional, contiene, de todos modos, los caracteres esenciales de la empresa multinacional. La pluralidad de componentes, los vínculos entre ellos, la unidad subyacente y el efecto solidario resultante, son caracteres de los grupos de empresas o conjuntos económicos en general... Al decir que la empresa multinacional es un conjunto económico extendido internacionalmente se permite decir, a la vez, que la empresa es el conjunto. En la disyuntiva de tener que decidir si la empresa es la casa matriz o algunas de las filiales o el conjunto, la opción correcta parecería radicar en esta última alternativa"[15].

Ermida Uriarte construye el concepto laboral de empresa multinacional, como conjunto económicamente responsable de las obligaciones ante todos los trabajadores que de ella dependen, a partir de las herramientas propias del Derecho del trabajo. En primer lugar, obra con el auxilio del principio protector, eje central de la disciplina, que exige la intervención niveladora del derecho, creando desigualdades de signo opuesto y promoviendo la dignificación del trabajador[16]. Luego apunta a la noción de empleador y a la extensión que el concepto tiene en el campo del derecho laboral, también por aplicación del principio de la realidad. Éste último "incide en la consideración del conjunto económico internacional como unidad, como una única y gran empresa, aún independientemente de que la concentración tenga - o no - por finalidad un fraude a la legislación aplicable, porque puede sostenerse que la pluralidad de la empresa multinacional es, irreductiblemente, y en definitiva, una creación del derecho que fracciona artificialmente una unidad real preexistente"[17].

También apela al principio de la continuidad, que aplica a aquellos casos en que un trabajador ha prestado servicio en diversas filiales de un mismo grupo

[14] *Ibidem*. p. 107, donde cita a PLA RODRÍGUEZ A., Curso de Derecho Laboral, 2a ed., Montevideo 1979, T. I, V. 1, p. 151.
[15] *Ibidem*. pp. 107 y 108.
[16] *Ibidem*. p. 113 y ss.
[17] *Ibidem*. p. 132 y ss.

empresario, debiéndose considerar los distintos períodos como expresiones de un único vínculo laboral[18].

En definitiva, la empresa multinacional está conformada por

"el conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están sin embargo, recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés. El poder económico se sitúa a nivel del grupo y no a nivel de cada empresa componente, aun cuando los derechos y obligaciones respecto de los terceros nazcan a nivel de cada una de ellas. Existe una unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas. Por ello, el grupo se convierte, en definitiva, en la única y verdadera empresa subyacente"[19].

Esa unidad, pegamento que une la casa matriz con sus filiales, está dada "por el interés o realidad económica subyacente y por la estrategia única y común, reflejadas en la unidad de decisión a la cual se someten las partes integrantes del grupo, sea espontáneamente mediante la colaboración, sea compulsivamente mediante la subordinación"[20].

Si bien el enfoque de la tesis de Ermida apuntaba originariamente a las empresas que operan transnacionalmente, muchos de los conceptos expresados son trasladables a todo grupo de empresas, no importando la dimensión geográfica de su acción, lo cual influirá más aún en la construcción de una solidaridad de cuño doctrinario y jurisprudencial que alcanzará toda situación de conjunto económico o empleador complejo, ya sea a nivel trasnacional que nacional.

La consecuencia lógica de la existencia del conjunto económico es la responsabilidad solidaria de todos los miembros del grupo por las obligaciones contraídas en materia laboral con los trabajadores empleados por cualquiera de las "cabezas" del grupo. La solidaridad se expresa como un efecto de la unidad subyacente "la que, revelada, traída a la superficie, determina la ineludible solidaridad de los sectores aparentemente independientes"[21].

---

[18] *Ibidem*. p. 135
[19] *Ibidem,* p.. 73.
[20] *Ibidem,* p. 88.
[21] *Ibidem,* p. 82.

La tesis del conjunto económico y sus consecuencias sobre las responsabilidad de todo el grupo, ha sido recibida firmemente por nuestra jurisprudencia, con pronunciamiento al más alto nivel: "Cuando dos empresas aparentemente independientes están vinculadas por un todo complejo, pero integral, entonces nos encontramos frente a una realidad económica, que seguramente es más económica que jurídica, la que ha sido recepcionada, aunque inorgánicamente por el derecho patrio, como lo señala la mejor doctrina nacional (Cf. sentencia N° 93/93 y Ermida Uriarte, Empresas multinacionales y Derecho Laboral, pag. 73)"[22].

Concluyendo, la teoría en torno a las empresas multinacionales y al conjunto económico desarrollada por Ermida en su reconocida tesis ha sustentado innumerables fallos que remiten a los conceptos expuestos más arriba sobre la existencia de una responsabilidad solidaria entre todos los sujetos que conforman el conjunto empresarial.

4. Globalización, deslocalización y relaciones laborales

La transnacionalización de la economía, que comenzó a expresarse a través de la acción de las empresas multinacionales, se potencia a partir de la aparición y rápida difusión de las comunicaciones por Internet y en especial la construcción de la *world wide web* (www), que posibilitará la expansión de un mercado mundial en tiempo real (aquella vieja idea del "mercado de competencia perfecta" de David Ricardo). A fines del siglo XX se comienza a hablar del fenómeno de la globalización o mundialización, que en su momento Morgado definió como "el conjunto de procesos que, a la vez, dan origen y tienen lugar en el nuevo orden económico mundial. En éste se acelera, extiende y profundiza la internacionalización de las economías nacionales, ampliando sus relaciones de interdependencia y de dependencia, a la vez que reduciendo su campo de autonomía y tornando más difusas las esferas de soberanía de los estados

[22] SCJ, Sent. N° 330 de 15.10.97, (Marabotto (r), Alonso de Marco, Mariño, Cairoli, Torello) en Anuario de Jurisprudencia Laboral (AJL) 1996-97, Montevideo 1998, caso 227.

nacionales"[23]. Este fenómeno incidirá profundamente hasta el presente en el derecho del trabajo y de las relaciones laborales. En este contexto, los Estados nacionales van cediendo cada vez más cuotas de poder a las grandes empresas multinacionales, que determinan un nuevo orden mundial de la economía a través de la construcción de las llamadas cadenas mundiales de suministro y otras modalidades de organización del trabajo a nivel transnacional.

"La globalización - expresa Ermida Uriarte - puede ser reducida, en su más íntima esencia, a la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, tales como libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones, etc."[24]. Contribuye a la aceleración del fenómeno la caída del mundo bipolar que había caracterizado la mayor parte del siglo XX: la globalización no es solo un fenómeno económico - acota -, sino que acelera e intensifica la afirmación de un pensamiento único o hegemónico: "el neoconservadurismo, neoclasicismo o neoliberalismo, originario de los años '30 y '40, ahora es desempolvado e instalado como verdad revelada, probablemente porque ya no parece (tan) necesario mitigar los aspectos más inequitativos del capitalismo"[25].

La globalización impacta sobre las relaciones laborales, provocando por lo menos "tres dramas" para los trabajadores: a) el mercado interno pierde centralidad en la economía; b) los estados nacionales ven cada vez más limitado su poder para gobernar las variables económicas; y c) adquieren predominio aquellas ideologías que no privilegian el factor trabajo[26].

Al comparar la globalización con el modelo anterior de "sustitución de importaciones", afirma;

"más allá de las sinceras y altruistas preocupaciones sociales de gobiernos y empleadores por las condiciones de vida y trabajo de la población en general y de los trabajadores en particular, había un interés egoísta de ambos

---

[23] MORGADO VALENZUELA E., "Las perspectivas del Derecho del Trabajo en un mundo globalizado", disertación en el Seminario Internacional *El Derecho del Trabajo ante el nuevo Milenio*, Santo Domingo, Rep. Dominicana, 26 a 28 de abril de 1999.
[24] ERMIDA URIARTE O., "Globalización y Relaciones Laborales", ponencia presentada en el III Congreso Regional de las Américas de AIRT, p. 3, publicada en *Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI*, III Congreso Regional de las Américas, Lima 1999.
[25] *ídem.*
[26] *ídem.*

en mantener cierto poder adquisitivo de la población, ya que se producía para esos consumidores. Los trabajadores y la población nacional eran "el mercado" de la industria nacional que procuraba -con la ayuda del gobierno-, sustituir importaciones. El poder sindical y las concepciones ideológicas y políticas predominantes reforzaban este pacto tácito, esta alianza circunstancial, relativa y crítica, entre capital nacional (o instalado en el país), trabajadores y Estado. En cambio, en el nuevo sistema de economía globalizada, de libre comercio internacional y de "sustitución por importaciones", ni el empresario capitalista, ni el gobierno que aplica políticas económicas neoclásicas tienen ya interés egoísta en mantener el poder adquisitivo de su población, ya que ella es cada vez menos su mercado, dado que éste se encuentra cada vez más, fuera de fronteras"[27].

La globalización rompe las barreras geográficas y produce "una compresión del espacio-tiempo en tal medida, que bien podría hablarse de un *fin de la geografía* con bastante más propiedad y menos frivolidad que del pretendido *fin de la historia*". En el nuevo contexto mundial, afirma, "las elites son móviles y de comunicación instantánea, o no son elites". En su visión precursora de la realidad actual, afirma el inevitable predominio del capital sobre el Estado y sobre el trabajo, porque mientras el capital - con el apoyo de las tecnología - posee una movilidad casi instantánea, el Estado está necesariamente localizado, así como lo está el trabajador, que "por razones humanas, familiares y económicas, es infinitamente más sedentario y arraigado que el capital"[28]. ,

De este modo, concluye, "la globalización contribuye a que el poder político sea cada vez menos autónomo y que, en general, los contrapesos nacionales pierdan parte de su eficacia; entre ellos, el Derecho del trabajo y la acción sindical"[29].

El nuevo modelo económico transnacional, apuntalado en las nuevas tecnologías y los modos de producción que promueve, no sólo cuestiona el sistema tradicional de relaciones laborales, sino que plantea - expresa Ermida Uriarte en el año 1999 - un nuevo paradigma de las relaciones laborales posmodernas, cuyas principales características son:

---

[27] *ídem.*
[28] *ídem.*
[29] *ídem.*

1) el "descentramiento" del trabajo: con la priorización del capital sobre el trabajo y la sustitución creciente de mano de obra por tecnología. que vuelven el trabajo humano menos necesario;

2) la "segmentación de la mano de obra": en el marco de la flexibilidad productiva, la descentralización de la organización del trabajo a escala nacional e internacional proyecta dos grupos bien diferenciados de trabajadores: a) un núcleo de trabajadores estables, protegidos, con buenas remuneraciones y calificaciones, y b) una "periferia" inestable, precaria, tercerizada o informal.

3) la "inestabilidad en el empleo" promovida precisamente por la flexibilización o desregulación de la contratación laboral y del despido;

4) la "individualización" de las relaciones laborales, fruto de una mayor autonomía de la voluntad del empleador y del retroceso de las relaciones colectivas de trabajo;

5) el abaratamiento del costo del trabajo, producido por el abatimiento de las medidas legislativas de protección, que se traduce en un descenso del salario en la renta nacional[30].

Años más tarde recordará que una de las principales expresiones de la globalización es la deslocalización del trabajo. La palabra "deslocalización" - anota - no figuraba hasta el año 2001 en el Diccionario de la Real Academia Española, mientras que sí figuraban las expresiones "*localización"* o "*localizar",* como efecto de ubicar algo, ponerle límites, *"geografizarlo",* por lo cual debe entenderse que "deslocalización" es un neologismo creado en el área de la economía, la sociología, las relaciones laborales y el Derecho del trabajo, para visualizar el fenómeno contrario, que incluye diversas formas de producción. como la tercerización, intermediación, subcontratación, movilización, etc.[31].

A nivel internacional, apunta

"La deslocalización es el traslado de actividades productivas desde países industrializados a países en desarrollo, caracterizados éstos últimos por poseer niveles sensiblemente inferiores de renta per cápita, salario, condiciones de trabajo, etc. Esta definición describe bien qué es lo que se siente con respecto

[30] ERMIDA URIARTE O., *Globalización...* cit., p. 6.
[31] ERMIDA URIARTE O., "Deslocalización..." cit. p. 40.

al fenómeno de la deslocalización, especialmente en los países de origen, como los europeos y los norteamericanos e incluye las causas que generalmente provocan el fenómeno. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, la definición podría ser mucho más estrecha: cualquier cierre total o parcial de la empresa seguido o acompañado de la ubicación de todo o parte de la misma en otro lugar. Aquí lo central, desde el punto de vista jurídico, parece ser no tanto que el cambio se produzca de un país desarrollado a uno subdesarrollado - aunque esto se da en más del 90% de los casos y está en la motivación -, sino simplemente la localización de una actividad productiva, en sentido lato, en otra parte. Esta es su esencia, sin perjuicio, claro está, de que a su vez, generalmente esta otra parte tenga un régimen jurídico distinto – y además - , probablemente, desde el punto de vista social, en lo que nos interesa a nosotros, menos favorable"[32].

Focaliza su atención en la deslocalización internacional, es decir aquella que se produce de un país a otro, pudiendo el país de origen y el de destino pertenecer a un mismo bloque regional, como el caso de la Unión Europea, u otro país o aún zonas específicas de otro país, como son las zonas francas, llamadas "*maquilas"* en Centroamérica. En estas últimas, la deslocalización no solamente va a un país distinto, sino que además elige en ese país de destino una zona exceptuada de determinados regímenes reglamentarios, incluyendo los laborales. El fenómeno ha llegado a tales extremos que hoy aparecen barcos factorías, ubicados en aguas internacionales, "para producir allí con gente que, como en las plataformas petroleras de alta mar, hace largas jornadas, luego usufructúa extensos períodos de descanso en tierra firme y así sucesivamente"[33]

En el ámbito del fenómeno general de la globalización, distingue la deslocalización de la simple expansión de la empresa.

"No es lo mismo deslocalización que instalación de un nuevo establecimiento en el extranjero como forma de expansión o crecimiento, sin afectar o sin afectar sensiblemente, al establecimiento original local que sigue funcionando, porque ésta es la forma de crecimiento habitual de las empresas

[32] *Ibidem*, p. 40.
[33] *Ibidem*, p. 40 y 41.

en el mundo moderno y éste es el proceso en el que nacieron las empresas multinacionales. El proceso de multinacionalización de una empresa nacional tiene, normalmente, una primera fase o antecedente, simplemente en la exportación; la segunda etapa es la instalación de una oficina comercial en el país de destino; la tercera es instalar la fábrica en el exterior para producir directamente en ese otro país, momento éste en el cual puede ya aparecer alguna confusión o coincidencia con la deslocalización; y el punto de contacto más claro con el tema de este trabajo (la deslocalización), estaría en lo que podría ser visto como una cuarta etapa de la multinacionalización de la empresa: la sustitución de la empresa matriz, sede u original por el nuevo establecimiento en el extranjero o aún la sustitución de la nueva instalación en el extranjero por otra en un tercer país"[34].

El fenómeno de la deslocalización internacional impacta de forma diversa sobre las relaciones laborales. Por un lado produce un gran *dumping social*, que se expresa en una re-mercantilización del trabajo: el trabajo es más aún una mercancía que se compra en el lugar donde resulte más barato. Por otro lado diversos son los efectos sobre las condiciones de trabajo y la legislación social, a partir de una presión a la baja de las condiciones de trabajo, que se produce no solo en el país de destino (elegido por su inferior nivel de tutela), sino también en el país de origen, porque se produce "un verdadero chantaje" psicológico de los trabajadores locales, que temiendo la deslocalización, están dispuestos a negociar a la baja[35].

Señala también el posible efecto de la antisindicalidad: "la deslocalización o la amenaza de deslocalización puede ser un arma antisindical o provocar un efecto antisindical. Y puede serlo o hacerlo tanto en origen como en destino"[36].

5. Técnicas para la regulación de las relaciones laborales en un contexto global

[34] *Ibidem*, p. 41.
[35] *Ibidem*, p. 46.
[36] *Ibidem*, p. 49.

Luego de analizar las complejidades de la transnacionalización del trabajo y el posible impacto negativo sobre los trabajadores, individual y colectivamente considerados, Ermida Uriarte con mucho realismo propone "técnicas" de regulación. No son *"soluciones propuestas",* porque desconfía de las soluciones en esta materia, aunque expresa la necesidad de promover "técnicas jurídicas" para contener los efectos más perniciosos de las deslocalizaciones[37].

Distingue entre técnicas nacionales e internacionales, aunque es consciente que no es fácil definir soluciones a nivel nacional, porque las regulaciones y las políticas nacionales sí bien pueden mitigar los efectos sociales negativos del fenómeno, no pueden "gobernarlo" o dominarlo. En efecto el proceso de la toma de decisión de la deslocalización-relocalización es un fenómeno global, internacional, que no puede ser aprehendido en su totalidad por la regulación nacional o por la política nacional[38].

Considera que es más realista un camino que confíe a "técnicas" internacionales un fenómeno, que es claramente internacional. Ante la ineficacia de las legislaciones nacionales para contrarrestar el fenómeno de la globalización - expresa -, se apunta a una re-regulación internacional de las relaciones laborales, que puede recurrir a formas de *regulación tradicional o directa* y formas de *regulación indirecta o alternativa*[39].

Las *formas tradicionales o directas* de reglamentación laboral - expresa el autor - son las que intentan crear *reglas de derecho* tradicionales, es decir normas jurídicas generales, y abstractas que regulan las relaciones "a imagen y semejanza de la ley, aunque adaptada al ámbito internacional" (convenios internacionales del trabajo, normas supranacionales de la Unión Europea, los grandes Pactos y Declaraciones de derechos humanos, las Cartas Sociales y, en un plano más general, el Derecho universal de los derechos humanos)[40].

Las *formas alternativas o indirectas* son complementarias de las anteriores y responder a acciones convencionales o unilaterales, como el caso

---

[37] *Ibidem*, p. 50.
[38] *Ibidem*, p. 51.
[39] ERMIDA URIARTE O., *Derechos Laborales y Comercio Internacional,* Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2001, p. 5 y 6.
[40] *Ídem.*

de normas en acuerdos de comercio, códigos de conducta o convenios colectivos.[41].

Señala así las siguientes vías o reglas - directas y alternativas - para establecer un plan de contención contra el deterioro de los derechos de los trabajadores.

a) Normas y otros instrumentos de la OIT

Recuerda que todo *el sistema normativo de la OIT* debe su origen y tiene por finalidad, entre otros objetivos, evitar el *dumping social*. El objetivo central de la OIT. desde su creación con la firma del Tratado de Versailles, fue la constitución de una organización internacional que fuera competente en la aprobación de una legislación internacional del trabajo de mínimos, aplicable en todo el mundo por igual. Confluyeron en esta iniciativa una preocupación humanitaria o de justicia social de protección del trabajador, pero simultáneamente la preocupación económica o comercial de evitar el *dumping social* entre los países[42].

Pero la debilidad del sistema deriva de "dos talones de Aquiles": que los convenios internacionales para ser aplicados, deben ser ratificados por los países y que no existe un sistema coercitivo que permita aplicar una sanción a quien no cumple una norma internacional. De todos modos es importante no solo reparar sobre el efecto de los convenios internacionales, sino también referirse a otros mecanismos regulatorios, como la Declaración de 1998 sobre principios y derechos fundamentales del trabajo. Desde una percepción optimista, la Declaración de la OIT puede ser considerada un instrumento obligatorio y eficaz en todo caso y lugar, independientemente de todo acto nacional de ratificación, adopción o aprobación, integrándose así al conjunto de Pactos, Declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos Humanos. Agrega que la misma "se inscribe en una tendencia muy importante a la universalización de las normas internacionales del trabajo y de las condiciones mínimas de trabajo que suponen

[41] *ídem.*
[42] ERMIDA URIARTE O., *Deslocalización*... cit., p. 51.

derechos humanos o fundamentales, al margen de cualquier soberanía nacional, esto es, dicho jurídicamente, al margen del acto de ratificación"[43].

Su contribución al estudio de los documentos de la OIT enfatiza en la importancia jurídica que tienen aún los convenios no ratificados como doctrina más recibida y como expresión del pensamiento jurídico universal. Expresa:

"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. Por ejemplo: el convenio 158, aún no ratificado (en Uruguay) o denunciado (en Brasil), contribuye fuertemente a la construcción del contenido esencial del derecho al trabajo"[44].

b) Normativa europea

Ermida asigna importancia al proceso europeo de generación de normas en materia laboral, señalando como ejemplo la Directivas de la Unión europea y las directrices o recomendaciones de la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) sobre empresas multinacionales, que también se refieren a la información, la comunicación anticipada, el plan social, etc.[45]

c) La universalidad de los derechos humanos

La universalización de los derechos humanos constituye para él una de las pocas soluciones definitivas al tema de la regulación de las relaciones

[43] *ibidem,* p. 53.
[44] ERMIDA URIARTE, Oscar, *Aplicacao das normas internacionais do trabalho*, en Revista do Advogado Nº 110, p. 137, San Paolo 2010, cit. en TAT 1º, Sent. 119/2011 de 27.04.2011 (versión traducida por la redactora de la sentencia Rosina Rossi). Ver la concepción sobe el "jus cogens", *infra* N° 9.
[45] ERMIDA URIARTE O., *Deslocalización*... cit., p. 54.

laborales en el contexto global. “Si hay una parte del Derecho que puede ser totalmente globalizable - expresa -, es la constituída por los derechos humanos, es decir, aquellos derechos que son inherentes a la persona humana por su condición de ser humano, independientemente de su vinculación con cualquier Estado nacional, sea ésta una vinculación de nacionalidad, ciudadanía, domicilio, residencia, etc.”[46]. En ese “piso mínimo de derechos”, que son precisamente los derechos que todos tenemos como persona, existen numerosos *derechos laborale*s, como el *derecho al trabajo* y el *derecho a la negociación colectiva.* Son ellos instrumentos de regulación contenidos en los Pactos y Declaraciones de derechos humanos - universales, europeos y americanos -, y en las partes dogmáticas de las Constituciones nacionales, que también son fuente de Derecho internacional humanitario, porque “los principios generales del Derecho de las naciones más civilizadas” son admitidos como fuente de Derecho internacional por la Corte Internacional de Justicia[47].

d) La acción sindical internacional

Otra técnica jurídica (o *cuasi jurídica*) fundamental para afrontar el fenómeno de la globalización y la deslocalización es *la acción sindical internacional,* con especial referencia a *la negociación colectiva internacional*. “La necesidad de una acción sindical internacional - afirma - está impuesta hoy por una razón estructural, que es la globalización. Si el sistema económico se globaliza, tarde o temprano se van a globalizar las relaciones laborales, y más vale para los sindicatos hacerlo más temprano que tarde, dándose ya las estructuras internacionales necesarias y desarrollando relaciones laborales extranacionales incluidas formas internacionales de negociación colectiva y de conflicto”[48].

e) Formas alternativas o indirectas

[46] *ibidem.* p 54 y 55.
[47] *idem.*
[48] *ibidem,* p. 56.

Estas técnicas son complementos de las anteriores, que operan por la insuficiencia o las dificultades de adopción de aquellas. “No son reglas de derecho generales y abstractas - expresa -, sino técnicas convencionales o unilaterales que dan lugar, en el primer caso, a obligaciones entre los sujetos celebrantes y en el segundo, a condiciones, estímulos, disuasivos o compromisos éticos (es el caso de las cláusulas sociales en los tratados de comercio, los códigos de conducta, los "labels" o marcas distintivas de buena práctica laboral y de las denominadas "inversiones socialmente responsables" o "fondos éticos" y "solidarios")[49].

La apelación a los códigos de conducta, en el marco de la denominada responsabilidad social de las empresas, le plantea múltiples dudas: ¿cuál es su verdadera motivación?, ¿en qué medida forma parte de las estrategias flexibilizadoras de sustitución de la normativa laboral obligatoria por la eufemísticamente denominada *“soft law”*?, ¿tiene alguna utilidad e interés para el Derecho laboral?. Las preguntas que formula plantean de por sí la fragilidad de estas soluciones, aunque destaca que la evolución doctrinaria tiende a establecer algún grado de eficacia y exigibilidad de los “compromisos” aparente o puramente éticos. Agrega que con relación a los los códigos unilaterales, debe entenderse que los mismos significan autolimitaciones unilaterales y voluntarias en su adopción, “pero de obligatorio cumplimiento una vez proclamadas y por tanto vinculantes y exigibles por los beneficiarios”. Finalmente en el caso que el código de conducta esté recogido en un convenio colectivo, el mismo se impone por la propia exigibilidad de toda norma u obligación recogida en tales instrumentos”[50].

6. La regla de la norma más favorable a nivel internacional

Ante la cuestión de los criterios aplicables a la solución de conflictos de normas laborales en el espacio, la contestación de Ermida es clara: también en

[49] ERMIDA URIARTE O., *Derechos Laborales* --- cit., p. 6.
[50] ERMIDA URIARTE O., *Deslocalización*... cit., p. 57.

la dimensión internacional son de aplicación los principios de la disciplina y, entre ellos, es de especial importancia el principio protector de la norma más favorable.

Firme de esta concepción, expresa:

"No cabe duda que a esta altura de los desarrollos doctrinarios prevalece la aplicación combinada de la norma del lugar de ejecución del trabajo y de la norma más favorable al trabajador, criterios impuestos por los caracteres y finalidades del derecho laboral y de sus instituciones (…) Las mayores dificultades se plantean cuando la ley de ejecución es inaplicable – o de dificultosa aplicación – dada la imposibilidad de determinar un único lugar de ejecución, problema que se da en aquellas relaciones de trabajo que se desarrollan sucesivamente en varios territorios nacionales o en aguas internacionales.

En estos casos, el principio protector revela su máxima utilidad como punto de conexión y recibe el apoyo de la doctrina más recibida: se opta por aplicar la norma más favorable al trabajador, entre las razonablemente aplicables"[51].

En esta línea, agrega que hay técnicas jurídicas que tienen que ver con soluciones teóricas o dogmáticas, algunas de ellas relacionadas con el Derecho internacional privado del trabajo y otras asentadas en el concepto dogmático autónomo de empresa empleadora, que construye el Derecho laboral, con su principio de la norma más favorable.

Esta especial visión del Derecho del trabajo internacional modifica los puntos de conexión del tradicional Derecho internacional privado y el principal punto de conexión es la regla más favorable al trabajador. "En la solución de conflictos espaciales de leyes laborales (Derecho del trabajo internacional o Derecho internacional privado del trabajo) - afirma -, el punto de conexión tradicional, que es la *lex loci executionis* (la aplicación de la legislación del lugar de ejecución del trabajo), sirve para regular el acto de deslocalización, pero no sirve para regular el acto complejo, de deslocalización y relocalización en su conjunto"[52]. Ello es así porque en el lugar de destino, probablemente la ley del

[51] ERMIDA URIARTE, O., *Empresas ...* cit., p. 105 a 107.
[52] ERMIDA URIARTE, O, *Deslocalización...* cit., p. 57.

lugar de ejecución será menos favorable. Ello obliga a considerar al conjunto de la operación (deslocalización y relocalización), como "un sólo acto jurídico complejo que pudiera llegar a estar regulado **por un mismo punto de conexión, *el más favorable* a la protección de los derechos del trabajador**. Y esto supone, por un lado, asumir a la norma más favorable como punto de conexión privilegiado en el Derecho del trabajo internacional, pero exige además, por otro lado, realizar otra operación de técnica jurídica – ésta sustantiva y ya no de solución de conflictos de leyes -, que lleva a manejar el concepto de empresa-empleadora, las nociones de empresa, de empleador y de responsabilidad laboral"[53].

A partir de esta idea, señala:

"La aplicación de los criterios de la norma del lugar de ejecución combinada con la norma más favorable, llevaría, en lo fundamental a aplicar los siguientes criterios cuando el conflicto de leyes se plantea respecto de una empresa multinacional: a) tratándose de un trabajador sedentario, se aplica la ley de lugar de ejecución; b) tratándose de un trabajador trasladado de un establecimiento a otro de la empresa multinacional, el trabajador puede reivindicar los beneficios propios del nuevo establecimiento, sin perjuicio de mantener las ventajas adquiridas en el anterior… En todos los casos, el criterio de la aplicación de la norma más favorable jugará un rol fundamental, impuesto por la naturaleza, principios y finalidad del derecho laboral. La aplicación de este criterio recibe el mismo fundamento que el de la ley de ejecución. La imperatividad de las normas laborales determinan la aplicación de la ley del lugar de ejecución; pero esa misma imperatividad de las normas laborales, en cuanto se refiere a los mínimos por ella edictados, justifica la aplicación de la norma más favorable, que supere aquellos mínimos"[54].

Es importante destacar un comentario que Seré formula con relación al principio de la norma más favorable: para Ermida - expresa - la norma más favorable puede ser aquella que - aún al margen de su contenido sustancial - permita al trabajador acceder materialmente ante un órgano jurisdiccional ante

[53] *idem.*
[54] ERMIDA URIARTE O., *Empresas...,* p. 170 a 172.

el cuál hacer valer sus derechos[55]. En otros términos el *favor* debe medirse desde la perspectiva del trabajador: puede resultar más favorable la regulación de un vínculo laboral en base al derecho de otro país, pero para su acceso a ello, podría implicar para el trabajador plantear un juicio en ese país, hecho que puede volverse impracticable. El trabajador, por lo tanto, podrá elegir entre dos jurisdicciones, la que le sea "más favorables", ya sea por su accesibilidad o en virtud del derecho sustantivo aplicable.

7. Sobre el Mercosur

Ermida se refiere en diversas oportunidades a la dimensión social de la integración regional en el ámbito geográfico del Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991. Se aproxima a este estudio con desconfianza, pues es notorio que el Mercosur nace en un contexto, en el que crecen y se afirman el neoliberalismo como ideología dominante y la globalización como expresión de una nueva etapa de la economía. Esa desconfianza se confirma porque el Tratado fundacional fue exclusivamente comercial, respondiendo a una lógica economicista, sin prever una dimensión y espacio social, a diferencia de tratados posteriores como el NAFTA (Estados Unidos, Canadá y México) o el CAFTA (Rep. Dominicana, Centro América y Estados Unidos), o inclusive más antiguos como el Tratado de Roma, que tuvieron acuerdos o capítulos laborales.

El Mercosur se origina y se expande a partir de una concepción mercantilista de la integración, como se evidencia en su documento constitutivo, donde se omitió toda consideración a las cuestiones sociales: la única referencia sobre la problemática social y laboral aparece esbozada en uno de los *Considerandos* del Preámbulo, en el que se expresa el propósito de obtener "el progreso económico con justicia social"[56]. Plá Rodríguez, a los pocos meses de aprobarse el documento, expresó que si bien hubo omisión en la consideración de los aspectos laborales en el Tratado y el proceso comenzó exclusivamente

[55] SERÉ, Jorge U., *Curso de Derecho Laboral,* Montevideo 2004, p. 110, en que cita "Empresas Multinacionales y Derecho Laboral", p. 165.
[56] BABACE H., *Introducción al estudio de las Relaciones Laborales en los Procesos de Integración*, Montevideo 1998, p. 132.

en el plano económico, de inmediato se planteó entre los países miembros la cuestión de abrir un enfoque social en el proceso de integración[57].

Ermida Uriarte es consciente sobre las limitadas posibilidades de reforzar ese espacio social de la región, pero no por ello se desanima y encabeza una doctrina laboral que pone de manifiesto la existencia, en el propio texto del Tratado, del germen jurídicamente legitimante de la construcción del espacio social del Mercosur: precisamente la inclusión en el Preámbulo del Tratado, como expresáramos, de los objetivos de "desarrollo social" y de mejora "de las condiciones de vida" de la población. A partir de allí, la elaboración doctrinal, la acción sindical y - con matices - el apoyo o la tolerancia de las delegaciones gubernamentales, han permitido iniciar la construcción de aquellas "dimensión social"[58].

Entiende que toda experiencia de integración económica regional acarrea necesariamente múltiples efectos sociales, y dentro de ellos, se anotan aquellos específicamente laborales. Ante los deseos de efectos laborales positivos a largo plazo, destaca los efectos sociales negativos que pueden producirse a corto plazo, como la desocupación sectorial y el riesgo del "*dumpling social*" entre los propios países miembros para conseguir ventajas en el espacio regional. También entiende que a partir de las influencias recíprocas entre los sistemas de relaciones laborales, va surgiendo un nuevo nivel "internacional/regional" de relaciones de trabajo[59].

Por ello propone desarrollar en la región un concepto nuevo, aún no desarrollado: el de ciudadanía laboral. Mientras el concepto de *ciudadanía* (*ciudadanía* a solas) se agota en la noción jurídica constitucional de pertenencia a un Estado, con derechos y obligaciones políticas, el concepto de c*iudadanía laboral* implica la real participación de las personas en el sistema regional de relaciones laborales. Precisa:

---

[57] PLA RODRÍGUEZ A., "Posible incidencia del Mercosur en la problemática laboral", en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 1, Montevideo 1991, p. 108.
[58] ERMIDA URIARTE O., *Mercosur y Derecho Laboral,* Montevideo 1996, p. 3.
[59] ERMIDA URIARTE O., "La ciudadanía laboral en el MERCOSUR", en rev. *Derecho Laboral*, T. XLI, N° 190, Montevideo 1998, p. 322.

"La noción de ciudadanía laboral o sindical supone la efectiva participación de los trabajadores en tanto tales - ya no sólo en cuanto individuos abstractos -. Esta forma de ciudadanía supone, para cada trabajador individual, la posibilidad de participación intrasindical y en la empresa, así como, para el sindicato, el derecho de participación en sentido amplio: negociación colectiva, participación institucional y concertación social. Parece claro que en el terreno de las relaciones laborales, el ejercicio de la ciudadanía pasa por la participación en sus diversas manifestaciones.

.....

.....

Por lo que se viene de expresar, los procesos de integración avanzados - como lo es la Unión Europea y como quiere serlo el Mercosur - requieren el desarrollo de su dimensión social, no solamente para prevenir y "gobernar" los efectos sociales de la integración, sino también para realizar efectivamente los derechos de ciudadanía en sus principales manifestaciones"[60].

En línea con este concepto de "ciudadanía laboral", Ermida entiende que la acción sindical debería ser uno de los incentivos fundamentales en el desarrollo de la dimensión social del Mercosur, pero reconoce que esa acción sindical encaminada a la construcción de un espacio social del área, requiere un redimensionamiento del sindicato y de su actividad. "Estamos - afirma - ante un proceso que provoca "la internacionalización del contexto geográfico, político y económico" de las relaciones laborales y "ese nuevo escenario internacionalizado requiere de actores sociales también internacionalizados".

8. El sindicalismo ante la internacionalización de las relaciones laborales

Como expresáramos con anterioridad en estos comentarios, la lógica más elemental para el autor se expresa en la idea que en un mundo en que las relaciones laborales se globalizan, también debe internacionalizarse la acción sindical. "El sindicato - expresaba a comienzos de la década de los '80 - debe

[60] *ibidem,* p. 323.

dotarse de una nueva estructura que le permita cumplir sus funciones ante la empresa multinacional. De alguna manera el sindicato debe adquirir una estructura u organización que le confiera eficacia multinacional. La empresa multinacional exige un sindicato multinacional, o, al menos, una acción sindical multinacional"[61].

Es consciente sin embargo de las dificultades que puede plantear el fortalecimiento de esas estructuras. Mientras parecen naturales las alianzas de los Estados y las empresa multinacionales en un contexto de economía de mercado global, más dificultosa es la unión de organizacionales sindicales fuera de sus territorios. De todos modos, el empoderamiento de las estructuras sindicales "es una c*onditio sine qua non* para la efectiva participación de los trabajadores"[62]. Y de ello da dos razones: en primer lugar considera que la acción sindical eficaz y adecuada es uno de los factores indispensables para que los aspectos sociales de la transnacionalización de la economía no sean desplazados definitivamente por los aspectos puramente comerciales. La segunda razón la vincula a la necesidad de generar otros institutos de participación a nivel regional e internacional y para ello una estructura sindical transnacional es fundamental[63],

Con referencia específica al Mercosur expresa:

"El horizonte de las relacionales laborales del Mercosur muestra, necesariamente, una negociación colectiva "mercosureña". Podría tratatarse de una negociación de empresa (empresa o conjunto económico instalada en más de uno de los países del Mercosur), así como una negociación colectiva de actividad y aún de un acuerdo marco o pacto social de cúpula, como los "dictámenes comunes" que en la Unión Europea acuerdan la Confederación Europa de Sindicatos (CES) y la Unión Industrial de la Comunidad Europea (UNICE)"[64].

Ermida se vinculará - desde un punto de vista absolutamente técnico - con la CSA (Confederación Sindical de la Américas), con el propósito común de

[61] ERMIDA URIARTE O., *Empresas multinacionales...* cit., p. 220.
[62] ERMIDA URIARTE, O., *La ciudadanía...* cit., p. 337.
[63] *idem.*
[64] *idem.*

promover una más clara visión de las relaciones laborales y sindicales a nivel transnacional. En el libro "Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en America Latina y Caribe", publicado por la CSA, la CSI (Confederación Sindical Internacional) y el CELDS (Centro Europeo y Latinoamericana para el Diálogo Social), se da cuenta de la estrecha colaboración de Ermida, quien "hubiera sido un claro protagonista de este proyecto de no haber fallecido a mediados del 2011"[65]. El proyecto sigue las ideas básicas de Ermida de fortalecer los sistemas sindicales latinoamericanos a través de la profundización de estudios nacionales, que permitieran un eficaz análisis comparativo con Europa.

Lamentablemente, en nuestra opinión, aún no se ha logrado construir una solidaridad sindical regional (Mercosur o Latinoamerica), que permita potenciar la acción sindical común en los espacios transnacionales. Entendemos que las organizaciones sindicales latinoamericanas siguen ancladas a ideologías y regulaciones nacionales muy marcadas, que le impiden construir la necesaria unidad regional, para promover una verdadera y eficaz acción transnacional.

9. El *jus cogens* como derecho aceptado por la comunidad de Estados

Uno de los aportes importante de Oscar Ermida Uriarte a la doctrina y jurisprudencia iberoamericana ha sido la idea de la aplicación del "*jus cogens*" - en cuanto expresión del derecho aceptado y reconocido por la comunidad de estados en su conjunto - al derecho laboral nacional.

Esta concepto es extraído del derecho privado internacional y se expresa en la idea que "los instrumentos jurídicos internacionales, que proclaman el reconocimiento universal de determinados derechos humanos o fundamentales ya consagrados por la costumbre internacional, los principios generales del Derecho y otros Pactos, Declaraciones e instrumentos internacionales, conforman el *jus cogens* u orden público internacional, al margen de cualquier

[65] CSA-CSI con la colaboración del CELDS, *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en America Latina y Caribe*, Ginebra 2013, p. 14.

soberanía nacional, esto es - dicho jurídicamente - al margen del acto de ratificación"[66].

De este modo, Ermida considera que existe un derecho internacional de orden supralegal, que se impone a los Estados como expresión de la cultura jurídica aceptada y recibida por un conjunto relevante de Estados y organismos internacionales. La normativa internacional del trabajo con su prestigioso origen, que se vincula con la creación de la Organización Internacional del Trabajo en el año 1919, ha seguido - bajo la influencia de la obra de la OIT, de los Convenios Internacionales del Trabajo y de las Recomendaciones - , el propósito de construir y unificar a nivel global del Derecho del trabajo. Asimismo los contenidos y principios del derecho laboral se han ido enriqueciendo en el tiempo con la aprobación de Pactos y Cartas internacionales que refieren a reglas mínimas de tutela laboral y con la ratificación de tratados bi o multilaterales especialmente en el área de la seguridad social. También ha existido en las últimas décadas el desarrollo de acuerdos regionales, en los que la materia laboral ha sido una de las cuestiones importantes en la definición de las reglas comunitarias.

Ermida Uriarte, toma a vía de ejemplo la Declaración Sociolaboral del Mercosur, y señala que "la Declaración puede ser vista, en una primera lectura - literal y tal vez superficial - como una mera proclamación de propósitos políticos, no vinculantes, sin ninguna eficacia jurídica o - en el mejor de los casos - con la eficacia propia de las normas programáticas. Sin embargo, en función de la previsión de los arts. 33 de la Constitución argentina, 5 apdo. 2 de la brasileña, 45 de la paraguaya y 72 y 332 de la uruguaya, puede entenderse que los derechos y principios proclamados en la Declaración constituyen el "bloque de constitucionalidad" nacional en materia de derechos fundamentales"[67]. Agrega que bien puede considerarse que la Declaración se refiere a derechos que forman parte del *jus* cogens o del orden público internacional y en tal sentido gozarían de validez y eficacia jurídica plenas, más allá de todo acto nacional de

[66] ERMIDA URIARTE, O., *Deslocación...* cit., p. 53.
[67] ERMIDA URIARTE O., "La Declaración sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur,* (Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires el 10 y 11 de diciembre de 2001), Buenos Aires 2002, p. 14.

ratificación o recepción y sin perjuicio de la función promocional de la Comisión Sociolaboral[68].

A partir de estas ideas, la doctrina latinoamericana va desarrollando la concepción de que a nivel jurisprudencial, debe aceptarse la aplicación directa de los instrumentos internacionales, aún no ratificados por un país, a sus conflictos internos del trabajo. Ello es así porque se ha desarrollado una nueva visión de las tutelas laborales (precisamente el *jus cogens* o *bloque de constitucionalidad*), que reconocen en el derecho internacional del trabajo la expresión del derecho aceptado y reconocido por la comunidad de estados en su conjunto, y que por lo tanto debe primar sobre las normas nacionales.

Esta parte del Derecho del trabajo estudia diversas cuestiones: la jerarquía de las normas internacionales como fuente de derecho y las vías de incorporación en el ordenamiento interno de los Estados; los convenios y recomendaciones de la OIT y a la estructura de la Organización; los sistema regionales de normas internacionales del trabajo; la autoejecutabilidad de las normas internacionales del trabajo; la eficacia, en el orden interno de las normas internacionales del trabajo incorporadas al bloque de constitucionalidad[69].

Otra proyección de esta doctrina señala que en tanto parte del "*jus cogens*", los derechos humanos reconocidos como tales por la comunidad internacional en esas grandes Declaraciones y Pactos integran el orden público internacional y por tanto, gozan de *imperium* más allá de todo acto de ratificación, convalidación o recepción nacional. Lo mismo puede decirse de las Declaraciones y Cartas americanas, aunque circunscriptas al plano hemisférico[70].

10. Sobre el teletrabajo

Aunque el tema del teletrabajo, tan de actualidad en estos días, no es precisamente un fenómeno que solo refiere a la internalización del trabajo, lo

[68] Ermida Uriarte O., ob. cit., p. 28.
[69] cfr. MOLINA M., Carlos Ernesto, *Las Normas Internacionales del trabajo y su efectividad en el Derecho colombiano*, Bogotá, 2005, pp. 225 y ss.
[70] *idem.*

cierto es que las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones han permitido romper las barreras de los confines nacionales, para promover la realización de actividades que cruzan fronteras a través de esta particular modalidad de labor.

Ermida no se deja engañar por las posibilidades que ofrece el teletrabajo, que considera en términos generales una nueva forma de explotación laboral, no tan diversa del antiguo trabajo a domicilio. Las tecnologías, lejos de mejorar la calidad del trabajo, promueven nuevas formas de autoempleo precario para millones de personas, que generalmente están al margen de las tutelas del derecho del trabajo y de la seguridad social.

Expresa irónicamente que, "revestido de las deslumbrantes plumas y lentejuelas de la informática, el viejo (¡y cuan viejo!) trabajo a domicilio se recicla y hace su segunda irrupción en escena, ahora como estrella de primera magnitud en el espectáculo de la postmodernidad, bajo el nombre artístico de teletrabajo"[71]. Es una modalidad - agrega - funcional al "abatimiento de costos laborales, la dilución del colectivo, la individualización de las relaciones laborales y la intensificación del control"[72]

El teletrabajo aparece como una realidad nueva, aunque plantea los problemas comunes a toda contratación atípica. "¿Nada nuevo bajo el sol? - se pregunta Ermida -. En verdad, aparentemente, (estamos ante) un viejo instrumento ahora utilizado para otros trabajos y con otras herramientas", que expresa una de las formas modernas de externalización del trabajo: "en todo caso, la cuestión sigue siendo la de distinguir el teletrabajo autónomo o independiente del dependiente o por cuenta ajena"[73].

Anticipa los problemas y las preocupaciones actuales del teletrabajo y se pregunta si en definitiva el teletrabajo actual supone una nueva forma de labor promovida por las nuevas tecnologías o si se trata de una nueva estrategia de desresponsabilización del empresario, que quiere eludir su condición de empleador. Concluye expresando que el "(pos)moderno teletrabajo informático"

---

[71] ERMIDA URIARTE O., Prólogo al libro de CARBALLO MENA C. A., *Delimitación del Contrato de Trabajo*, Caracas 2001, p. 7.
[72] *ibidem,* p. 8.
[73] *idem.*

permite al empleador tener mayores posibilidades de control que en el trabajo común, por el uso de la propia informática, que genera así una "hiperdependencia" del trabajador[74]

11. Conclusiones

Nuestra disciplina se consolida en Uruguay a partir del aporte jurídico de dos grandes juristas de nivel internacional: Américo Plá Rodríguez y Héctor Hugo Barbagelata. Desde visiones distintas, pero siempre complementarias, edifican nuestro derecho laboral. Plá Rodríguez, desde una perspectiva más pragmática; Barbagelata desde una visión que valoriza los derechos del trabajador como derechos fundamentales de la condición humana. Ermida Uriarte viene a completar la obra de nuestros dos grandes juristas, amalgamándola, complementándola, proyectándola a las nuevas realidades del mundo del trabajo. Discípulo predilecto de Plá Rodríguez, Oscar Ermida es un ferviente admirador de Barbagelata y es esa doble pertenencia, que le permite cerrar el círculo de lo que hoy se conoce en el continente como la "Escuela uruguaya del Derecho del trabajo".

Su objetivo es la construcción de una teoría sobre la dignidad y la libertad de los trabajadores, en un contexto de relaciones laborales en profunda transformación, impulsado por las nuevas tecnologías digitales. Las seguridades y las tutelas del trabajo, promovidas a lo largo de gran parte del siglo XX, han entrado en crisis y son amenazadas o directamente sustituidas por nuevas realidades, marcadas por la insolidaridad, la segmentación social, la exclusión, la precariedad, la posmodernidad (concebida como expresión de un mundo fugaz, donde todo vale, porque todo es sustituible y descartable).

En este nuevo escenario mundial, el poder del capital financiero internacional domina las sociedades nacionales, un poder que pretende enseñar sus reglas, aunque las mismas luego provoquen las crisis económicas que conocemos. Además de otros aspectos de las transformaciones del trabajo, que mueven sus preocupaciones (los ataques a la libertad sindical, la demora de los

[74] *idem,* p. 8 y 9.

procesos judiciales, la crisis de la subordinación, etc)., siempre proyecta sus reflexiones hacia un contexto internacional, dominado por el gran y fluctuante capital financiero, que exige nuevas reglas y estrategias para la defensa de los derechos de los trabajadores.

En vísperas de la terrible enfermedad por la que fallecería el 7 de junio de 2011 con una vida aún llena de energía e ideas para transmitir, ordena sus reflexiones en un artículo, que es un mensaje a las futuras generaciones donde condensa en pocas páginas sus ideas sobre la esencia del Derecho del trabajo[75]. En esas "meditaciones" reconoce los cambios de la época y los efectos devastadores para trabajadores cada vez más débiles en su relación de fuerza con las empresas que los emplean. Es por eso que apunta sus estudios e investigaciones hacia temas concretos: cómo atrapar la figura cada vez más escurridiza del empleador en los contextos nacional e internacional, de qué forma reforzar las tutelas para el ejercicio de una efectiva libertad sindical en el mundo contemporáneo, cómo promover una mayor estabilidad en el empleo. Comprueba que la posmodernidad mercantiliza el trabajo y cuestiona las tutelas laborales:

¿Puede concebirse – se pregunta - un Derecho del Trabajo vaciado de su dimensión ética, un Derecho del trabajo que en definitiva renuncie a su función tutelar? La respuesta es obviamente negativa, expresando la necesidad de poner nuestras energías intelectuales al servicio de la valorización del Derecho del trabajo como instrumento de promoción de la dignidad humana. En esa dimensión, las tutelas a nivel internacional adquieren especial relevancia, porque son el necesario contrapeso al poder de las empresas transnacionales.

"La razón de ser del Derecho del trabajo - afirma a conclusión de sus reflexiones - es su contenido ético: la justicia, la igualdad y la equidad... La justicia y la dignidad son axiomas que estarán siempre por encima de todo precio del mercado". En torno a este contenido ético se van construyendo los principios de la disciplina, la noción de orden público que impregna sus normas, la tutela

[75] ERMIDA URIARTE O., "Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación", rev. *Derecho Laboral*, V. LIV, N° 241, Montevideo 2011, pp. 7 - 23. Posteriormente la Fundación Electra decidiría inaugurar su colección de "Cuadernillos" con este artículo, al que modificó el título, que pasó a ser "Meditación sobre el Derecho del trabajo", Montevideo 2011.

de la dignidad del ser humano como objetivo central. Ante una realidad que pretende precarizar el trabajo, el Derecho laboral debe levantarse como una barrera de protección social. En la defensa de esa "razón de ser" - a nivel nacional e internacional - comprometió su extraordinaria vida de jurista.

Bibliografía

BABACE, H. (1998). *Introducción al estudio de las Relaciones Laborales en los Procesos de Integración*, Montevideo.

CASTELLS, M., (1999). *A sociedades em rede*, Vol. I, São Paulo, Brasil.

ERMIDA URIARTE, O. (1981). "Derecho del trabajo internacional - Contrato de ajuste y personería laboral del empleador", *rev. Derecho Laboral*, T. XXIV, N° 121, Montevideo.

ERMIDA URIARTE, O. (1981). *Empresas Multinacionales y Derecho Laboral*, Montevideo.

ERMIDA URIARTE, O. (1996). *Mercosur y Derecho Laboral,* Montevideo.

ERMIDA URIARTE, O. (1998). "La ciudadanía laboral en el MERCOSUR", *rev. Derecho Laboral*, T. XLI, N° 190, Montevideo.

ERMIDA URIARTE, O. (1999). "Globalización y Relaciones Laborales", ponencia presentada en el III Congreso Regional de las Américas de AIRT, publicada en *Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI*, III Congreso Regional de las Américas, Lima.

ERMIDA URIARTE, O. (2001). *Derechos Laborales y Comercio Internacional,* Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima.

ERMIDA URIARTE, O. (2001). Prólogo al libro de CARBALLO MENA C. A., *Delimitación del Contrato de Trabajo*, Caracas.

ERMIDA URIARTE O. (2002). "La Declaración sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica"*, Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur,* (Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires el 10 y 11 de diciembre de 2001), Buenos Aires.

ERMIDA URIARTE, O. (2010). *Aplicacao das normas internacionais do trabalho*, en Revista do Advogado Nº 110, p. 137, San Paolo.

ERMIDA URIARTE, O. (2010). "Deslocalización, globalización y relaciones laborales", *Relaciones Laborales,* N° 21, Montevideo.

ERMIDA URIARTE, O. (2011). "Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación", *rev. Derecho Laboral*, V. LIV, N° 241, Montevideo.

GARMENDIA ARIGÓN, M. (2000). "Filialización", *Cuarenta y dos estudios sobre la Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo.

MOLINA, C. (2005). *Las Normas Internacionales del trabajo y su efectividad en el Derecho colombiano*, Bogotá.

MORGADO VALENZUELA, E. (1999). "Las perspectivas del Derecho del Trabajo en un mundo globalizado", disertación en el Seminario Internacional *El Derecho del Trabajo ante el nuevo Milenio*, Santo Domingo, Rep. Dominicana, 26 a 28 de abril.

PLA RODRÍGUEZ, A. (1975). "Reflexiones sobre el derecho internacional del trabajo", *rev. Derecho Laboral*, T. XVIII, Nº 100, Montevideo.

PLA RODRÍGUEZ, A. (1979). *Curso de Derecho Laboral*, 2a ed., Montevideo, T. I, V. 1.

PLA RODRÍGUEZ, A. (1991). "Posible incidencia del Mercosur en la problemática laboral", *Revista de la Facultad de Derecho,* N° 1, Montevideo.

PLÁ REGULES, M. J. (2000). "La descentralización a nivel internacional", *Cuarenta y dos estudios sobre la Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo.

RASO DELGUE, J. y CASTELLO, A. (2012). *Derecho del Trabajo*, T. 1, Montevideo.

SERÉ, J. (2004). *Curso de Derecho Laboral,* Montevideo.