

Importancia del procedimiento laboral en la concreción del trabajo decente

Análisis crítico

Hugo Roberto Mansueti

hugo@estudiomansueti.com

Doctor en Derecho PUC/ Argentina;
Profesor Titular de derecho del trabajo
y la seguridad social (PUC -Argentina);
Abogado, Universidad Nacional de
Buenos Aires.

Recebimento do artigo: 20/02/2010

Aprovado em: 12/08/2010

Resumen

Este texto examina el “trabajo decente” y las contradicciones entre su disciplina normativa y su práctica, buscando demostrar la importancia vital de recuperar los principios normativos del proceso laboral que debe concretizar el “trabajo decente” en este nuevo milenio. Presenta conclusiones y propuestas visando este

objetivo y propone la ampliación de la protección de los derechos laborales y de la competencia de la justicia del trábalo.

Palabras-Clave

“Trabajo decente”. Proceso Laboral. Derechos laborales. Competencia de la justicia del trabajo.

The work procedure relevance for the concretization of the decent work

Critical analysis

Hugo Roberto Mansueti

Abstract

This text analyses the “decent work” and the contradictions manifested between legislation and practice. It also examines the procedural labor as a fundamental element to the concretization of the

rights and the performance of labor specialized justice.

“decent work” ideal under principles such as the principle of human dignity, equality, inalienable

Key Words

Procedural labor. “Decent work”. Labor specialized justice.

Sumario

- 1 El “*trabajo decente*” y las contradicciones entre su declamación normativa y la práctica.
- 2 Importancia del procedimiento laboral especial y práctica en la aplicación de las normas fundamentales, en la concreción del trabajo decente.
- 3 Los principios del proceso laboral, destinados a la aplicación de las normas protectorias.
- 4 La necesidad de recuperar esos principios, para el proceso laboral destinado a concretar el trabajo decente en este nuevo Milenio.
 - 4.1 Normas de “*vaciamiento*” de la justicia del trabajo de los 90 que todavía perduran.
 - 4.2 Devaluación del proceso laboral, como mecanismo necesario para la aplicación del derecho sustantivo.
 - 4.3 La devaluación del proceso laboral que ha provocado su impotencia para extender las normas protectoras a las nuevas formas de trabajo.
- 5 Algunas conclusiones y propuestas.
 - 5.1 Medidas de igualdad compensatoria: inversión de la carga probatoria.
 - 5.2 Medidas de garantía a la indisponibilidad de derechos.
 - 5.3 Ampliación de la cobertura de los derechos laborales y la competencia de la justicia especial.
- 6 Colofón.
Bibliografía

1 El “trabajo decente” y las contradicciones entre su declamación normativa y la práctica

Desde el año 1998, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de su conocida *Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo*, aprobada por la Conferencia de dicha Organización en su 86ª Reunión de Ginebra, ha reorientado su accionar hacia el logro de un objetivo que ha definido como esencial, y es el de promover el *trabajo decente* en todo el Hemisferio.

La expresión “*trabajo decente*” ha sido elaborada en el lenguaje de textura amplia propio de los organismos internacionales, con términos que pudieran ser ampliamente reconocibles en cada país, sin necesidad de una reformulación.

Por tal motivo, la O.I.T. se ha cuidado de no incorporarle un sentido unívoco, exacto y preciso, observándose claramente que la falta de una definición concreta tiene la intencionalidad de producir en cada país la reflexión acerca de los alcances del término y no dotarlo de límites que podrían conducir a desvirtuarlo.

Aún cuando la expresión gramatical pueda resultar ambigua, sobre todo frente al significado técnico que se le pretende atribuir, su significado literal es más preciso. Una de las acepciones de la expresión “*decente*” que encontramos en el Diccionario de la Real Academia Española, tiene un alto componente del tipo cuantitativo, ya que se define como algo que es “*de buena calidad o cantidad suficiente*”. Lo propio ocurre con el idioma inglés, donde la palabra “*decent*” significa “*satisfactory: of an acceptable standard*”.

De ambas acepciones puede extraerse que, aún en el lenguaje común, un trabajo decente es, por lo menos, aquel suficiente en calidad o en cantidad. Un trabajo que alcance, que sea satisfactorio para el ser humano que lo realiza.

Primeramente, el accionar de la OIT se orientó hacia la ratificación de los llamados *Convenios Fundamentales*. Luego, a que esas mismas normas fundamentales logren aplicación en la práctica nacional, señalando que uno de los problemas más importantes de América Latina en general, no pasa tanto por la ratificación de los convenios, sino por su efectiva vigencia ¹⁷¹.

Es que la “*adopción*” de un régimen de trabajo, no termina con el simple reconocimiento de derechos fundamentales, sino con el logro de su vigencia efectiva y concreta ¹⁷².

¹⁷¹ No es novedosa la preocupación de la OIT acerca del cumplimiento efectivo de las normas laborales. Desde su propia constitución se lo ha propuesto, dado que el mismo Tratado de Versalles expresa en el Preámbulo que “... si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países” (tercer Considerando).

¹⁷² Hemos desarrollado esta temática, en nuestro trabajo “La aplicación de las normas laborales a

Fue esa temática, la que constituyó el eje principal del discurso del informe del Director General de la OIT, Juan Somavía, que bajo el título *“Promoviendo el trabajo decente en las Américas: una Agenda Hemisférica, 2006-2015”*¹⁷³, presentó en la ciudad de Brasilia, en oportunidad de realizarse la Decimosexta Reunión Regional Americana de la OIT, que tuvo lugar del 3 al 9 de mayo de 2006.

En ese Informe realiza un exhaustivo análisis del contexto general y las tendencias socioeconómicas y laborales en las Américas; de los desafíos que enfrenta la región para generar trabajo decente; la reseña de los objetivos planteados por la OIT; la propuesta de una agenda hemisférica para generar trabajo decente durante el período 2006-2015; los programas de trabajo decente propuestos por país y, finalmente, un Anexo conteniendo las principales actividades y pronunciamientos sucedidos en los últimos años en el Continente.

La solución al problema derivado de la falta de aplicación de las normas fundamentales del trabajo, como elemento integrante de la *“práctica”* nacional en dichas normas, es abordada por distintos sectores del informe. En los numerales 41 a 47, el Director se ocupa de plantear el problema, que estaría dado por la falta de coincidencia entre el incremento de ratificaciones a los ocho convenios fundamentales (69 % lo ha hecho) por un lado, pero por el otro, la existencia de *“indicios de frecuentes violaciones de los derechos fundamentales en el trabajo, incluso en países que han ratificado los convenios correspondientes”* (Núm. 43).

Apoya tal premisa, en el elevado número de observaciones y solicitudes directas presentadas para la región, tanto por parte del Comité de Libertad Sindical (CLS) como de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenio y Recomendaciones de la OIT (CEACR). Advierte un número creciente de reclamaciones vinculadas a la libertad sindical y deterioro de la negociación colectiva.

Con relación a los derechos individuales, señala la existencia de trabajo infantil (de 5 a 14 años) en elevada magnitud, personas afectadas a régimen de trabajo forzoso, persistente discriminación por género, por origen étnico, edad y enfermedad, particularmente con respecto a los trabajadores que viven con el VIH/SIDA.

Hace hincapié en que el problema de la discriminación laboral en América, “no es el resultado de la actitud aislada o esporádica de un empleador o de un funciona-

la luz de los objetivos estratégicos trazados por la OIT”; conferencia brindada en oportunidad de llevarse a cabo el XXIV Encuentro Anual de la Asociación de Magistrados del Trabajo de San Pablo, Brasil (Isla de Comandatuba, 19 al 22 de noviembre de 2008), publicado en Revista de Direito do Trabalho, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, Brasil; Año 35, N° 133 enero-marzo 2009; págs.301 a 321; disponible en www.estudiomansueti.com, sección Artículos.

¹⁷³ El texto completo de este informe, se encuentra disponible por internet en: <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/rgmeet/16amr/dwork.pdf>.

rio de una agencia de colocación, sino una práctica institucionalizada, arraigada en las instituciones y en las políticas del mercado del trabajo” (Núm. 44).

Agrega que la problemática se ve complementada con una gran cantidad de empleo informal, que convive con otros sectores excluidos de la legislación laboral como el trabajo doméstico o familiar. En la mayoría de los casos, aún cuando estos trabajadores estén formalmente amparados en alguna medida por la legislación, ellos “enfrentan los problemas más agudos en lo que respecta a la aplicación efectiva de las mismas”.

Concluye como algo evidente, que

algunos países necesitan ampliar la cobertura de los derechos laborales a enormes contingentes de trabajadores que actualmente están excluidos de todo beneficio laboral. El problema se agrava con la aparición de las relaciones triangulares de trabajo mal definidas y no reguladas (la externalización, por ejemplo).

Más adelante, en oportunidad de comenzar el desarrollo de la aplicación de los objetivos estratégicos en la región, considera que “el cumplimiento de las normas sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, es un objetivo central de toda política de generación de trabajo decente” (Núm. 72).

A partir del Capítulo 4, el informe se ocupa de desarrollar la Agenda propuesta para los próximos diez años.

A la temática referida a la aplicación de las normas laborales se ocupa el Capítulo 4.1.2, titulado “Respeto efectivo de los principios y derechos fundamentales en el trabajo”. Se señala allí como objetivo (relacionado al estratégico de promover y cumplir las normas y principios y derechos fundamentales en el trabajo, “Lograr el respeto efectivo de los principios y derechos fundamentales en el trabajo” y como meta, que “los derechos fundamentales en el trabajo constituyen un conjunto mínimo y universalmente aceptado de derechos laborales incorporados en las respectivas legislaciones nacionales y en la cultura laboral de los diferentes países de la región”.

A dicha meta colaboran, en gran medida, los servicios de inspección del trabajo, respecto de los cuales se ha ocupado la OIT en oportunidad de aprobar los Convenios Nros. 81 *Sobre la Inspección del trabajo*¹⁷⁴ y 150 *Sobre la administración del trabajo*¹⁷⁵, ambos ratificados por la Argentina.

Pero la cuestión no termina allí. Los órganos internos encargados de la fiscalización y control de normas laborales, tienen a su cargo sólo una parte del trabajo destinado a la aplicación y efectiva vigencia de dichas normas. Su complemento na-

¹⁷⁴ 30° Conferencia, Ginebra 1947.

¹⁷⁵ 64° Conferencia, Ginebra 1978.

tural, radica en el ejercicio de la función jurisdiccional, que se ocupa de aplicar esas normas en el ámbito específico del conflicto o la controversia judicial.

2 Importancia del procedimiento laboral especial y práctica en la aplicación de las normas fundamentales, en la concreción del trabajo decente

En la señalada contradicción existente entre el reconocimiento de derechos fundamentales y la falta de concreción práctica de los mismos, que ha señalado la OIT, el proceso laboral y la consecuente labor emprendida por la justicia especializada ocupan un lugar destacado.

Las normas del proceso laboral son las que tienen como objetivo principal, llevar a la práctica, a la vigencia efectiva, esas normas laborales de fondo (internas e internacionales) que definen y reconocen los componentes propios del “*trabajo decente*”. Deben hacerlo allí, justo en el ámbito propio de actuación de las normas de fondo, que es en el conflicto o la contienda judicial.

El maestro Guillermo Cabanellas, lo explicaba del siguiente modo: Aún siendo considerado el derecho procesal laboral como autónomo, no por ello deja de ser necesario que el derecho del trabajo se efectivice, para lo cual la jurisdicción laboral cumple con la función de llevar a la realidad las normas de derecho positivo, sin lo cual este sería, necesariamente, letra muerta¹⁷⁶.

El objetivo de estas líneas, es el de analizar algunas aporías que presentan las normas procesales, al menos en el contexto del derecho argentino, para el logro de su objetivo fundamental, que es el de la concreción en el conflicto, de los derechos fundamentales del trabajo.

Es que la promoción del trabajo decente, no se logra sólo con su reconocimiento formal en las normas de fondo, tampoco con los mecanismos de inspección del trabajo. La principal garantía que cuenta cada trabajador, es el reconocimiento efectivo de sus derechos, justo en el momento en que más los necesita y es en el conflicto con su empleador.

Bien se ha dicho que para la sociedad en general, el poder judicial, es el más importante de los poderes. Cuando al ciudadano le falta la justicia o siente que no se encuentra amparado por ningún juez en quien en última instancia cobijarse, no siente que le está fallando un tercio del poder estatal, ni siquiera la mitad, siente que

¹⁷⁶ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral, 3º edición, Editorial Heliasta, Bs. As. 1987, Tomo I, Volumen I, pág. 449.

se derrumba sobre sus espaldas todo el poder del Estado ¹⁷⁷.

La labor judicial ocupa un lugar destacado en la aplicación de las normas y principios fundamentales del trabajo. Las normas de procedimiento laboral, son las encargadas de encauzar su accionar hacia la aplicación del derecho sustantivo. En gran medida, que dichas normas logren su concreción en la práctica, dependerá del correcto diseño de las normas procesales y los criterios judiciales de interpretación y aplicación del derecho de fondo.

Esas normas de procedimiento especial para la solución de los conflictos laborales, surgieron bajo el prisma del principio protectorio. Mecanismo de intervención estatal, adoptado desde comienzos del Siglo XX, como estrategia fundamental para superar de un modo pacífico, los conflictos propios del antagonismo en las relaciones productivas.

No surgieron de manera aislada, sus primeras manifestaciones se dieron de manera conjunta con las normas de fondo. Tal el caso de Italia, cuya Carta del Lavoro (1927/1934) reguló de manera conjunta, las disposiciones de fondo y las procesales, destinadas a su efectiva aplicación. La regulación conjunta subsiste hoy día en los países de mayor población en Latinoamérica, tales como Brasil y México, donde se encuentra concentrada en un único cuerpo normativo (Consolidación de las leyes del Trabajo y Ley Federal de Trabajo, respectivamente), las disposiciones del derecho sustantivo junto con las del procedimiento especial. Precisamente, para evitar que el proceso laboral pierda la vinculación natural que necesita con el derecho de fondo y pueda verse influenciado por el proceso civil.

El derecho del trabajo se ha nutrido con normas provenientes de campos muy diversos del ordenamiento jurídico, como ser del derecho administrativo, constitucional, internacional, procesal, penal, etc., señalando sobre ese particular Alonso Olea que

el ordenamiento se reinterpreta desde la disciplina particular, reposando esta sobre realidades sociales cardinales, desde sus propios supuestos intentará y en buena medida conseguirá, articular una doctrina de las fuentes del derecho, una teoría de las relaciones de obligación y del objeto de las mismas, unos modos especiales de formalizar y dirimir los conflictos que enfrenten los sujetos ¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Gallo, Orlando J. La Justicia Nacional, en Curso de derecho constitucional, dirigido por Carlos María Bidegain, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996; Tomo IV El Gobierno Federal, pág. 311.

¹⁷⁸ Alonso Olea, Manuel; Introducción al derecho del trabajo, 4 de Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 13 y 14; citado por Montoya Melgar, Alfredo, en El proceso laboral en la doctrina española del derecho del trabajo, en Derecho Procesal del Trabajo, varios autores, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santo Domingo, República Dominicana, 2002, pág. 29.

De ese modo, el derecho del trabajo se forma superando la distinción cerrada entre normas procesales y sustantivas, ya que ambos tipos de reglas obedecen a un mismo fin político-social: la protección del trabajador asalariado. A esta finalidad sirven no solo las normas sustantivas, sino también las procesales, porque superando tendencias que creían que el derecho sustantivo era una entidad estática, diferenciada del proceso, resulta patente que en el derecho del trabajo, ambos son realidades imprescindibles, actuando aquél como instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines perseguidos por éste ¹⁷⁹.

Este aspecto particular del procedimiento laboral es el que exige una regulación especial, distinta a aquella destinada a la solución de los conflictos que se dan entre personas iguales. Sabido es, que no hay peor injusticia, que tratar por igual a los desiguales. Es que el origen del procedimiento específico laboral, respondió a la necesidad de dejar de lado los postulados en que se sustentaba el Derecho Procesal Civil, de modo de asegurar al litigante económicamente más débil, el acceso a la justicia en paridad de condiciones con la contraparte más fuerte. A su vez, la legislación sustantiva tampoco puede abandonar la regulación de reglas procesales indispensables para su aplicación en el conflicto, mucho menos permitir que ellas sean absorbidas por las del derecho procesal civil.

Los principios del Derecho del Trabajo, en especial el protectorio, de primacía de la realidad, de irrenunciabilidad de derechos y continuidad del vínculo laboral, son reivindicables tanto al debatirse la vigencia de los beneficios conferidos por las normas sustantivas, como por las procesales. Estos principios se reflejan en el procedimiento laboral con postulados que son propios y exclusivos. La indisponibilidad o irrenunciabilidad de derechos hace que el trabajador carezca de la facultad de disponer libremente de ellos. Por su parte, los principios se ven complementados en el procedimiento con reglas particulares destinadas a proteger al trabajador, tales como la gratuidad, libre investigación judicial, celeridad en la sustanciación, intermediación, concentración, publicidad, saneamiento, magistratura especializada, facultad de aplicar las normas laborales de oficio, de resolver *ultra petita* supliendo omisiones técnicas del trabajador y medidas de compensación, destinadas a corregir la desigualdad natural de las partes en la contienda.

A nivel regional, estos aspectos de la solución heterónoma de los conflictos laborales fueron recibidos por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada en la Conferencia Americana de Río de Janeiro en 1947.

¹⁷⁹ Montoya Melgar, Alfredo, en El proceso laboral en la doctrina española del derecho del trabajo, en Derecho Procesal del Trabajo, varios autores, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santo Domingo, República Dominicana, 2002, pág. 30.

La Carta de Garantías Sociales, o también denominada Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, fue adoptada un año antes de la propia constitución de la Organización de Estados Americanos y de la adopción de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Este instrumento internacional no sólo fue un importante antecedente en el plano regional, sino también contribuyó en los esfuerzos que se venían implementando en el seno de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo por regular internacionalmente los derechos laborales.

Su art. 36 establece que “En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de conflictos”¹⁸⁰.

El carácter especial de la jurisdicción laboral, viene impuesto, de este modo, como una extensión o complemento del principio protectorio consagrado en la legislación sustantiva.

La concreción jurídica de este principio, se producirá al final del proceso de conocimiento, en la oportunidad donde el Juez crea la norma individual, mediante la aplicación de la norma general.

Así como la legislación de fondo se encuentra estrechamente vinculada a la de procedimiento, del mismo modo van estrechamente unidas la intención del legislador de proteger el trabajo, con la aplicación del derecho de fondo realizada por el magistrado en la sentencia.

Con especial referencia a esta temática, señalaba el Profesor Mozart Víctor Russomano que

las leyes de protección social, no obstante sean y deban ser aplicadas imparcialmente, fuerzan, siempre, el espíritu del juez a preocuparse con la intención del legislador y con todo aquello que él desearía en el momento en que la ley es aplicada a los hechos. Así se puede descubrir la mens legis, en su sentido más auténtico. Es esa la comprensión correcta de las leyes laborales, sopesadas teleológicamente y aplicadas según el método sociológico de interpretación de la norma jurídica¹⁸¹.

¹⁸⁰ El valor jurídico de este mandato, tiene que ver con el carácter vinculante de las declaraciones de derechos internacionales, que no son tratados propiamente dichos ni están sometidas a ratificación. Sobre el particular, merece recordarse la Opinión Consultiva N° 10, del 14 de julio de 1989, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que asignó carácter vinculante a la Declaración Americana de Derechos Humanos, por entender que ella “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta (de la O.E.A.) se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la O.E.A.”. En consecuencia, “para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Agregando más adelante, “La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos”.

¹⁸¹ Citado por Pasco Cosmópolis, Mario, en El principio protector en el proceso laboral; **Rev.**

En su mayor medida, las reglas del proceso civil, son incompatibles y conspiran contra la efectiva vigencia de las normas laborales.

Ya lo decía Couture, para explicar el surgimiento de un derecho procesal del trabajo, con notas distintivas: El derecho procesal de tipo individualista es insuficiente e injusto para los conflictos derivados de la relación de trabajo. Un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno sólo de ellos, ha debido surgir, para restablecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida los que ponen su trabajo como sustancia del contrato y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses ¹⁸².

Si la legislación sustantiva abandona la regulación de los mecanismos procesales necesarios para garantizar la concreción de sus normas, corre el riesgo que ellos sean influenciados por las normas del proceso civil. La consecuencia natural, será que dichos derechos se pierdan, en el resultado de una confrontación desigual, pero juzgada con criterios igualitarios.

3 Los principios del proceso laboral, destinados a la aplicación de las normas protectorias

No ocuparemos este espacio, en desarrollar una teoría general de principios del proceso laboral. Sólo procuraremos detectar, aquellos que se encuentran estrechamente vinculados al fin propio de las normas del procedimiento especial, que está dado por la efectiva vigencia en los casos concretos, de las normas de fondo.

El maestro Plá Rodríguez, señalaba con precisión, que los principios de derecho del trabajo, por definición, se aplican a una rama – el derecho laboral – y no se aplican a las otras ramas¹⁸³ y que tienen una carácter instrumental; se refieren a cómo se debe actuar para lograr un determinado resultado¹⁸⁴. Agregaba, como principios que deben estar en el proceso laboral y que no están en el proceso común, los siguientes: la desigualdad compensatoria, la búsqueda de la verdad real y la indisponibilidad¹⁸⁵.

Trabajo y Seguridad Social, Tomo 2001, pág. 193.

¹⁸² COUTURE, Eduardo J.; **Estudios de derecho procesal civil**; editorial Depalma, Buenos Aires 1979, Tomo I, pág. 288.

¹⁸³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; **Los principios del derecho del trabajo**; 3º edición actualizada; editorial Depalma; Buenos Aires 1998, pág. 8.

¹⁸⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; *Los principios ... cit.*; pág. 12.

¹⁸⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; *Visión crítica del derecho procesal del trabajo*; en **Processo do trabalho na América Latina**; editorial LTR, San Pablo, Brasil, 1991; pág. 244.

Otro maestro uruguayo, Héctor-Hugo Barbagelata, afirmó lo que verdaderamente caracteriza y define al derecho procesal del trabajo es la irrenunciabilidad de los derechos que constituyen el orden público social. De tal irrenunciabilidad, deriva una indisponibilidad procesal, que sitúa al proceso laboral sobre bases totalmente diferentes del proceso civil... Toda la cuestión de la prueba, desde a quien incumbe la carga, pasando por los medios y su actualización, hasta la apreciación de la producida, debe ser, pues, reexaminada en función de esa circunstancia ¹⁸⁶.

De manera coincidente, Mario Pasco Cosmópolis, advierte en la diferencia existente entre los llamados principios generales del proceso y aquellos principios del derecho procesal del trabajo. En esta última esfera, circunscribe los siguientes: principio de veracidad, principio protector o de desigualdad compensatoria y criterio de conciencia en la exégesis de la prueba y equidad en la resolución ¹⁸⁷.

Wagner Giglio a su vez, indicaba como principios del proceso laboral los de protección, despersonalización del empleador, el de simplificación del procedimiento y, en menor medida, el de ultra petición y extra petición, el de iniciativa de oficio y de jurisdicción normativa¹⁸⁸.

Rolando Murgas, luego de analizar la opinión de varios autores, concluye que el principio rector del derecho procesal del trabajo sería el principio protector, de tutela o de desigualdad compensatoria. Al mismo se agregarían dos principios: el de indisponibilidad y el de veracidad, que en su presencia normativa muestran claras conexiones con el principio protector¹⁸⁹.

Refiriéndose a la desigualdad compensatoria, Rolando Murgas señala que “La idea de la igualdad de los contratantes conduce a la de la igualdad de los litigantes, lo cual viene a alimentar la construcción misma del debido proceso. Sin igualdad procesal se vulneraría entonces el debido proceso. Esto, sin embargo, no es plenamente aplicable al proceso laboral. Así como el derecho del trabajo rompió la idea de la igualdad formal de los contratantes e introdujo la figura del contratante

¹⁸⁶ BARBAGELATA, Héctor-Hugo, Los medios de prueba en el procedimiento laboral; en **Revista Derecho Laboral**, número 119, pág. 560; citado por RACCIATTI, Octavio Carlos, en Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo, en **Grupo de los Miércoles, Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios**; ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2005; pág. 22.

¹⁸⁷ PASCO COSMÓPOLIS, Mario; **Fundamentos del derecho procesal del trabajo**; editorial Aeale, Lima, Perú, 1977; pág. 40.

¹⁸⁸ GIGLIO, Wagner; Os principios do direito procesal do trabalho e o procedimento trabalhista; en **El derecho del trabajo ante el nuevo milenio**, Memoria de Seminario, Secretaria de Estado de Trabajo, Santo Domingo, Republica Dominicana, 1999.

¹⁸⁹ MURGAS TORRAZZA, Rolando; Los principios del derecho procesal del trabajo; Conferencia de ingreso como miembro a la Academia de Ciencias de la República Dominicana, Santo Domingo, República Dominicana, 27 de marzo de 2009; pág. 8.

más débil, objeto de protección especial, así también en el proceso laboral, como postulaba COUTURE, se generan desigualdades procesales para compensar las de orden material¹⁹⁰.

El principio protectorio o de desigualdad compensatoria, cuyo reconocimiento es común entre los autores, ha recibido apoyo en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos. Merece destacarse, que en Opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹⁹¹.

Y atendiendo a la situación particular de las reclamaciones laborales de los trabajadores migrantes indocumentados¹⁹², en el Considerando N° 18 del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, puede leerse que

Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones.

Por el Considerando 19, agrega que

En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección (...) que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal (...). A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes.

¹⁹⁰ MURGAS TORRAZZA, Rolando; **Los principios ...** cit., pág. 9.

¹⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-16/99, del 1° de octubre de 1999; El derecho a la información sobre la asistencia consultiva en el marco de las garantías del debido proceso legal.

¹⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de setiembre de 2003.

Según la calificada opinión de Plá Rodríguez ¹⁹³, la función del principio protectorio o de desigualdad compensatoria, en el proceso laboral, debe corregir tres formas de desequilibrio:

económico (el conflicto compromete valores de jerarquía patrimonial diferente entre ambos litigantes), probatorio (el empleador tiene ventaja para producir su propia prueba) y subjetivo (la distinta “potencialidad que la voluntad de las partes tiene en el conflicto”). Agrega que el carácter tutelar, se expresa en dos aspectos: la prueba y la “suplencia” del juez respecto de los errores, contradicciones u omisiones de la demanda.

Mario Pasco, luego de ejemplificar las razones por las cuales el proceso laboral refleja una contienda entre desiguales, justifica las reglas de desigualdad compensatoria en la carga de la prueba del proceso laboral, sosteniendo que

Por donde se mire, la disparidad de acceso a la prueba es abrumadora. Si el derecho no proveyera al trabajador de algún mecanismo compensatorio, todo litigio estaría basado en una posición inicial de injusticia e inequidad, y culminaría en un resultado también atrozmente injusto. Ese mecanismo compensatorio es, sin más, el principio protector¹⁹⁴.

La Ley Federal del Trabajo mexicana, recibe el carácter tutelar antes señalado, con las particulares reglas de carga probatoria previstas en su art. 784 ¹⁹⁵ que tienden a compensar la desigualdad natural de las partes en el proceso. Con igual finalidad, la inversión de la carga de la prueba (a favor del trabajador), constituye la norma rectora del procedimiento laboral en Bolivia ¹⁹⁶ y es también recibida por la legislación de Panamá ¹⁹⁷. En Argentina, disposición similar a la mexicana existe en art.

¹⁹³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; *Visión crítica ...*, cit., pág. 244/6. Dicho autor, señala como partidarios de la vigencia del principio de tutela en el proceso laboral, a Montoya Melgar, Álvarez del Castillo, Pasco y Sarthou. A igual conclusión arriba Rolando Murgas, quien en el trabajo que hacemos referencia, cita en modo expreso estas opiniones.

¹⁹⁴ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Principio protector en el proceso laboral*; en **Estudios de Procedimiento laboral en Iberoamérica**, coordinado por M. R. Herrera Carbuca; Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Librería Jurídica Internacional; Santo Domingo, República Dominicana, 2007; Tomo I, pág. 75.

¹⁹⁵ Art. 784: La Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador. En todo caso, corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia sobre: ... se sigue la mención de diversos ítems, que van desde la fecha de ingreso del trabajador, hasta el pago de participación de ganancias o utilidades, pasando incluso por la duración de la jornada de trabajo.

¹⁹⁶ Art. 3 inc. h) de su Código Procesal del Trabajo.

¹⁹⁷ SCJ de Mendoza, 31/08/1961, Fernández de Pose, María Natividad en J 2596 Millán, Juan J. c/ Natividad Fernández de Poso p/ Ord. Incons”, L.S. 79-293. Citado por LIVELLARA, Carlos A., *Procedimiento laboral en la Provincia de Mendoza*, en **Tratado de derecho del trabajo**,

55 del Código Procesal Laboral de Mendoza, cuya Corte provincial ha considerado que *la inversión de la carga de la prueba impuesta por el art. 55 del Código Procesal Laboral a fin de hacerla recaer sobre el empleador, tiende a establecer la igualdad de las partes en el proceso*¹⁹⁸. Otra similar existe también en el art. 39 de la Ley Procesal del Trabajo de la Provincia de Córdoba. No ocurre lo propio con el procedimiento nacional, vigente en la Ciudad de Buenos Aires, que al equiparar la carga de la prueba al proceso civil, no hace otra cosa que acentuar la desigualdad de las partes y colaborar con la falta de aplicación del derecho sustantivo en el proceso. La misma acentuación de la desigualdad rige en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

El principio de indisponibilidad, se encuentra estrechamente vinculado a la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrado por la ley sustantiva y a las reglas básicas del llamado *orden público laboral*, que limitan la autonomía de la voluntad de las partes.

La continuación de la irrenunciabilidad de derechos en el proceso, se circunscribe en la esfera de su indisponibilidad. Constituye una particularidad y principio del proceso laboral, que lo diferencia del proceso civil, donde la mayoría de los derechos son disponibles por las partes. Como bien señala el profesor uruguayo Alejandro Castello, la autonomía del procedimiento laboral

se funda en la particularidad que tiene el derecho sustancia al cual accede el derecho adjetivo y en los principios propios que tiene la disciplina. En apoyo, agrega que el objeto (conflicto) que regula el derecho procesal laboral, es completamente distinto del que trata el procesal común o general, siendo lógico que lo adjetivo se haya adaptado a lo sustantivo y no a la inversa¹⁹⁹.

Aunque con limitaciones contradictorias en este punto (como veremos a continuación), también fue la opinión de Allocati: “habida cuenta de la especial naturaleza de las normas sustantivas en el orden laboral, las procesales deben ineludiblemente adaptárseles pues si no los derechos que aquellas conceden a los trabajadores correrían el riesgo de ser ilusorios”²⁰⁰.

Dirigido por Mario Ackerman y Diego Tosca, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, Tomo **IX Derecho Procesal del Trabajo**, pág. 558.

¹⁹⁸ CASTELLO, Alejandro, La irrenunciabilidad; en **Estudios de Procedimiento laboral en Iberoamérica** ..., cit., pág. 551.

¹⁹⁹ ALLOCATI, Amadeo; Derecho procesal del trabajo, en **Tratado de derecho del trabajo**, dirigido por Deveali, Mario L.; ed. La Ley, Buenos Aires 1966, Tomo I, pág. 30.

²⁰⁰ ALLOCATI, Amadeo; **Derecho procesal del trabajo**, cit., Tomo I, pág. 47; LIVELLARA, Carlos A.; El principio “iura novit curia” y el principio de congruencia en su aplicación al procedimiento laboral; en **Estudios de Procedimiento laboral en Iberoamérica**, coordinado por Herrera Carbuccion, M. R.; Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Librería Jurídica Internacional; Santo Domingo, República Dominicana, 2007; Tomo I, págs. 106 y 107. Aunque PIROLO, luego de reafirmar la vigencia del principio de

A su vez, la indisponibilidad también se ve reflejada, dentro de las facultades propias del juez laboral, en una necesaria limitación al principio de congruencia.

Este principio, propio del proceso civil (entre iguales y destinado a la aplicación de normas que regulan derechos disponibles por las partes), se traduce en la necesidad o requisito que la sentencia guarde correspondencia con lo efectivamente petitionado o planteado por las partes. Se sostiene habitualmente que el mismo, está estrechamente vinculado a las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio²⁰¹. Desde dicha óptica, se interpreta que la facultad del juez laboral de fallar *extra petita* (es decir, suplir la omisión del demandante, agregando a la condena un rubro que no hubiera sido expresamente incluido en la petición inicial o demanda), siempre a favor del trabajador, no puede ser admitida por el procedimiento especial laboral, por ser contraria a las citadas garantías constitucionales del empleador²⁰². Distinto es el caso de la facultad de fallar *ultra petita*, que no es del tipo cualitativa como la anterior, sino cuantitativa. Tiene que ver con el hecho de no ser necesaria una correspondencia estricta, entre el monto reclamado y el admitido, aún si este último resulta ser superior.

Las posiciones que cuestionan la facultad del juez laboral de fallar *extra petita*, no logran superar en este aspecto, la clásica confrontación entre el derecho sustantivo y las vicisitudes del procedimiento. Es claro que las normas procesales, deben ceder en caso de incompatibilidad con la ley de fondo o sustantiva²⁰³ y no a la inversa. Tampoco admiten, que el proceso logre superar, a través de mecanismos propios de la doble instancia o cualquier otro, el escollo derivado de contradecir aquello que manda la ley de fondo.

Por el contrario, la facultad de fallar *extra petita*, como principio o particularidad propia del proceso laboral, es justificada por Rolando Murgas, quien sostiene que

Como alternativa en la justicia laboral, nos parece una solución claramente atendible, dado que la verdad real debe proyectarse en toda su intensidad, más allá de las deficiencias y omisiones en las peticiones formuladas por el trabajador. Todo ello, desde luego, sin que se llegue a afectar el derecho de defensa del empleador, lo que conduce a la no generalización de esta obligación. Esta posibilidad – que fortalece los poderes del juez – viene, por otro lado, a constituir un soporte procesal importante del principio de irrenunciabilidad de los derechos de los

congruencia, reconoce que de algún modo “el juez está obligado a subsanar la omisión del demandante que produzca una afectación de derechos irrenunciables” (PIROLO, Miguel Angel; **Manual de derecho procesal del trabajo**; editorial Astrea, Bs. As. 2004, pág. 41).

²⁰¹ LIVELLARA, Carlos A.; El principio “iura novit curia” y el principio ... op. loc. Cit.

²⁰² Es el criterio que surge del art. 31 de la Constitución Argentina, en cuanto dispone la supremacía de las leyes dictadas por el Congreso sobre las locales, esfera esta última, donde se circunscriben en el federalismo argentino las normas de procedimiento.

²⁰³ MURGAS TORRAZZA, Rolando; Los principios ... cit., págs. 15/16.

trabajadores. Como atinadamente observa SARTHOU, con facultades inquisitivas al juez se evita “que las omisiones o insuficiencias de la parte débil de la relación de trabajo se consideren actos voluntarios, cuando en realidad constituyen una consecuencia forzada de la desigualdad”²⁰⁴.

Agrega que las legislaciones de Colombia²⁰⁵, Panamá²⁰⁶, México, Venezuela, Brasil y Perú, admiten para el procedimiento laboral esta ruptura del principio de congruencia, la que justifica en el carácter tutelar del proceso laboral.

En República Dominicana también se admite la posibilidad que el juez laboral resuelva de manera *extra petita*, siempre que se trate de rubros que cumplan las siguientes condiciones: a) resulten de la naturaleza jurídica de la demanda; b) surjan de las pruebas aportadas al debate; y c) correspondan a los derechos legalmente consagrados a favor de los trabajadores²⁰⁷. En sentido coincidente y también para República Dominicana, Manuel R. Herrera Carbuccia, agrega que

el principio de la *litis contestatio*, fundamental en el procedimiento civil, es reformado en el procedimiento laboral, pues el juez es parte del mismo con una función activa, la cual debe aplicar, sea más allá de lo pedido (*ultra petita*) o que no ha sido pedido por las partes (*extra petita*)²⁰⁸.

Algunas legislaciones tienden a solucionar y evitar la necesidad del fallo *extra petita*, imponiendo al juzgador el requisito de subsanar de oficio las omisiones en las peticiones del trabajador²⁰⁹. Otras, estableciendo la obligación del juzgador a realizar un examen previo de la demanda y de intimar al actor a que subsane, además de los defectos de forma, las “*omisiones o imprecisiones*”²¹⁰ o, simplemente, el “*defecto u omisión*”²¹¹.

²⁰⁴ Art. 50 de su Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

²⁰⁵ Art. 535 de su Código de Trabajo.

²⁰⁶ GIL, Domingo; La inmutabilidad del proceso y los poderes del juez en materia laboral; ponencia presentada en el VII Congreso Nacional y VIII Congreso Centroamericano y del Caribe de derecho del trabajo y la seguridad social; Santiago, República Dominicana, noviembre de 2000. Libro de ponencias editado por las asociaciones organizadoras, pág. 163.

²⁰⁷ HERRERA CARBUCCIA, Manuel R., Fundamentos y particularidades de los poderes del juez en materia laboral; ponencia presentada en el VII Congreso Nacional y VIII Congreso Centroamericano y del Caribe de derecho del trabajo y la seguridad social; cit., pág. 145.

²⁰⁸ Art. 873 de la Ley Federal de Trabajo de México.

²⁰⁹ Art. 67 de la ley 18.345 de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo, con vigencia en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Lamentablemente, por influencia de las reglas del proceso civil, los jueces laborales casi en todos los casos omiten utilizar este recurso como debieran y solo advierten la existencia de “omisiones o imprecisiones” en oportunidad de dictar su sentencia, lo que se deriva en la pérdida de derechos para el trabajador y colabora en la señalada falta o defecto de aplicación práctica, de normas de fondo que establecen derechos irrenunciables.

²¹⁰ El art. 27 de la ley 11.653 de Procedimiento Laboral en la Provincia de Buenos Aires, cuenta con una disposición similar a la anteriormente tratada y sus efectos prácticos, son los mismos.

²¹¹ RUSSOMANO, Mozart Víctor, Procedimientos laborales, conferencia dictada el 19 de mayo

Es que si el principal escollo del fallo *extra petita* radica en la necesidad de preservar el derecho de defensa en juicio del empleador demandado, lo que corresponde es adoptar algún mecanismo compensatorio que lo salvaguarde. No, como se hace en los regímenes que no lo admiten, resolver el rechazo de los rubros que no fueron expresamente pedidos, aún cuando resultan probados en juicio y tienen apoyo en disposiciones de fondo que los declaran indisponibles e irrenunciables. A tal tipo de conclusión se arriba, incluso, luego del incumplimiento a normas que exigen un control previo en las omisiones o imprecisiones de la demanda.

Con ello no se advierte, que las insuficiencias en la defensa del trabajador, incluyendo las omisiones de rubros en su petición, no constituye otra cosa que una consecuencia más de la desigualdad real y efectiva, derivada de la posibilidad económica del empleador a seleccionar una mejor o más calificada defensa.

4 La necesidad de recuperar esos principios, para el proceso laboral destinado a concretar el trabajo decente en este nuevo Milenio

Hace algunos años, el profesor brasileño Mozart Víctor Russomano, recordaba que La jurisdicción laboral, es una jurisdicción de equidad. No en el sentido de que el juez pueda dictar su fallo contra legem o abandonar el examen crítico de las pruebas; pero sí, interpretando las leyes y valorando las pruebas sin perder la imparcialidad, el juez dicta su sentencia teniendo como blanco la justicia social, que es la forma más delicada, más sensible de la justicia moderna ²¹².

Entiende que esa nota característica del proceso laboral, ha sido objeto de una reacción neoliberal, materializada en políticas que afectan al derecho procesal del trabajo, precisamente porque éste es instrumento de garantía práctica de aquél y de sus procedimientos, que inspirados por la equidad, constituyen una efectiva protección al trabajador.

Atribuye dichas políticas al accionar en América Latina del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, que tuvieron por uno de sus ejes, la propuesta de

de 2000, en el Seminario Internacional de Derecho del Trabajo, organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México; publicado en **Estudios de Procedimiento laboral en Iberoamérica**, coordinado por Herrera Carbuccioni M. R.; cit., Tomo I, pág. 7.

²¹² Informe **Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina**; Grupo de Expertos en Relaciones Laborales (Designado por Res. M.T. N° 502/2005; VALDOVINOS, Oscar; ALVAREZ, Eduardo Oscar; ALDAO ZAPIOLA, Carlos; ELFFMAN, Mario; ELÍAS, Jorge; FONTANA, Beatriz; RODRIGUEZ MANCINI, Jorge; SAPPÍA, Jorge; SIMON, Julio César y TOPET, Pablo); editorial Rubinzal Culzoni; Santa Fe 2008, pág. 72.

extinción de las jurisdicciones laborales, lo cual *era una manera drástica de someter los conflictos del trabajo a principios y normas del derecho procesal civil.*

Aún cuando reconoce que, gracias al impulso del movimiento obrero, la propuesta de trasladar la competencia para juzgar conflictos laborales en el ámbito de la jurisdicción civil *está prácticamente muriendo en nuestro continente*, reconoce que todavía hay excepciones.

En el caso particular de la Argentina, todavía subsisten algunos mecanismos implementados con las reformas laborales de los años 1990 y que conspiran en contra de la adecuada aplicación de las normas fundamentales del trabajo.

Con referencia a las reformas de ese período, se ha dicho que si bien sus institutos emblemáticos han sido eliminados, el grave daño operado por esa experiencia todavía es verificable en la actualidad. El deterioro de las condiciones de trabajo, los elevados niveles de trabajo no registrado y las dificultades de los trabajadores para procurarse una oportuna y eficaz tutela legal a sus derechos, son realidades que costará mucho erradicar²¹³.

Pero no todo pasa por las reformas del citado período. Hay componentes más antiguos, que responden a causas diferentes, que también dificultan los derechos de los trabajadores para procurar la tutela de sus derechos y que, en definitiva, también terminan conspirando contra la efectiva aplicación de las normas laborales.

Estos componentes se corresponden, por lo menos, a tres categorías.

En primer término, podemos situar a las excepciones que sobreviven, luego de la reforma a la legislación laboral realizada en los años 1990, particularmente en el año 1995. En segundo término, otras más antiguas, derivadas de una clara devaluación, académica y legislativa, del procedimiento laboral y su importancia en la aplicación de las normas protectoras del trabajo. En tercer lugar, otras más antiguas aún, derivadas de la práctica en la aplicación de tales normas, que terminaron también devaluando su objetivo inicial, reduciéndolo al empleo.

4.1 Normas de “vaciamiento” de la justicia del trabajo de los 90 que todavía perduran

Son por lo menos tres, las normas de este tipo que conspiran contra la efectiva aplicación del derecho protector.

²¹³ Publicada en Boletín Oficial del 03/05/1996.

Una, es la ley 24.635 que crea la Instancia Obligatoria de Conciliación Laboral, en el ámbito nacional, pero con vigencia práctica en la Ciudad de Buenos Aires. Otra, es la ley 24.557 llamada de Riesgos del Trabajo y, la tercera (no excluyente), es la ley 24.522 de concursos y quiebras.

La ley 24.635²¹⁴ sustrajo el instituto de la *conciliación* de la esfera judicial y la transfirió a un servicio de composición mixta, integrado por *conciliadores* de la actividad privada y aprobación de acuerdos (homologación) por parte de la autoridad administrativa del trabajo.

En sus aspectos adjetivos, conspira contra la rápida posibilidad del trabajador de acceder a la justicia, debiendo someter su reclamo a un proceso previo, que demora en el tiempo la sustanciación de su causa, cuando durante la tramitación de la misma en sede judicial, también es convocado por el juez a audiencias de conciliación²¹⁵, derivando el instituto en una repetición de actos procesales que también conspiran contra la rápida solución del litigio.

En sus aspectos sustantivos, también conspira en contra de la aplicación de las leyes protectoras, toda vez que permite que el trabajador concurra sin asistencia profesional (necesaria para conocer con precisión los aspectos cualitativos y cuantitativos de su reclamo, lo cual agudiza la desigualdad de las partes) o que, como no deja de ocurrir en la práctica y es peor, que lo haga con profesional designado por su propio empleador. También conspira en este sentido, la perversidad del sistema de retribución previsto para el conciliador laboral, quien percibe honorarios de inmediato, siempre y cuando logre que las partes arriben a un acuerdo. La homologación, asignada a la autoridad administrativa que no interviene ni tiene conocimiento directo del reclamo, conspira contra el adecuado control público de la disposición de derechos que sólo es admitida por la ley de fondo a modo de excepción e inspirada en la solución práctica y ágil que el instituto otorga para reclamos alimentarios. Esto último, también conspira contra otro principio propio del proceso laboral, que es el de la inmediatez, justo cuando el trabajador mayor control necesita del juez protector, que es a la hora de disponer sus derechos²¹⁶.

²¹⁴ Con fundamento en las facultades conferidas al juzgador por el art. 80 de la ley 18.345, utilizada muchas veces en forma abusiva para evitar el dictado de la sentencia.

²¹⁵ La crisis del sistema, se advierte a poco de analizar la jurisprudencia correctiva, que debe revisar asiduamente el contenido de estos acuerdos, cuando son cuestionados en sede judicial. Nos hemos ocupado de este tema, en nuestros trabajos Revisión judicial de acuerdos extintivos del contrato de trabajo celebrados en sede administrativa, publicado en Microjuris, edición electrónica del 06/12/2006 y Extinción de los contratos de trabajo por mutuo acuerdo y las cuestiones vinculadas a los acuerdos onerosos de desvinculación, publicado en El Dial, edición especial electrónica del 24/06/2008; ambos disponibles en www.estudiomansueti.com, sección artículos.

También perdura, al menos en sus aspectos formales, el régimen de “vaciamiento” de la justicia del trabajo diseñado por la ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557²¹⁷. Esta ley, implementa un sistema de seguro de accidentes de trabajo obligatorio para el empleador, con entidades especialmente constituidas al efecto (las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo), las cuales, además de competir en el mercado, son encargadas de controlar la salud y seguridad de sus clientes en los ambientes de trabajo. Complementa dicho sistema, con la eximición de responsabilidad laboral y civil del empleador²¹⁸, quien sólo tiene a su cargo la contratación del seguro. También, en lo que aquí interesa, sustrajo del conocimiento de los jueces del trabajo (tanto de la Nación, como de las Provincias) la resolución de los litigios derivados de la aplicación del sistema, los cuales en primer término deben ser resueltos por *Comisiones Médicas*, en cuya integración no se han previsto juristas y a las cuales el trabajador concurre sin asistencia letrada.

El sistema está en crisis desde el año 2004, momento en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en su nueva composición) comenzó a declarar la inconstitucionalidad de varios aspectos del sistema. En lo que aquí interesa, a partir del caso “*Aquino*”²¹⁶ fue declarada la inconstitucionalidad de la exención de responsabilidad civil del empleador y desde el caso “*Castillo*”²¹⁷, lo propio con el funcionamiento compulsivo de las Comisiones Médicas en el ámbito de la jurisdicción local de las Provincias. Aún cuando la Corte Suprema no es un tribunal de casación y sus sentencias no son obligatorias para los tribunales inferiores, ellos por lo general siguen su doctrina, tanto por la jerarquía científica de sus fallos, como por razones de economía procesal, dado que mientras no cambie de composición la Corte o de criterio sus miembros, se supone que en nuevas causas, adoptará soluciones similares y constituyen la última instancia de nuestro derecho interno.

Hasta el momento, la crisis de este sistema no logró una solución por vía de reforma legislativa. La propia Confederación General del Trabajo presentó un proyecto de enmiendas, el que tuvo trámite parlamentario pero no logró sanción. Como medida correctiva, en noviembre de 2009 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1694/2009, por el cual elevó el importe de las prestaciones dinerarias. Sin embargo, subsisten las restricciones que afectan el derecho de los trabajadores a un ambiente seguro y sano de trabajo (no fue modificado el sistema de control a cargo de las ART) y a solución rápida e integral de los daños sufridos en su salud (todavía deben plantear en juicio la inconstitucionalidad del sistema).

²¹⁶ CSJN, 21/09/2004; “*Aquino*, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”; “Fallos” 327:3753.

²¹⁷ CSJN, 07/09/2004; “*Castillo*, Angel S. c. Cerámica Alberdi S.A.”; “Fallos” 327:3610.

Y en materia de concursos y quiebras, la ley 24.522 (LCQ) ²¹⁸ agudizó la situación de vulnerabilidad del trabajador que se ve afectado por la cesación de pagos de su empleador, colocándolo en una situación de mayor desprotección. En la materia que aquí nos ocupa, esta ley incluyó a las causas laborales en el fuero de atracción, obligando a los trabajadores a defender sus créditos alimentarios en la justicia comercial, en paridad de situación respecto a los demás acreedores con títulos civiles, comerciales o de causa diferente. En muchos casos se impuso la obligación de ocurrir ante tribunales de distinta jurisdicción al del lugar de trabajo, con las consiguientes limitaciones en las posibilidades de defensa y prueba para los trabajadores ²¹⁹. Posteriormente, la ley 26.086 ²²⁰ de reformas a la LCQ, si bien recuperó la competencia de la justicia del trabajo para el conocimiento de las causas laborales, sustrayendo dichas causas del fuero compulsivo de atracción, no modificó el régimen de privilegios diseñado por la ley de 1995. Dicho régimen, es absolutamente incompatible con las previsiones contenidas en el Convenio N° 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador²²¹. Ello conspira con la aplicación de las normas laborales, toda vez que los créditos alimentarios del trabajador terminan siendo relegados, en su privilegio, por los créditos comerciales o civiles, amparados por otro tipo de garantías (hipotecarios, prendarios e incluso los créditos fiscales).

4.2 Devaluación del proceso laboral, como mecanismo necesario para la aplicación del derecho sustantivo

A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los estados iberoamericanos, en la Argentina el proceso laboral se encuentra devaluado, académica y legislativamente, situación que redundo en la falta de cumplimiento efectivo de las normas laborales.

El punto de vista académico importa, toda vez que en el informe titulado “Promoviendo el trabajo decente en las Américas: una Agenda Hemisférica, 2006-2015” se insiste en la propuesta de políticas que tiendan a la *“aplicación efectiva de los derechos laborales, en especial de los derechos fundamentales en el trabajo”*. Agregando,

²¹⁸ B.O. 09/08/1995.

²¹⁹ Informe Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina; GRUPO DE EXPERTOS EN RELACIONES LABORALES; cit., pág. 69.

²²⁰ B.O. 16/05/2002.

²²¹ LXXIX Reunión, Ginebra, 1992. Las disposiciones de este convenio fueron incorporadas al derecho interno argentino por ley 24.285 (B.O. 29/12/1993) y la falta de ratificación formal, por parte del Poder Ejecutivo a la OIT, obstaculiza la vigencia de las disposiciones de la norma internacional, en lo que resulta contraria al régimen de la LCQ 24.522.

como parte de la estrategia específica tendiente al logro de esa efectiva aplicación, la *“Formación destinada a las autoridades y agentes encargados de la aplicación de los principios”*.

El mensaje parece ser claro. Los encargados de aplicar el derecho, deben complementar la labor de difusión de la interpretación que hacen de las normas nacionales, integrando dicho ordenamiento, cuando corresponda, con la aplicación de las normas referidas a los derechos consagrados en los convenios fundamentales.

El desconocimiento del proceso laboral, coadyuva al incumplimiento de las normas del trabajo, principalmente cuando tal desconocimiento se advierte en la formación académica de juristas, quienes en la Argentina, con la sola terminación de sus estudios de grado, se encuentran habilitados para ejercer la profesión de abogado y defender a trabajadores y asociaciones sindicales.

En prácticamente todos los países iberoamericanos, el procedimiento laboral constituye una materia específica que el estudiante de derecho debe aprender y aprobar para completar sus estudios de grado. En la Argentina, no hay planes de enseñanza del derecho, que incluya esa asignatura como obligatoria e independiente. Con tal cuadro, el conocimiento de los mecanismos legales destinados a la aplicación de las normas fundamentales del trabajo, queda reservado a unos pocos que logran completar su práctica profesional o concurren a estudios de posgrado, pero todos, están habilitados para defender a los trabajadores ante los tribunales, con la sola expedición del título de grado. La escasa o nula enseñanza del procedimiento laboral a ese nivel, colabora con la falta de aplicación de las normas de fondo.

La devaluación legislativa tiene que ver con la ausencia de normas procesales incluidas en la ley sustantiva o de fondo. Esta última, tiene vigencia en todo el territorio de la nación (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional). Si bien llevó muchos años en la Argentina lograr una coordinación centralizada en materia de inspección del trabajo²²², no ocurre lo propio en lo que a la aplicación de normas laborales se refiere²²³. El legislador ha cuidado de introducir reglas homogéneas de aplicación de la ley sustantiva, en materia de concursos y quiebras²²⁴, pero no hizo lo

²²² Con la ley “convenio” entre la Nación y las Provincias, N° 25.212 “Pacto Federal de Trabajo”; B.O. 06/01/2000.

²²³ El debate es antiguo. Estanislao S. Zeballos proponía en 1919 que la justicia del trabajo “debe ser sometida a la jurisdicción federal, para garantizar con mayor eficacia los derechos de la parte más débil en lides forenses: la de los trabajadores y los pobres. Debe, en consecuencia, crearse un sistema que comprenda: jueces federales, una cámara de apelación del trabajo, procuradores federales y un procedimiento gratuito y libre” (citado por CABANELLAS, en Tratado, cit., Tomo I, volumen 2, pág. 368).

²²⁴ Gran parte de su contenido, son reglas procesales que se aplican de manera uniforme en toda la Nación. Además de ellas, cuenta con un capítulo específico, titulado “Reglas procesales”, de quince artículos repartidos en dos secciones.

propio con la legislación laboral sustantiva, en la cual debió incluir aquellas normas de procedimiento indispensables para llevar a la práctica el derecho protector del trabajo²²⁵. Se ha apartado así, de los precedentes más importantes antes señalados, que aconsejaron la adopción en conjunto, de las normas sustantivas protectoras y las destinadas a su aplicación en el litigio (Italia, Brasil y México).

Es que la propia devaluación académica del proceso laboral también ha colaborado en este terreno. Allocati, que integró la comisión redactora de la ley 18.345 y cuyo pensamiento tuvo marcada influencia en la Argentina, no defendía la autonomía del proceso laboral en su relación con el derecho procesal general. Afirmó que “el llamado derecho procesal del trabajo, no es otra cosa que una rama del derecho procesal, como el civil, el penal, el administrativo, el tributario, etc., que tienen elementos comunes que le dan naturaleza y fisonomía particular.” Y agrega, como “principios procesales comunes” a “la acción, la excepción, la prueba, la sentencia y sus medios de impugnación, cosa juzgada, ejecución, etc.”²²⁶. No advirtió, con ello, que las normas sustantivas del trabajo, irían a abandonar las reglas procesales necesarias para su aplicación y que el proceso laboral terminaría siendo influenciado por los “*principios procesales comunes*” a punto tal de perder componentes propios, tales como la informalidad de la acción, inversión de la carga de la prueba como medida compensatoria, subordinación del principio de congruencia a la indisponibilidad de derechos, impulso de oficio, facultades del juez en la sentencia, etc., en algunos de los aspectos que hemos desarrollado más arriba.

La ausencia de disposiciones procesales comunes, que debieron hallarse en la ley sustantiva para facilitar la protección del trabajo y la aplicación de las normas consecuentes, se vio justificada, en gran medida, por esa conceptualización del proceso laboral como integrante del proceso general.

Fue ella la que permitió justificar la autonomía de las Provincias, en la aplicación de normas protectoras y que la legislación sustantiva prescindiera de incorporar los mecanismos compensatorios, inherentes a la protección que la Constitución proclama en su art. 14 bis.

Como resultado, hoy día conviven en el territorio nacional, tantos procesos laborales como provincias más la Capital Federal (donde se aplica el único procedimiento laboral nacional, ley 18.345). A su vez, la legislación sustantiva dejó de adquirir y hasta incluso perdió, en gran medida, los componentes compensatorios necesarios para su aplicación efectiva y homogénea.

²²⁵ Solo dos artículos de la L.C.T. N° 20.744 traen disposiciones procesales, el N° 275 titulado “conducta maliciosa y temeraria”, que puede condicionar la actuación de los letrados que procuran judicialmente la transformación del derecho y el N° 277 sobre “pago en juicio”.

²²⁶ ALLOCATI, Amadeo; **Derecho procesal del trabajo**, cit., Tomo I, pág. 18.

La aplicación de las normas laborales se hace de un modo diverso, enviando mensajes ambiguos a la población, ya que según donde tramite su causa laboral, así será la justicia que reciba²²⁷. La falta de un tribunal de casación colabora con esos resultados y con el excesivo cúmulo de tareas en la Corte Suprema de Justicia, cuya constitución no ha sido prevista para la aplicación de normas laborales.

4.3 La devaluación del proceso laboral que ha provocado su impotencia para extender las normas protectoras a las nuevas formas de trabajo

Una de las preocupaciones marcadas por el Director General de la OIT Juan Somavía, en citado informe “Promoviendo el trabajo decente en las Américas: una Agenda Hemisférica, 2006-2015”, tiene que ver con la existencia de una gran cantidad de empleo informal, que convive con otros sectores excluidos de la legislación laboral y que el problema se agrava “con la aparición de las relaciones triangulares de trabajo mal definidas y no reguladas (la externalización, por ejemplo)”. Con relación a estos casos, entiende que “algunos países necesitan ampliar la cobertura de los derechos laborales”.

La Constitución argentina, ha previsto por su art. 14 bis la protección del trabajo en una expresión de suficiente amplitud, como para abarcar las situaciones nuevas del llamado trabajo autónomo, informal, servicios profesionales o de monotributistas, teletrabajo o trabajo a distancia, etc. Todos, debieran quedar comprendidos en la fórmula constitucional que “*El trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes*”.

Antes de la reforma constitucional de 1957 que introdujo el citado art. 14 bis, se diseñó un procedimiento laboral único, para todas las causas laborales, por Decreto – Ley 32.347/44 y se constituyeron los primeros tribunales con competencia especial, bajo el nombre de Justicia del Trabajo. Pese a dicha denominación, la competencia en razón de la materia, quedaba circunscripta a *las causas que se susciten entre empleadores y trabajadores* (art. 3°), excluyendo, de ese modo, las causas por reclamos derivados de la prestación de servicios personales o trabajos prestados sin relación de dependencia.

²²⁷ A modo de ejemplo, dos recientes fallos plenarios de la Cámara del Trabajo de la Capital, logran que si el trabajador reclama en la Provincia de Buenos Aires, logre ver incrementada con la incidencia del aguinaldo su indemnización por despido, lo cual no ocurre en la Ciudad de Buenos Aires, donde la ley se interpreta en el sentido más perjudicial para él (plenario “Tulosai”). Lo propio con el cómputo de la antigüedad, si se jubiló y continuó trabajando. En la Provincia de Buenos Aires, su antigüedad se computa con la adquirida en el período de actividad, no así en la Ciudad de Buenos Aires debido al plenario “Couto de Capa”.

La reforma constitucional posterior, amplió como se ha visto la protección a *las diversas formas* de trabajo. Sin embargo, la competencia de estos tribunales no fue objeto de reformulación legislativa y siguió reducida a las relaciones de empleo.

La práctica legislativa y judicial posterior, siguió devaluando el mandato constitucional, a punto tal de convertir la justicia del trabajo, en una justicia del empleo. Todas las reclamaciones fundadas en servicios personales, que no se encuentren expresamente reguladas por las normas que rigen el empleo privado, quedan sin protección especial.

El puntapié jurisprudencial que ratificó esta devaluación, fue un fallo plenario dictado en forma conjunta, por la Cámara Nacional de Apelaciones y la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal, con fecha 13/10/1950, en los autos “*Goldberg, Lucio c/ Szapiro, Miguel*”²²⁸. Lisa y llanamente, se resolvió que todo trabajador que acuda a la justicia del trabajo y no logre acreditar su situación de empleado, se encontrará con una sentencia que rechace todos los términos de su pretensión.

A casi sesenta años, la doctrina de dicho plenario mantiene un grado de acatamiento tan elevado como ligero y no sólo en los tribunales de la Capital Federal. No se consideran los efectos nocivos que el rechazo de la demanda trae aparejado. El trabajador no “*empleado*”, jamás entenderá que, debido a un tecnicismo, la justicia “*del trabajo*” no admita su pretensión, siquiera en el importe adeudado por períodos de servicios “*no dependientes*” o le repare el daño derivado de la ruptura injustificada de su relación, incluyendo un preaviso.

Tampoco entenderá que, al mismo tiempo, el tomador de servicios personales “*no empleador*”, termine siendo beneficiado, librándose del pago de la contraprestación adeudada o de las consecuencias de haber prescindido abruptamente de los servicios de ese trabajador.

Aún cuando parte de la doctrina considera que tal decisión sólo produce efectos de cosa juzgada formal y que el justiciable podría, luego del rechazo de la acción, volver a iniciar su causa (contra el mismo demandado) en otro tribunal competente²²⁹, la práctica no acompaña dicho criterio. Ninguna sentencia deja a salvo el derecho del trabajador, a volver a tramitar su causa en una justicia distinta de la del trabajo.

²²⁸ Publicado en L.L. 62-683 y DT XI-358. Se aprobó la siguiente doctrina plenaria: “Cuando se demanda el reconocimiento de derechos emergentes de las leyes 11.729 y 12.921, no existe en la Capital Federal otro órgano jurisdiccional que el del trabajo para decidirlo, y si el accionante no acredita el vínculo laboral que invoca, no corresponde una declaración de incompetencia, sino el rechazo de la demanda en la extensión referida”.

²²⁹ PIROLO, Miguel Angel; Manual de derecho procesal del trabajo; cit., pág. 52.

La regla *iura novit curia* no existe para estos trabajadores “no empleados” y aún cuando el art. 20 de la ley 18.345 autoriza a los jueces del trabajo a fundar sus sentencias en “*disposiciones del derecho común*”, todos los días quedan en situación de desamparo, trabajadores que no son estrictamente empleados, como ser fleteros, cuidadores de enfermos, gerentes o directores, empleados públicos, profesionales liberales, agentes de comercio, etc.

El rechazo de la demanda, importa para estos trabajadores la injusticia de no poder concretar, siquiera, la contraprestación por sus servicios personales derivadas de períodos impagos, preaviso por ruptura de la relación o cualquier daño adicional, que la legislación común (sea civil o comercial) contempla y tampoco logra ser aplicada.

Sin solución legislativa que corrija los efectos nocivos de la doctrina plenaria antes señalada, no será posible en el actual contexto, ampliar la cobertura de los derechos laborales a aquellos trabajadores que no sean, estrictamente, empleados privados²³⁰.

5 Algunas conclusiones y propuestas

Todo ha cambiado desde el surgimiento del derecho del trabajo y la creación de un proceso especial, destinado a la aplicación de sus normas. La economía se ha globalizado, los mercados también. Los estados han perdido gran parte de su soberanía, los capitales privados han concentrado su poder. La empresa pasó de la verticalidad a la horizontalidad y segmentación. Ha perdido entidad, lo mismo que la producción su nacionalidad.

Pero lo que no ha cambiado, es la situación de desigualdad de las partes en las relaciones de trabajo. Tampoco la necesidad de sustento de quien sólo cuenta con sus servicios personales para sobrevivir. El trabajo humano, como elemento inescindible de la inclusión social, ha dado origen a las llamadas *políticas públicas*, reorientando su accionar al logro del pleno empleo, como objetivo indisoluble de la justicia social.

Con gran acierto reflexiona Ulrich Beck, que el mayor índice de crecimiento de todo el mundo lo registra el trabajo “precario”. En los bastiones occidentales de la sociedad del pleno empleo ha irrumpido con fuerza lo discontinuo, lo impreciso, lo

²³⁰ Esta problemática no pasó del todo desapercibida para el Grupo de Expertos que revisó el sistema de relaciones laborales en la Argentina en 2008. Propuso la regulación por normas específicas o estatutos profesionales, “las actividades en las que el límite entre autonomía y dependencia aparece confuso”. Sin embargo, solo uno de sus miembros, la Dra. Beatriz Fontana, defendió la competencia de la Justicia del Trabajo para estos casos. Ver Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina; cit., pág. 168.

informal. Nunca fue la creatividad de la gente tan importante como hoy, pero tampoco nunca fueron los trabajadores tan vulnerables como en esta época, en la que trabajan de manera individualizada y más dependiente que nunca en redes flexibles cuyas reglas se han vuelto indescifrables para muchos²³¹.

El principal desafío que enfrenta el derecho del trabajo actual, es el de lograr la inclusión de los trabajadores “*no empleados*” al régimen protector.

También, el de recuperar el proceso laboral genuino, el proceso laboral auténtico, como herramienta propia destinada a llevar a la práctica, las normas sustanciales protectoras.

El estado actual de vulnerabilidad de los trabajadores en la era de la globalización, requiere más que nunca de la plena vigencia de mecanismos de desigualdad compensatoria, que incluyan de un modo expreso, reglas específicas de valoración probatoria, protección a la indisponibilidad de los derechos y extensión de la justicia especial a las reclamaciones fundadas en la prestación de servicios personales, aún cuando no se trate de relaciones de empleo propiamente dichas.

5.1 Medidas de igualdad compensatoria: inversión de la carga probatoria

No es posible aplicar al proceso laboral, las reglas de carga probatoria vigentes en el proceso civil, donde se exige a cada parte probar los hechos que alega. Es necesario ampliar al máximo razonable, los supuestos de inversión de la carga probatoria, como medida de compensación.

Vale la pena recordar sólo una parte del cuadro descripto por Mario Pasco al ocuparse de esta temática:

Si nos centramos en las pruebas clásicas del proceso: la prueba instrumental, la declaración de parte o confesional, la declaración de terceros o testimonial, la pericial y la inspección, es fácil advertir cómo, en la posesión o actuación de todas ellas, el empresario tienen una posición preeminente. Veamos:

Los documentos, ¿en poder de quién están?. Los libros de planillas, los recibos y comprobantes, las instrucciones escritas, los memorandos, todos los documentos en que el trabajo queda registrado o que directamente son generados por éste, permanecen en poder de la empresa. El trabajador recibe sólo una parte de los

²³¹ Beck, Ulrich, **Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización**; Trad.de Bernardo Moreno Carrillo, ed. Paidós, Barcelona, 2000; pág. 201.

mismos, y conserva una porción muy inferior; y eso, si es muy acucioso. Lo normal, lo común, lo acostumbrado es que conserve sólo unos pocos documentos aislados, no siempre útiles ni pertinentes dentro de un eventual proceso. Al demandar, el trabajador debe recurrir más a su memoria y a lo poco que conserva. El empleador, en cambio, lo tiene todo; al salir a juicio y contestar la demanda, no sólo sabe lo que tiene en su poder, sino también lo poco que tiene el trabajador, así que conoce desde el inicio las debilidades probatorias del trabajador y sus propias fortalezas.

La declaración testimonial la rinden, en la inmensa mayoría de los casos, otros trabajadores, sujetos como el propio demandante a la sujeción a su empleador, con todo lo que ello significa de carga subjetiva. No son y difícilmente podrían llegar a ser testigos libres e imparciales, dado el temor reverencial y aún el riesgo de eventuales represalias²³².

Y concluye nuestro autor, en que la falta de mecanismos compensatorios, haría que el proceso laboral concluya con un resultado “*atrozmente injusto*”²³³. Es que no podría resultar otra cosa, si se admiten reglas iguales para la confrontación del zorro con la gallina.

En modo alguno es suficiente en la Argentina, la solución que trajo la ley 26.428 al recuperar la redacción originaria del art. 9 de la LCT y prever que la regla *indubio pro operario*, también resulta aplicable a la apreciación de la prueba judicial. La ausencia de un mecanismo compensatorio, de tipo imperativo por parte de la ley de fondo, provoca que la mayoría de las sentencias laborales, en oportunidad de entrar a considerar la producción de la prueba, casi mecánicamente cita el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial, que impone un criterio igualitario en la producción y apreciación de la prueba. No advierten que están administrando justicia, en el final de una confrontación que a todas luces fue desigual.

La LCT debiera estar dotada de reglas procesales específicas, que incluyan la inversión de la carga de la prueba no sólo como sanción al empleador que no muestra

²³² Un proyecto de ley de Régimen de protección de testigos en juicios laborales, presentado por el Diputado Héctor Recalde junto a otros legisladores, logró media sanción en la Cámara de Diputados argentina durante el año 2007. Lamentablemente, algunos medios como Infobae Profesional –edición del 22/11/2007- tildaron al proyecto como Reforma antiempresa y el Senado omitió convertirlo en ley. Fue necesaria una sentencia correctiva, valientemente dictada por mayoría de la Sala IV de la C.N.A.Tr. (Sent. N° 94.267 del 31/08/2009), donde con sustento en normativa internacional sobre derechos humanos, calificó al despido de un trabajador que declaró como testigo contra su empleador, como acto discriminatorio, ordenando su reincorporación y el pago de salarios caídos. Esta sentencia, con nuestro comentario titulado El despido al testigo “infiel” como acto discriminatorio, aún en la industria de la construcción, se encuentra publicada en El Derecho, Suplemento diario N° 12.450 – ED 236, del 24/02/2010 y nuestro comentario está disponible en www.estudiomansueti.com, sección artículos.

²³³ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, Principio protector en el proceso laboral; cit., págs. 73 y 74.

los libros que él mismo debió completar (art. 55), sino en general, a todas las afirmaciones del trabajador que debieron o pudieron ser objeto de registro o control escrito a cargo del empleador, debidamente complementadas con la posibilidad de valoración judicial en base a las reglas de la sana crítica, la equidad, buena fe y justicia social.

La necesidad de dotar a la ley de fondo, con herramientas procesales indispensables para la su aplicación, es uno de los particularismos del derecho del trabajo, como derecho tutelar y compensador²³⁴.

En este aspecto, merece recordarse la reflexión de Rafael Alburquerque, quien con cita a jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, sostiene que

en las reglas de protección al trabajador sirven no solo las normas sustantivas, sino también las procesales, porque superando tendencias que creían que el derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del derecho sustantivo, resulta patente que ambas son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste ²³⁵.

Propia de los años 90, fue la reforma al art. 84 de la ley 18.345, que impuso medidas de caducidad de la prueba informativa, que agravan la situación de desigualdad procesal del trabajador. Aún cuando es razonable evitar la sobrecarga de tareas a los juzgados, con el diligenciamiento de oficios, no parece razonable la existencia de caducidades procesales que conspiran en contra de los derechos que la ley de fondo califica como irrenunciables. Aún cuando la ley faculta al juez para que, en cualquier estado del juicio, decreta las medidas de prueba que estime pertinentes (art. 80), no utilizan dicha facultad para compensar la desigualdad procesal y todos los días dictan sentencias desestimando rubros irrenunciables, porque se produjo la caducidad de informes al correo, clínicas, sanatorios, reparticiones públicas u otros juzgados.

La reforma debiera ser objeto de enmienda, imponiendo la producción de oficio de la prueba cuya falta de producción, pudiera redundar en la desestimación de rubros amparados por la ley sustantiva.

²³⁴ Bastaría con adoptar un criterio similar, al que existe en los procedimientos laborales de las Provincias de Mendoza y Córdoba.

²³⁵ ALBURQUERQUE, Rafael F., **Derecho del Trabajo**, Editora Lozano; Santo Domingo, República Dominicana, 1999. Tomo III, Los conflictos de trabajo y su solución, pág. 68.

5.2 Medidas de garantía a la indisponibilidad de derechos

La protección del trabajo en la actual coyuntura, obliga a recuperar el papel protagónico del juez protector y a hacerlo de un modo imperativo. No parece razonable exigir criterios homogéneos, para todo el territorio nacional, en materia de inspección del trabajo y permitir criterios heterogéneos en la aplicación jurisdiccional de esas mismas normas.

La recuperación de la función jurisdiccional especial, debe comenzar con preservar la indisponibilidad de los derechos que prevé la ley sustantiva, preservando la situación de igualdad de todos los trabajadores.

Entendemos que ello puede lograrse, por lo menos, en estos tres aspectos:

Evitando el dictado de sentencias, que terminan desestimando reclamaciones del trabajador, por omisiones o defectos en la demanda que debieron ser analizados en oportunidad de su inicio. No parece razonable, que termine siendo el trabajador, quien soporte las consecuencias del incumplimiento del juez, a su obligación de examinar previamente las omisiones o defectos de la demanda (art. 67 de la ley 18.345)²³⁶. Debiera preverse la posibilidad de un segundo control, con carácter previo al dictado de la sentencia y su debida sustanciación (que garantice el derecho de defensa del empleador). También, un recurso de nulidad contra las sentencias que desestiman rubros reclamados, sólo debido a omisiones o defectos de la demanda y que no hubieran sido subsanados por el juez especial, que debió garantizar la aplicación efectiva del derecho sustantivo. Agotadas esas instancias, debiera preverse como última ratio, el fallo *extra petita*, preservando la posibilidad de defensa del deudor²³⁷.

La conciliación, debe volver a su esfera natural de excepción a las normas imperativas y al consecuente control directo de la autoridad encargada de la aplicación de dichas normas. Como primera medida, debiera eliminarse el carácter imperativo del proceso previo de conciliación, para permitir el libre acceso del trabajador al juez especial. En segundo término, implementar mecanismos de inmediatez, entre la autoridad encargada de homologar los acuerdos y las partes. Esto último, en el contexto de la ley 24.635, con una audiencia especial de ratificación ante la autoridad encargada de la homologación del acuerdo y pedido previo de explicaciones a los involucrados.

²³⁶ Errar es humano, pero más humano todavía es echarle la culpa a otro. Esta conocida frase célebre de los Les Luthiers, es aplicable en los numerosos casos de sentencias que rechazan rubros, en base a omisiones o imprecisiones del escrito de demanda, que el juez no controló al sustanciarla y termina echando la culpa al trabajador.

²³⁷ Juan RASO DELGUE, en su trabajo *El principio protector en el proceso laboral* (en **Grupo de los miércoles. Treinta estudios**; cit., pág. 57), propone una solución similar, que considera viable en la legislación uruguaya.

La adopción de reglas homogéneas en la interpretación de las normas sustantivas, puede lograrse mediante la constitución de un tribunal federal de casación laboral (con facultades extendidas a casos de arbitrariedad y hasta incluso de derecho sindical), ubicado en un punto intermedio entre la Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores. Las razones que justifican la adopción de reglas armónicas en la aplicación de las normas laborales, son las mismas que ha considerado la OIT en el Convenio N° 81 sobre inspección del trabajo, que inspiró en Argentina la ley convenio N° 25.212. Es útil en este aspecto, la experiencia brasileña con la constitución de un Tribunal Superior de Trabajo, con jurisdicción en todo su territorio.

5.3 Ampliación de la cobertura de los derechos laborales y la competencia de la justicia especial

El nuevo escenario económico, caracterizado por la transformación, despersonalización, segmentación, deslocalización y horizontalización de la empresa, con el consecuente surgimiento de las más diversas formas de prestación de servicios personales, requiere soluciones inmediatas de inclusión de estos trabajadores.

Todos ellos se encuentran amparados por las expresiones declamativas, contenidas en la descripción de derechos fundamentales que garantizan el derecho al trabajo y lo protegen, pero no están del todo dadas las condiciones normativas necesarias, para que la protección se concrete a su respecto.

Aún cuando se ha planteado la adopción de un régimen especial que contemple algún grado de protección para las nuevas formas de trabajo, los tiempos del legislador no son los más adecuados para enfrentar una realidad económica que cambia todos los días. Tampoco esos tiempos alcanzan para encarar la solución de reclamos alimentarios. Es necesaria una solución inmediata, por lo menos provisoria.

Ello puede lograrse extendiendo el alcance de la amplia protección del trabajo, garantizada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional pero no concretada aún en la práctica, a la competencia de la justicia especial.

Esto es, ampliar la competencia de la justicia del trabajo, de manera tal que no quede reducida a una justicia del empleo y que los trabajadores “*no empleados*”, no vean frustrados sus derechos fundamentales, por el solo hecho de no hallarse amparados sus servicios personales en las normas que protegen el empleo.

La regla *iura novit curia* debiera integrar de un modo amplio, la competencia de la justicia laboral en razón de la materia. Es decir, debiera revestir el carácter *inclusivo* de estas nuevas (o antiguas) formas de trabajo, y no excluyente de las mismas.

Este fue el criterio seguido por el constituyente brasileño de 2004, que mediante la Enmienda Constitucional N° 45, modificó el texto del art. 114 de su Constitución referido a la competencia de la justicia del trabajo. Donde antes quedaba restringida a los conflictos entre “*trabajadores y empleadores*”, hoy se amplía a las “*acciones originadas en la relación de trabajo*”.

6 Colofón

Si el proceso laboral no se ve direccionado con normas de fondo destinadas a preservar la igualdad de las partes en el proceso (medidas compensatorias de la desigualdad real), a garantizar con imperatividad la función del juez de aplicar las normas indisponibles, de controlar con inmediatez los casos excepcionales de disposición de ellas con la conciliación y de extender su ámbito de protección a los casos dudosos (regla *iura novit curia*), aún cuando se requiera la aplicación del derecho común, no se logrará superar la contradicción existente entre el reconocimiento de derechos fundamentales y la falta de concreción práctica de los mismos.

En este contexto, los contenidos que definen el *trabajo decente*, solo podrán ser concretados por algunos.

En los demás casos, se fomentará su incumplimiento. Con elevado costo social.

Referencias bibliograficas

- ALBURQUERQUE, Rafael F, **Derecho del Trabajo**, Editora Lozano; Santo Domingo, República Dominicana, 1999. Tomo III, Los conflictos de trabajo y su solución.
- ALONSO Olea, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**, 4 de Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.
- ALLOCATI, Amadeo; Derecho procesal del trabajo, en **Tratado de derecho del trabajo**, dirigido por DEVEALL, Mario L.; ed. La Ley, Buenos Aires 1966, Tomo I.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo, Los medios de prueba en el procedimiento laboral; en **Revista Derecho Laboral**, número 119.
- BECK, Ulrich, Un nuevo mundo feliz. **La precariedad del trabajo en la era de la globalización**; Trad. de Bernardo Moreno Carrillo, ed. Paidós, Barcelona, 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**, 3º edición, Editorial Heliasta, Bs. As. 1987, Tomo I, Volumen I.
- CASTELLO, Alejandro, La irrenunciabilidad; en HERRERA CARBUCCIA M. R., **Estudios de Procedimiento laboral en Iberoamérica**, Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Librería Jurídica Internacional; Santo Domingo, República Dominicana, 2007; Tomo I.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-16/99; El derecho a la información sobre la asistencia consultar en el marco de las garantías del debido proceso legal.
- COUTURE, Eduardo J.; **Estudios de derecho procesal civil**; Bueno Aires: Editorial Depalma, 1979, Tomo I.
- GALLO, Orlando J., **La Justicia Nacional, en Curso de derecho constitucional**, dirigido por BIDEGAIN, Carlos María, Buenos Aires: editorial Abeledo-Perrot; Tomo IV El Gobierno Federal.
- GIGLIO, Wagner; Os principios do direito processual do trabalho e o procedimento trabalhista; en **El derecho del trabajo ante el nuevo milenio**, Memoria de Seminario, Secretaria de Estado de Trabajo, Santo Domingo, Republica Dominicana, 1999.
- GIL, Domingo; **La inmutabilidad del proceso y los poderes del juez en materia laboral**; ponencia presentada en el VII CONGRESO NACIONAL Y VIII CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL; Santiago, República Dominicana, noviembre de 2000. Libro de ponencias editado por las asociaciones organizadoras.
- GRUPO DE EXPERTOS EN RELACIONES LABORALES. Informe Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina; editorial Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2008.
- HERRERA CARBUCCIA, Manuel R., **Fundamentos y particularidades de los poderes del juez en materia laboral**; ponencia presentada en el VII CONGRESO NACIONAL Y VIII CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL; Santiago, República Dominicana, noviembre de 2000. Libro de ponencias editado por las asociaciones organizadoras.
- LIVELLARA, Carlos A., Procedimiento laboral en la Provincia de Mendoza, en **Tratado de derecho del trabajo**, Dirigido por Mario Ackerman y Diego Tosca, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, Tomo IX.
- LIVELLARA, Carlos A.; El principio “iura novit curia” y el principio de congruencia en su aplicación al procedimiento laboral; en **Estudios de Procedimiento laboral en Iberoamérica**, coordinado por HERRERA CARBUCCIA, M. R.; Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Librería Jurídica Internacional; Santo Domingo, República Dominicana, 2007; Tomo I.
- MANSUETI, Hugo. La aplicación de las normas laborales a la luz de los objetivos estratégicos trazados por la OIT. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Año 35, Nº 133 enero-marzo 2009; págs. 301 a 321; disponible en www.estudiomansueti.com, sección Artículos.
- MONTOYA Melgar, Alfredo, en El proceso laboral en la doctrina española del derecho del trabajo, en **Derecho Procesal del Trabajo**, varios autores, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santo Domingo, República Dominicana, 2002, pág. 30.
- MURGAS TORRAZZA, Rolando; **Los principios del derecho procesal del trabajo**; Conferencia de ingreso como miembro a la Academia de Ciencias de la República Dominicana, Santo Domingo, República Dominicana, 27 de marzo de 2009.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario, en **El principio protector en el proceso laboral**; Rev. Trabajo y Seguridad

Social, Tomo 2001.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario; **Fundamentos del derecho procesal del trabajo**; editorial Aele, Lima, Perú, 1977.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, Principio protector en el proceso laboral; en **Estudios de Procedimiento laboral en Iberoamérica**, coordinado por M. R. Herrera Carbuccia; Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Librería Jurídica Internacional; Santo Domingo, República Dominicana, 2007; Tomo I.

PIROLO, Miguel Angel. **Manual de derecho procesal del trabajo**; editorial Astrea, Bs. As. 2004.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; **Los principios del derecho del trabajo**; 3° edición actualizada; editorial Depalma; Buenos Aires 1998.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; Visión crítica del derecho procesal del trabajo; en **Processo do trabalho na América Latina**; editorial LTR, San Pablo, Brasil, 1991.

RACCIATTI, Octavio Carlos, en Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo, en Grupo de los Miércoles, **Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios**; ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2005.

RASO DELGUE, Juan. El principio protector en el proceso laboral, en Grupo de los Miércoles, **Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios**; ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Víctor, **Procedimientos laborales**, conferencia dictada el 19 de mayo de 2000, en el SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO, organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México; publicado en Estudios de Procedimiento laboral en Iberoamérica, coordinado por HERRERA CARBUCCIA M. R.; Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Librería Jurídica Internacional; Santo Domingo, República Dominicana, 2007, Tomo I.

SOMAVÍA, Juan. "Promoviendo el trabajo decente en las Américas: una Agenda Hemisférica, 2006-2015", disponible em <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/rgmeet/16amr/dwork.pdf>.