

Montevideo, 5 de octubre de 2015.

**COMISIÓN DE ASUNTOS LABORALES DE LA
CÁMARA DE DIPUTADOS.**

INFORME: Dra. Rosina Rossi Albert. Secretaria del Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la UDELAR.

**ACCIONES JURISDICCIONALES PREVISTAS EN EL
PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCIÓN CONTRA EL
ACOSO MORAL.**

I. Introducción.

Se analizarán las acciones previstas , el respectivo *objeto* y los *procesos o trámites* previstos, incluyendo cuando se encuentren regulados, aspectos *probatorios* y la atribución de *competencia*.

El proyecto prevé expresamente dos acciones: una acción de cese de hostigamiento, una reparatoria y parece haber considerado aunque no lo explicita en una acción preventiva.

Estas acciones jurisdiccionales se instauran para proteger un bien humano fundamental: la dignidad laboral.

Empero, no puede ignorarse que estas acciones se insertarán en el ordenamiento jurídico nacional en el que ya existen otras acciones que persiguen la protección de derechos fundamentales laborales, algunas con considerable tiempo de aplicación lo que ha permitido ya la producción

doctrinaria y jurisprudencial que facilita el análisis y evaluación de cumplimiento de los respectivos objetivos.

En el ordenamiento jurídico uruguayo se relevan otras acciones jurisdiccionales encaminadas a la protección de bienes humanos fundamentales: una acción general y tres acciones específicas en protección de bienes humanos laborales. Respectivamente, la acción de amparo prevista por la ley 16.011, dos acciones de protección de la libertad sindical y la acción de protección contra el acoso sexual.

Debe señalarse que las estadísticas del Poder Judicial no relevan información sobre las pretensiones debatidas en los procesos en tanto se limita a proporcionar datos cuantitativos y no cualitativos. De allí que la apreciación sobre las pretensiones deducidas se puede limitar a una mirada empírica y no comprobable. Una mirada a la jurisprudencia en este sentido, realizada desde lo empírico y por la suscrita que ocupa el rol de integrante de uno de los cuatro Tribunales de Apelaciones de Trabajo con competencia en todo el país, da cuenta del siguiente panorama en materia laboral: no se relevan acciones de amparo promovidas a través de la aplicación de la ley 16.011 de tutela general de derechos fundamentales por lo menos desde el año 2006; las acciones de tutela especial de libertad sindical al amparo de la ley 17.940 son escasas en comparación con el total de acciones ventiladas en la justicia del trabajo; y, no se relevan acciones de tutela contra el acoso sexual por la vía de la acción de amparo atípica prevista por el art. 11 de la ley 18.561.

Como se verá los procesos de protección de estos derechos humanos laborales existentes en nuestro ordenamiento jurídico— leyes 17.940, 18.561 — así como el presente proyecto, presentan diferencias sustanciales. Y,

tratándose todos de la protección de derechos fundamentales en el trabajo, lo recomendable sería unificar las acciones y disposiciones normativas adoptando especialmente aquellas soluciones que ya han tenido aplicación práctica exitosa medida en términos de protección .

Véase.

1. La acción general está reglamentada por la ley 16.011, conocida como acción de amparo, que consiste en un proceso sumario, residual, con efectos cautelares en tanto hace cosa juzgada en cuanto a su objeto y deja en pie las acciones que pudieran corresponder a las partes con independencia del amparo. (art. 11)

El objeto: la restitución en el goce del bien jurídico amenazado o violentado. No es una acción reparatoria sino restitutoria que ubica al sujeto en el mismo lugar que estaba antes de la amenaza o de la violación del derecho fundamental.

El trámite: un proceso sumario, admisible si no existen otros mecanismos administrativos o jurisdiccionales de lograr el mismo resultado y la sentencia hace cosa juzgada sobre su objeto y no impide acciones posteriores.

La competencia está asignada a los Juzgados Letrados de Primera Instancia de la materia de que se trate y en el interior a los Juzgados Letrados de Primera Instancia.

2. Las acciones de protección de la libertad sindical reglamentadas por la ley 17.940 con la modificación operada – en lo procesal – por la ley 18.847. Se prevén dos acciones: la ordinaria y la de tutela especial.

La acción ordinaria supone la puesta en funcionamiento del proceso laboral ordinario previsto por la ley 18.572. La ley 17.940 y tampoco su modificativa prevén específicamente el objeto pero , al tratarse de una acción

ordinaria se podría deducir que podrá consistir en una condena a hacer o no hacer o una declaración .

El objeto: de condena, la reparación de los daños a la libertad sindical; o declarativos del derecho.

El trámite: el proceso ordinario previsto por la ley 18.572.

La competencia está asignada a los tribunales que entiendan en materia laboral.

La acción de tutela especial consiste en un proceso, cuyos legitimados activos son ciertos trabajadores que por ejercer determinados roles de representación del colectivo se hallan , comúnmente , más expuestos que los demás. Esta acción persigue la restitución en el goce de la libertad sindical , no es residual y hace cosa juzgada.

El objeto: la restitución en el goce de la libertad sindical y la eliminación de los efectos provocados por el hecho ilícito. (reinstalación y salarios caídos)

El trámite: parcialmente el de la acción de amparo de la ley 16.011(del art. 4 al 10). Se trata entonces de una acción de amparo atípica porque presenta diferencias con aquella: no es residual, y hace cosa juzgada. Estas dos diferencias arrojan resultados destacables. El primero. Al no ser residual , el tribunal no puede rechazarla con fundamento en la existencia de otros mecanismos administrativos o jurisdiccionales que es en gran porcentaje el que manejan las sentencias que desestiman la acción ordinaria de amparo. Ello significa que el tribunal actuante siempre debe llegar a considerar el fondo del asunto. El segundo. Al hacer cosa juzgada formal y material y no solo sobre su objeto, ha determinado que la Suprema Corte de Justicia le de ingreso en casación, cuando una sentencia dictada en una acción de amparo ordinario no

es admitida en casación.

El trámite presenta particularidades también destacables como una especial exigencia respecto de la legitimación activa y la distribución de la carga de la prueba.

La competencia está asignada a los tribunales que entiendan en materia laboral.

3. La acción de protección del trabajador contra el acoso sexual reglamentada por el art. 11 de la ley 18.561, consiste en una acción reparatoria de los daños causado por el hecho ilícito.

El objeto: la reparación de los daños causado por el acoso sexual, en dos proyecciones: una con finalización de la relación de trabajo (causal despido indirecto que genera derecho a la indemnización por despido común más seis mensualidades de indemnización) y otra con mantenimiento de la relación de trabajo.(seis mensualidades de indemnización) . Los daños están tarifados en seis mensualidades.

El trámite: parcialmente el de la acción de amparo previsto en la ley 16.011. Se trata de una acción de amparo atípica ya que el art. 11 de la ley 18.561 excluye únicamente la residualidad de la acción de amparo general, lo que significa que resulta inocuo que existan otros mecanismos administrativos o jurisdiccionales para la protección del derecho. O sea que se aplica todo el trámite de la ley 16.011 con la única exclusión de la residualidad del art. 2. Y , a diferencia de lo reglado por la ley 17.940 la sentencia que se pronuncie sobre esta acción hace cosa juzgada únicamente sobre su objeto y si hubiera otras acciones podrían ser perseguidas, aunque estando a la jurisprudencia actual

de la Suprema Corte de Justicia no admitiría casación.

II. Las acciones previstas en el proyecto de ley en estudio.

1. Acción de cese de hostigamiento. (art. 11).

El objeto refiere al cese del hostigamiento y la adopción de cualquier otra medida tendiente a evitar la producción de nuevas lesiones de derechos.

El art. 11 inc. segundo refiere a la finalidad de la acción, lo que en términos procesales debe entenderse como el objeto de la acción.

El trámite y los efectos de la sentencia. El trámite es el de la acción de amparo general o típica previsto en la ley 16.011. Lo que significa que es residual y que solo hace cosa juzgada sobre su objeto . Por ende, puede ser rechazada si el tribunal actuante entiende que existen otros mecanismos administrativos o jurisdiccionales para obtener el mismo resultado y, cualquiera de las partes podrá iniciar acciones posteriores así como que la Suprema Corte de Justicia en posición actual no admitiría su ingreso a casación.

Atento a estos dos aspectos, que resultan decisivos a la eficacia de la acción, y en definitiva al acceso a la justicia, es recomendable la fórmula de la ley 17.940.

La prueba no se encuentra expresamente regulada pero en principio sería aplicable el régimen presuncional previsto para la determinación del acoso laboral en el art. 7 .

La competencia se halla expresamente asignada en Montevideo, a los

Juzgados Letrado de Primera Instancia de Trabajo y a los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo. En el interior, a los Juzgado Letrados de Primera Instancia del Trabajo y en su defecto a los Juzgados Letrados de Primera Instancia.¹

2. Acción de reparación patrimonial. (art. 12)

Se encuentra regulada en el art. 12.

El objeto, la reparación de los “daños y perjuicios derivados del asedio padecido”. Lo que habilita deducir que la acción está reservada al acoso moral y al ultraje moral perpetrados y provocadores de daño. Y no estaría encaminada a reparar los perjuicios causados por las conductas – de acoso y ultraje – que provocaron un riesgo de daño a pesar de que , conforme indican los artículos 4 y 5 constituirían acoso moral y ultraje moral.

Cabe destacar , sin que corresponda necesariamente un juicio negativo pero sí como insumo sobre el cual reflexionar, que la acción reparatoria prevista no tarifa la reparación a diferencia de lo que sí hace la ley 18.561 respecto de los daños por acoso sexual. Ley que es relativamente reciente en tanto data del año 2009 y también repara un daño provocado a un bien humano inmaterial.

El trámite, es el proceso ordinario que debe entenderse referido al previsto por el capítulo VI de la ley 18.572.

En cuanto a la prueba, adopta un criterio sobre distribución de la carga probatoria y valoración por cuanto en el art. 7 establece una presunción simple a favor de la versión de los hechos que hace el denunciante (o sea el actor en

¹ Debería corregirse la denominación ajustándola a la actual. En Montevideo, Juzgados Letrados de Trabajo de la Capital; en el interior cuando existieran sedes especializadas, Juzgados Letrados de Trabajo. A su vez, en Montevideo, la nomenclatura correcta es Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo.

el proceso) que admite la prueba en contrario.

El reconocimiento de una presunción simple a favor del denunciante supone, como en cualquier presunción de esta naturaleza, un juicio legal de verdad interina que se extiende y consolida, dependiendo de que la parte contraria en el proceso logre destruirla a través de la producción de prueba.

Es loable que realice una previsión expresa y específica sobre la distribución de la carga de la prueba por cuanto el Derecho Laboral Procesal vigente, representado con carácter general por las leyes 18.572 y 18.847, no lo hacen y ello determina la necesidad de integrar la solución caso a caso recorriendo el camino que dispone el art. 31 de la primera: buscarla en la propia ley, en las disposiciones especiales en materia laboral y en el Código General del Proceso en cuanto fuera compatible con los principios procesales y sustantivos del Derecho del Trabajo.

Ahora bien, como describe y se ocupa de señalar expresamente que lo hace a título enunciativo, una serie de circunstancias que habilitarían la presunción puede deducirse que también otras no indicadas habilitarían la presunción simple. Lo que habilitaría interpretar que, el relato de hechos que realice el trabajador víctima en el proceso laboral cuyo objeto sea la reparación de los daños causados por el acoso, se beneficia con una presunción interina de verdad que se concretará si el contrario no la destruye mediante prueba.

Siendo así, sería preferible que tomara la fórmula prevista por el art. 2 numeral 2 de la ley 17.940 que arroja resultados similares y que presenta por lo menos dos ventajas: una, cuenta hoy por hoy con nueve años de producción doctrinaria y jurisprudencial; otra, recoge el criterio de la "causa razonable" proveniente del Derecho Internacional del Trabajo, concretamente del

Convenio Internacional de Trabajo n. 158 que en el caso de la amenaza o daño a la libertad sindical, le indica al accionado en qué puede consistir su defensa probatoria: la existencia de una causa razonable relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, o basada en necesidades de la empresa, establecimiento o servicio u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

El proyecto no resuelve al menos expresamente, si la regla probatoria de la presunción simple a favor del trabajador se aplica al ultraje moral.

Cabe señalar algunos aspectos que se pueden considerar desacertados:

2.1. Equivocadamente la califica como acción civil cuando atendiendo a la relación jurídica sustantiva que le da lugar, es una acción laboral.

2.2. No distingue quien es el sujeto pasivo cuando, teniendo en cuenta que el art. 9 inc. 2do. el proyecto parece reconocer adicionalmente al empleador, la responsabilidad de un tercero.

2.3. Mezcla en la misma disposición la acción reparatoria de la que sería titular la víctima con la medida de ejercicio del poder disciplinario del empleador respecto del acosador.

2.4. Desnaturaliza el poder de dirección que , justamente constituye una potestad del empleador. Le impone al empleador la decisión de sancionar al trabajador y le indica cual es la medida disciplinaria que debe adoptar: una sanción nunca inferior a los cinco salarios del trabajador asediado acumulativa de los daños y perjuicios.

2.5. La sanción que le impone adoptar al empleador – el descuento de dinero – es violatoria del Convenio Internacional de Trabajo de OIT, n. 95 que prohíbe los descuentos sancionatorios. Rompe con la doctrina y la

jurisprudencia nacional que invariablemente deslegitiman los descuentos sancionatorios. Por otra parte, esta sanción parece adicionarse a la obligación del empleador de despedir al trabajador acosador por notoria mala conducta. Por lo que la solución, además violatoria de la disposición internacional citada, agrede el principio non bis in idem. Por lo que viene de decirse, interpretados articuladamente los arts. 12 inc. 2do y 14, el empleador estaría obligado a imponer al trabajador un descuento de su salario equivalente a cinco salarios del trabajador asediado, los daños y perjuicios de éste, y a despedirlo por notoria mala conducta. Lo que aparece a todas luces inadmisibile por violentar el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales y el principio non bis in idem.

2.6. En el inciso tercero, establece un plazo de prescripción de la acción distinto y antagónico con el régimen general dispuesto por la ley 18.091 que indica que el plazo es de un año computable desde el día siguiente en que haya cesado la relación laboral en que se fundan. El apartamiento al régimen general resulta inconveniente en tanto, primero desaprovecha el largo camino de aplicación recorrido por la doctrina y jurisprudencia; segundo, no resulta razonable que para accionar por la violación de un derecho fundamental laboral que agrede la persona del trabajador cuente con un plazo mucho mayor que el que corresponde a la acción de cobro por rubros de carácter patrimonial.

2.7. La creación de un Registro de Infractores al que la Inspección General del Trabajo debería integrar a los infractores sindicados judicialmente mediante sentencia firme como responsables de acoso moral o ultraje moral, está prevista en el art. 15. La incorporación a este Registro sin plazo, determina importa una capitis diminutio sancionatoria de por vida sin forma alguna de ser

revertida , hipótesis que violenta el principio del debido proceso.

La competencia jurisdiccional no está determinada expresamente, habría que integrar la solución acudiendo a la misma ley que sí la prevé para la acción de cese de hostigamiento. (art. 11) Sería recomendable que se previera una única disposición normativa que determinara la competencia especializada en materia laboral (tomando el concepto de la ley 18.572) para todos los tipos de acciones jurisdiccionales en torno al acoso moral.

3. Reglas de procedimiento en protección del denunciante y testigos previstas en el art. 13.

La protección refiere al riesgo grave de afectación de la integridad del denunciante o testigo, así como al riesgo grave de conservación de la fuente laboral.

Tratándose del trámite jurisdiccional y con referencia al denunciante del acoso que sería el actor en el proceso de cese del hostigamiento (art. 11) o en el de reparación patrimonial (art. 12), supondría una novedad en la documentación del juicio por cuanto la carátula del expediente no podría identificarlo.

La "citación de manera reservada", primero, debe entenderse referida a los testigos; y segundo, no deja claro respecto de quien operaría la reserva. Debe verse que ello supondría que el demandado no tomaría conocimiento de la citación del testigo hasta el momento de la producción de la prueba en audiencia, lo que resultaría al menos de dudosa admisibilidad en tanto como solución de principio, la actividad de producción de la prueba debe estar controlada directamente por el tribunal y por las partes.

III. APRECIACIONES PRIMARIAS SOBRE LAS

DISPOSICIONES PROCESALES DEL PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO MORAL.

1. El ordenamiento jurídico uruguayo cuenta desde el año 2009 con un Sistema Laboral Procesal autónomo, que , a seis años de su aplicación habilita calificarlo como exitoso. La duración del proceso laboral ordinario se redujo en promedio de diecisiete meses a seis. El proceso de menor cuantía presenta una extensión promedio de cuarenta y cinco días.

De todos modos, los seis meses del proceso laboral ordinario, constituyen muchísimo tiempo cuando se trata de atender la violación o el riesgo de violación de los derechos fundamentales en el trabajo.

De allí que una acción procesal específica y a medida de la urgencia de protección del derecho laboral fundamental, es imprescindible.

2. El designio del Derecho del Trabajo, a la luz del art. 53 de la Constitución, es la protección del trabajo del hombre. Un proceso jurisdiccional debe ser expresión del mismo principio y debe buscar además acortar la brecha entre la ley y la realidad, que incluye , la realidad procesal a la que se enfrenta el trabajador cuando es parte en el proceso. El trabajador como parte en el proceso jurisdiccional requiere la misma protección que en la relación sustantiva. De allí que a la hora de proyectar una acción que lo tutele en un derecho laboral fundamental, deben adoptarse mecanismos que atiendan a las dificultades reales que habitualmente debe enfrentar el trabajador en el proceso jurisdiccional. Y, el mayor escollo para el trabajador en el proceso jurisdiccional está en la prueba. Porque , como expresaba el Profesor Sarthou, el trabajador debe arrancar la prueba de un medio hostil. De allí lo acertado de la acción de tutela especial prevista en la ley 17.940: la presunción interina de verdad del

relato de hechos del actor, quedando sujeta a la posibilidad de que, quien tiene la prueba habitualmente y tuvo bajo su égida el poder de dirección en la relación de trabajo, destruya tal juicio interino de veracidad a través de la invocación y prueba de determinados hechos que puedan constituir la causa razonable de su obrar. Con esta fórmula el legislador ubica una solución no rígida ante el conflicto entre un derecho fundamental del que es titular el trabajador y otro supuesto de titularidad del empleador.

3. Finalmente, resultaría a recomendable unificar los procesos de protección de los derechos fundamentales en el trabajo, en vez de mantener sustanciales diferencias entre los ya previstos y el que se proyecta, habida cuenta de que algunos cuentan, como los previstos por la ley 17.940 con exitosa experiencia de eficacia .

Rosina Rossi Albert

Secretaria del Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la UDELAR.