



Serie
Tesis de
Posgrado



TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

ROSINA ROSSI ALBERT

CAPÍTULO I: PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	5
CAPÍTULO II: DERECHO LABORAL PROCESAL URUGUAYO. BREVE RESEÑA DE SU CONSOLIDACIÓN	7
1. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL (CONSOLIDADO) URUGUAYO	7
2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS PILARES DEL SISTEMA LABORAL PROCESAL (CONSOLIDADO)	15
3. PARADOJA: UNA LEY PROTECTORA DEL TRABAJADOR INFICIONADA EN CUATRO ARTÍCULOS POR LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.	26
CAPÍTULO III: LOS PILARES DEL SISTEMA	34
1. LA AUTONOMÍA	34
2. LOS PRINCIPIOS PROCESALES	36
<i>LOS PRINCIPIOS EXPRESOS</i>	37
<i>LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS</i>	38
<i>LOS PRINCIPIOS COMPARTIDOS CON OTROS ORDENAMIENTOS PROCESALES</i>	40
<i>UN PRINCIPIO QUE LO SEPARA DEL DERECHO PROCESAL COMÚN</i>	41
<i>UN PRINCIPIO AUSENTE EN LA LEY 18.572 PERO INFORMADOR DEL DERECHO PROCESAL COMÚN</i>	41
3. LAS HERRAMIENTAS DE APLICACIÓN: INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN	44
4. EN PERSPECTIVA, SOBRE LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL	46
CAPÍTULO IV: LAS HERRAMIENTAS DE APLICACIÓN: INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN (CONTINUACIÓN)	52
1. INTRODUCCIÓN	52
2. INTERPRETACIÓN	58
2.1. ¿QUÉ SIGNIFICA INTERPRETAR?	58
2.2. LA FUNCIONALIDAD DE LAS HERRAMIENTAS DE INTERPRETACIÓN EN CUANTO AL OBJETO	61
2.3. ANÁLISIS DEL PROGRAMA DE ACCIÓN INTERPRETATIVA PREVISTA POR EL ART. 30 DE LA LEY 18.572	63
2.4. TEST DE LEGITIMIDAD DE LA INTERPRETACIÓN. SIGNIFICADO DE "INTERPRETACIÓN CONFORME"	63
2.5. MODELOS COMPARATIVOS PARA DETECTAR LA CONFORMIDAD	69
2.5.1. LOS PRINCIPIOS ENUNCIADOS EN EL ART. 1 DE LA LEY 18.572	69
2.5.2. LOS PRINCIPIOS Y REGLAS QUE INTEGRAN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	73
3. INTEGRACIÓN	81
3.1. ¿QUÉ SIGNIFICA INTEGRAR?	86
3.2. INTERPRETACIÓN DEL ART. 31 DE LA LEY 18.572	88
3.3. EL MODELO LEGAL DE INTEGRACIÓN DEL ART. 31 DE LA LEY 18.572	90
3.4. EL CONTENIDO	101
3.4.1. LAS "DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL"	101
3.4.2. EL "CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN CUANTO SEA APLICABLE, SE AJUSTE A LO DISPUESTO POR LOS ARTS. 1 Y 30 DE LA LEY 18.572 Y NO CONTRADIGA LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO"	109
3.5. EL TEST DE LEGITIMIDAD DE LA INTEGRACIÓN	114
4. CONCLUSIONES PRIMARIAS SOBRE LAS HERRAMIENTAS DE APLICACIÓN DEL NUEVO SISTEMA. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN	115
CAPÍTULO V: LA CARGA DE LA PRUEBA.	
DELIMITACIONES CONCEPTUALES DE INSTITUTOS VINCULADOS A LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA Y EN EL SISTEMA LABORAL PROCESAL AUTÓNOMO	118

1.EL OBJETO DE LA PRUEBA. LOS HECHOS DE LA CAUSA.....	120
2.PROCEDIMIENTO Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	130
3.LA CARGA DE LA PRUEBA.....	134
4.MODELOS DISTRIBUTIVOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	139
5.CORRECTIVOS A LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS	
.....	140
5.1.LA PRESUNCIÓN LEGAL.....	142
5.2.LA DISTRIBUCIÓN DINÁMICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	156
CAPÍTULO VI: UNA MIRADA A LA CARGA DE LA PRUEBA EN DOS NUEVOS ORDENAMIENTOS CONTEMPORÁNEOS	
AL URUGUAYO	
.....	161
1.EL CASO DE CHILE	
.....	162
2.EL CASO DE PERÚ	
.....	166
CAPÍTULO VI: LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO LABORAL PROCESAL URUGUAYO	
.....	171
1.EL CAMINO A SEGUIR EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PAUTAS SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO LABORAL PROCESAL URUGUAYO	
.....	171
2."DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL "	
.....	172
2.1.EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	173
2.2.EN EL ÁMBITO DEL ORDENAMIENTO INTERNO.....	182
2.2.1.DISPOSICIONES QUE EXPRESAMENTE REGLAMENTAN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS.....	182
2.2.2.DISPOSICIONES QUE EXPRESAMENTE ESTABLECEN PRESUNCIONES DE LAS QUE SE DEDUCE LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA.....	184
2.2.3.DISPOSICIONES QUE IMPLÍCITAMENTE ESTABLECEN PRESUNCIONES DE LAS QUE SE DEDUCE LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA	189
2.2.4.DISPOSICIONES QUE IMPONEN OBLIGACIONES AL EMPLEADOR.....	190
2.2.4.1.FRENTE AL TRABAJADOR.....	197
2.2.4.2. FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO U OTRAS REPRESENTACIONES DEL ESTADO, Y FRENTE A OTROS TERCEROS.....	198
2.2.5.DISPOSICIONES QUE IMPONEN CARGAS AL TRABAJADOR.....	199
2.3.ANALOGÍAS QUE PERMITAN LAS DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL.....	201
2.4.ENSAYOS DE APLICACIÓN ANALÓGICA DE DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL SOBRE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	202
2.5.COROLARIO: SE RELEVAN UN CONJUNTO DE "DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL" QUE DIRECTA O INDIRECTAMENTE DISCIPLINAN LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO JURISDICCIONAL.....	217
3.EL "CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN CUANTO SEA APLICABLE, SE AJUSTE A LO DISPUESTO EN LOS ARTS. 1RO. Y 30 DE ESTA LEY NO CONTRADIGA LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO"	
.....	218
3.1.TEST DE LEGITIMIDAD	
.....	220
3.2.COROLARIO: LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DEL ART. 139 DEL CGP SORTEAN SOLO PARCIALMENTE EL TEST DE COMPATIBILIDAD PREVISTO EN EL ART. 31	
.....	228

4.UNA LECTURA SISTEMÁTICA DE LAS “DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL” QUE DIRECTA O INDIRECTAMENTE DISCIPLINAN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS	230
.....	230
4.1.LA PRIMERA PREGUNTA: ¿PUEDEN DETECTARSE ASPECTOS COMUNES ENTRE LAS REGLAS LEGALES QUE DISCIPLINAN LA CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS PUNTUALES?	231
.....	231
4.1.1.EN CUANTO A LAS VARIABLES DE HECHO.....	231
4.1.2.EN CUANTO A LA SOLUCIÓN.....	234
4.1.3.EN CUANTO A LOS FUNDAMENTOS DE LA SOLUCIÓN COMÚN.....	235
4.1.4.ENSAYO DE CONTESTACIÓN A LA PRIMERA PREGUNTA	236
4.2.LA SEGUNDA PREGUNTA: ¿PODRÍA DESCUBRIRSE UNA SOLUCIÓN DE PRINCIPIO DERIVADA DE LAS DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL QUE DISCIPLINAN DIRECTA O INDIRECTAMENTE LA CARGA DE LA PRUEBA?	237
.....	237
4.2.1. LA DOCTRINA NACIONAL.....	238
4.2.1.1.EL PERÍODO ANTERIOR AL 18.10.2009 CUANDO SE PRODUJO LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL.....	239
4.2.1.2.EL PERÍODO POSTERIOR A LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL AUTÓNOMO	245
.....	245
4.2.1.2.1.LA DOCTRINA NACIONAL	245
4.2.1.2.2.LA DOCTRINA EXTRANJERA.....	248
4.2.2.LA JURISPRUDENCIA.....	252
4.2.2.1. LA JURISPRUDENCIA DE ÓRGANOS INTERNACIONALES ESPECIALIZADOS	252
4.2.2.2. LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA.....	257
4.2.2.2.1.UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA DEL PERÍODO ANTERIOR A LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL	259
.....	259
4.2.2.2.2.UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL AUTÓNOMO	268
.....	268
4.2.3.ENSAYO DE CONTESTACIÓN A LA SEGUNDA PREGUNTA	271
4.3.LA TERCERA PREGUNTA: ¿SERÍA ADMISIBLE POSTULAR QUE EL JUZGADOR CON LA GUÍA DE TAL PRINCIPIO, SEA QUIEN LE DE CONTENIDO A LA CARGA DE LA PRUEBA CASO A CASO?	271
5.LA TESIS	279
.....	279
CAPÍTULO VIII: PROPUESTAS Y CONCLUSIONES SIEMPRE PRIMARIAS SOBRE LAS POSIBLES ARGUMENTACIONES JURÍDICAS PARA DETERMINAR LA “NORMA” QUE DISCIPLINA LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO LABORAL PROCESAL URUGUAYO	291
.....	291
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	298

CAPÍTULO I: PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Ante todo, este es un estudio de Derecho Laboral.

No es, un estudio de Derecho Procesal. No persigue serlo.

El presente abordaje parte del cuestionamiento acerca de *cuáles son* y *cómo* deben aplicarse – interpretarse e integrarse – las disposiciones normativas que determinan la distribución de la carga de la prueba en el proceso judicial laboral de modo tal que tributen al principio de tutela judicial efectiva desde el Derecho del Trabajo. La pregunta se justifica en razón de la reforma operada por la ley 18.572 que sentó la autonomía del derecho laboral procesal respecto del derecho procesal común.

En efecto antes de la vigencia de la ley 18.572 y por lo menos durante todo el período de vigencia del Código General del Proceso, el proceso judicial que era instrumento de debate de pretensiones vinculadas al trabajo del hombre se regía, salvo en algunos aspectos puntuales, por éste.¹ La autonomía procesal reconocida y consolidada por la ley 18.572 determinó la necesidad de reconstruir bajo este principio, un derecho laboral procesal que tenía tantos años de elaboración como el Derecho del Trabajo mismo. Pero, en todos estos años de elaboración, la modalidad seguida había sido la misma que la del Derecho del Trabajo en cuanto a dispersión temporal y multiplicidad de fuentes de reconocimiento. La carta de ciudadanía de la autonomía laboral procesal de la ley 18.572, su modificativa ley 18.847, y laprofusa panoplia de disposiciones normativas, anteriores y posteriores a ésta, provocó, que, se hiciera la hora de articular.

A su vez, la indudable opción legislativa por la austeridad reglamentaria de la ley 18.572- tamaña revolución se concreta en treinta y dos artículos- compensada con un sistema conformado por principios y particulares herramientas de

¹Por ejemplo: la conciliación previa en vía administrativa prevista otrora por el dec. Ley 14.188 y sobreviviente a la derogación general en base a lo dispuesto por el art. 544.2 del CGP hoy por hoy en la redacción dada por la reforma operada por la ley 19.090. Otro ejemplo : el art. 350.3 que preveía una excepción a la regla del art. 341 del mismo cuerpo normativo, al admitir la modificación de la pretensión en la audiencia preliminar.

interpretación e integración que operan como guardianes de su objetivo, puso sobre el tapete muchas preguntas. La mayor parte, en torno a puntos no resueltos expresamente, cuyas respuestas articuladoras, la doctrina y la jurisprudencia, inmediatamente comenzaron a elaborar. Y comenzaron a elaborar, justamente, partiendo de las dos especiales usinas de luz por las que la solución autonómica optó. Entre tales puntos no resueltos expresamente y con carácter general, la pregunta acerca de cómo se distribuye la carga de la prueba en el proceso laboral autónomo y reconstruido al abrigo de la ley 18572. Esto es, en tanto la ley 18.572 ni su modificativa y complementaria ley 18.847, presentó un texto normativo general referido a la distribución de la carga de la prueba, el cuestionamiento referiría a cuáles serían sus posibles contenidos, o la “norma” a descubrir-, utilizando la terminología de Guastini ²- a partir de otros textos normativos.

Tal objetivo, determinó las siguientes etapas de análisis.

Primero. Un abordaje general del Derecho Laboral Procesal, en su rol de ejecutor del principio de tutela judicial efectiva del hombre-trabajador, partiendo de una mirada histórica llegando a su consolidación con la ley 18.572 pero recalando también en su azarosa vida jurídica. La identificación de las principales características del sistema laboral procesal, su vínculo con la realización de la tutela constitucional del trabajo, y el abordaje de los pilares sobre los que se ha construido. (Capítulo II. Derecho Laboral Procesal uruguayo. Breve reseña de su consolidación.)

Segundo. El análisis de las propias disposiciones normativas especiales que disciplinan la tarea de interpretación e integración. (Capítulo III. Herramientas de aplicación del nuevo sistema laboral procesal. Interpretación. Integración)

Tercero. Las delimitaciones conceptuales en torno a la carga de la prueba, su distribución, la distinción con otros institutos vinculados a la actividad probatoria, los modelos normativos y los modelos correctivos de éstos. (Capítulo IV. La carga de la prueba. Delimitaciones conceptuales)

²**Guastini, Riccardo.** Interpretar y argumentar. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2014, pág. 74, quien distingue el “texto normativo” de la norma que el operador podrá deducir. Partiendo de esta idea, es preciso señalar que todos los textos son multisemánticos y de ellos se puede extraer una norma como significado aplicado al texto.

Cuarto. Las soluciones legislativas extranjeras contemporáneas a la ley 18.572. Análisis del sistema chileno y del peruano. (Capítulo V. Una mirada a la carga de la prueba en dos ordenamientos contemporáneos al uruguayo)

Quinto. La búsqueda de la “norma” sobre distribución de la carga de la prueba, recorriendo el camino pautado por el art. 31 de la ley 18.572. La indagatoria transversal por las disposiciones normativas que han regulado la distribución de la carga de la prueba en el ámbito del Derecho Internacional y en el ámbito de Derecho Laboral interno. (Capítulo VI. La carga de la prueba en el Derecho Laboral Procesal uruguayo)

Sexto. Descripción de un posible hallazgo, de la “norma” sobre distribución de la carga de la prueba en el Derecho Laboral Procesal autónomo uruguayo. (Capítulo VII. Propuestas y conclusiones siempre primarias sobre las posibles argumentaciones jurídicas para determinar la “norma” que disciplina la distribución de la carga de la prueba en el Derecho Laboral Procesal uruguayo)

CAPÍTULO II: DERECHO LABORAL PROCESAL URUGUAYO. BREVE RESEÑA DE SU CONSOLIDACIÓN ³

1. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL (CONSOLIDADO) URUGUAYO

El Derecho del Trabajo uruguayo nace y se desarrolla con vocación de protección del trabajo humano. Antes bien, la tutela del trabajo constituye un principio constitucional que impregna, sostiene y provoca la construcción de la disciplina. Así la protección especial del hombre-trabajador constituye el criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo que en vez de responder a un objetivo de igualdad, persigue un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. ⁴ El mayor particularismo del Derecho del Trabajo está en que la igualdad deja de ser el punto de partida para convertirse en meta o aspiración del

³Rossi Albert, María Rosina. Derecho laboral procesal uruguayo : breve reseña de su consolidación = Uruguayan labour procedural law : brief review of its consolidation. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 62, n. 93, p. 29-53, jan./jun. 2016.

orden jurídico. ⁵ La protección del trabajo y del hombre trabajador se erige en un principio que informa todo el ordenamiento jurídico nacional, y además se encuentra positivizado en el art. 53 de la Constitución. ⁶

La construcción del Derecho del Trabajo sobre la piedra fundamental del principio protector, provoca la especial preocupación por su eficacia. Esto es, la efectiva realización de la tutela. De esto también debía ocuparse el Derecho del Trabajo, en tanto la posibilidad real de concreción de los derechos laborales está implícita y por ende es parte, de la misma tutela y en cascada del mandato del ya citado art. 53 de la Constitución.

En cuanto a su forma de expresión, el Derecho del Trabajo uruguayo, que comienza a construirse a fines del siglo XIX a pocos años de la independencia nacional, adoptó desde entonces y lo mantiene hoy por hoy, un modelo en apariencia asistemático, disperso y fragmentario⁷. Ello por cuanto, no solo no se encuentra recogido en un cuerpo normativo sino que además reconoce una pluralidad de fuentes heterónomas y autónomas que muchas veces contienen expresiones ambiguas o aún, dejan vacíos. Este patrón, también lo siguen las disposiciones normativas que refieren a los instrumentos de la garantía de

⁴**Plá Rodríguez , Américo.** Los principios del Derecho del Trabajo. Edición al cuidado de Hugo Barretto Ghione. 2015. Ed. FCU , pag. 73

⁵**Barbagelata, Héctor Hugo.** El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales. Ed. FCU , 2009, pág. 20. Radbruch, G. Introducción a la filosofía del derecho. FCE México, 1951, pag. 162.

⁶El art. 53 de la Constitución uruguaya expresa que "El trabajo está bajo la especial protección de la ley...".

⁷**Plá Rodríguez Américo.** Curso de Derecho Laboral. Ed. Acali, 1979. T.1 Vol I, pag. 23. **Babace, Hector.** "Particularismos de las fuentes en el Derecho del Trabajo" en Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo. Grupo de los Miércoles. Ed. FCU. Pag. 49 ,

eficacia, como procesos, procedimientos, reglas sancionatorias y preventivas.⁸ Y esta modalidad del Derecho del Trabajo ha determinado la incidencia de la acción de los operadores cuando se disponen a solucionar un problema de la vida en torno al trabajo.⁹ A diferencia de lo ocurrido con los ordenamientos de países vecinos, el Derecho del Trabajo uruguayo careció – y carece actualmente – de un código, o una consolidación de leyes, o de una ley de contrato de trabajo.¹⁰¹¹

Podría cuestionarse ¿inadvertencia del legislador? o, ¿una opción deliberada aunque no explícita del espíritu del sistema? El cuestionamiento viene

⁸Desde los albores, la eficacia representó un componente inescindible de la tutela del trabajo. Puede relevarse un jugoso ejemplo, muy ilustrativo además de la temprana preocupación del legislador por la eficacia. La ley 5350 del 17.12.2015 que reglamentó la limitación del tiempo de trabajo en la industria con carácter general, dispuso especialmente en el art. 7 que “Vigilarán el cumplimiento de las disposiciones de esta ley , veinticinco Inspectores especiales que el el Poder Ejecutivo distribuirá en los departamentos en las proporciones que considere convenientes, y que dependerán de la Oficina de Trabajo...” Pero , sin duda con el firme objetivo de realización efectiva del control , dispuso la asignación económica para cada uno, así como “...el derecho de entrar en los establecimientos de trabajo y pedir cuantos informes sean necesarios para el cumplimiento de su misión de acuerdo con la reglamentación que al efecto dictará el Poder Ejecutivo”.

⁹**Barbagelata , Héctor Hugo.** . “El problema de las lagunas en las normas laborales” en op. Cit. Pag. . 95-96.

¹⁰**Mantero Álvarez, Ricardo.** “Apuntes críticos en torno a la autonomía del Derecho del Trabajo y sus relaciones con el Derecho Civil” en rev. Derecho Laboral n. 190 pag. 458. Al escribir este artículo en conmemoración de los Cincuenta años de la revista, destacaba el autor que así había nacido el Derecho del Trabajo, así se había destacado al cumplirse los veinticinco años de la revista Derecho Laboral y cabía reiterar tal calificación .

¹¹**García , Héctor Omar** citando a **Antoine Jeammaud** , plantea la siguiente tipología de instrumentos que recogen dispositivos normativos: la *compilación* que es una mera colección; la *consolidación* que recoge los textos legales referidos a una determinada materia, coordinados sistemáticamente que puede incluir una coordinación de principios pero excluye la creación de nuevas normas y pone como ejemplo la CLT brasileña, el *código* propiamente dicho que implica la introducción de normas innovadoras; y un tipo intermedio como el Francés que denomina *codificación a derecho constante*, que coordina , armoniza y modifica(cuando es necesario), haciéndolo racionalmente respecto de las disposiciones legales o reglamentarias ya vigentes pero sin alteración alguna ni enriquecimiento. “La codificación de la legislación del trabajo y de la seguridad social. ¿codificar , cómo y qué? “ en rev. Derecho Laboral n. 262 Abril-junio 2016. FCU pág. 306.

al caso si se detiene el pensamiento en las motivaciones y consecuencias de la codificación. El movimiento codificador se construyó a partir de ciertos axiomas: la consideración de la ley como máxima expresión de la voluntad general predominante sobre cualquier otra fuente de derecho en pos de garantizar la certeza jurídica; la eliminación de sistemas jurídicos especiales; la concepción del derecho como un orden asequible y simple de modo de reducir al máximo tanto la incertidumbre como la discrecional interpretativa y los márgenes de decisionismo judicial.¹² En las antípodas aparece el movimiento descodificador al tiempo del desmembramiento de ramas completas de los códigos civiles en tanto estos no podían dar respuesta adecuada a las especialidades. ¹³ Leyes especiales apropiándose de determinadas materias y clases de relaciones, vacían de contenido a la disciplina codificada, revelando lógicas autónomas y principios orgánicos, que al principio se contraponen a los fijados el Código civil pero después terminan por suplantarlos del todo, conformando ellas mismas el derecho general de una cierta institución o una completa materia adquiriendo estabilidad y consolidándose como leyes dotadas de una propia lógica interna que crea un microsistema ¹⁴

Ahora, y volviendo al área del Derecho del Trabajo nacional, mal podría confundirse la dispersión normativa y temporal así como la multiplicidad de fuentes de producción que el operador debe articular, con la ausencia de sistematización. Ello por cuanto es palpable un hilo conductor que se expresa en

¹²Rodríguez Gustá , Rafael. Codificación, descodificación y neoconstitucionalismo. En rev. Derecho Laboral n. 262 pág. 319.

¹³Rodríguez Gustá , Rafael. Op. Cit. Codificación, descodificación... En rev. Derecho Laboral n. 262 pág. 319

¹⁴Rodríguez Russo, Jorge. "Código Civil y dispersión legislativa" en rev. De la Facultad de Derecho n. 29 , pág. 230

principios, que enlazan, organizan el polímero Derecho del Trabajo uruguayo y fungen como columna vertebral que sostiene tal aparente dispersión. Los principios del Derecho del Trabajo son líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos.¹⁵ Son emanaciones de las otras fuentes; aparecen envueltos y expresados en otras fuentes. Los principios reflejan el derecho del trabajo pero también lo arman, lo respaldan, lo estructuran, lo animan.¹⁶ Esta triple función- la interpretación del resto del ordenamiento, la integración de lo no previsto y la inspiración para la formulación de nuevas disposiciones normativa – es la que ha sustentado la afirmación de la inconveniencia de su consagración escrita. Ello por cuanto, se los encorsetaría y restaría fecundidad. Empero, no puede soslayarse que en el ordenamiento jurídico nacional el art. 53 de la Constitución se ve positivizado el principio protector que se erige en meta-principio y da soporte a todo el andamiaje jurídico laboral mandatando al legislador y con él a todos los operadores a crear normas jurídicas que protejan especialmente el trabajo. Situación similar ocurre, al mal alto nivel en cuanto a fuentes, en dos instrumentos internacionales: Uno, el art.2 literal e) de la Carta Internacional Americana de garantías sociales que recoge expresamente el principio de irrenunciabilidad; otro, el art. 19 numeral 8 de la Constitución de la OIT que al indicar los efectos de los convenios y recomendaciones respecto de otras fuentes, hace lo propio respecto del principio protector en su proyección de preeminencia de la norma más favorable.

Pues bien, la interacción de la doctrina y la jurisprudencia, descubren y consolidan los principios del Derecho del Trabajo en un proceso recíproco de retroalimentación.¹⁷

¹⁵**Plá Rodríguez, Américo.** Los principios del Derecho del Trabajo. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Edición al cuidado de Hugo Barretto Ghione, julio 2015, pág. 34.

¹⁶**Plá Rodríguez, Américo.** Op cit Los principios ...pág. 69.

¹⁷**Plá Rodríguez, Américo.** Op cit Los principios...pág. 43.

De tal modo, son los principios los que han dotado al Derecho del Trabajo uruguayo – no codificado – de armonización y metodología.

Por su parte, como se ha anunciado, el área procesal del Derecho del Trabajo uruguayo, no es ajena a este fenómeno; en realidad forma parte de él y sigue la misma modalidad. El derecho laboral procesal es tan antiguo como el Derecho del Trabajo mismo en Uruguay, por cuanto su motor ha estado en las mismas premisas: por un lado, la constatación de la desigualdad entre los sujetos que se vinculan y por otro, y como contrapeso de tal desigualdad, el objetivo protector especial que reconoce el art. 53 de la Carta.

El derecho laboral procesal uruguayo, también carece de un cuerpo normativo que lo compile. En su lugar desde el período fundacional se encuentra disperso y podríamos decir, encriptado en las disposiciones normativas de derecho sustantivo pero que, en tanto trasgresoras al derecho procesal común, marcaron desde entonces una tendencia autonomista. Esta tendencia de las disposiciones normativas, aunque disgregadas, reconocían como soporte una firme reivindicación de la doctrina del primer tercio del siglo XX de poner a la vista, la necesidad – no ya la conveniencia, sino la necesidad - de una rama procesal especial, laboral y autónoma. “Un nuevo derecho procesal extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para establecer 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” ¹⁸. Agregándose que “el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es crear otras desigualdades”, esto es desigualdad compensada con otra desigualdad. ¹⁹²⁰

18Couture, Eduardo,J. Estudios de Derecho Procesal Civil. T. III pag. 288 .

19Couture, Eduardo,J. op. Cit . Estudios...T. I. pag. 271.

El “Derecho Procesal Laboral” como también se lo ha identificado, fue uno de los sectores que primero se separó del viejo tronco del Derecho Procesal Civil. Se ha expresado que ello ocurrió como consecuencia del nacimiento de la rama del derecho sustantivo, y a su vez, de la aparición de conflictos surgidos en el seno de la relación laboral, que llevó a la necesidad de la creación de una magistratura especializada y normas también especializadas que regularan el procedimiento laboral.²¹

El dec. Ley 14.188 del año 1974, constituyó una primera concreción de un sistema laboral procesal autónomo, especial, que desplazaba el derecho procesal común aunque admitiendo el ingreso en forma supletoria del “Código de Procedimiento Civil y en las leyes 9.594, de 12 de setiembre de 1936, 13.355, de 17 de agosto de 1965 y demás disposiciones especiales en materia laboral, en cuanto fueron aplicables”.²² Siguiendo la modalidad del Derecho del Trabajo uruguayo, el cuerpo normativo reunió disposiciones procesales y sustantivas. Dispuso, la creación de nuevos Juzgados de Primera Instancia, dos Tribunales de Segunda Instancia (art. 3) diseñó el proceso en materia laboral, consagró la conciliación administrativa ante el Centro de Asistencia y Asesoramiento Jurídico del Trabajador, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social extrayéndola de la competencia de la justicia de Paz, pero también, incorporó nueva reglamentación

20En la misma línea de pensamiento, **Carnelutti, Francesco**. *Funzioni del processo del lavoro*” rev. Diritto Processal Civile 1980 pag. 109; **De Litala , Luigi**, Derecho Procesal del Trabajo T. I pag. 24 Bs As, 1949, **Stafforini Eduardo**. Derecho Procesal Social. Ed. Tea 1956, Bs. As. , Barbagelata, **Héctor Hugo**. Manual de Derecho del Trabajo. Pag. 108; **Plá Rodríguez, Américo** “Los conflictos del trabajo, necesidad de crear para ellos una justicia especializada” LJU T XV pag. 38; **Nicoliello, Nelson**. “Apuntes para un posible Derecho Procesal del Trabajo”

21Para un detallado análisis de los antecedentes: **Arlas, José**. “Caracteres generales del régimen procesal laboral de la ley 14.188” en Nuevo Proceso Laboral Uruguayo. Colegio de Abogados del Uruguay. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1974 pag. 15.)

22**Arlas José**, “Caracteres generales del régimen..” op. cit pag. 29 y sgtes.

a la indemnización por despido, entre otros aspectos.²³²⁴ Cabe señalar que el dec. ley 14.188 hizo pie en la ya existente jurisdicción laboral especializada, creada en el año 1960 por el art. 102 de la ley 12.803 asignando competencia a esta en órganos de primera instancia para “asuntos originados en conflictos individuales de trabajo”. Y fue el mismo dec ley 14.188 que creó órganos especializados para la alzada.

De todos modos el sistema impuesto por el dec. Ley 14.188 resultó derogado por la ley 15.982 del 19.10.1988 que aprobó el Código General del Proceso. Por lo que entrado en vigencia el Código General del Proceso, el derecho laboral procesal volvió a perder autonomía y pasó a tener como componente el sistema disciplinado por el Derecho Procesal común, reconociendo apenas alguna especialidad. Semejante situación encontró el juicio negativo de la doctrina laboralista que continuó bregando desde la academia por el retorno y concreción de aquel nuevo derecho procesal laboral capaz de presentar soluciones de desigualdad compensatorias propias del Derecho del Trabajo.²⁵

En tal sentido en el año 2005 Ermida Uriarte expresaba que “...ha llegado la hora de retomar el protagonismo doctrinal en la materia, por varias razones, entre las cuales por lo menos dos, fundamentalísimas. La primera: que siendo el procesal un Derecho adjetivo es, sin embargo esencial, porque de él depende

²³**Sarthou, Helios.** “ Los principios de Derecho Laboral y el nuevo procedimiento para la solución de controversias del trabajo” en Nuevo Proceso Laboral Uruguayo. Colegio de Abogados del Uruguay. FCU, 1974 pag. 180)

²⁴Como echa de verse, el mismo dec. Ley 14.188 también es ejemplo del modo de ser del Derecho del Trabajo uruguayo que, desde siempre, irrogó un tratamiento conjunto a las disposiciones sustantivas y procesales. Una mirada en perspectiva, permite visualizar cómo el Derecho del Trabajo uruguayo, presenta dos elocuentes características: su dispersión en cuanto a fuentes, y la simbiosis funcional entre las disposiciones normativas sustantivas y procesales.

²⁵**Ameglio, Eduardo.** “Peculiaridades del procedimiento laboral” en rev. Derecho laboral n. 156 pag. 618. ; también, Mesa Redonda organizada por la Asociación de Abogados Laboralistas editado por Fundación de Cultura Universitaria en Montevideo, setiembre 1989 citado por Eduardo Ameglio en op. Cit. “Peculiaridades...” pag. 619. **Abella de Artecona, Martha.** “El Código General del Proceso desde la perspectiva del derecho laboral” en rev. Derecho Laboral n. 154 pag. 213.

parte de la eficacia del Derecho sustantivo al que sirve, por lo cual el juslaboralismo no podía mantenerse prescindente respecto de lo procesal a riesgo de afectar el propio Derecho del Trabajo propiamente dicho...” “ La segunda: sin perjuicio de reclamar la aprobación de un proceso laboral propio es necesario reelaborar el actual en clave laboralista para que el proceso se ajuste lo máximo posible – o se separe lo mínimo posible – del Derecho sustantivo cuya eficacia debería asegurar ...” “ La cuestión de fondo es la de tener un verdadero Derecho Laboral Procesal, con Justicia especializada, y proceso propio, imbuidos de los principios del Derecho del Trabajo que garanticen su eficacia” ²⁶²⁷

Pero este panorama de pura dispersión normativa laboral procesal , cambió sustancialmente en el año 2009 con la aprobación de la ley 18.572 que dos años después fuera completada por la 18.847. Nuevamente Uruguay reglamentó la autonomía del Derecho Laboral Procesal, ya que las dos leyes mencionadas, a través de estrategias de efectos multiplicadores, lograron operar como una fuerza centrípeta enlazando las disposiciones normativas dispersas, sistematizándolas al abrigo de los principios del Derecho del Trabajo.

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS PILARES DEL SISTEMA LABORAL PROCESAL (CONSOLIDADO)

El punto de análisis partirá del derecho a la *tutela efectiva de los derechos fundamentales*, pasará por la *tutela efectiva de los derechos laborales* y recalará en la *tutela judicial efectiva de estos derechos*.

La garantía de tutela de los derechos fundamentales constituye un elemento inescindible de ellos porque los hace realizables. El derecho sin

²⁶Ermida Uriarte, Oscar. Introducción . Derecho procesal del trabajo. AA VV. Ed. FCU, 2005 pag. 13.

²⁷Se continuaba reclamando la autonomía como instrumento de eficacia del Derecho del Trabajo. Raciatti, Octavio. “Los principios del Derecho Laboral en el Derecho Procesal del Trabajo.” Op. Cit. Derecho procesal del trabajo. AA VV..., pag. 18, Mangarelli , Cristina . “La autonomía del derecho Procesal del Trabajo y el Código General del Proceso” en op. Cit. Derecho procesal del trabajo. AA VV pag. 35. Babace Héctor. “El principio protector o equilibrador de desigualdades” en op. Cit. Derecho procesal del trabajo. AA VV pag 73-

protección asegurada, resulta ilusorio. La garantía de un derecho supone en palabras de Ferrajoli, las técnicas previstas en el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y por tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Esta garantía constitucional pone en jaque al legislador que estará en situación jurídica de obligación de proveerla porque sin la garantía los derechos no son tales, sino una mera expectativa no jurídica.²⁸

Los arts 7 y 332 de la Constitución constituyen el plexo que asegura *la tutela efectiva de los de los derechos humanos*.

Expresa Cassinelli Muñoz, el art. 7 de la Constitución no reconoce derechos como bienes humanos, sino el derecho a ser protegido en el goce de tales derechos lo que importa que la garantía refiere a la existencia de un mecanismo que, efectivamente proteja al titular del derecho posibilitando su disfrute. El art. 7 de la Constitución supone o parte de que existen bienes humanos – como el trabajo - que pueden ser objeto de goce, y manda ordena que los habitantes sean protegidos en el goce de dichos bienes humanos. Así la obligación correlativa a ese derecho consiste en proteger, que en el Derecho Procesal se traduce en que requerida la protección ella debe ser acordada siempre que el habitante no hubiera sido privado de tal protección conforme a las leyes que se hubieran establecido por razones de interés general conforme expresa el mismo art. 7. He aquí entonces, en el art. 7 de la Constitución, el reconocimiento interno y al más alto nivel, el derecho a la tutela efectiva cuando se trata de bienes humanos.

El art. 332 de la Constitución hace lo propio respecto de todos los otros bienes humanos que si bien no están *enumerados* expresamente en la constitución, son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno en tanto asegura su aplicación disponiendo suplir la ausencia de reglamentación recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, los principios generales de derecho y las doctrina generalmente admitidas.

Ahora bien. El derecho a *la tutela judicial efectiva de los derechos del hombre en su condición de trabajador*, el principio protector²⁹ reconoce el mismo linaje conforme resulta de los arts art. 7, 72 y 332 de la Constitución interpretados en conexión con el art. 53 de la misma, así como con el Pacto Internacional de

²⁸Ferrajoli, Luigi. El derecho como sistema de garantías. En Rev. Uruguaya de Derecho Procesal 1/1999 pág. 210. También, Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, 2004 pág. 25

Derechos Civiles y Políticos (art. 2 num. 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos también llamado Pacto de San José de Costa Rica (arts. 8 y 25). Este plexo normativo pone al Estado en situación de deudor de la creación de un mecanismo procesal sencillo, adecuado y efectivo, a cargo de un tribunal competente e imparcial instalado con anterioridad al conflicto, encaminado a la tutela de los derechos fundamentales, y la Constitución de la OIT en el art. 19 literal 5 numeral d) que ordena a los estados que , luego de la ratificación de un convenio internacional “adopte las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio”.³⁰

Cassinelli Muñoz, refiriéndose especialmente al bien humano trabajo expresa que el derecho a la protección en el goce del trabajo significa que se tiene derecho a ser restablecido en el goce si la autoridad pública, el empleador o un tercero, mediante hechos, actos u omisiones, restringe o amenaza limitar cualquiera de los aspectos de dicho goce: el goce psicofísico inmediato, o de los frutos civiles.³¹

Ahora, respecto de la identificación de las vías de tutela, el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales plantea un abanico que incluye los de autotutela³² y los de heterotutela. Entre las vías de protección de heterotutela, y proyectando el derecho a la *tutela efectiva* que viene de analizarse,

29Plá Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Edición al cuidado de Hugo Barretto Ghione. Colección Clásicos Jurídicos, pag. 78 y sgtes. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, julio 2015.

30A tal grado interesa a la OIT la tutela efectiva que no solo ordena a los estados adecuar la normativa interna para hacer realidad el convenio ratificado , sino que estructura todo un sistema de seguimiento para el control de su aplicación. Y para los Estados que no ratifican los convenios fundamentales, que involucra la Declaración de relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo del año 1998, dispone un seguimiento especial.

31Cassinelli Muñoz, Horacio. Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo” en rev. Del Colegio de Abogados del Uruguay T. XXVI , noviembre, 1993 pág. 5 y sgtes.

32Art. 57 de la Constitución, Convenios Internacionales de Trabajo 87 y 98, Declaración Socio-laboral del Mercosur, Declaración de derechos y principios fundamentales en el trabajo de OIT de 1998

debe entenderse que ésta se concreta entre otros mecanismos, a través de la justicia del Estado, mediante el acceso a la justicia y con ella, la tutela judicial efectiva.³³

Debe verse por un lado, que Uruguay ha recogido e integrado a su ordenamiento jurídico a las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad” aprobado en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en marzo de 2008.³⁴ Este compromiso internacional delimita tres aspectos: el ámbito subjetivo de la tutela, de los obligados a hacer realidad la tutela, y el abanico de mecanismos de protección para la realización del acceso a la justicia.

Considera que provocan situación de vulnerabilidad y por ende delimitan el ámbito subjetivo de tutela, razones de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales,(art. 3) y que podrán constituir las también, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización , la migración y el desplazamiento interno, la pobreza y la privación de libertad.

Establece reglas constituyen pautas obligatorias que van dirigidas no solo a los Estados en tanto responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial, sino también a los jueces³⁵, fiscales, defensores públicos, procurados y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de justicia.

33Como se abordará mas adelante el principio de tutela judicial efectiva es la versión procesal del principio protector.

34Recogido por la Suprema Core de Justicia por Acordada 7647 .

35La Acordada 7647 que las recoge, enfatiza la obligatoriedad de aplicación por parte de los jueces.

Dispone entre los mecanismos concretos de realización efectiva del derecho de acceso a la justicia, la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales así como medidas de organización y gestión judicial.

Por otro lado y agregándose al punto anterior, el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales al que también se integran las Reglas de Brasilia, proyectan obligaciones para todos los operadores del Derecho del Trabajo. Para el Estado, porque lo ponen en situación jurídica de obligación respecto de la creación y revisión de procedimientos y requisitos procesales de la justicia del Estado que constituyan vías apropiadas, rápidas y eficaces para resolver de los conflictos en los que está en juego la tutela del trabajo. (arts. 7, 332 y 53 de la Constitución) En la misma situación jurídica se encuentran los jueces a la hora de aplicar – interpretando e integrando – tales disposiciones procesales.

Cuanto viene de decirse hace palmaria la obligación del legislador, una vez más y acompañando la producción del Derecho del Trabajo uruguayo como proyección del mandato del art. 53 de la Constitución, de crear procesos y procedimientos sencillos, adecuados a la materia laboral, efectivos e instrumentales al propósito de tutela del hombre-trabajador, a cargo de un tribunal competente e imparcial instalado con anterioridad al conflicto.

Y hace palmaria también la obligación de los jueces de la República – en su rol de custodios últimos de la protección de los derechos laborales –, y también a la producción de la doctrina en el jerarquizado rol integrador que le irroga el art. 332 de la Constitución, de hacer funcionar las vías procesales de modo tal que constituyan, de sustancia y no solo de forma, el mecanismo encaminado a la tutela de los derechos laborales.

Ahora bien. Tres son los pilares del nuevo sistema laboral procesal uruguayo previsto en satisfacción del mandato de tutela judicial efectiva: la autonomía respecto del derecho procesal común; los principios procesales, y las reglas de interpretación e integración.

Estos tres pilares, reconocen en el sistema un punto de encuentro que explica sus contenidos y articula su funcionamiento: los principios del Derecho del Trabajo. El Derecho Laboral Procesal nace del Derecho del Trabajo en tanto constituye una de sus herramientas de eficacia. Cualquier reconocimiento de derechos sustantivos resulta inocuo sin el adosado de un mecanismo efectivo que actúe como real garantía de su realización.

La consolidación del Derecho Laboral Procesal se presenta como una modalidad de tutela efectiva a través de mecanismos procesales judiciales apropiados. En definitiva, es la expresión del principio de tutela judicial efectiva que viene reconocido antes que por el art. 1 de la ley 18.572, como se ha analizado en el numeral anterior, por el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. Los tres pilares y todo el andamiaje que generan, operan de lazo aglutinador y vienen a sistematizar las disposiciones normativas disgregadas en el mundo jurídico laboral, tanto en cuanto a sus fuentes como a sus distintos momentos de nacimiento a la vida jurídica. De allí que es posible calificar a la ley 18.572 y su sucedánea como las artesanas de la consolidación del Derecho Laboral Procesal en el sentido indicado.³⁶ Vale decir, como los instrumentos que pusieron a la vista, un derecho laboral procesal como sistema, o bien, como micro sistema dentro del micro sistema del Derecho del Trabajo.³⁷

Así, Uruguay se sumó a la corriente de países de América Latina que han reformado recientemente del Derecho Laboral Procesal como respuesta a la necesidad institucional de otorgar oportuna e íntegra justicia laboral, ante la ineficacia del diseño clásico. Estas reformas, y entre ellas la uruguaya expresan una afirmación del acceso a la justicia y aseguran, a través de los institutos procesales, la efectiva vigencia del derecho sustantivo.³⁸³⁹⁴⁰

36El término consolidación busca calificar el fenómeno ocurrido, o sea adjetivarlo y no referirse a la adopción de un cuerpo normativo en el sentido planteado por **Héctor Omar García** en op. Cit pág 306.

37Refiriéndose al Derecho del Trabajo y a la ausencia de codificación en Uruguay, **Rafael Rodríguez Gustá**, citando a **Plá Rodríguez** expresa que sin contar con un código y al albur de la frondosa legislación que se fue aprobando, se constituyó un sistema jurídico, “un cuerpo autónomo con principios, espíritu y directivas propias; que tiene en sí la regla y la excepción y que como sistema orgánico es capaz de analogías” “Codificación, descodificación y neoconstitucionalismo” en rev. Derecho Laboral abril-junio 2016 n. 262 pag. 327.

38**Tapia Guerrero, Francisco. J.** “El juicio de hecho en las reformas procesales de la América Latina” en rev. Derecho Laboral n. 245 pag. 57. Indica el autor que se refiere a los casos de Venezuela (Ley Orgánica Procesal del Trabajo de la República Bolivariana de Venezuela de 2002), Colombia (Código Procesal del Trabajo de la República de Colombia), Chile (ley 20.087 de 2006), Ecuador (ley año 2003 y sus modificaciones), Perú (ley 29.497) y luego cita el caso uruguayo. Al tiempo de escribir estas reflexiones debe agregarse Costa Rica. (ley 9343 del 9.12.2015)

La ley 18.572 vigente desde el 18.10.2009 y la 18.847 desde el 18.12.2011 han sistematizado el derecho laboral procesal uruguayo, recreando además, el proceso laboral autónomo.⁴¹

Efectivamente. Estas disposiciones normativas, no han creado el *derecho laboral procesal* uruguayo, sino que lo han sistematizado y autonomizado del derecho procesal común.⁴²

Ello por dos razones.

La primera. Existía ya desde hacía décadas conformado por cuatro componentes: un conjunto aunque dispersas, de disposiciones especiales en

39Sobre el derecho laboral procesal como instrumento de eficacia del Derecho del Trabajo: **Raciatti , Octavio**. “Los principios del Derecho Laboral en el Derecho Procesal del Trabajo” en op.cit. AA.VV Derecho Procesal del Trabajo. Pag. 19. Y, especialmente refiriéndose a la celeridad del proceso laboral, **Garmendia Mario**. Eficacia práctica de las normas laborales. Cuadernos de Fundación. Ed. FCU, , 2005. Pag. 97.

40La Recomendación número 198 sobre la determinación de la relación de trabajo, de OIT, recomienda a los Estados proporcionar a los interesados y en particular a los empleadores y trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sea expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas ala existencia y las condiciones de una relación de trabajo. **Rossi Albert, Rosina**. “La Recomendación número 198 de OIT sobre determinación de la relación de trabajo; impacto en la jurisprudencia uruguaya” en rev. Derecho Laboral n. 256 pag. 609.

41**Rosenbaum Rímolo, Jorge**. “ La recreación de un proceso laboral autónomo” en rev. Derecho Laboral n. 236 pag. 765.

42Finalmente se consolidó la situación que pronosticaba **Helios Sarthou**, cuando expresaba que “la autonomía científica a través del trabajo doctrinal y avance jurisprudencial, camina delante de la autonomía legislativa y ésta tan solo al término de un largo proceso recoge todos los frutos de aquella”. *Proposiciones para un Derecho Procesal Laboral autónomo*” en rev. Derecho Laboral n. 104 pag. 849 .

materia laboral que regulaban aspectos puntuales adjetivos y aún algunos procesos⁴³; un “derecho jurisprudencial” que atendía a la especialidad del conflicto laboral a la hora de la relación sustantiva y también a la hora del proceso con firme apoyo en la doctrina⁴⁴; una doctrina que también partiendo de la especialidad del conflicto fue deduciendo de la legislación y la jurisprudencia ciertas pautas, distintivas, generales y persistentes que a su vez alimentaban a la jurisprudencia y por esas mismas características e perfilaban como principios⁴⁵; y, como se ha dicho, una justicia orgánicamente especializada desde el año 1960⁴⁶.

La segunda de las razones. En un corto período, 1974-1989 y durante la vigencia del dec. Ley 14.188 a los componentes enunciados se sumó una estructura procesal autónoma que sucumbió con la expresa derogación por la ley

43Como por ejemplo el art. 23 de la ley de licencias 12.590 que establecía reglas de procedimiento admitiendo la acumulación de pretensiones entre la licencia y la indemnización por despido y fijaba la competencia por razón de cuantía.

44**Couture, Eduardo** en “Proyecto de Código de Procedimiento Civil”, . Montevideo 1945 pag 58, excluye al proceso laboral. La razón surge explicitada en “Algunas nociones de de Derecho procesal del trabajo” en Estudios de Derecho Procesal Civil. Bs. As. 1948 T I pag. 288 en tanto señala que “el conflicto de trabajo exige el apartamiento de todas ls características tradicionales del proceso civil. Ante él , ni uno de sus postulados clásicos queda en pie. Por eso debe haber un nuevo derecho procesal , extraño a todos los principios tradicionales sin exceptuar uno solo de ellos.”

45**Plá Rodríguez, Américo**. Los principios del Derecho del Trabajo. Ed. Depalma 3ra edición 1998, pag.35; **Raciatti , Octavio**. “Los principios del derecho procesal del trabajo en la ley 18.572” en XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, diciembre 2009, pág 215; **Barretto Ghione, Hugo**. “Principios de igualdad y protección en el proceso laboral” en rev. Derecho Laboral n. 237 pág 57; **Ermida Uriarte, Oscar**. La flexibilidad. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2001 pág 63 ; **Fernández Brignoni, Hugo**. “ Actividad probatoria y presunciones en el nuevo proceso laboral.

46**Loustaunau, Nelson**. La jurisdicción del trabajo. Ed. FCU, 2007. **Mangarelli, Cristina**. “Competencia material de la justicia del trabajo” en Veinte Estudios Laborales en memoria de Ricardo Mantero Álvarez. Grupo de los Miércoles. Ed. FCU, 2004 pag. 124.

15.982 que aprobó el Código General del Proceso y en concreción de su objetivo generalizador, eliminó los procesos especiales.⁴⁷

Entonces, existían disposiciones especiales de derecho adjetivo, existía un derecho jurisprudencial y un conjunto de principios descubiertos y sistematizados por la doctrina que la jurisprudencia recogía y afirmaba, y justicia especializada.

Lo que no existía, y persiguió y logró la ley 18.572: la sistematización del Derecho Laboral Procesal ahora sí, conformado por todos los componentes señalados – disposiciones especiales en materia laboral procesal, y principios también especiales fruto de la labor mancomunada de la doctrina y la jurisprudencia – más la autonomía del derecho procesal común.

En tal sentido, al tiempo de la aprobación de la ley 18.572 ya tenía Uruguay un derecho laboral procesal construido desordenada e intermitentemente - sin estar exento de dificultades y controversias a lo largo de la historia⁴⁸ - sobre principios laborales procesales y sustantivos. Lo que no tenía era una estructura procesal autónoma, sino una inapropiada dependencia del derecho procesal común que determinaba una constante tensión entre principios especiales (sustantivos y procesales del Derecho del Trabajo) y disposiciones normativas (del Derecho Procesal común).

Así, la ley 18.572 no solo aportó las estructuras especiales sino que selló la autonomía procesal abrazando las disposiciones anteriores y también las que vendrán a través de un blindaje articulado entre: principios especiales procesales

47El dec. ley 14.188 del 5.4.1974 previó un proceso laboral desligado del proceso civil pero operando éste como fuente supletoria, con plazos especiales y abreviados bajo la modalidad del extraordinario que otorgó mayores poderes al juez para la averiguación de la verdad de los hechos y admitió parcialmente la inmediatez. Si bien al tiempo de su instalación la doctrina le reprochó no haber realizado declaración de principios ni regular otros aspectos medulares y particularizantes del proceso laboral (AA.VV. Nuevo Proceso Laboral Uruguayo. Colegio de Abogados del Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 1974), el saldo crítico de los operadores al tiempo de su derogación con el advenimiento del Código General del Proceso fue positivo.. **Plá Rodríguez Américo** “ Las líneas directrices del nuevo régimen procesal laboral “ en rev. Derecho Laboral n. 94 pág 193; **Raciatti , Octavio.** “ Trascendencia procesal de los principios del Derecho del Trabajo” en rev. Derecho Laboral n. 196 pág 845.

48**Rosenbaum Rímolo, Jorge.** Op. Cit “ La recreación de un ...” en rev. Derecho Laboral n. 236 pag. 765

que optó por recoger ⁴⁹en íntima unión y recíproca alimentación con los principios del Derecho del Trabajo⁵⁰; reglas de interpretación cuidadoras de la aplicación instrumental a los principios de las disposiciones; y de integración que provocan un minucioso control de incorporación y vínculos con el resto del ordenamiento jurídico.

La ley 18.572 compagina el anterior derecho laboral procesal disperso disciplinando un grupo de principios que lo cimentan⁵¹, reglas de aplicación - de interpretación y de solución de los casos no previstos y de ligazón con el resto del ordenamiento jurídico -; dos estructuras procesales, y regulaciones comunes a ambas. A todas, se suma hoy la ley 18.847 con vigencia desde el 18.12.2011 que si

⁴⁹Es preciso señalar que a pesar de los inconvenientes que había destacado **Plá Rodríguez** en op. Cit. pag.34, el legislador continuando una tendencia relativamente reciente, optó por recoger los principios en el texto. Ya lo había hecho en las leyes 17.940 sobre protección de la libertad sindical, 18.508 sobre relaciones laborales en el sector público, y 18.566 sobre negociación colectiva.

⁵⁰De todos modos, aún en período de aplicación del Código General del Proceso a pleno, en materia laboral, la doctrina especializada articulaba sólidos fundamentos que determinaban la gravitación del principio protector en aplicación de las reglas procesales. **Raso Delgue, Juan**. "El principio protector en el proceso del trabajo" en op. Cit. Derecho Procesal del Trabajo . AA. VV pag 49 y sgtes.

⁵¹Sobre los principios del Derecho Laboral Procesal sistematizado por las leyes 18.572 y 18.847: **Rosenbaum Rímolo, Jorge**. Op . cit. " La recreación..." en rev. Derecho Laboral n. 236 pag. 765; **Barretto Ghione, Hugo**. Op. Cit. "Principios de igualdad y protección ..." En rev. Derecho Laboral n. 237 pag. 57 ; **Raciatti , Octavio**. Op. Cit. "Los principios del derecho procesal del trabajo en la ley 18.572" en XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, diciembre 2009, pág 215. **Rossi Albert, Rosina**. "Primera lectura de la ley 18.572 sobre abreviación de los procesos laborales" en Rev. Derecho Laboral n. 235 pag. 445 y sgtes.; "Pensando modificaciones a la ley 18.572" en XXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Maldonado, noviembre 2010 . pag. 155. **Fernández Brignoni, Hugo**. " La actividad probatoria en el nuevo proceso laboral" en XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Prof. Oscar Ermida Uriarte. Montevideo , 2011, pag. 329. . **Rivas, Ana Gabriela**. "Proceso laboral autónomo como aplicación del principio protector" en XXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Maldonado 27 y 28 de noviembre de 2010. FCU pag. 192. **Pérez del Castillo, Santiago**. "El nuevo proceso laboral y los principios" en El nuevo proceso laboral Ley 18.572. Montevideo Universidad de Montevideo, 2010 pag. 18. **Varela Méndez, Edgar**. "Los principios aplicables a los procesos laborales" en Nuevas Especialidades del Proceso en Materia Laboral . FCU, Montevideo,2010 pag. 58. AA.VV. Procesos Laborales. Leyes 18.572 y 18.847 FCU, 2016

bien le imprime modificaciones, deja intacto lo esencial y particularizante. Cambia algunas soluciones pero deja en pie, operando a través de la revisión y re confirmación un efecto solidificante, los pilares del sistema.

Como se deduce de cuanto viene de plantearse, la razón de ser de la ley 18.572 responde a que se hallaba pendiente de cumplimiento completar el mandato constitucional de protección especial del trabajo humano, también en la relación procesal de forma de operar el proceso como herramienta de eficacia del Derecho del Trabajo. Ello partiendo de la base que la desigualdad de poder de las partes en la relación sustantiva se traslada y aún se agrava a la hora de la relación procesal como consecuencia del desequilibrio económico, probatorio, y de urgencia en la solución del conflicto.⁵² Las particularidades del conflicto laboral, se hacen patentes tanto en la relación de trabajo como en la relación procesal.⁵³ De allí que el cabal cumplimiento del mandato constitucional de protección, reclamaba la misma intensidad protectora en uno y otro ámbito, debiendo acudir, como es de regla en el Derecho del Trabajo y como originalmente lo hacía la ley 18.572, a soluciones de desigualdad compensatoria, que se construyan sobre la base de la igualdad sustantiva y no meramente formal.⁵⁴⁵⁵

⁵²**Sarthou, Helios.** Derecho Procesal del Trabajo. En Trabajo , Derecho y Sociedad. Tomo II. Estudios de Derecho Individual del Trabajo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, setiembre, 2004. pág 117.

⁵³**Sarthou, Helios** “Proposiciones para un derecho procesal laboral autónomo” en rev. Derecho Laboral n. 104 pág 861.

⁵⁴**Barretto Ghione, Hugo,** analizando los fundamentos de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14 inc. 2do. Y 17 de la ley 18.572 reprocha a la sentencia n. 137/2010 la consideración de la igualdad como igualdad formal. Y expresa que la protección especial del trabajo prevista en el art. 53 de la Carta obliga a infundir al nivel legislativo un sentido cautelar y generador de capacidades para las personas que les permita alcanzar un sentido tutelar y generador de capacidades para las personas que les permita alcanzar el valor de la dignidad humana en la situación de trabajo por cuenta ajena. Citando a Oscar Ermida señala que por mandato constitucional el proceso laboral no puede sino ser protector y compensador de desigualdades. Si no lo fuera caería en la ineficacia y en la inconstitucionalidad. “Constitución y proceso laboral (notas sobre la sinuosa argumentación de un fallo de la Suprema Corte de Justicia) en Rev. Derecho Laboral n. 238 pág 227.

Y la razón de ser de la ley posterior a tan poco de aprobada y vigente la anterior, número 18.847, que le introdujo modificaciones a aquella obedece a la decisión legislativa de dar solución a un doble problema - de hecho y de derecho- que por entonces, año 2011, afectaba gravemente el funcionamiento de la justicia laboral.

El problema de hecho: a dos años de la vigencia de la ley 18.575 que entre sus objetivos perseguía la abreviación de los procesos laborales, el país enfrentaba el entorpecimiento de todos los trámites debido a un alud de excepciones de inconstitucionalidad deducidas, invariablemente, por la parte demandada en los juicios de materia laboral, que redundaron en el efecto contrario al buscado por la ley. Como en Uruguay la declaración de inconstitucionalidad surte efectos para el caso concreto, caso a caso, el empleador demandado emprendía contra algún precepto de la ley protectora del trabajo. Y como la introducción de la inconstitucionalidad en vías de excepción detiene el proceso principal, en los hechos se provocaba el congelamiento del proceso hasta la dilucidación de aquella, por la Suprema Corte de Justicia. De allí, el alargamiento de los procesos en directa relación con la duración del trámite de inconstitucionalidad que por otra parte suspendía el proceso principal.

El problema de derecho: La Suprema Corte de Justicia, con competencia exclusiva en control de constitucionalidad en Uruguay, había declarado en múltiples casos, la inconstitucionalidad de varias disposiciones de la ley 18.572. Las consecuencias de ello en cada proceso, determinaban que cada tribunal tuviera que resolver cómo llenaba el vacío dejado por la disposición normativa que ya no podría aplicarse. De allí la necesidad de una solución legislativa que operara modificaciones en aquellos aspectos en que la ley 18.572 no sorteaba el examen de constitucionalidad en la perspectiva de la Suprema Corte de Justicia.

3. PARADOJA: UNA LEY PROTECTORA DEL TRABAJADOR INFICIONADA EN CUATRO ARTÍCULOS POR LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

⁵⁵Sobre la técnica de las soluciones de desigualdad compensatoria, **Babace Héctor**. Op cit “El principio protector o equilibrador...” en Derecho Procesal de Trabajo pág 63 y sgtes.

Esta es parte de la historia que no puede dejar de contarse.

En efecto. Uno de los principales propósitos de la ley 18.572 había sido crear un sistema procesal a medida del Derecho del Trabajo, o sea que asegurara efectiva tutela del trabajador. Por lo que puso en funcionamiento dos herramientas básicas en sus soluciones: la celeridad y la desigualdad compensatoria.

En tal sentido, expresa la exposición de motivos de la que finalmente fuera la ley 18.572 que “en materia laboral es necesario un nuevo proceso, un proceso verdaderamente autónomo, especial y rápido. Nuestro país es el único país de América Latina y uno de los pocos en el mundo que carece de un proceso laboral autónomo. La aparición de un proceso laboral diferenciado encuentra su explicación en la particularidad del conflicto que constituye su objeto. La identificación de una clase de conflictos (diferentes de los conflictos de Derecho privado) y el reconocimiento de la autonomía científica del Derecho laboral conducen naturalmente a la especialización de la justicia del trabajo (Plá Rodríguez, Américo, *Los conflictos del trabajo. Necesidad de crear para ellos una justicia especializada*, Montevideo, 1947 [ponencia aprobada en la 2ª Conferencia Nacional de Abogados, Salto, setiembre de 1947]; Barbagelata, Héctor-Hugo: “Las iniciativas sobre justicia del trabajo”, rev. *Derecho Laboral*, t. XVII, p. 201).”

Y sigue: “El Derecho laboral es una disciplina jurídica autónoma que opera como un ordenamiento compensador o igualador, y que necesita de un proceso judicial igualmente autónomo, adecuado a sus particularidades y por tanto, distinto del proceso común del Derecho Civil. El proceso autónomo de la material laboral, tiene su razón de ser en la adecuación del mismo a los objetivos, finalidades, principios y normas del Derecho sustantivo”

Pero, la Suprema Corte de Justicia uruguaya, llamada a resolver excepciones de inconstitucionalidad, las amparó respecto de tres soluciones que se plasmaban en cuatro artículos de un total de 32 que tenía la ley 18572:

*El art14 inciso 1ro y 22 inciso segundo que, uno para la estructura proceso ordinario y el otro para el proceso de menor cuantía expresaban: “La inasistencia no justificada del actor a la audiencia determinará el archivo de los autos. En caso de inasistencia no justificada del demandado el Tribunal dictará sentencia de inmediato, teniendo por ciertos los hechos afirmados por el actor en la demanda y estando a la prueba obrante en autos con anterioridad a la audiencia”

*El art. 17 que disponía: Si la sentencia fuera de condena, el apelante deberá depositar el 50% (cincuenta por ciento) del monto a la orden del Juzgado y bajo el rubro de autos. En caso de no cumplirse con este requisito la apelación será rechazada sin más trámite y se tendrá por desistido al apelante.

*El art. 21 en sede de proceso de menor cuantía preveía la presentación de la demanda por escrito, la convocatoria a audiencia y la en la misma, la contestación del demandado que además tenía que ofrecer y poner a disposición toda la prueba de la que se quisiera servir.⁵⁶⁵⁷

Consultado el fundamento de las sentencias, se observa que sostuvo la tesis de la inconstitucionalidad, calificando las soluciones procesales distintas para actor (trabajador) y demandado (empleador), como trasgresoras del principio de igualdad.⁵⁸

En la sentencia n. 137/2010 inaugura una secuencia de sentencias que, juicio a juicio, declaran la inconstitucionalidad de las disposiciones transcriptas, pero, todas, invocando el mismo fundamento: *un tratamiento diferencial y por ende violatorio del principio de igualdad a quienes deben ser tratados en una similar categoría, a las partes en el proceso laboral.*

⁵⁶Sentencia publicada en el n. 238 de la Rev. Derecho Laboral pág 359 y sgtes.

⁵⁷Editorial de Rev. Derecho Laboral n. 239 pags. 443 y 447. En una evaluación totalmente distinta, **Pereira Campos, Santiago**. "Inconstitucionalidad del proceso laboral de Menor Cuantía en única instancia" en El nuevo Proceso Laboral. Ley 18.572. Enfoque interdisciplinario. Universidad de Montevideo, 2010, pags. 201-208; y en el mismo volumen, **Mangarelli Cristina**. "Impacto de la ley 18.572 en el derecho laboral sustantivo" pag. 217.

⁵⁸Sobre el principio de igualdad , desde una mirada interdisciplinaria y abarcadora de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en controles de constitucionalidad: **Risso Ferrand, Martín**. " Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia" en rev. De Derecho. Universidad Católica. N. 05/2010 pag. 171 y sgtes.; El principio de igualdad en la teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. AA.VV Fundación de Cultura Universitaria . julio 2008, coordinadores **Oscar Sarlo** y **Andrés Blanco**.

Pero esta supuesta categoría, única, - las partes procesales- cuando del conflicto laboral se trata, está integrada por sujetos que no son iguales sino tan desiguales que la misma Carta ordena el legislador su protección especial. De allí que pretender la ficción de que cuando se visten de partes procesales pasan mágicamente a ser iguales, no es más que eso, una ficción o puro formalismo. El mismo Código General del Proceso, que reconoce a la igualdad procesal como uno de sus principios normativos, admite tratamientos desiguales para determinados sujetos conforme surge por ejemplo del art. 350, y actúa de tal modo por cuanto, justamente la igualdad es garantía para los iguales pero no para los desiguales. Porque el principio de igualdad como expresa Ferrajoli no debe ser interpretado como una tesis descriptiva sino, precisamente como un principio normativo; no como aserción sino como prescripción, no en términos de ser sino de deber ser.⁵⁹ Y como principio, presenta una estructura abierta en tanto no se especifican las condiciones de su aplicación – como sí ocurre con las reglas – y son derrotables por otros principios igualmente pertinentes a través de la técnica de la ponderación.⁶⁰ En el caso, se enfrentaban en el terreno de la ponderación los principios de igualdad y de protección especial – y por ende desigual - del trabajo (arts. 8 y 53 de la Constitución) De allí dos consecuencias. La primera no podía resolverse la petición de declaración de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad (art. 8), si no se consideraba dentro del material normativo a

⁵⁹Ferrajoli, Luigi. “Igualdad y diferencias” en Derechos y garantías . La ley del más débil. Editorial Trotta, 2001 pag. 78-79.

⁶⁰Castro Rivera, Alicia. “Principio de igualdad y derechos económicos, sociales y culturales, en op. cit El principio de Igualdad . AA.VV. Coordinadores Oscar Sarlo y Andrés Blanco., abril 2012, pag. 180 Editorial Fundación de Cultura Universitaria.

⁶¹“Ponderar es buscar la mejor solución cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”...” Intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido en el caso concreto ; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía que podría formularse así: cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que la importancia de a satisfacción del otro” Prieto Sanchis, Luis. “ Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en Neoconstitucionalismo(s) Editorial Trotta, 2003 pags. 137 y 142. .

tener en cuenta, el otro principio de trato legal desigual (art. 53) que ostensiblemente se le enfrentaba y superponía. Justamente por cuanto, no se trataba de un principio constitucional en jaque sino de más de uno en la constelación de principios. No ingresar en la argumentación de la puja era ni más ni menos que no atacar el conflicto en su verdadera dimensión. La segunda consecuencia y derivada de la primera, la argumentación que habría de construirse para declarar la inconstitucionalidad consistía en establecer las razones que en el caso concreto, determinaban que el primero derrotara al segundo. O lo que es lo mismo los fundamentos por los cuales el principio de protección especial del trabajo – y por especial, desigual –cediera ante el principio de igualdad en su proyección procesal que en la emergencia tendría mayor *peso*.⁶²

La sentencia n. 137/2010 únicamente considera el principio de igualdad y nada expresa sobre la colisión con el de tutela especial del trabajo. Además, acude a un concepto de igualdad formal sin explicar dos aspectos esenciales a la argumentación que plantea: no explica de qué forma concilia la tesis de la igualdad procesal formal con el también principio constitucional que manda al legislador a proteger especialmente al trabajador. O sea, a no tratarlo igual, sino instándolo a crear desigualdades compensatorias que le garanticen ese trato especial. Y tampoco explica las razones para no haber deducido la inconstitucionalidad de oficio (art. 509 num. 2 del Código General del Proceso, exponente del Derecho Procesal común) del art. 1 que no incluye en la declaración de principios, el de igualdad y sí coloca en ese sitio, a la efectividad de la tutela de los derechos sustantivos y a la gratuidad históricamente reconocida en Uruguay únicamente para la parte litigante del trabajador.⁶³⁶⁴ Que como va de suyo, si no hay igualdad pero sí hay tutela efectiva y según expresa la exposición de motivos⁶⁵ el fundamento se halla en el art. 53 de la Constitución, la tutela está especialmente dirigida al trabajador. Postulado que resulta confirmado si se

⁶²Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Editorial Garzón Valdés, CEC Madrid, 1993, pags. 81-98.

⁶³En discordia de sentencia n.131/2015 de la Suprema Corte de Justicia se señalan los siguientes antecedentes. En cuanto a soluciones concretas de derecho positivo que reglamentan la gratuidad de la actuación procesal para el trabajador, se relevan tanto insertas en el derecho sustantivo laboral como en otras disposiciones de corte netamente procesal.

consulta el art. 3 literal c de la ley 17.940 sobre libertad sindical individual – del trabajador - que en forma antecedente, recoge el mismo principio. Lo que se quiere significar es que la argumentación de la sentencia n. 137/2010 tal cual está planteada, califica de inconstitucional por vulneración de la igualdad, una de las concreciones del principio de tutela efectiva del trabajador que se vale de la consagración de soluciones desiguales. Pero ni descalifica el principio presente – el

Entre las primeras, se hallan presente desde el mismo bloque de constitucionalidad en su integración por la Constitución nacional y del Derecho Internacional del Trabajo. A saber: Constitución, art. 254; Declaración de OIT sobre derechos y principios fundamentales en el trabajo de 1998, art. 2 lit. e); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25) ; Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad recogidas por Acordada 7647. En este grupo y en el ordenamiento inferior: ley 9910 (arts. 13 y 14); ley 10.004 (art. 4); ley 10.449 art. 4 inc. 6to.; ley 10.489 (art.7); ley 10.684 (art. 14) ; ley 10.809 (art. 30); ley 12.590 (art.23); ley 12.597 (art.11); ley 14.100 (art.14); ley 15.,809 (art.522); + ley 17.940 (art.2)

Entre las segundas: ley 14.100 (art. 141); ley 15.809 (art. 552); ley 16.134 (art.92); ley 16.226 (art.337); ley 16.320 (art.364); ley 16.642 (art.149); dec. 67/2005 reglamentario de la ley 17.738.

64Bargagelata, Héctor Hugo. “La gratuidad del proceso laboral” rev. Derecho laboral n. 29 pag. 286. **Plá Rodríguez, Américo.** “Visión crítica del Derecho Procesal del trabajo” en Rev. Derecho Laboral N. 163 pag. 568; **Sarthou, Helios** en op. Cit. “Proposiciones sobre ...” en rev. Derecho Laboral n. 104; **Ermida Uriarte, Oscar.** “Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI.” reportaje publicado por el Instituto de Defensa Legal y la Sociedad Peruana de Derecho del trabajo y de la Seguridad social, Lima 2003, págs. 9-10.; **Rosenbaum Rímolo, Jorge** “ Los problemas actuales de la justicia del trabajo en América Latina” en ponencia al VI Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo; **Raciatti, Octavio.** Op. Cit. “Los principios del Derecho ...o” en Derecho Procesal del Trabajo. Grupo de los Miércoles. pag. 17; **Becerra Barreiro, Rodolfo.** “El principio de gratuidad del proceso laboral” en la misma obra pag. 75; **Perez Amorós, Francisco.** “Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: por un Derecho del trabajo procesal” Rev. Derecho Laboral N. 237 pag. 7 ; **Trezza de Piñeyro, Alicia** . “La ejecución de sentencia y el principio de gratuidad en el procedimiento laboral” en Rev. Derecho Laboral. N. 210 pag. 212; **Vitantonio, Nicolás J. R.** Las costas en el procedimiento laboral. LLLitoral 2012 (abril), 01/04/2012, 257 - DT2012 (junio), 1457Cita Online: AR/DOC/853/2012) **Bacerra, Rodolfo.** “La gratuidad del proceso laboral” en rev. Judicatura n. 45 pag. 49.Incluso, exponentes de la doctrina procesalista: **Abal Oliu, Alejandro.** “Costo del proceso” en Estudios del CGP. T. II pag. 110; **Stephánic , Emma. Valentín, Gabriel.** Proceso Laboral. Pag. 185)

65Efectivamente, expresa la exposición de motivos de la ley 18.572 que “ *La aparición de un proceso laboral diferenciado encuentra su explicación en la particularidad del conflicto...*” **Barbagelata, Héctor-Hugo:** “Las iniciativas sobre justicia del trabajo”, rev. Derecho Laboral, t. XVII, p. 201)...” “El Derecho

de tutela efectiva que no puede sino entenderse hacia el trabajador – ni el que reprocha ausente – el de igualdad- .

En este mismo orden argumentativo, tampoco concilia con la constitucionalidad histórica de tantas disposiciones legales que en materia laboral y desde los albores del Derecho del Trabajo uruguayo - en lo sustancial y en lo procesal - han pautado soluciones de desigualdad compensatoria. Para muestra, un ejemplo histórico: la ley 10.449 del 12.12.1943 que en el art. art. 4 previó dos soluciones de clara desigualdad compensatoria: una, la gratuidad para el trabajador, únicamente para el trabajador actor en el proceso jurisdiccional, y de pleno derecho. Otra, trasgrediendo el principio procesal dispositivo, impuso en caso de ser condenado el empleador, la preceptividad de las costas así como de los daños y perjuicios a estimar por el juzgador hasta el 50% del monto total de lo adeudado por concepto de salario.

Es que la tesis de la Suprema Corte de Justicia se basó en el concepto de igualdad formal⁶⁶ y no de igualdad sustancial como la entiende el Derecho del Trabajo y en palabras de Barbagelata constituye su mayor particularismo. ⁶⁷. La igualdad procesal consiste en la *igualdad de armas* que para ser real implica un trato desigual de las partes desiguales otorgando un plus de protección a la parte

laboral es una disciplina jurídica autónoma que opera como un ordenamiento compensador o igualador, y que necesita de un proceso judicial igualmente autónomo, adecuado a sus particularidades y por tanto, distinto del proceso común del Derecho Civil. El proceso autónomo de la materia laboral, tiene su razón de ser en la adecuación del mismo a los objetivos, finalidades, principios y normas del Derecho sustantivo.

⁶⁶**Barretto Ghione, Hugo.** “ Constitución y proceso laboral. Notas sobre la sinuosa argumentación de un fallo de la Suprema Corte de Justicia” en rev. Derecho Laboral n. 238 pag.,. 226. Del mismo autor. “Dimensiones del Derecho a la Igualdad en el Mundo del Trabajo” en op. Cit El principio de Igualdad . AA.VV....pag. 59.

⁶⁷**Barbagelata, Héctor Hugo.** “El particularismo del Derecho del Trabajo “ en El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 2009, pág 20 .

trabajadora. ⁶⁸ Como expresa Barretto Ghione, las desigualdades procesales previstas en la ley, que algunos ven como inconstitucionalidades, no son más que expresiones del principio de igualdad material, sustantiva o vertical, un instrumento típico del Estado Social de Derecho mediante el cual se procura corregir las inequidades o desequilibrios existentes en las relaciones sociales de producción a través de técnicas jurídicas superadoras de una concepción estática y propia del Estado liberal clásico previo a Querétaro y Weimar.⁶⁹ Sin embargo, la igualdad formal fue la única que tuvo en cuenta esta sentencia de la Suprema Corte de Justicia, como surge inequívocamente de la cita que realiza en el sentido de que “los sujetos procesales deben ser tratados igualmente, sin perjuicio de las necesarias diferencias que derivan de su peculiar posición procesal (actor/demandado)” ⁷⁰

Expresa Plá Rodríguez que el Derecho del Trabajo, todo, y también el derecho del trabajo procesal responde a la idea de nivelar desigualdades y citando a Radbruch anota que la idea central en que se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la nivelación de desigualdades que entre ellas existen. De allí que la igualdad no sea un punto de partida del derecho sino una meta o aspiración del orden jurídico. ⁷¹ El principio protector propio del Derecho sustantivo laboral penetra inevitablemente en el Derecho adjetivo laboral. El derecho laboral

⁶⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Español 3/1983 citada por **Pérez Amorós, Francisco**. En op.cit. “Justicia efectiva, igualdad ...” en rev. Derecho Laboral n. 237 pag 21.

⁶⁹ **Barretto Ghione, Hugo**. Op. Cit. “Principios de igualdad...” pag. 71.

⁷⁰ **Ermida Uriarte, Oscar**. “La constitucionalidad de los procesos laborales autónomos (ley 18.572)” en rev. CADE Doctrina y jurisprudencia. T. VI Montevideo, abril, 2010 pág 5 y sgtes.

⁷¹ **Plá Rodríguez, Américo**. Op.cit. Los principios...pag. 64; **Sarthou, Helios**. Op. Cit. “ Los principios del Derecho laboral y ” en op. Cit. Nuevo Proceso Laboral ... Colegio de Abogados del Uruguay. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. 1974 pag. 179; **Ermida Uriarte, Oscar**. Op cit “ La constitucionalidad de los nuevos ...” rev. CADE Tomo 6 Año 2 – Abril 2010 pag. 5.

procesal no puede sino ser tuitivo. Si no lo es – y cuando no lo es – pierde su sentido violando el art. 53 de la Constitución.⁷²

Ahora bien. Como se ha dicho el enlentecimiento de los procesos por la suspensión que determinaba el trámite de la excepción de inconstitucionalidad, provocó que el legislador, claramente discrepando con la filosofía de la Suprema Corte de Justicia según se deduce de haber mantenido incólume todos los pilares del sistema – los principios presentes y los ausentes, entre otros – se aprestara a buscarle una nueva formulación a las disposiciones que los concretaban y que la Suprema Corte de Justicia había entendido inconstitucionales.⁷³ . Así, es esta la razón de ser de la ley 18.847: llenar los vacíos que dejaron las declaraciones de inconstitucionalidad.

CAPITULO III: LOS PILARES DEL SISTEMA

1. LA AUTONOMÍA

La autonomía como herramienta de adecuación del proceso a la especialidad del conflicto laboral, constituía desde la etapa fundacional, uno de los principios pilares que reconocía la corriente ampliamente mayoritaria de la doctrina laboral.⁷⁴ Es que la autonomía científica a través del trabajo doctrinal y avance

⁷²Editorial “ Protección, igualdad, trabajo y proceso laboral” de rev. Derecho Laboral n. 237 pag. 5. **Fernández Brignoni, Hugo.** “ La constitucionalidad de la ley procesal laboral n. 18.572” en rev. Derecho Laboral n. 237 pag. 32. **Barretto Ghione, Hugo.** “Principios de igualdad y protección en el proceso laboral” en rev. Derecho Laboral n. 237 pag. 74.

⁷³**Rossi Albert, Rosina.** Op. Cit. “Primera lectura de la ley 18.572 sobre ...” en Rev. Derecho Laboral n. 235 pág 445 y sgtes.; “Pensando modificaciones a la ley 18.572” en XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Oscar Ermida Uriarte

⁷⁴**Sarthou, Helios** . op. Cit. “Los principios del derecho laboral y el nuevo procedimiento...” pag. 181.

jurisprudencial, camina delante de la autonomía legislativa y ésta tan solo después de un largo proceso recoge todos los frutos de aquella⁷⁵.

Ya en 1941 Couture apreciaba que en materia de Derecho del Trabajo el desajuste entre el derecho sustancial y el derecho instrumental era evidente, por lo que el conflicto derivado de las relaciones de trabajo, por su complejidad, por su finura, por sus propias necesidades, se escurre de la trama gruesa de la justicia ordinaria.⁷⁶

El modelo uruguayo hoy vigente, plantea un derecho laboral procesal con autonomía atenuada. Ello por cuanto, si bien desplaza al derecho procesal común privilegiando todas sus soluciones— tanto las contenidas en las leyes 18.572 y 18.847 como las de leyes especiales que regulen procesos y procedimientos también especiales en materia laboral – no lo destierra totalmente. El derecho procesal común puede ingresar por vía de integración ante situaciones no previstas pero, ello no ocurrirá automáticamente sino a través de un test de admisibilidad que habrá de realizar el operador.⁷⁷⁷⁸

⁷⁵**Sarthou, Helios.** Op cit. Derecho Procesal del Trabajo. En Trabajo, Derecho y ...pág 110; “Proposiciones sobre un derecho procesal autónomo “ en rev. Derecho Laboral n. 104 pág 875. .

⁷⁶**Couture, Eduardo.** Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo en Tribunales del Trabajo Derecho Procesal del Trabajo, Santa Fé, Argentina , 1941, págs. 114 y 115.

⁷⁷Quizás pueda decirse que en este aspecto presenta un modelo similar al Código Procesal de Trabajo Córdoba , ley 7987 que como se ha expresado, tiene vida propia , más allá de cierta supletoriedad que por vía de remisiones directas o indirectas pueda realizar a otros ordenamientos afines , puntualmente , al Código de Procedimiento Civil y Comercial dela Provincia de Córdoba (ley 8465). **Toselli, Carlos. Ulla Alicia Graciela.** Código Procesal del Trabajo Ley 7987. Comentado y anotado con jurisprudencia. Ediciones Alveroni . Cordoba , 205 pag. 26.

⁷⁸Oportuno, es recordar el pensamiento de **Nelson Nicolielo** en Apuntes para un posible Derecho Procesal del trabajo uruguayo” pág 92 , cuando haciendo hincapié en la ausencia de un cuerpo normativo sistemático en materia procesal pero especial para laboral, señalaba la necesidad “...por razones de necesidad jurídica , acudir a las normas procesales comunes, como derecho supletorio. Pero agregaba “...pero que el intérprete debe hacerlo con una mentalidad laboralista acudiendo también a los grandes principios de nuestra materia”.

En efecto. Dispone el art. 31 de la ley 18.572 que todo lo que no esté previsto en ella, se regirá por las disposiciones especiales en materia laboral y por el Código General del Proceso en cuanto sea aplicable, se ajuste a lo dispuesto por los arts. 1 y 30 y no contradiga los principios del Derecho del Trabajo.

El test de admisibilidad supondrá entonces, que el operador indague en las fuentes que la disposición indica y resuelva el vacío, en definitiva a la luz de los principios sustantivos del Derecho del Trabajo. Así como se advierte, son los principios del Derecho del Trabajo los custodios de la autonomía.

2. LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Reconoce un cuerpo de principios aplicables a todo el sistema procesal laboral que se crea, que al tiempo de operar como líneas directrices y orientar especialmente su aplicación - tanto en la labor interpretativa como integrativa- ilustran la política procesal escogida y asumida por el legislador y plasmada en cada una de sus soluciones.⁷⁹

El nuevo ordenamiento procesal laboral presenta un elenco de principios, en buena parte coincidentes con los que la doctrina laboralista había venido induciendo del ordenamiento jurídico⁸⁰, que no se agotan con los expresamente enunciados en el art. 1. En efecto, pueden sistematizarse de la siguiente forma: los expresos y los implícitos y entre éstos, los implícitos en el propio texto o en otros por la vía de la remisión ; los que son compartidos por el derecho procesal común reconocidos en el Código General del Proceso u otros ordenamientos

⁷⁹Expresa **Couture** que toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término el desenvolvimiento de un principio procesal , y ese principio es, en sí mismo, un partido tomado, una elección entre varios análogos que el legislador hace para asegurar la realización de la justicia que enuncia la Constitución. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires 1989 . T. III. pág 51. En la misma obra también expresa que un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para establecer mediante una nueva desigualdad , la igualdad perdida por la distinta condición que tiene 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. op.cit. pág 288.

procesales – con similar o dispar contenido – ; un principio que no reconoce el Código General del Proceso; y finalmente al menos uno, que informa el ordenamiento procesal general, y está ausente en el que se analiza.

+ LOS PRINCIPIOS EXPRESOS

El art. 1 enuncia un grupo de principios a los que se deberán ajustar los procesos laborales: oralidad, celeridad, gratuidad, inmediación publicidad, buena fe, efectividad de la tutela de los derechos sustanciales; activismo judicial consistente en los poderes probatorios del tribunal referidos a los hechos controvertidos.⁸¹ Cada uno de ellos, y muchas veces entrelazados, se trasladan al resto del texto legal, sosteniendo soluciones puntuales.

80Sobre los principios del Derecho Laboral Procesa: **Barbagelata, Héctor Hugo**. “Los medios de prueba en el proceso laboral” en rev. Derecho Laboral n. 119 pág 560; **Raciatti, Octavio**.”Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo en Derecho Procesal del Trabajo AA.VV Treinta estudios Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005 pag 26. **Plá Rodríguez, Américo**. “Visión crítica del derecho procesal del trabajo “ en rev. Derecho Laboral n. 163, pag. 571; **Sarthou, Helios**. “Proposiciones para un derecho procesal autónomo” en rev. Derecho Laboral n. 104 pag. 868; **Ermida Uriarte, Oscar** “ La celeridad del proceso laboral” en Actualidad del Derecho del Trabajo , Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2009, pag. 235; **Raso Delgue , Juan**. “ El principio protector en el proceso del trabajo” en AA.VV. Derecho Procesal del Trabajo. Treinta estudios Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005 pag. 49; **Miranzo Díaz, José**. “La celeridad como objetivo y como principio rector del proceso laboral español” en rev. Derecho Social – Latinoamerica. N. 2 pag. 229 citada por **Fernández Brignoni, Hugo** en op. Cit. “La constitucionalidad ...” pag. 47; **De Buen, Nestor**. “Los principios del derecho procesal del trabajo” en vol. En torno a los principios del Derecho del Trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez. Mario Pasco, coordinador. Editorial Porrúa, 2005. **Rossal de Araújo, Francisco**. “O principio da oralidade no preceso do trabalho (una analise compartiva dos sistemas normativos no Brasil e da Espanha) Cuadernos de AMATRA IV num. 9 pag. 48.; **Gallart Foch, A**. Derecho español del trabajo Ed. Labor, Barcelona , 1936 pag. 216 y sgtes. **Giglio, Wagner** “ Los procesos laborales: su autonomía dogmática y normativa” en rev. Derecho Laboral n. 134 pag 317 y sgtes. **Hernández Rueda , Lupo**. Derecho Procesal del Trabajo. Editorial IET, Santo Domingo 1994 pag. 53.; **De Buen L, Néstor**. Derecho Procesal del Trabajo. Editorial Porrúa SA México 1966 pag 65 y sgtes.; **Rodríguez – Piñero y Baravo-Ferrer** “Los principios informadores del proces de trabajo” en Derecho Procesal del Trabajo. Editora Dalis, Moca R.D., 2002 . Instituto de Estudios del Trabajo (iet) y Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pag. 69 y sgtes. ; **Fábrega P. Jorge**. Derecho Procesal de Trabajo (individual y colectivo) Impresora Panamá, julio 1982 pag 11 y sgtes. ; **Giglio Wagner D**. Direito Porcessual do Trabalho. 9na edicao revista e ampliada Eitorial. LT r Sao Paulo, 1995 pag.99 y sgtes; **Rossi Rosina**. Op. Cit “Primera lectura...” **Gauthier, Gustavo** , op. Cit “Los principios del proceso laboral...” pag. 143; **Varela Méndez, Edgar. J**. “Principios aplicables a los procesos laborales” en Nuevas Especialidades del Proceso en materia laboral , AAVV Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010 pag. 63. **Pérez del Castillo, Santiago**. “El nuevo proceso laboral y los principios en el nuevo proceso laboral. Ley 18.572” en El nuevo proceso laboral. Ley 18.572. Montevideo, Universidad de Montevideo, 2010 pag. 18 y sgtes..

Cabe detenerse en el principio de tutela efectiva por cuanto constituye la expresión procesal del principio protector y que reconoce su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que trae aparejadas trascendentes consecuencias en cuanto a su interpretación y aplicación así como en sus efectos permeables respecto de los derechos nacionales.⁸²⁸³

+ LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS

Existen principios implícitos en el propio texto, pero también otros que se incorporan a éste a través de la remisión que habilita el art. 31.

Entre los implícitos en el texto, se hallan el dispositivo, el de impulso y ordenación del proceso y el de bilateralidad.⁸⁴

81 **Pérez del Castillo, Santiago**. En op.cit.. “El nuevo proceso laboral y los principios ...” en El nuevo proceso laboral ley 18.572. Universidad de Montevideo, 2010, pag. 18. **Varela Mendez, Edgar**. “Principios aplicables a los procesos laborales” en Nuevas especialidades de Proceso en Materia Laboral, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2010, pag. 58.

82 **Bargagelata, Héctor Hugo**. op. Cit. El particularismo del Derecho del Trabajo...pag.239; **Ermida Uriarte, Oscar**. “Derechos Humanos Laborales en el Derecho Positivo Uruguayo” en Investigación sobre aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina regional para América Latina y el Caribe. 2 . Año 2006. Pag. 17. **Schiavi, Mauro**. “O processo do trabalho e o princípio protetor” en Trabalho e justiça social. Un tributo a Mauricio Godinho Delgado. Ed. LTr Sao Paulo, 2013 pag. 472 y sgtes.

83 Como ya se anunció, la positivización del principio de tutela judicial efectiva en materia laboral, reconocía un antecedente en el ámbito del derecho laboral interno. En efecto. La ley 17.940 sobre tutela de la libertad sindical vigente desde el mes de enero de 2006, lo recogía entre el elenco de principios como “la efectividad de la tutela de los derechos sustanciales” (art. 3 lit. C) no solo explicando sus soluciones sino operando como guía de interpretación e integración. (**Rossi Albert, Rosina**. “Qué hacer con lo no dicho por la ley 17.940” en XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social , Vol. 2 pag. 61 y sgtes) . Cabe relatar que al tiempo de vigencia de la ley 18.572, la tutela judicial efectiva, no integraba el elenco de principios expresos del Derecho Procesal común , que la preveía como un criterio interpretativo (art. 14). Posteriormente, es con la modificación operada por la ley 19.090 que , accede al linaje de principio en el Código General del Proceso.

El principio dispositivo surge del art. 1 inc. 2do y comprende : la iniciativa de parte, la disposición de los derechos del proceso con la limitación que le impone la naturaleza del derecho sustantivo que le da contenido; la sujeción del proceso a los hechos invocados por las partes que incluye la carga de contradicción que se deduce del art. 9 ⁸⁵ y la congruencia en el sentido de que el límite de la dirección judicial se halla en lo pretendido, salvo los casos en los que la ley habilita el exceso (los daños y perjuicios preceptivos, el interés y la actualización conforme con el art. 16 y la multa prevista por el art. 29) Todo sin perjuicio de la iniciativa probatoria del tribunal limitada al marco fáctico aportado por las partes y de la dirección del proceso que también le compete por remisión (art. 14 introducido por la ley 18.847)

El impulso y ordenación del proceso y su dirección, surgen implícitamente de los principios de tutela efectiva de los derechos sustanciales (art. 1) y de iniciativa probatoria del tribunal. (Art. 1 inc. 2do)⁸⁶

Pero también pueden deducirse principios implícitos importados de otros cuerpos procesales, entre ellos principios del Código General del Proceso, si resultan compatibles con los del art. 1, los del bloque de constitucionalidad (art. 72 y 332 de la Constitución) y los sustantivos del Derecho del Trabajo. ⁸⁷

84 Sobre el principio de bilateralidad, ver n. 5, Un principio ausente en la ley 18.572 pero informador del derecho procesal común.

85A pesar de que el art. 22 numeral 1 no realice la misma remisión que el art. 9, la carga de contradicción en el proceso de menor cuantía se encuentra implícita dimanando del principio dispositivo que informa ambas estructuras.

86En la medida que el fin del proceso es la efectividad de la tutela de los derechos sustanciales, ésta solo puede entenderse realmente garantida por la labor positiva del tribunal. (arts. 13 y 21 inc. 3ro entre otros)

87Podrían ubicarse entre ellos , por ejemplo aquellos principios de la prueba que informan el CGP y son conciliables con el nuevo sistema.

+ **LOS PRINCIPIOS COMPARTIDOS CON OTROS ORDENAMIENTOS PROCESALES**

En la medida que el cuerpo de principios conforma un todo, el contenido de cada uno debe enlazarse armónicamente con los restantes. Ello determina que algunos principios que a primera vista podrían considerarse idénticos a los recogidos en otros ordenamientos, varían en su contenido.

En tal sentido y a los solos efectos ejemplificantes, los principios expresamente reconocidos en el Código General del Proceso, de impulso procesal, celeridad, buena fe y activismo probatorio del tribunal⁸⁸, cuya sustancia se ve condicionada por la efectividad de la tutela de los derechos sustantivos.⁸⁹⁹⁰

Así mismo el principio de efectividad de la tutela de los derechos sustantivos recogido expresamente en el art. 2 de la ley 17.940 de tutela de libertad sindical, informador de varias soluciones netamente protectoras como por ejemplo: el dictado de sentencia definitiva parcial que se anticipa a la que resuelve todos los puntos de conflicto, que corresponde dictarla cuando se relevan rubros o montos no controvertidos por el demandado de modo que el trabajador no tenga que esperar por ellos en tanto incluso permite la ejecución de aquella sentencia; los nuevos recargos ante el incumplimiento de los créditos laborales (actualización,

⁸⁸Respecto del activismo probatorio del tribunal, antes de la aprobación de la ley 18.572, esta autora reflexionaba sobre “El rol del tribunal laboral, ¿se modifica en el procedimiento creado por el anteproyecto de ley creado por la Comisión que designó la Suprema Corte de Justicia?” en Jornadas Uruguayo-Chilenas, 5 de junio de 2008, publicación en formato electrónico. Respecto de la interpretación de la solución de la ley 18.572, **Rivas ,Ana Gabriela**. “Poderes inquisitivos del juez en el proceso laboral” en XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

⁸⁹ El impulso encuentra soluciones concretas que reclaman una verdadera labor creativa del tribunal como por ejemplo cuando dicta el auto previsto en el art. 13 y le indica que debe instrumentar todo lo que sea necesario para agotar la producción de la prueba en la audiencia única.

⁹⁰La celeridad también presenta soluciones muy novedosas que van desde el acortamiento de los plazos fijados a las partes y al tribunal, hasta la señalización de otros para estos mismos sujetos y para la oficina.

interés legal y multa desde la fecha de exigibilidad, y daños y perjuicios preceptivos)

+ **UN PRINCIPIO QUE LO SEPARA DEL DERECHO PROCESAL COMÚN**

El principio de gratuidad de las actuaciones para la parte trabajadora, no encuentra similar contenido y alcance en otros ordenamientos procesales. En efecto. La gratuidad se concreta en todo el curso del trámite en ambas estructuras procesales y lo extravasa en la medida que abarca las administrativas, tasas registrales, catastrales, expedición de testimonios o certificados de partidas y sus legalizaciones. (Art. 28)

+ **UN PRINCIPIO AUSENTE EN LA LEY 18.572 PERO INFORMADOR DEL DERECHO PROCESAL COMÚN**

El principio de igualdad recogido por el art. 4 del Código General del Proceso exponente del Derecho Procesal común en Uruguay no ha sido reconocido ni expresa ni implícitamente por la ley 18.572.

Sin perjuicio del principio del debido proceso constitucional que garantiza el derecho de defensa de ambas partes y la bilateralidad, el derecho laboral procesal ha previsto soluciones que claramente favorecen a la actora sin contrapartida de igual tenor para el demandado, creando desigualdades con el claro objetivo de contrapesar las que derivan de la relación sustantiva.⁹¹ En tal sentido, la posibilidad de prescindir del proceso conciliatorio si se retrasa más de treinta días que solo favorece al citante (art. 6), la inadmisibilidad de la reconvención, citación y noticia de terceros (art. 10); la representación judicial automática del letrado que se

⁹¹La ausencia expresa del principio de igualdad procesal , no excluye el de bilateralidad por cuanto éste posee fuente constitucional (art. 12) y se presenta como un derivado del debido proceso. Y la bilateralidad se encuentra plasmada a lo largo de la ley 18.572, aunque disciplinada con soluciones desiguales para una y otra parte procesal.

Plá Rodríguez indica como uno de los principios procesales ineludibles en un proceso laboral, el de desigualdad compensatoria que supone, según indica, que el principio tutelar o protector también penetra en el proceso laboral. “Visión crítica del derecho procesal del trabajo” en Rev. Derecho Laboral . Montevideo. N. 163 pag. 571.

produce con la sola presentación de la demanda e (art. 24); la gratuidad de las actuaciones judiciales y administrativas (art. 28).

El principio de igualdad procesal no se encuentra reconocido por cuanto, todo el andamiaje laboral procesal se inspira en los mismos objetivos que el Derecho del Trabajo. La especial tutela del trabajador a través de soluciones que expresan desigualdad compensatoria. La tutela especial se fundamenta no solo en la desigualdad material habida entre trabajadores y empleadores, sino que también encuentra sustento en el principio de dignidad que está en juego en la relación de trabajo en la que el trabajador compromete derechos fundamentales.⁹²

Así en tanto esa situación de desigualdad como el compromiso de la dignidad laboralse mantienen cuando el conflicto pasa a dirimirse en el proceso jurisdiccional, éste, inexorablemente a riesgo de ser inútil, deberá ser tutelar. El envase, debe estar acorde al contenido.

Este gran ausente – la igualdad procesal – constituye el testimonio de que el derecho laboral procesal uruguayo ha nacido de las raíces del Derecho del Trabajo. Que justamente partiendo de la desigualdad real, crea otras desigualdades de signo contrario para que operen de contrapeso.

Ello se explica con palabras de Couture que recoge Ermida Uriarte, en tanto expresa que “el tradicional principio de igualdad es una simple suposición jurídica” por lo cual es necesario compensar la desigualdad real también en el proceso , de tal modo que el propósito del Derecho procesal del trabajo debe ser el de “evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la justicia” En el proceso laboral , el principio de igualdad que nace del mandato constitucional de protección del trabajador, es el de la “desigualdad compensatoria” .⁹³En el ámbito de los órganos internacionales de justicia, se compadece con el conocido como “principio de igualdad de armas”.⁹⁴

⁹²**Ermida Uriarte, Oscar.** En Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social . N. 26 Madrid, 2011, citado por **Cáceres Paredes, Joel. Hilario Melgarejo, Ana.** “Dimensión epistémica del proceso laboral y las pruebas de oficio” II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Piuria, 27,28 y 29 de noviembre de 2013 . Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, junio 2014 pag. 418.

En efecto. Soluciones de “*desigualdad compensatoria*”⁹⁵ constituyen el instrumento del Derecho del Trabajo sustantivo y procesal. Tanto en la ley 18.572 como en el antecedente de la ley 17.940 sobre libertad sindical. Y la herramienta de que se vale el sistema laboral procesal es la misma que utiliza el derecho sustantivo: la técnica de la desigualdad compensatoria.⁹⁶ En este sentido, el derecho procesal se presenta como reglamentación de las normas constitucionales.⁹⁷ La misma intensidad protectora a la hora de la relación sustantiva, que a la hora de la relación adjetiva, ya que de no ser así, la primera se tornaría ilusoria.

93Ermida Uriarte, Oscar. Op. Cit. “La constitucionalidad...” en rev. CADE T.6 Año 2 – abril 2010 pag. 7; Plá Rodríguez, Américo. “Visión crítica del derecho procesal del trabajo” en AAVV “Processo do trabalho na America Latina. Estudos em homenagem Alcione Niederauer Correa” . Sao Paulo 1992 pag. 244. Babace, Héctor . “ El principio protector o equilibrador de desigualdades” en op. Cit. AA.VV. Derecho Procesal del Trabajo . Ed. FCU, octubre 2005 pag. 67., Capelletti, Mauro. Proceso , Ideologías, Sociedad. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1974. Pag. 247 y sgtes. Gauthier, Gustavo . op., cit “Los principios del proceso laboral ...” pag. 147; Pasco Cosmópolis, Mario. “El principio protector en el proceso laboral” en Estudios de Procedimiento Laboral en Iberoamérica , Homenaje a Don Rafael Alburquerque. Tomo I. Editorial Librería Jurídica Internacional. República Dominicana, 2007 pag. 73 y sgtes.

94Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC 20/09 del 29.9.2009 solicitada por la República Argentina.; sentencia del 5.10.2015 caso Ruano Torres y otros c/ Rep. El Salvador En www.corte.idh.org.cr

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado el principio de igualdad de armas, entendiendo que es parte de la garantía del debido proceso y expresa reiteradamente, en relación con el carácter adversarial del procedimiento civil, que requiere un justo balance entre las partes, aun cuando una de ellas sea el propio Estado. En tal sentido ha afirmado que: “(t)odo el que es parte de tales procedimientos debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúen en desventaja sustancial *vis-a-vis* su oponente”. Casos: *Kaufman v. Bélgica*, N° 5362/72, 42 CD 145 (1972) y caso *Bendenoun v. Francia*, A 284, párrafo 52 (1994).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que el principio incorpora la idea de “un justo balance” entre las partes. Ha dicho que el principio de igualdad de armas equivale al derecho a presentar el caso ante un tribunal en igualdad de condiciones. En tal sentido, en el caso *Foucher v. Francia*, la justicia francesa impidió a un particular el acceso a archivos criminales, y también le negó los pedidos de copias de los documentos allí contenidos. Por ende, el tribunal de apelación de la causa sólo se basó sobre informes oficiales para dictar sentencia. Ante esta situación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que: “(d)e acuerdo con el principio de igualdad de armas, como parte del concepto más amplio del debido proceso, cada parte debe tener la oportunidad de presentar su caso en condiciones que no lo sitúen en desventaja con respecto a su oponente.” Caso: *Foucher v. Francia*, fallo del 18 de marzo de 1998, considerando 34. <http://www.derechoshumanos.net>

3. LAS HERRAMIENTAS DE APLICACIÓN: INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN

Las disposiciones normativas que disciplinan la interpretación de las procesales y la integración de lo no previsto en las leyes que consolidan el sistema, cumplen la función de custodio de la unidad y coherencia, constriñendo la labor del operador de modo tal que no le esté permitido apartarse del conjunto de principios procesales y sustantivos del Derecho del Trabajo.

Ante la dispersión y fragmentación, la multiplicidad de fuentes, y la lagunosidad, todos aspectos propios del Derecho del Trabajo⁹⁸ y del Derecho Laboral Procesal en particular, la ley 18572 ha diseñado estrategias – estas sí previstas en detalle -, destinadas a resguardar la coherencia y fidelidad del sistema que fungen como un timón a la acción de los operadores, especialmente a la hora de pasar al terreno de la aplicación práctica. Unas, destinadas a pautar el camino a recorrer a la hora de atribuir un sentido a un texto para deducir la norma que entraña, y otras, a colmar la necesidad de cubrir un vacío. Se trata de un camino guiado de modo de garantizar que la producción intelectual del operador, constituya una efectiva expresión y concreción de los principios que informan el Derecho Laboral Procesal y el Derecho del Trabajo todo.

95La técnica de la desigualdad compensatoria también ha sido llamada “intervención reequilibradora” **Aparicio Tovar, Joaquín. Rentero Jover, Jorge.** En “El juez laboral imparcial pero no neutral” en Revista Derecho Social n. 4 . Albacete, 1998 pag. 53.

96Editorial. Rev. Derecho Laboral n. 237 pag. 4. **Barretto Ghione, Hugo.** Op cit. “ Principios de igualdad...” pag. 74.

97**Couture, Eduardo.** Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Bs. As. Depalma 1951 pag. 25.

98**Barbagelata, Héctor Hugo.** Op. Cit. El particularismo ...pag. 81 y sgtes.

En efecto. El nuevo paradigma pone el acento en el momento final y culminante del funcionamiento de la norma jurídica: en el resultado de la actividad intelectual de la aplicación del derecho.

El art. 30 de la ley 18.572 le indica al operador que en su razonamiento interpretativo deberá realizar un test de legitimidad del producto de la interpretación: deberá armonizar perfectamente con los principios del art. 1 y con el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos.⁹⁹ Vale decir que la norma que el operador elabore a partir del texto normativo, obtendrá validez en tanto sea expresión de los principios que cimentan el sistema y los que integran el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. Así, Uruguay se posiciona firme ante dos paradigmas: uno, la distinción entre el texto, y el postulado normativo que a través de la tarea de interpretación el operador deduce; otro, el reconocimiento expreso del influjo avasallante y determinante en esos postulados normativos que el operador construye, bajo la luz de los principios constitucionales. O mejor dicho, como dice el texto uruguayo, del bloque de constitucionalidad que alude a un cuerpo más amplio que la propia constitución en tanto se integra por los instrumentos internacionales y los preceptos constitucionales expresos e implícitos: arts. 2 num. 3 lit. . a. y 14.1. Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁰, arts. 1 del Protocolo de San Salvador; arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 36

⁹⁹Dispone el art, 30 "(Interpretación).- Las normas procesales deberán ser interpretadas conforme a los principios enunciados en el Artículo 1º de la presente ley y a los principios y reglas que integran el bloque de constitucionalidad (Artículos 72 y 332 de la Constitución de la República, Constitución Vigente)"

¹⁰⁰Aprobado por Ley 13.571 del 11.7.1969.

de la Carta Internacional de Garantías Sociales; arts. 7, 53,72 y 332 de la Constitución, respectivamente.¹⁰¹

Por su parte, el art. 31 por su parte, pauta los pasos de la integración custodiando la armonía de todo el sistema, con el derecho laboral procesal y con el derecho procesal común y también legisla desde el producto, imponiendo la realización de un test de legitimidad: solo podrá incorporarse aquella fuente que respete los principios procesales y también los sustantivos del Derecho del Trabajo, logrando así una simbiosis perfecta entre la sustancia y el instrumento.¹⁰²¹⁰³

4. EN PERSPECTIVA, SOBRE LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL

Los pilares que vienen de presentarse – autonomía, principios procesales de la mano de los sustantivos y reglas de interpretación e integración- son los que

101Ermida Uriarte, Oscar.” Derechos Humanos Laborales en el Derecho Positivo Uruguayo.” En Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina regional para América Latina y El Caribe. 205. Año 2006 pag. 17. Barbagelata, Héctor Hugo. Op. Cit. El particularismo...Segunda parte pag. 219 y sgtes.

102Dispone el art. 31 *“(Integración).- Todo lo que no esté previsto en la presente ley se regirá por lo dispuesto en las disposiciones especiales en materia laboral y en el Código General del Proceso en cuanto sea aplicable, se ajuste a lo dispuesto en los Artículos 1º y 30 de esta ley y no contradiga los principios del Derecho del Trabajo”*

103La discordia del Dr. Ricardo Pérez Manrique en sentencia n. 834/2014 de la Suprema Corte de Justicia, fundamenta su discrepancia con la Corporación en mayoría, señalando que la prueba de la notoria mala conducta debe tener en cuenta los principios sustantivos especiales del Derecho del Trabajo: el principio de estabilidad y el principio in dubio pro operario. (en BJA del Poder Judicial de la República Oriental del Uruguay)

En similar sentido, Mangarelli Cristina. “La autonomía del derecho procesal del trabajo y el Código General del Proceso.” en Treinta Estudios FCU, Montevideo, p43; “Principios del proceso laboral. Interpretación e integración de la norma” en El Nuevo Proceso Laboral. Ley 18.572. Enfoque Interdisciplinario. Universidad de Montevideo, 2010, pag. 46.

justifican calificar al Derecho Laboral Procesal uruguayo, como un nuevo *sistema*¹⁰⁴ *laboral procesal*¹⁰⁵ *autónomo*¹⁰⁶ del ordenamiento procesal general, aplicable, según indica el art. 7 de la ley 18.572, a todos los debates en los que esté en juego la materia laboral con excepción de aquellos para los que existan otros procedimientos especiales. Sistema de fórmula abierta pero controlada, al que resultaron integrados los instrumentos del Derecho Internacional del Trabajo, los principios constitucionales, las disposiciones que reglaban procesos y procedimientos especiales.¹⁰⁷

Es un *sistema*, por cuanto se nutre de distintas vertientes normativas articuladas armónicamente por una matriz de principios.

Es *laboral procesal* en tanto el recurso expositivo a la expresión “derecho del Trabajo Procesal obedece a una idea de mayor calado que apunta a reconsiderar el Derecho Social como una rama social del Derecho omnicompreensivo , tanto de la regulación laboral como procesal del trabajo

104 **Kelsen, Hans**. Teoría general del Derecho y del Estado. Edit. Universitaria. México 1949 pag. 137. El ordenamiento jurídico todo es un sistema de normas generales e individuales enlazadas de acuerdo al principio del que el derecho regula su propia creación.

105 **Pérez Amorós, Francisco**. “Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: por un derecho del trabajo procesal” en Rev. Derecho Laboral n. 237 pág. 7 y sptes. **Ermida Uriarte, Oscar**. “Introducción. “en AA.VV. Derecho Procesal del Trabajo. Ed. FCU, octubre 2005 pág. 14.

106 El nuevo sistema laboral procesal emigró aunque no se independizó totalmente del Código General del Proceso. Ello no constituye una novedad en el ordenamiento nacional. Sino que, a los que el propio sistema del Código General del Proceso excluyó, a poco tiempo de su vigencia se fueron sumando otros que, como en el caso del que se analiza, la especialidad del derecho sustantivo provocó la salida. (**Raciatti, Octavio**. “Los principios del derecho procesal del trabajo en la ley 18.572” en XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, diciembre 2009).

107 Sobre normas relativas al procedimiento judicial en materia de Derecho del Trabajo., **Nicoliello Nelson**. Código de Procedimiento Laboral Montevideo. Amalio Fernández, 1977 citado por Raciatti, Octavio. Op. Cit. “Los principios...” pag. 216.

construido sobre el reconocimiento de que los seres humanos no somos todos iguales, planteamiento que permitiría advertir con más claridad que el principio pro operario y su homónimo, el principio tutelar procesal, en puridad, con el mismo principio.¹⁰⁸

Es *autónomo* del derecho procesal común porque atiende un tipo especial de conflictos¹⁰⁹, se basa en principios propios que derivan de los principios del Derecho del Trabajo a los que sus disposiciones es instrumental, cuenta con autonomía científica y reconoce estructuras procesales simples y diversas de las del derecho común, y una justicia orgánicamente especializada.¹¹⁰ La autonomía del derecho laboral procesal no dista de la del Derecho del Trabajo todo, presenta técnicas y principios propios a la vez que comparte técnicas y principios ya existentes en otras ramas jurídicas.¹¹¹

La autonomía que hoy por hoy reglamenta la consolidación del derecho laboral procesal, reconoce la explicación histórica que describiera la doctrina. Para decirlo con palabras de Couture “El desajuste entre el derecho sustancial y el derecho instrumental era evidente. Y por evidente daba la sensación de que no todo estaba logrado en materia de derecho obrero; que una etapa quedaba por

108 **Pérez Amorós, Francisco.** Op. Cit. “Justicia efectiva, igualdad y ...” en Rev. Derecho Laboral n. 237 pág. 7

109 **Barbagelata, Héctor Hugo.** Op. Cit. Particularismo del Derecho del Trabajo y ... Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Marzo 2009 pág. 20 y sgtes.

110 **Raciatti , Octavio.** Op.cit. “Los principios del derecho procesal del trabajo en la ley 18.572” en XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, diciembre 2009, pág. 216. **Sarthou, Helios.** “Proposiciones sobre un derecho procesal laboral autónomo” en Trabajo, Derecho y Sociedad. T. II Fundación de Cultura Universitaria. Setiembre, 2004, pag. 109 y sgtes.

111 **Mantero Álvarez, Ricardo.** Op. Cit ““Apuntes críticos en torno.” pag. 464.

conquistar.” Y agrega “Y entre ellos surgió por la fuerza misma de las cosas un derecho procesal del trabajo” ¹¹²

Ahora, la autonomía diseñada por la consolidación del derecho laboral procesal, presenta una intensidad atenuada en la medida que no bloquea absolutamente el ingreso del derecho del procesal común sino que lo admite previo riguroso examen de compatibilidad con los principios procesales y sustantivos del Derecho del Trabajo. Lo que significa que el recurso a soluciones del derecho procesal común, no es admisible automáticamente, sino cuando sorteen el análisis de compatibilidad que exige el art. 31 de la ley 18.572. Lo que a su vez significa que el legislador exige al operador una instancia de reflexión y fundamentación que sostenga la legitimidad de la integración con el derecho procesal común. ¹¹³

El modelo de autonomía moderada adoptado, que se deduce de sus principios propios, su situación preferente y desplazante del derecho procesal común, sus mecanismos internos de interpretación e integración, no determina la marginación total procesal común. Lo que permite visualizar la posibilidad de relacionamiento condicionada a los filtros que diseña el sistema especial. Aun así, puede calificarse como autónomo. ¹¹⁴

112 **Couture, Eduardo**. “Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo” publicado en el volumen Tribunales del Trabajo. Derecho procesal del Trabajo. Editado por Instituto de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe 1941 pág. 113, citado por **Sarthou Helios**. En “Derecho Procesal del Trabajo” en Trabajo, Derecho y Sociedad. Tomo II. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Setiembre 2004 pág. 131.

113 Esta era la solución del art. 15 del dec. ley 14.188; y es también la de la Consolidación de Brasileña según indica **Sarthou, Helios** en op. Cit. pág. 134 citando a la Pereyra Anabalón. Estando a las corrientes doctrinarias identificadas por Wagner Giglio, podríamos calificar el sistema uruguayo en la corriente autonomista avanzada. Ello a pesar de que las raíces del sistema como se ha visto, recogen las enseñanzas de Eduardo Couture. **Giglio Wagner**. Direito Processual do Trabalho. 9na. Edición ampliada. Ed. LTr Sao Paulo. 1995 pags. 99-100.

114 **De Buen, Nestor**. Derecho Procesal del Trabajo. Ed. Porrúa, 1996 pag. 41. **Trueba Urbina, Alberto**. Nuevo Derecho Procesal del Trabajo. Ed. Porrúa, 1978 pag. 125. **Hernández Rueda, Lupo**. Derecho Procesal del Trabajo. Ed. IET, 1994 pag. 52. **Russomano, Víctor Mozzart**. Direito procesual do trabalho. Edicoes LTr. Sano Paulo 2da. Edición 1977, pag. 20—21.

Como reflexión final, hoy a ocho años de la vigencia de la 18.572, resulta elocuente considerar el impacto en los tiempos de duración del proceso laboral ordinario, según surgen de las estadísticas elaboradas por el Poder Judicial Uruguayo.

En el editorial de la revista Derecho Laboral n. 256 de octubre-diciembre de 2014 se comparan datos sobre el número de asuntos y tiempo de duración de los procesos laborales de 2006 y 2013.

De 2006 y en aplicación del Derecho Procesal Común respecto a los tribunales especializados en materia laboral en Montevideo, surgen 4684 asuntos distribuidos entre los catorce turnos de los Juzgados Letrados de Primera Instancia de Trabajo de la capital y la duración promedio para la primera instancia de 15.6 meses.

En el mismo año y bajo el mismo sistema procesal, ingresaron a los tres Tribunales de Apelaciones de Trabajo 1609 asuntos y la duración promedio del trámite en alzada fue de 5.6 meses.

O sea que en dos instancias, un proceso laboral en 2006 promediaba los 21,4 meses.¹¹⁵

En el año 2013, en los ahora llamados Juzgados Letrados de Trabajo de la Capital se promovieron 6799 asuntos y el tiempo promedio de duración de la primera instancia fue de 6.7 meses.

En el mismo año ingresaron a los Tribunales de Apelaciones 1973 asuntos, y el tiempo promedio fue de 2.5 meses.

Cuanto viene de presentarse permite deducir que el proceso laboral en dos instancias redujo su tiempo de duración de 21,4 meses a 9,2 meses.

115Sobre la morosidad del proceso laboral antes de la vigencia de la ley 18.572: **Delgado Soarez Neto, Fernando**. "El proceso laboral en movimiento" en XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed.Fundación de Cultura Universitaria. , 2011, pag. 257 y sgtes.

Vale decir que Uruguay vive un sistema laboral procesal que nace del Derecho del Trabajo, y presenta como una de las formas de realización de la tutela del trabajo, un proceso laboral célere. Hoy por hoy más célere todavía si se consultan las últimas estadísticas publicadas por el Poder Judicial en las que se advierte que los tiempos continúan acortándose.

Por otra parte, teniendo en cuenta que, como también surge de la información estadística, en Uruguay menos del 5% de los procesos acuden a la etapa de ejecución, puede afirmarse que el sistema laboral procesal uruguayo consolidado responde acabadamente al principio de tutela efectiva.¹¹⁶ Tutela judicial con toda la fuerza de su contenido: efectiva, adecuada y tempestiva.¹¹⁷

116Al respecto puede consultarse la página oficial del Poder Judicial, sección Estadísticas de la que resulta que la última medición data del año 2014. www.poderjudicial.gub.uy

117Clamer dos Santos , Ruben Fernando. Proceso do Trabalho. Uma interpretacao consitucional conteporanea a partir de la teoría dos direitos fundamentais. Livraria DO ADVOGADO Editora. Porto Alegre , 2013 pag. 100.

CAPÍTULO IV: LAS HERRAMIENTAS DE APLICACIÓN: INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN (continuación)

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente abordaje, refiere a la individualización y análisis de las reglas de distribución de las cargas probatorias, lo que implica el examen de los textos normativos procesales. Pero esta tarea necesariamente deberá estar precedida, de la determinación de las reglas de aplicación del derecho objetivo- reglas de interpretación y de integración- por cuánto serán éstas las que en definitiva legitimarán o no, la operación mental encaminada a descifrar cuanto de aquellas pueda deducirse. Y efectivamente, legitimarán la inteligencia de la labor interpretativa o integrativa por cuanto fungen como atalaya del fin humanista del Derecho del Trabajo.¹¹⁸ El texto normativo dice más, o dice menos, según lo comprenda el operador; de allí dos consecuencias: una, la importancia decisiva de la existencia de pautas de comprensión – interpretación – y de solución de los aspectos no previstos – integración -; otra, la labor del operador-hermeneuta, necesariamente custodio de la realización del objeto central de la disciplina jurídica. En el Derecho del Trabajo, el antropocentrismo.

En el ámbito del Derecho del Trabajo no se relevan disposiciones normativas que de modo expreso y general, como ocurren en otras disciplinas, regulen la labor de interpretación e integración, con alguna excepción como la prevista para el área procesal, a través de los arts. 30 y 31 de la ley 18.572.¹¹⁹

¹¹⁸Sarthou, Helios. Hacia una teoría pura del Derecho del Trabajo. Cuadernillos de Fundación Electra. N., 7. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, identifica entre las bases ontológicas del Derecho del Trabajo a los principios del Derecho del Trabajo para los que reclama incidencia decisiva no solo en instancias de creación del derecho , sino también de interpretación e integración. (pág. 10)

Este panorama provocó que la labor dinámica de la doctrina y la jurisprudencia, perfilaran una teoría de la interpretación e integración de las fuentes del Derecho del Trabajo, muchas veces con especialidades para cada una de ellas, pero, reconociendo todas el mismo fundamento y postulado. El fundamento: la coherencia del sistema conformado por sus distintas fuentes; y el postulado: la luz que emana de los principios del Derecho del Trabajo que reclama que todo productivo intelectual de interpretación e integración constituya una expresión, concreción o proyección de ellos exiliándose entonces cualquiera que los contradiga. Fina labor mental la del operador, que se debe viabilizar a través de la argumentación.¹²⁰

119Sobre interpretación e integración de las disposiciones procesales del nuevo sistema uruguayo: **Ermida Uriarte, Oscar**. “El nuevo proceso laboral uruguayo” en IV Encuentro Uruguayo-Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2010, versión digital. **Abal Oliu, Alejandro**. “Interpretación, integración vigencia temporal” en Nuevas Especialidades del Proceso sobre Materia Laboral. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. 2010, pag. 50 y sgtes; **Varela Mendez, Edgar**. Op cit “Principios aplicables ...” en Nuevas Especialidades..., pag. 55 y sgtes; **Rossi Albert, Rosina**, op, cit “Primera lectura ...” pag.455; op. Cit. “Qué hacer con ...” pag. 91; “Ámbito de aplicación del nuevo sistema laboral procesal” en rev. Facultad de Derecho n. 31, 2011, pag. 294; **Rosenbaum Rímolo, Jorge**. “Las vicisitudes de un proceso laboral autónomo en Uruguay” en revista de Direito do Trabalho, São Paulo, SP, v. 36, n. 140, p. 331-354, out./dez. 2010; **Gauthier, Gustavo**. “Las resistencias” en XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, pag. 288 **Rosenbaum Carli, Federico**. “ La interpretación e integración en la ley 18.572” en rev. Derecho Laboral n. 245 pag 137 y sgtes. **Barretto Ghione, Hugo**.“ Principios de igualdad y protección en el proceso laboral.” En Rev. Derecho Laboral n. 237 pag. 57, **Mangarelli, Cristina**. “Principios del proceso laboral. Interpretación e integración de la norma.” En El Nuevo Proceso Laboral Ley 18.572, Universidad de Montevideo, 2010 pag. 54 y sgtes. Sentencias que abordan el tema, todas en Base de Jurisprudencia Nacional en www.poderjudicial.gub.uy del Tribunal de Apelaciones de 1er Turno: DFA-0012-000754/2013 SEF-0012-000448/2013; SEF-0012-000009/2015 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3er Turno: DFA-0014-000602/2014 SEF-0014-000413/2014; DFA-0014-000348/2016 SEF-0014-000178/2016.

120Efectivamente, lo que el profesor Francisco De Ferrari llama “adecuación de la norma a la identidad del objeto” citado por **Sarthou, Helios** . op. Cit. Hacia una teoría pura ... Cuadernillos de la Fundación Electra N° 7; 2012; págs. 11 y ss.

Esto supone entonces que cuando el operador se enfrenta a la actividad de subsunción, primero, habrá de descubrirle el sentido a la disposición normativa. Segundo, su proyecto interpretativo, inexorablemente deberá ser cotejado con los principios- o con el principio adecuado – y si encaja, su operación mental estará legitimada. Esta actividad de “encaje” es la argumentación que debe realizar, y se concretará a través del cuestionamiento en cuanto a *cómo* y *por qué*, su proyecto interpretativo concilia con el principio apropiado.¹²¹

Ha sido la misma labor dialéctica de la doctrina y jurisprudencia que ha detectado cual es el principio funcional para la tarea de aplicación en cada una de las áreas del Derecho del Trabajo. Y ésta en algunos casos ha venido acompañada de declaración expresa de principios específicos como ocurre con los arts., 3 literal c) de la ley 17.940 sobre tutela de la libertad sindical, 1 a 6 de la ley 18.566. Así en estos casos doctrina y jurisprudencia siguen el mismo derrotero en el sentido de que consideran los principios específicos como los focos de luz de la aplicación de las disposiciones normativas. Y la misma función lleva a cabo los principios específicos de otras fuentes del Derecho del Trabajo que carecen de enunciados expresos.

121 **Alicia Castro**, refiriéndose a la argumentación de las sentencias, expresa que cuando no hay una regla o cuando ésta ofrece dificultades interpretativas, hay discrecionalidad judicial. Y señala que la teoría de la argumentación toma la tesis de Dworkin de que el Derecho está constituido por reglas y principios. Estos son los que permiten encontrar justificación para resolver ciertos casos que la regla del sistema no resuelve adecuadamente. Y afirma que los principios son razones para la acción, son razones para el caso concreto pero que, pueden ser derrotadas por mejores razones. De manera que operar con reglas y principios hace necesaria la actividad argumentativa para justificar las decisiones que se adoptan. **Castro Alicia** “Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de las sentencias” en Anuario de Derecho Civil Uruguayo T.XXXIX, 2009, pag. 841. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.

Como se ha anunciado entonces, el sistema laboral procesal presenta dos disposiciones normativas sobre la actividad de interpretación e integración.

El art. 30 indica que las normas procesales deberán ser interpretadas conforme a los principios enunciados en el art. 1ro de la ley, y a los principios y reglas que componen el bloque de constitucionalidad (arts. 72 y 332)

Por su parte el art. 31 expresa que todo lo que no esté previsto en la ley, se regirá por lo dispuesto en las disposiciones especiales en materia laboral y en el Código General del Proceso en cuanto sea aplicable, se ajuste a lo dispuesto en los arts. 1ro.y 30 y no contradiga los principios del Derecho del Trabajo.

Desde ya puede indicarse que en la técnica de aplicación – interpretación e integración - empleada por la ley 18.572 se destacan dos características: Una, que la actividad es reglada. Otra, que su diseño es centrípeto hacia un foco de atracción representado por los principios constitucionales materiales y procesales.¹²² De allí que pueda advertirse un modelo coincidente con la teoría que se deduce elaborada para todo el Derecho del Trabajo por la dialéctica doctrina-jurisprudencia.

Así es. Por un lado, ha dispuesto que el producto la actividad interpretativa de la disposición de derecho objetivo, deberá arrojar una solución -la nueva norma-armónica o “conforme” con determinadas pautas.(los principios constitucionales, sustanciales y procesales y los que surgen del ordenamiento inferior) Por otro y a su hora, también el resultado de la integración deberá encastrar con las mismas pautas que estarán implícitas cuando se acuda a la opción “disposiciones

¹²²Rossi Albert, Rosina “Primera lectura de las principales modificaciones de la ley 18.572 operadas por la ley 18.847. Nuevo sistema laboral procesal. “ en rev. Derecho Laboral n. 245 pag. 457.

especiales en materia laboral” y a su vez serán la llave de paso de las normas de derecho objetivo provenientes de otras áreas del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no podrá darse por agotada la tarea de interpretar o integrar sin que el producto sea sometido a un test de legitimidad en cotejo con los modelos legales. Vale decir, habrá de cuestionarse el hermeneuta si la solución interpretativa o integrativa que proyecta, concilia con los principios constitucionales, procesales y sustantivos del Derecho del Trabajo.

La razón por la cual el nuevo sistema – en realidad, éste o cualquier otro – se ocupa de reglamentar la labor de aplicación de los preceptos legales indicando pautas orientativas, obedece a dos razones: Una, que en el acto de aplicación, que es un acto de creación, siempre va actuar un ser humano que es quien debe recorrer todo un proceso intelectual que va desde la interpretación de la disposición o en su caso del diagnóstico acerca de su inexistencia, a su trasposición al caso concreto.¹²³

Otro, el propósito de limitar la discrecionalidad del operador jurídico, de forma de acotarle el campo de libertad.

Y la razón por la cual interesa limitar la discrecionalidad del juez responde al objetivo de que en el acto de aplicación no se vean afectados valores y principios superiores que la comunidad reconoce como tales. Trata de hallar un punto de equilibrio entre la antigua máxima de Montesquieu que limita la actividad del juez como “la boca de la ley” y la absoluta libertad a la hora de aplicar la regla de derecho. Ya que la función del juez no es, formular por vía silogística, una

¹²³“En la aplicación de una norma interviene siempre la iniciativa del órgano que la aplica por lo que no es posible que aquella reglamente en todos sus pormenores el acto aplicador”, **Kelsen, Hans**. Teoría Pura del Derecho. Ed. Esudeba B. Buenos Aires. 1965 pag. 222.

conclusión deducida automáticamente de premisas suministradas por el legislador, sino determinar, a la luz de un análisis completo del caso, cuáles son las normas y principios que habrán de servir de premisas a aquella solución a la que estima justo llegar.¹²⁴ De todos modos el sistema laboral procesal al tiempo que limita la actividad del juez en el sentido que se analiza y en resguardo de los principios en los que se apoya, le reclama un rol activo con el mismo objetivo como se desprende del conjunto de deberes y facultades que le confía.¹²⁵

El legislador creó una fórmula para lograr la mayor permeabilidad de los principios: los declaró, los concretó en las soluciones, pero también atendió que el producto de la aplicación no los desatendiera.

En efecto. Como se apreciará del análisis particular de las reglas de interpretación e integración, existe una insistente remisión del legislador a los principios que operan marcando las fronteras de su actividad creativa. Ello por cuanto el soporte del nuevo sistema consiste, explícitamente, en el entramado de principios procesales especiales y sustantivos que actúan en forma mancomunada.

¹²⁴**Jimenez de Aréchaga, Eduardo.** Introducción al derecho. Ed. FCU abril 1999 pag. 107.

¹²⁵La ley 18.572 convoca sin dudas, lo que se ha llamado activismo judicial que consiste en una tendencia de las legislaciones encaminada a otorgarle mayor protagonismo al juez, tanto en el desarrollo del procedimiento como en el pronunciamiento de la sentencia en cuanto se refiere a su función creadora. "El activismo del Juez" **Graciela Barcelona, Margarita de Hegedus, Gloria Fressia, Raquel Landeira, Gonzalo Uriarte.** Rev. U.D.P. n. 3/1990 pag. 400

2. INTERPRETACIÓN

2.1. ¿QUÉ SIGNIFICA INTERPRETAR?

Por la sencillez y claridad en la expresión de la idea, nada más útil que evocar a Couture. “Interpretar es *inter pretare*, que deriva de *interpres*, vale decir mediador, corredor, intermediario. El intérprete es un intermediario entre el texto y la realidad...”¹²⁶; el intérprete busca extraer el sentido de una disposición dentro de un sistema de principios.¹²⁷¹²⁸ Interpretar es atribuirle sentido a la disposición normativa, actividad que culmina en descubrimiento de la nueva norma.¹²⁹¹³⁰

126Couture, E.J. Estudios de Derecho Procesal Civil T.III pag. 15-16.

127Couture, E.J. op cit. Estudios ...T III pag.51.

128Ricardo Gibourg comienza el Prólogo de la obra La Constitución Uruguaya. ¿rígida o flexible? Un estudio de la teoría constitucional aplicado al caso uruguayo, relatando que Heráclito decía que nadie se baña dos veces en el mismo río. Y explica que esta afirmación es verdadera en cuanto afirma que la realidad fluye constantemente y que ningún estado de cosas permanece más allá del momento. Pero es falsa si se la entiende alusiva al lenguaje con el que hablamos del “mismo” río y hasta del “mismo” eventual bañista. Esta aparente contradicción es una muestra de la tensión constante que el hombre a menudo sin advertirlo padece entre el conocimiento de la realidad y la elaboración de modelos para presentar esa realidad. Y agrega, cualquier descripción es una representación deliberadamente empobrecida de la realidad. Deliberadamente, porque no podríamos manejar una descripción en tanto comporta de segmento alguno del universo. Edición. Facultad de Derecho. Universidad de la República, Montevideo, 2010 pag. 9.

129Expresa Gianella Bardazano que la interpretación consiste en la adscripción a ciertos objetos de un significado, un sentido o un valor sobre la base de determinados códigos culturales. Y la interpretación jurídica o del derecho tiene enunciados dotados de autoridad en tanto pertenecientes al discurso de las fuentes de derecho. **Bardazano, Gianella.** Literalidad y decisión. Ed. Carlos Alvarez 2008 pag. 43

130Expresa Juan Andrés Ramirez que “...una cosa es la “norma aplicable” y otra los enunciados de los que surge la formal por más amplia que sea...” “La analogía como método único de interpretación. Inconsistencia lógica de la distinción entre interpretación e integración.” en ADCU T. XXXVI pag. 679

Interpretar la norma jurídica supone recorrer todo un proceso intelectual que va desde la atribución de significado a un texto no como la suma de signos aislados sino a través del análisis dinámico de ellos, hasta llegar al resultado de un nuevo texto que el intérprete crea y propone. Así el resultado de la interpretación es un nuevo texto destinado a explicar el sentido del primitivo.¹³¹ Desde esta perspectiva la interpretación atañe a una cierta relación entre textos: el nuevo texto producido constituye la interpretación de primero. La interpretación consiste pues, en la reformulación del texto.¹³²

Entre interpretar y aplicar se releva una conexión teleológica.¹³³ En tal sentido, aplicar la regla de derecho objetivo importa un proceso que como tal

131 Interpretar la disposición normativa, en el sentido de descubrir y crear, también: **Prieto Sanchís, Luis**. Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho. Ed. Palestra. Temis. Lima – Bogotá, 2007 183 y sgtes. y 249 y sgtes.; **Guastini, Riccardo**. Op. Cit . Interpretar y...Centro de Estudios políticos y consitucionales. Madrid, 2014 pag.77 y sgtes; **Lifante Vidal, Isabel**. Interpretación Jurídica y teoría del Derecho. Ed. Palestra, Lima 2010, pag. 37 y sgtes; ; **Atienza Manuel**. El derecho como argumentación. Distribuciones Fontamara México , 2005 pag. 92 y sgtes.

Discrepando con este sentido de la labor interpretativa **Rodríguez Grez, Pablo**. Teoría de la interpretación jurídica. Ed. Jurídica de Chile. Colección Manuales Jurídicos n. 99 , Santiago de Chile, 2012 pag. 145 y sgtes.

132 **Mariño López, Andrés** y autores citados en “La interpretación judicial del contrato en el derecho uruguayo . Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil.” en ADCU T. XXXVIII pág. 599; Tamayo y Salmorán también sostiene que para que un órgano aplique el derecho es necesario que establezca el sentido de los materiales jurídicos que tiene que aplicar, vale decir, que los interprete y citando a Kelsen indica que la interpretación es, pues, un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho en su progresión de un grado superior a un grado inferior. Citado por **Bidart Campos** en Teoría general de los derechos humanos. Ed. Astrea 1991 pág. 386.

133 **Betti, Emilio**. La interpretación de las leyes y actos jurídicos. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1975 pág. 220.

permite distinguir varias etapas: la primera, la comprensión, o como hemos dicho el descubrimiento del sentido del texto a través de la argumentación; la segunda, la confrontación entre los supuestos de hecho del texto comprendido y los del caso concreto (la calificación jurídica) y la tercera, la creación de la nueva norma que buscará solucionar el conflicto concreto. Por ello se ha dicho que el proceso interpretativo judicial responde al problema epistemológico de entender y crear la nueva regla involucra la acción – de entender – y el resultado o producto – lo que se ha entendido- .¹³⁴

Así en el área específica de la interpretación – en su carácter de instrumento de aplicación del derecho objetivo – el programa de acción para llevar a cabo la operación mental interpretativa se justifica por tres razones: La primera, porque al hermeneuta le compete un papel estelar, por cuanto si el problema de la interpretación conlleva el de la comprensión, inexorablemente se requiera su colaboración o intervención.¹³⁵ La segunda porque en un proceso de comprensión interviene la subjetividad del operador, hay siempre un tomar partido dentro del margen de discrecionalidad que la pauta interpretativa permite.¹³⁶ La tercera, por lo que se ha llamado eficiencia evolutiva de la interpretación jurídica que consiste en que el jurista no se puede quedar en la evocación del sentido originario de la

134 **Betti, Emilio.** op cit La interpretación... pags, 29 y 71; Mariño, Juan Andrés. op.cit. “La interpretación...pag. 660.

135 **Betti, Emilio.** op.cit. La interpretación...pág. 29.

136 **Couture, E. J.** op cit Estudios ...pag. 26; **Araújo Rentería, Jaime.** “ Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica. “ en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 12 año Tomo II pag. 868.

norma – como si se tratase de una entidad histórica, de un hecho del pasado, cuyo ciclo ya ha terminado – sino que debe dar un paso adelante porque la disposición normativa lejos de agotarse en su primitiva formulación, tiene vigor actual en unidad con el ordenamiento del que forma parte integrante y es destinada a actuar ya trascender en la vida social, a cuya disciplina debe servir. ¹³⁷¹³⁸

La tarea de interpretación de la regla procesal no escapa a cuanto viene de plantearse. Interpretar la ley procesal, es interpretar todo el derecho procesal en su plenitud, a partir de preceptos básicos de orden constitucional; pero como a su vez el derecho procesal no es un reino independiente del derecho y las leyes procesales son tan leyes como las leyes no procesales, todo acto de interpretación jurídica constituye una operación de inserción del texto interpretado en el inmenso ámbito del derecho. ¹³⁹

2.2. LA FUNCIONALIDAD DE LAS HERRAMIENTAS DE INTERPRETACIÓN EN CUANTO AL OBJETO

El diseño del nuevo sistema procesal laboral, en especial su austeridad reglamentaria y la apertura a la inserción de soluciones del derecho procesal común bajo ciertas condiciones, determina cuestionarse si las reglas de

¹³⁷Betti, Emilio. op.cit “ La interpretación ...” pag. 109.

¹³⁸Pongamos un ejemplo de eficiencia evolutiva : la interpretación “de las medidas de resguardo y seguridad para el personal de trabajo” que la ley 5032 del 21.7.1914, impone al empleador, ha recibido desde entonces y hasta nuestros días innumerables interpretaciones acorde a las distintas realidades, a pesar de haber estado siempre iluminada por los principios del Derecho del Trabajo.

¹³⁹Couture E. op. cit. Estudios de derecho procesal ...” T. III pag. 63-64.

interpretación contenidas en el art. 30 de la ley 18.572 se aplican únicamente a la hora de interpretar las suyas o si además son comprensivas de la actividad a la hora de aplicar otras importadas del derecho procesal común.

La respuesta es afirmativa y se explica en la vocación del legislador de crear un nuevo sistema procesal que aunque compuesto de una doble fuente – disposiciones especiales y disposiciones importadas – atienda la armonía con el conjunto de los principios también especiales que lo delimitan y cohesionan, valorando si es necesario el peso y contrapeso de cada uno. Porque podrá ocurrir que la disposición “importada” opere en desarrollo de uno, pero en detrimento de otro. En tal caso, jugará la ponderación.

En tal sentido cuando, se trate de aplicar al proceso una disposición del Código General del Proceso, deberá ser interpretada y valorada para controlar si sortea el test de integración a través de las reglas de los arts. 30 y 31 de la ley 18.572; y no de los arts. 11 y 14 de aquel. Ello con fundamento en que el derecho especial (derecho laboral procesal) desplaza al derecho general o común (Código General del Proceso). Se observa entonces que los principios informadores deberán atenderse en las dos etapas: a la hora de considerar si la disposición “extranjera” puede importarse al sistema (art. 31) y pasado exitosamente dicho test, a la hora de aplicarla en el caso concreto (art. 30) ¹⁴⁰¹⁴¹

140 **Rossi Albert, Rosina. Op. Cit.** “Primera lectura de la ley 18.572 ...” en Rev. Derecho Laboral. N. 235 pag. 458.

141 **Abal Oliu, Alejandro** plantea la idea contraria expresando que como la disposición establece “una sustitución con carácter general la regla que resulta del art. 14 del CGP, ello no puede atribuirse más que a un error de redacción, debiendo entenderse – interpretando esta misma disposición de acuerdo al art. 14 del CGP – que este art. 30 de la ley 18.572, en todo caso solo es aplicable a las disposiciones procesales de la misma ley 18.572.” “Interpretación, integración y vigencia temporal” en op. Cit. Nuevas especialidades del proceso sobre ... Fundación de Cultura Universitaria 1.2.2010, pag. 49.

2.3. ANÁLISIS DEL PROGRAMA DE ACCIÓN INTERPRETATIVA PREVISTA POR EL ART. 30 DE LA LEY 18.572

La técnica empleada por el legislador ha consistido en reglar la actividad, haciendo hincapié en el resultado. En efecto. Ha dispuesto que el resultado de la interpretación deberá arrojar una solución – la nueva norma – armónica con determinadas pautas: los principios enunciados en el art. 1 y los que componen el bloque de constitucionalidad.¹⁴²

O sea que la disposición plantea dos aspectos a profundizar: uno el concepto de interpretación conforme y otro, los modelos comparativos para evaluar la conformidad.

2.4. TEST DE LEGITIMIDAD DE LA INTERPRETACIÓN. SIGNIFICADO DE “INTERPRETACIÓN CONFORME”

El significado gramatical del adjetivo “conforme “ refiere a semejante, parecido, ajustado, acorde ,simétrico, consonante , afín , concordable, satisfactorio. Interpretación conforme” alude pues a que la misma resulte acorde o afín con algo.

Persigue la ley que la interpretación de la regla procesal sea consonante con dos objetos: los principios del art. 1 y los principios y reglas del bloque de constitucionalidad.

Esto significa que el producto de la operación del hermeneuta concilie con un doble elenco de principios: unos, los previstos expresamente en el art. 1, otros, los

¹⁴²Rosenbaum Carli, Federico. Op. Cit. “Interpretación e integración ...” en rev. Derecho Laboral n. 245 pag. 133.

del bloque de constitucionalidad, o sea los que expresa e implícitamente se reconocen en la Carta y en por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos según habilita la propia Carta a través del juego de los arts. 72 y 332.¹⁴³

Así entendido, el art.30 dirige la actividad del operador en la tarea de aplicación de la regla procesal y además, encorseta el producto de tal actividad al punto que le ordena que de aquella no podrá resultar cualquier contenido sino uno compatible con los principios que indica. De allí que el juez no esté habilitado a interpretar la regla procesal libremente sino de tal modo que su producto sea afín con un elenco de principios y cualquier producto que los desoiga, no será legítimo.

Este concepto de *interpretación conforme* no es creación original de la ley 18.572, sino que responde a la doctrina de la primacía constitucional elaborada por el constitucionalismo moderno contestatario del positivismo identificador del derecho con la ley, que sustancialmente concibe en la norma suprema, una fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos capaces de imponerse frente a cualquier otra norma y sobre todo, con un contenido preceptivo amplio de valores, principios y derechos fundamentales.¹⁴⁴ La interpretación del ordenamiento inferior conforme con

143 **Barbagelata, Héctor Hugo.** “ El juez de trabajo y los derechos humanos laborales. “ Judicatura N.45 pag. 16. “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales” en rev. Der. Laboral N. 214 pags 213 y sgtes.; “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos” en El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales” ed. Fundación de Cultura Universitaria 2009 pag. 223.

Valdés dal Re, Fernando “ Los derechos fundamentales en la persona del trabajador “ en rev. Derecho Laboral num.212 pags. 650 y sgtes.

144 **Van Rompaey, Leslie.** “Hacia una jurisprudencia principialista” en Rev. de Derecho de la Universidad Católica N. VI pag. 175. El autor cita a Alexy como uno de los exponentes y transcribe lo que califica como el perfil del constitucionalismo: “Más principios que reglas, más ponderación que subsunción, más jueces que legisladores, y más Constitución que ley”. En la misma línea de pensamiento, cuando fue entrevistado en su calidad de Ministro de la Suprema Corte de Justicia por Gianella Bardazano expresó

aquellos constituye un mecanismo de Defensa Jurídica de la constitución que se suma al de inconstitucionalidad de los actos inferiores y a la aplicación directa de las normas constitucionales no reglamentadas.¹⁴⁵

El nacional, constituye un ordenamiento jurídico sistemático, en el que todas las normas están estructuradas jerárquicamente de manera tal que las superiores, no solo determinan tanto el procedimiento como en cierta medida y con márgenes variables el contenido de las inferiores, sino también prevalece sobre las demás (arts. 4, 82,331) y posee eficacia inmediata y directa.

Estos aspectos - la unidad del ordenamiento, la supremacía y rigidez constitucional y la eficacia inmediata y directa - permiten deducir ciertos valores o bases éticas que por un lado, hacen a esa coherencia interna y por otro, se comportan de forma permeable hacia el ordenamiento inferior.¹⁴⁶A tal punto que el ordenamiento jurídico todo, se ve impregnado por la constitución. La constitución lo invade y avasalla condicionándolo. No solo avasalla la legislación,

que el juez es, cada vez más, un juez constitucional.

¹⁴⁵**Risso Ferrand, Martín.** "Interpretación desde la constitución" en Rev. De la Universidad Católica N. VI pág. 242.Ed. AMF.2004

¹⁴⁶**Cajarville, Juan .Pablo.** op.cit. "Supremacía constitucional ... " en Rev. Derecho Público. N. 1/92 pág. 56; **García de Enterría, E.** op. Cit. La constitución como norma y ... Madrid 1982 pág. 95 citado por Cajarville.

también la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales. ¹⁴⁷¹⁴⁸¹⁴⁹

Así la doctrina refiere a esta idea como “principio de interpretación conforme” ¹⁵⁰, sobre interpretación de la constitución “ ¹⁵¹, interpretación “desde” la constitución ¹⁵², interpretación “previsora” de la constitución ¹⁵³, “interpretación

147**Guastini, Ricardo** . “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” pág. 49 en Neoconstitucionalismo(s). Ed.Trotta. Madrid 2003

148Expresa **Bidart Campos** que la sentencia que dicta un tribunal judicial es una norma individual que también aplica e interpreta a las subordinantes, en enganche último con las normas de la Constitución. La interpretación “desde” la constitución ocurre cuando se utiliza la interpretación de la constitución para interpretar desde ella el ordenamiento jurídico inferior. Ello presenta interés trascendente en tanto la constitución se reputa en el vértice de todo el ordenamiento jurídico político del estado conforme al principio de jerarquía normativa que postula el principio de supremacía constitucional. Para mantener y custodiar la coherencia y armonía del orden jurídico como sistema normativo unitario, en identidad consigo mismo, hay que ligar a cada norma con una cadena de validez que entronca y desemboca en una norma común (o de base) y para todas las demás; y esa norma es la Constitución, que en cuanto eficaz, confiere membrecía en y dentro del sistema a las otras normas derivada que guardan fidelidad con ella. Allí reside la importancia de la interpretación desde la constitución, porque al irradiar la interpretación de la constitución sobre el resto del sistema jurídico, éste va a ser interpretado de conformidad y en congruencia con la constitución. op.cit. Teoría general...pág. 387-388.

149La Suprema Corte de Justicia en sentencia n. 174/2002, caso Stern, siguiendo a **Nestor Pedro Sagues** indica que a la hora de interpretar los preceptos constitucionales, la indiferencia estimativa no es legítima especialmente en constituciones como la uruguaya donde proliferan los elementos axiológicos. El sistema de valores que la constitución incorpora requiere una interpretación finalística.

150**Cajarville, Juan Pablo**. Op. Cit. “Sobreinterpretación...” pág. 56.

151**Guastini, Ricardo**. Op. Cit. “La constitucionalización del...” pág. 53

constitucional de la ley ”¹⁵⁴, “constitucionalización del derecho privado”¹⁵⁵ ,“*jurisprudencia alternativa*”¹⁵⁶ Se ha aludido a este proceso también, expresando que de la interpretación de la Constitución por las leyes, pasamos a interpretar las leyes desde la Constitución , en el entendido que una interpretación correcta de la ley es la que satisface las exigencias formales pero también sustantivas de la Constitución, es consistente, coherente con ella. En tanto la legislación es vista como desarrollo de los valores, principios y directrices constitucionales, que son su justificación subyacente, por lo que la interpretación de la ley debe ser siempre conforme la Constitución.¹⁵⁷

Esta regla interpretativa diseñada por la ley 18.572, que hace hincapié en el resultado de la acción de interpretar, es la que lo legitima. En efecto. Para el legislador, la interpretación irrogada a una determinada disposición será legítima

152 **Bidart Campos, Germán J.** op.cit. “Teoría general...” pág. 386; **Risso Ferrand, M.** op.cit “Interpretación...” en Rev. De la Universidad Católica N. VI pag. 231.Ed. AMF.2004

153 **Sagues Néstor.** “Los límites de los derechos y los roles del Poder Judicial ante el estado de necesidad” en Rev. Universidad Católica N. III. Pág. 193.

154 **Blengio, Juan.** Clase sobre “Pautas de interpretación “ impartidas el 7.8.2006 en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay en el curso sobre “ Responsabilidad desde la perspectiva de las relaciones de consumo y la protección al medioambiente “ 7..8.2006 al 30.8.2006.

155 **Perlingieri, Pietro.** Il Diritto Civile nella legalità costituzionale” pags.220-222 y 553 citado por **Blengio, Juan** “La parte contractual débil” ADCU T. XXXIX pag. 626.

Blengio, refiriéndose al derecho civil y a la existencia de una parte débil en el contrato civil expresa que la constitucionalización del derecho privado, ha permitido una relectura de los textos de derecho privado a la luz de los principios y reglas de la Carta Magna. Expresa además que el énfasis puesto en los últimos años en los principios y valores constitucionales ha elevado a la justicia (encarnada normalmente en dichos valores) al sitio que le corresponde y a la vez, ha revalorizado la función del magistrado.

si está conforme con los modelos – valores – que el cuerpo normativo indica. Por lo que el legislador ha posicionado expresamente al juez en tanto operador jurídico como el garante de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.¹⁵⁸¹⁵⁹

Desde el análisis que viene de realizarse, el modelo de interpretación del derecho laboral procesal adoptado por el sistema que consolida la ley 18.572,

156**Ferraioli, Luis**. “El derecho como sistema de garantías”. En Rev. Uruguay de Derecho Procesal 2/1999 pag. 210 expresa que en todos los casos el producto de la labor de aplicación de la regla de derecho objetivo – o sea la nueva norma para el caso concreto – armonice con los principios y valores constitucionales de tal forma que no exista disonancia o contradicción alguna entre ambas. Y agrega que la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la constitución. Y en el modelo constitucional – garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de su significado con la constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitía a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad y elegir los únicos significados válidos, o sea, compatible con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos en la misma.

157**Castro, Alicia**. Op. Cit. “Argumentación y ...” pag. 848

158**Zagrebelsky, G**. El Derecho dúctil. Edición Trotta, 1995 pag. 153.

159**Castro Alicia** op. Cit “Argumentación ...” pag. 841. También, sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nros. 172/2002, 365/2009 y 1/2010. En perspectiva similar aunque referida a la vinculación entre los derechos humanos y la labor de juzgamiento que realiza el juez, **Capón Filas Rodolfo**. “El juez en el mundo”, publicación “on line.” En análisis especialmente referido al proceso de trabajo, **Aparicio Tovar, Joaquín. Rentero Jove, Jesús**. “El juez laboral, imparcial, pero no neutral” en Rev. Derecho Social n. 4 (1998) pag. 53.

Se suma a este elenco de autores, la visión de **Pasco Cosmópolis, Mario** quien, analizando la nueva ley procesal del trabajo del Perú, califica la labor del juez como mecanismo de medida de la eficacia de la administración de justicia, indicando que ésta, la eficacia, depende de dos factores: uno, la celeridad y otro, el acierto. Y señala que por acierto entienden la capacidad del juez para penetrar en los entrecijos del proceso, familiarizarse a fondo con la materia en debate, examinar de modo certero la prueba y emitir un fallo a conciencia. “

visualiza al tiempo un claro acercamiento a la teoría de la argumentación jurídica y distanciamiento de versión kelseniana del Derecho. Primero, por cuanto si bien **Kelsen** admitió que los aplicadores del derecho también crean derecho, prácticamente limitó su trascendencia a la distinción entre interpretación auténtica, la que llevan a cabo los aplicadores del derecho, y la interpretación del científico del Derecho.¹⁶⁰ Segundo, por cuanto atiende con el mismo énfasis, tanto al resultado de la acción interpretativa (el test de legitimidad) como al proceso argumentativo que conduce al mismo.

2.5. MODELOS COMPARATIVOS PARA DETECTAR LA CONFORMIDAD.

El art. 30 identifica los modelos que debe considerar el hermeneuta para chequear la legitimidad del producto de la labor interpretativa.

Por un lado, los principios enunciados en el art. 1 y por otro, los principios y reglas que integran el bloque de constitucionalidad.¹⁶¹

2.5.1. LOS PRINCIPIOS ENUNCIADOS EN EL ART. 1 DE LA LEY 18.572

El primer modelo entonces refiere a los principios que informan el nuevo sistema procesal laboral.

¹⁶⁰Atienza, Manuel. Op cit. El derecho como ...pags91-93.

¹⁶¹Que los modelos comparativos sean principios, tampoco es novedoso. Otrora expresaba Couture que interpretar, siempre es extraer el sentido de una disposición dentro de un sistema de principios. (Couture, E. J. op cit. Estudios...T III pag. 51)

De todos modos, aunque el art. 30 invoca únicamente a los del art. 1, debe entenderse que también refiere a otros, que sin estar enunciados por la disposición, informan el sistema porque se encuentran implícitos.¹⁶²

Ello por cuanto, los principios en su condición de tales, no requieren de reconocimiento expreso ya que se deducen de las concretas soluciones normativas.¹⁶³ E incluso siendo sobre abundante su transcripción positiva, ello resulta de dudosa conveniencia en tanto arriesgan su fecundidad.¹⁶⁴

Los principios expresos son los del art. 1: 1: oralidad, celeridad, gratuidad, inmediación, concentración, publicidad, buena fe, efectividad de la tutela de los derechos sustanciales, dispositivo, y activismo judicial referido a la prueba. Estos, reconocen tanto en la ley 18.572 como en la 18.847, puntuales desarrollos o concreciones. En tal sentido, la oralidad se desarrolla a través de la limitación de los actos procesales escritos de las partes, en favor de la concentración de los que se deben ejecutar oralmente y en audiencia; y a su vez, en el detalle de la reglamentación en cuanto al trámite de la audiencia. La celeridad, en la fijación de

162 **Raciatti, Octavio**. O. cit. "Los principios del derecho procesal del trabajo en la ley 18.572" en XX Jornadas Uruguayas de derecho del trabajo y de la seguridad social, pág. 215; **Rivas Ana**. "Poderes inquisitivos del juez en el nuevo proceso laboral. Ley de abreviación de los juicios laborales n. 18.572" en op. Cit XX Jornadas...pág. 223; **Barreto Ghione, Hugo**. "Principios de igualdad y protección en el proceso laboral" en rev. Derecho Laboral n. 237, pág. 74; **Rossi Albert, Rosina**. op cit . "Primera lectura..." pág. 452.

163 "Los principios son enunciados lógicos extraídos de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas de procedimiento, en forma de dar a la solución constata de éstas el carácter de una regla de validez general." **Couture, E.J.** Vocabulario jurídico. pág. 489.

164 **Plá Rodríguez, Américo**. Op. Cit. Los principios...pág. 34.

plazos perentorios dirigidos a la actuación de las partes, del tribunal y aún de la oficina, y en los plazos para fijar audiencia, en la limitación del recurso de apelación tanto en cuanto a la naturaleza de la sentencia como de la estructura procesal, y en la limitación y su control de las prórrogas de la audiencia única. La inmediación se concreta a través de la presencia preceptiva del juez en la audiencia y en toda la producción de la prueba. La concentración en la previsión de una audiencia única con rigurosas exigencias en cuanto a su fundamentación y limitaciones temporales para su prórroga así como el aglutinamiento de actos procesales. El activismo judicial se concreta bajo las fronteras del principio dispositivo. Vale decir, se ubica al tribunal en un rol activo, dinámico y acorde a las particularidades del caso en el área de la prueba y en el margen de los hechos invocados por las partes. El principio de buena fe, se propicia mediante la sencillez de los actos procesales escritos y orales. La efectividad de los derechos sustanciales, enlazada con los principios presentes en el sistema, pero también con el ausente principio de igualdad, adquiere un contenido especial: la realización efectiva del objeto del Derecho del Trabajo – la especial protección que garantiza el art. 53 de la Constitución- priorizando la atención, caso a caso, del conflicto sustantivo subyacente impidiendo que se pierda en los caminos procesales. Ello se viabiliza a través de un nutrido elenco de instrumentos de desigualdad compensatoria que se hallan tanto en el área sustantiva como procesal, y de las soluciones que concretan el principio de bilateralidad.¹⁶⁵

165De allí que, si bien luego de la vigencia de la ley 19.090, la efectividad de la tutela de los derechos sustantivos a través del proceso jurisdiccional fue expresamente incluido en el elenco de principios del Código General del Proceso, la interdependencia que resulta de los otros principios del sistema de derecho procesal común, explican que se le pueda reconocer un contenido diverso al del sistema laboral procesal.

Entre los principios implícitos en el texto es posible inducir: impulso y ordenación del proceso por el tribunal y, bilateralidad, y desigualdad compensatoria como instrumento ejecutor del principio de tutela efectiva. Y también ellos inspiran múltiples soluciones concretas en las leyes 18.572 y 18.847.

Podría ocurrir que se complejizara la tarea de cotejo del proyecto interpretativo elaborado por el operador y los principios, - los expresos y los implícitos - por coincidir con uno y contrariar otro. Esta hipótesis habría que resolverla a través de la misma técnica que corresponde utilizar cuando se produce la contradicción entre principios constitucionales. Esto es, la ponderación estableciendo un orden de preferencia de los principios involucrados en el proyecto interpretativo, únicamente para el caso concreto con la preservación abstracta de ambos, o de ser posible la armonización entre ambos.¹⁶⁶ Y la contradicción, en la oportunidad, estará salvada si fuera posible argumentar las razones por las cuales correspondería priorizar un principio respecto de otro legitimando así el proyecto interpretativo. Claro que será, como dijéramos antes¹⁶⁷, una argumentación derrotable, por lo menos potencialmente.

En tal sentido los que más frecuentemente se encuentran en situación de tensión, son los principios de tutela efectiva, celeridad, y bilateralidad. Ello por cuanto es común que la acción por la tutela efectiva necesite de tiempo y el tiempo que insumen los actos procesales de algún modo por lo menos, inficionan la celeridad o la mayor celeridad para lograr el dictado de la decisión que

¹⁶⁶Prieto Sanchis, Luis. Op. Cit. "Neoconstitucionalismo y ponderación " en op. Cit. Neoconstitucionalismo (s) ...pag. 143-144.

¹⁶⁷Numeral III del Capítulo I.

solucione el conflicto. Y a su vez, la celeridad en favor de la tutela efectiva no podrá desatender la bilateralidad.

Pongamos dos ejemplos.

1). El operador podría cuestionarse si el art. 8 de la ley 18.572 que prevé el acto procesal del tribunal que dispone la subsanación de la falta de liquidación detallada de los rubros demandados, es única o si admite su reiteración en caso de insuficiencia. La misma disposición que indica el plazo de tres días, podría sustentar contestar que la posibilidad es única en tanto podría entenderse un desarrollo del principio de celeridad. Empero, la contestación en este sentido, inficionaría el principio de tutela efectiva por cuanto, la cuanto la consecuencia ante la omisión e incluso la imperfección de lo corregido por la parte, deriva, según previene la disposición, en la aplicación del apercibimiento de tener por no presentada la demanda. La entidad de este enfrentamiento entre principios se patentiza incluso si se advierte que atento al régimen de apelación restrictiva, este dispositivo solo sería apelable si se entendiera que ha puesto fin al proceso conforme surge del art. 18 inc. 3ro de la ley 18.572.

2). La interpretación del art. 15 en punto a si los veinte días de plazo para el dictado de sentencia incluyen o excluyen el de seis días que tienen las partes para alegar, también puede poner en jaque los principios de celeridad por un lado y de tutela efectiva por otro en tanto de optarse por la prevalencia del primero, la decisión judicial con menos tiempo de reflexión podría comprometer su fundabilidad y por ende la tutela efectiva de los derechos sustanciales.

2.5.2. LOS PRINCIPIOS Y REGLAS QUE INTEGRAN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El test de legitimidad del proyecto interpretativo deberá cotejarse también con “... los principios y reglas¹⁶⁸ que integran el bloque de constitucionalidad.¹⁶⁹ Este concepto manejado por el legislador nacional – quizás, por primera vez – convoca abordar tres aspectos: el concepto, la fuente y el contenido del bloque de constitucionalidad.

Podría cuestionarse si la referencia al bloque de constitucionalidad se ciñe a los principios y derechos procesales o incluye también los sustantivos. La sencilla consideración de que todos – sustantivos y procesales – integran el bloque y que entre ellos no se relevan jerarquías,¹⁷⁰ determina la respuesta afirmativa. Una fotografía de ello, resulta de dos soluciones legales: una, que el art. 30 de la ley 18.572 no distingue y otra, que al referirse a la integración, el art. 31 expresamente considera que en el examen de compatibilidad que eventualmente habilite el ingreso de disposiciones de otros cuerpos normativos, deben considerarse los principios sustantivos del Derecho del Trabajo. Una simbiosis armónica entre principios sustantivos y procesales, constituyen el baremo de legitimidad de la interpretación de la disposición procesal.

168 La disposición normativa ha tomado la distinción de **Ronald Dworkin** entre principios y reglas (disposiciones normativas). Jerarquiza y hace realidad la ineludible gravitación de los principios en la actividad interpretativa. Los Derechos en serio. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1989 Traducción Marta Guastavino, texto on line, ISBN-84-344-1508-9.

169 **Barbagelata, Héctor Hugo**. “La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de consitucionalidad de los derechos humanos” en rev. Derecho Laboral n. 237 pag. 141. Sentencia n. 365/2009 Suprema Corte de Justicia en BJN. La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana funda su decisión en el contenido del bloque de constitucionalidad en el fallo 190-2003 de 13.11.2003. Diálogo Jurisprudencial. Julio –diciembre 2007 n. 3 pág. 27 y sgtes.

170 **Bidart Campos, Germán J.** op cit “Teoría general...” pag. 377

La expresión bloque de constitucionalidad fue originalmente empleada por el Conseil Constitutionnel de Francia para abarcar como parámetros de constitucionalidad, no sólo el texto de la constitución propiamente dicha, sino también el Preámbulo y los principios a los que se remite.¹⁷¹

Lo compone el conjunto de derechos humanos fundamentales reconocidos al hombre por su sola condición de tal y que en tanto expresan una generalizada convicción de la conciencia jurídica universal, integran el patrimonio jurídico de la humanidad¹⁷², y se hallan jurídicamente supra ordenados al legislador ordinario, a las autoridades administrativas y a los operadores jurídicos en general.¹⁷³¹⁷⁴

El bloque de constitucionalidad se conforma a través de dos vertientes: una, las disposiciones y principios que se desprenden de la parte dispositiva de la Constitución y de su Preámbulo¹⁷⁵, y otra, referida a los derechos inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno contenidos en los

171 **Barbagelata, Héctor Hugo.** op. Cit. “El juez de trabajo...” en rev. Judicatura N. 45 pag. 13. **Murgas Torraza, Rolando** “ El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derecho sociales como derechos humanos” rev. Derecho Laboral n. 250; pág. 242.

172 **Barbagelata, Héctor Hugo.** op. cit. “El juez de trabajo...” pag. 15; **Bidart Campos, Germán J.** op cit “Teoría general...” pag. 357.

173 **Valdés dal Ré, Fernando.** “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador “en Rev. Derecho Laboral N. 212 pag. 650; **Ermida Uriarte, Oscar.** Op.cit. “Investigación sobre aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay” pag. 11

174 **Plá Rodríguez, Américo.** Los derechos humanos y el derecho laboral” en Cuadernos de la Facultad de Derecho. El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario. Ed. Facultad de Derecho. pag. 65.

instrumentos internacionales y aún en la doctrinas generalmente admitidas ¹⁷⁶¹⁷⁷ que reflejan la conciencia jurídica universal y que se incorporan al ordenamiento nacional a través del art. 72 de la Carta. Son éstos últimos, derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y /o autor de los actos que son ejercicio de éstas. ¹⁷⁸

Y desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, puede decirse que el bloque de constitucionalidad se compone de derechos inespecíficos – del hombre por su

¹⁷⁵Todos ellos son consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho del trabajo que ha sido, como indica Ermida, causa y efecto, del reconocimiento de los derechos laborales. (**Ermida Uriarte, Oscar**. “La constitución y el derecho laboral “ en Treinta y seis estudios sobre fuentes del Derecho del Trabajo”. Montevideo, diciembre 1995 pag. 111 y sgtes.)

¹⁷⁶**Barbagelata, Héctor Hugo**. Op. Cit. “El bloque de constitucionalidad de los derechos ...” en El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos laborales. Marzo 2009 pag. 224; además clase impartida el 25.2.2010 en el marco del Curso para posgraduados sobre El nuevo proceso laboral de la Facultad de Derecho de la UDELAR.

¹⁷⁷La Suprema Corte de Justicia en sentencia del 19.10.2009 se expide sobre el bloque de constitucionalidad y lo posiciona como un Derecho por encima del derecho de los Estados, citada por **Risso Ferrand, Martín**, op.cit en Rev. Universidad Católica n. 5/2010, pag. 191.

¹⁷⁸**Ferraioli, Luigi**. Los fundamentos d ellos derechos fundamentales. Trotta Madrid, 2001 . citado por **.Lorenzetti, Ricardo .L** en Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho. Rubinzl-Culzoni Santa Fe 2006 pag. 107.

condición de tal – y específicos laborales – del hombre, en su condición de trabajador-.¹⁷⁹

Esta composición explica que la doctrina identifique dentro del bloque, un sector al que denomina bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales.¹⁸⁰

179 Son los derechos de todo ser humano por su condición de persona, todos los vinculados a la dignidad. **De la Riva Amalia**. “Protección de los derechos humanos fundamentales inespecíficos” en Rev. Judicatura N. 45 pag. 50 **Panizza, Carolina**. Los Derechos laborales inespecíficos. Cuadernillos de la Fundación Electra. N. 11, pag. 5. Montevideo, 2012. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Los Derechos Laborales inespecíficos., pag. 13, marzo 2017 Editorial Fundacion de Cultura Universitaria. .

180 **Barbagelata, Héctor Hugo**. op.cit.“El juez de trabajo...” pag. 15.

En cuanto a la segunda vertiente, pueden identificarse fuentes de conocimiento universales y regionales del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales.¹⁸¹¹⁸²

181Entre las fuentes universales : el Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) como primera carta de los derechos de los trabajadores; la Declaración de Filadelfia (1944) que pasó a formar parte de aquella, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ambos de 1966) ; la Declaración de OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998); la Declaración de OIT sobre la justicia social para una globalización justa (2008) ; los convenios y recomendaciones de OIT sobre derechos humanos. Entre las fuentes regionales: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales(1948), La Carta de la OEA (1948) actualizada en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) y el Protocolo de San Salvador (1988) , la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998) , las Reglas de Brasilia sobre “Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad” aprobado en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana de Presidentes de Cortes, celebrada los días 4,5 y 6 de marzo de 2008 en la ciudad de Brasilia de la República Federativa de Brasil. La Suprema Corte de Justicia uruguaya se sumó a la declaración de la Cumbre y recogió el instrumento en la Acordada 7647 indicando además que deberá ser seguida en cuanto resulte procedente como guía en los asuntos en ella referidos. El documento consta de cien reglas mínimas para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad denominadas “Reglas de Brasilia”. Entiende por tales a aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales , económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Especialmente indica que se procederá a la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia que van desde medidas procesales a otras de organización y gestión judicial, de formas alternativas de resolución de conflictos.

Paradigmáticamente, la Suprema Corte de Justicia la ha utilizado como fundamento en el instrumento contenido en la circular 114/2009 que dispone la exoneración del requisito de la firma letrada para la audiencia conciliatoria en los procesos regulados por la ley 15.507.

Con la misma orientación y aplicando las Reglas de Brasilia en un proceso de desalojo, se expidió el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turno en sentencia N. 79/2009.

182“Se ha construido un nuevo orden jurídico internacional convencional (sin perjuicio de otras fuentes) en el que el individuo figura en su condición de ser humano, como titular de derechos fundamentales: el derecho internacional de los derechos humanos. Ese orden jurídico recoge principalmente, en instrumentos de diversa naturaleza y alcance: declaraciones, tratados, con cobertura universal o regional y distintos contenidos: derechos humanos en general y derechos humanos referentes a ciertas materias o grupos específicos...” “... El orden internacional de los derechos humanos se sustenta en valores y principios compartidos que destacan la supremacía y dignidad del ser humano, organizan la vida social, el

Ahora bien. De la conjunción de ambas vertientes se deducen los principios y reglas que integran el bloque, pudiendo distinguirse entre ellos, sustantivos y procesales.

Entre los procesales – de especial trascendencia para el tema que se investiga – se pueden identificar unos en el texto constitucional y otros en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los primeros, el debido proceso ¹⁸³¹⁸⁴, la legalidad de las formas procesales, el derecho al acceso a la jurisdicción también llamado derecho al proceso. Los segundos, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos¹⁸⁵); el derecho al

poder político y la normativa jurídica con sentido antropocéntrico de donde deriva la regla pro homine para la elaboración, interpretación y aplicación del derecho.” **García Ramírez, Sergio**. “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 14 año. 2008 pag. 353.

183Explica **Couture** que éste constituye una garantía que consiste en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de los derecho. Vocabulario pag. 199.

184Expresa **Boleso**, citando un voto de **Sergio García Ramírez** en el caso 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos día que el debido proceso entraña “igualdad de armas” entre los litigantes. Agrega que el poder público (debe) incorpora(r) , a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación , los elementos de compensación o corrección, ...deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia , sin distinción y mucho menos discriminación , que entrañaría , de entrada, la derrota del justiciable débil. (www.corteidh.or.cr), **Boleso, Héctor Hugo**. en rev. digital Equipo Federal del Trabajo. Setiembre 2014.

A su vez expresa **Minvielle** que la interpretación de la cláusula del debido proceso a nivel constitucional ha producido lo que autorizada doctrina brasileña denomina “mutaciones informales en la Constitución”. Es decir que sin reforma constitucional, la Carta va teniendo modificaciones por obra de una interpretación conforme a las necesidades existentes al tiempo de su aplicación; se mantiene su texto pero mediante la labor interpretativa se vivifica su espíritu. **Minvielle, Bernardette**. “La convención americana sobre derechos Humanos.” Rev. UDP N. 2/87 pag. 135.

185**Raciatti, Octavio**. Op. Cit. “Los principios del derecho laboral en el derecho ...” en Derecho Procesal del Trabajo . Ed. FCU 2005 pag. 26.

proceso de duración razonable (art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica), el derecho a una jurisdicción especial del trabajo y a un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos que incluye el derecho de acceso a la justicia y de su facilitación para personas en condición de vulnerabilidad. (Art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, Reglas de Brasilia)

Cabe detenerse especialmente en el principio de tutela judicial efectiva por cuanto es la versión procesal del principio protector que del mismo modo que en el derecho sustantivo, invade y particulariza el derecho laboral procesal.

A su vez la conjunción “y” utilizada por el legislador arroja resultados trascendentes: el sentido de la regla de derecho objetivo abordada no solo habrá de respetar los principios procesales laborales expresos e implícitos del sistema, sino también los procesales y sustantivos del texto constitucional en el sentido omnicompreensivo del art. 72. Lo que da contenido al principio de tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos: la protección constitucional pero también legal del trabajo humano no solo a la hora de la relación sustantiva sino también en la dilucidación del conflicto procesal. Así el legislador vino a blindar la protección a través de la articulación de los principios procesales laborales expresos e implícitos: se instaló el mandato constitucional en el debate procesal no solo a través de disposiciones dispersas y puntuales sino con una regla general que guía la interpretación de todas.

Pues bien. En carácter de síntesis de lo analizado respecto de los dos modelos de comparación, puede decirse que el hermeneuta habrá de custodiar que el sentido que adjudique en la tarea interpretativa de todas los preceptos procesales de la materia laboral, redunden en una nueva norma armónica con los principios

expresos e implícitos contenidos en la ley 18.572 y con los del bloque de constitucionalidad. Una simbiosis armónica entre proceso jurisdiccional y principios procesales y sustantivos. Además estará llamado a demostrar el proceso que llevó a cabo a través de la argumentación.

De allí que pueda inferirse que el art. 30 pauta la tarea del juez laboral en su rol de principal operador y de la ley procesal y además, encorseta su producto al punto que le ordena que de aquella no podrá resultar cualquier contenido sino uno compatible con los principios que indica. El juez no está habilitado a interpretar la regla procesal libremente sino de tal modo que su producto sea afín con un elenco de principios y reglas, que importa que cualquier producto que los desoiga, no será legítimo.

3. INTEGRACIÓN

La ley 18.572, que nació a la vida jurídica bajo las precisas fronteras encomendadas por la Suprema Corte de Justicia – breve, con el objetivo de agilizar el proceso laboral¹⁸⁶ – desnuda al tiempo de su aplicación, lo que puede entenderse como un deliberado sinnúmero de aspectos no previstos. En tal sentido no se propuso construir un nuevo proceso laboral especial, completo con pretensiones de código y herméticamente desconectado del resto del ordenamiento jurídico y en especial, de la reglamentación general procesal hasta entonces vigente.¹⁸⁷

186Resolución n. 381/07/20.

187Couture, E.J. Estudios de Derecho Procesal Civil T. 3 pag. 15-16, 63-64..

En cambio, buscó sistematizar un derecho laboral procesal existente desde el período fundacional del Derecho del Trabajo, y construir un nuevo proceso laboral que con su especialidad facilitara la realización del fin tuitivo del sujeto hiposuficiente que persigue el Derecho del Trabajo¹⁸⁸, provocando así dos consecuencias respecto del derecho procesal común: su desplazamiento en caso de contradicción y eventualmente, previo examen exitoso de compatibilidad, su enlace como mecanismo integrativo, según se analizará.

Siendo este el objetivo – un derecho procesal laboral del mismo signo que el Derecho del Trabajo, todo – y el instrumento encomendado a utilizar – una ley breve – y habiendo operado su concreción, operó también dejando un sinnúmero de situaciones vacías de previsión expresa, que plantean la necesidad de colmarlas. Tal comportamiento, mal podría verse como una patología de la ley cuando, una mirada en perspectiva del Derecho del Trabajo, arroja que desde siempre lo ha caracterizado, y que ha determinado además, que opere como disparador de la producción normativa, doctrinaria y jurisprudencial moldeada a las necesidades de cada tiempo. A tal punto, que **Barbagelata**, incluye la lagunosidad como uno de los particularismos del Derecho del Trabajo.¹⁸⁹

188 **Sarthou, Helios**. Op. Cit. “Proposiciones sobre un derecho procesal... en Rev. Derecho Laboral n. 104 pag. 873. **De Ferrari, Francisco**. “Los problemas de la prueba en el derecho del trabajo” en Rev. Derecho Laboral. T.V pag. 36

189 Las vincula, entre otros factores al carácter negociado del Derecho del Trabajo e incluso indica que muchas veces el silencio sobre un punto puede ser esencial, es generalmete un precio que hay que pagar para que el ocmpromiso pueda lograrse. **Barbagelata, Héctor Hugo**. . “El problema de las lagunas en las normas laborales” en op. Cit. Pag. . 95-96., op. Cit El particularismo del Derecho del Trabajo, en El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos . Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 2009 pag. 36

Empero, la forma de colmarlas no quedó a la discrecionalidad total del operador, sino que con clara conciencia de la envergadura y los riesgos de las consecuencias del modelo escogido, resultó deliberadamente regulada.

En efecto. Nada dijo acerca de los mecanismos de integración por lo que deben entenderse vigentes y aplicables los generales y aplicables a todas las disciplinas, previstos por los arts. 332 de la Constitución y 16 del Código Civil¹⁹⁰: la analogía y la aplicación subsidiaria de ciertas fuentes. Y como se analizará, el art. 31 de la ley 18.572 plantea las dos soluciones con ciertas especialidades.

Los mecanismos de integración de una disciplina jurídica y las fuentes admisibles para hacerlo, pautan el grado de autonomía de la misma respecto del resto del ordenamiento jurídico. En tal sentido, a mayor generosidad en el pasaje del derecho común menor intensidad de autonomía.¹⁹¹

190Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Editorial Depalma 1998 pag. 24.

191Sarthou, analizando la autonomía del derecho laboral procesal, sistematiza los grados de intensidad de la misma y distingue los siguientes: a) Negación Absoluta: el conflicto de trabajo debe estar sometido a las normas procesales del proceso común. ; b) Negación Atenuada: el proceso será el del derecho procesal común pero con ciertos principios especiales de adecuación al conflicto laboral; c) Autonomía tendencias: constatación de un ritmo tendencial hacia la autonomía; d) Autonomía con admisión de la subsidiariedad del derecho procesal común ; e) Autonomía Absoluta: en caso de integración deberá acudirse a los principios del derecho procesal laboral y del derecho laboral sustantivo y a la doctrina más recibida de la especialidad sin aplicar subsidiariamente las normas del derecho procesal común.

Analizando el art. 15 del dec. ley 14.188, aunque reconoce que adopta la postura mayoritaria, expresa no compartir la solución. Por el contrario indica que comparte el criterio de la autonomía absoluta por cuanto la solución de trasplantar institutos como la prescripción, la perención o la carga de la prueba en su concepción tradicional, opera graves consecuencias. De allí que se opone a la integración con el derecho procesal común indicando que de no existir norma de derecho procesal laboral aplicable, no habría de recurrirse al derecho procesal común sino que deberá integrarse con los principios del derecho procesal laboral. **Sarthou, Helios** op. Cit. "Proposiciones de un derecho..." en Trabajo , Derecho y Sociedad . T. II FCU pags. 134-135.

La solución de la ley 18.572 que enlaza y sistematiza el derecho laboral procesal, no elimina totalmente la supletoriedad del derecho procesal común sino que le permite el ingreso, le pone un filtro de admisión.

En realidad, no es éste un proceder nuevo del legislador ya que hizo lo propio en otros procesos que reguló especialmente desplazando al régimen general disponiendo su aplicación únicamente en forma supletoria: art, 13 de la ley 16.011, art. 7 de la ley 16.045, art. 2 de la ley 17.940 por su remisión a la ley 16.011, art. 40 de la ley 18.331, art. 25 de la ley 18.381, y art. 6 de la ley 18.507. Y a la misma técnica había recurrido antes en el dec. ley 14.188 , luego derogado por la ley 15.982 que creó el Código General del Proceso. El art. 6 del dec. ley 14.188 detallaba el procedimiento a seguir en primera y segunda instancia en materia laboral. Y el art. 15 indicaba que “En todo lo que no esté previsto en la presente ley regirá lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y en las leyes 9.594, de 12 de setiembre de 1936, 13.355, de 17 de agosto de 1965 y demás disposiciones especiales en materia laboral, en cuanto fueron aplicables...” Lo que significa estando al tiempo de vigencia del dec. Ley 14.188 que preveía como fórmula de integración de lo no previsto las mismas dos vertientes: el derecho procesal común y las disposiciones especiales en materia laboral.

La supletoriedad de las normas del derecho procesal común es admitida en un número considerable de legislaciones (códigos de trabajo que contienen reglas de procedimiento o leyes procesales especiales) pero en la mayoría de los casos en que esto ocurre (CLT de Brasil, art. 769, CT de Costa Rica , art. 445, CT de Guatemala art. 326, art. 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela de 2002,etc) se advierte la preocupación por evitar que los principios del derecho

procesal laboral resulten desnaturalizados a causa de la insuficiencia de las previsiones , aunque ello no sea fácil de alcanzar.¹⁹²

A su vez la IV Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT en el año 1949 que recoge en la cláusulas 14 y 15 de la Resolución de Montevideo sobre tribunales de trabajo, principios concernientes al procedimiento laboral y subraya que las reglas del derecho común no debieran aplicarse en la jurisdicción laboral sino en cuanto no contradigan las normas de éstas ni la naturaleza especial, simple, breve y expedita de su procedimiento.¹⁹³

Esta ha sido una opción del legislador uruguayo, claramente en el entendido que el ordenamiento jurídico está constituido por un conjunto de normas jurídicas que sistematizadas conforman las distintas disciplinas jurídicas, pero que se mantienen necesariamente integradas, de modo de conjugar en armonías las posibles desarmonías. De allí que resulta artificioso pretender el aislamiento de una de esas disciplinas. En su lugar entonces, el legislador realiza una opción política en cuanto a la modalidad de lograr la articulación y coexistencia.

En el caso uruguayo, la ley 18.572 a sabiendas de la incompletez del ordenamiento laboral procesal ya existente y el que estaba creando, eligió las modalidades de enlace con el derecho procesal común. En tal sentido y para

192 **Barbagelata, Héctor Hugo.** “ Los medios de prueba en el procedimiento laboral “ en rev. Derecho Laboral n. 119 pag. 534. Además en la cita n. 13 invoca la opinión de Tissembaun en El Derecho del Trabajo en Argentina , en El Derecho Latinoamericano del Trabajo , pag. 80 en tanto indica que la misma fórmula se observa en los códigos de procedimiento laboral que se aplican en la capital federal y en las provincias argentinas, donde solo en caso de ausencia de normas procesales especiales para resolver situaciones de procedimiento, se aplica el derecho procesal común y en cuanto no altere los fines propios del derecho procesal laboral.

193 **Barbagelata, Héctor Hugo.** op. cit “ Los medios de prueba... pag. 537.

precaer los principios rectores de la disciplina, diseñó expresamente en el art. 31 de la ley 18.572 un modelo de autonomía atenuado que habilita recurrir a institutos del derecho procesal común bajo la condición – excluyente – de un análisis puntual de compatibilidad con la columna vertebral de la disciplina.¹⁹⁴

Esta perspectiva y la clara constatación de la incompletez de la ley 18.572, demanda una constante labor integrativa del operador.

3.1. ¿QUÉ SIGNIFICA INTEGRAR?

La integración constituye una herramienta del Derecho para solucionar las lagunas en el sentido de casos no previstos en forma expresa o que no pueden ser resueltos por la interpretación extensiva.¹⁹⁵

La integración constituye un proceso intelectual que se inicia con la constatación de la ausencia de disposición en un cuerpo normativo, que permita solucionar un supuesto; continúa con la identificación de los instrumentos a utilizar para llenar la

194En la óptica opuesta se hallan algunas tendencias doctrinarias. Ciertos autores que postulan una Teoría General del Proceso y plantean la existencia de un modelo procesal único aplicable a todas las disciplinas jurídicas. (**Devis Echandía, Hernando**. Compendio de Derecho Procesal Civil T. I. pag. 7; **Véscovi, Enrique**. Teoría General del Proceso. Temis Bogotá pag. 12. Otros autores que sin desconocer la autonomía científica del Derecho del Trabajo como disciplina sustantiva, sustentan la conveniencia de un Derecho Procesal del Trabajo inserto en la unidad del Derecho Procesal común aunque manteniendo especialidades. (**Hernández Álvarez, Oscar** “Unidad del Derecho Procesal y autonomía del Procedimiento Laboral” en Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Anuario 2012 pag. 109) Finalmente otros autores que siendo favorables a la autonomía, la admiten con mayor o menor grado de intensidad. (citados por **Murgas Torraza Rolando** en “Las nuevas tendencias del Derecho Laboral Procesal en Iberoamérica” en Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Anuario 2012 pag 133.

195Se relevan autores que entienden que la analogía – clásica herramienta para la integración – constituye parte de la tarea interpretativa y no un medio de integración. **Bobbio, Norberto** “L analogia nella lógica del diritto” IGUT, Turín, 1938 pag. 121. En contra, Guastini Riccardo. Op. Cit.

ausencia; sigue por la elección de uno si es que hay una pluralidad y su puesta en funcionamiento, y finaliza con la creación de la nueva norma que resolverá el caso.

Este proceso intelectual se vincula sustancialmente a la actividad del juez, quien, no puede dejar de fallar y para ello debe buscar la solución poniendo en funcionamiento los mecanismos que le plantea el ordenamiento jurídico.

Si se atiende al ordenamiento jurídico nacional, dando una mirada especial a las regulaciones que tienen vocación de amplitud como el texto constitucional y el Título Preliminar del Código Civil, se advierte que el método para colmar los vacíos recurre a dos técnicas: la analogía y la supletoriedad. (arts. 332 Constitución, 16 del C.Civil, 5 de la ley 15.750)

La analogía, como se desprende de su presencia contumaz en el ordenamiento jurídico a la hora de colmar vacíos, ha sido valuada por la comunidad – por el constituyente, y también por el legislador – como un procedimiento justo; establece la justicia de igualdad que se concreta en igual trato para dos casos esencialmente iguales.

Supone un proceso de valoración sobre dos situaciones de hecho: la prevista y la imprevista y consiste en la aplicación extensiva de los principios extraídos de la norma, a un caso no previsto pero que presenta afinidad con otro que una disposición regula.¹⁹⁶ La afinidad o elemento de identidad no es uno cualquiera sino aquel, que el legislador tomó en cuenta. Razón por la cual lo que interesa “el fundamento” de la ley análoga.¹⁹⁷ Como se advierte el procedimiento integrativo

¹⁹⁶Castán Tobeñas, José. Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. Citado por Rossi Albert, Rosina. González, Gustavo. Integración y analogía. en Grupo de los Miércoles. Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo. AA.VV. ed. FCU, 1995 pag. 102.

¹⁹⁷Jiménez de Aréchaga, Eduardo Interpretación e integración pag. 49.

implica una postura axiológica que se descompone en la elección de la norma que regulará el supuesto similar a través del análisis de su fundamento o ratio, en la conclusión de comunicad de “razón de ser “entre el caso previsto y el no previsto y , finalmente , en la concreción de la nueva regla jurídica que regulará el supuesto no previsto expresamente por el legislador. ¹⁹⁸

En el procedimiento supletorio en cambio, no se verifica creación por el hermeneuta sino que es la misma disposición del ordenamiento jurídico que se integra a la solución de caso no previsto. En este procedimiento no se lleva a cabo un reciclaje o adaptación, sino la directa aplicación de otra disposición. ¹⁹⁹

3.2. INTERPRETACIÓN DEL ART. 31 DE LA LEY 18.572

Como viene de plantearse, el art. 31 de la ley 18.572 prevé cómo proceder ante la imprevisión de disposición normativa aplicable a determinado conflicto. Pero, aplicarlo, supondrá previamente desentrañar su sentido. Vale decir que también el art. 31 de la ley 18.572 necesita ser interpretado.

Como ya se ha analizado, el legislador en el art. 30 en sede de interpretación impuso al hermeneuta el camino a recorrer para determinar el alcance de una determinada regla de derecho objetivo. Pautas que por otra parte no se agotan en la interpretación de las disposiciones de las leyes 18.572 y 18.847 sino que la guían a todas las otras de la misma materia independientemente de su fuente:

¹⁹⁸Rossi, Rosina . González, Gustavo. op.cit “Integración...” pag. 107.

¹⁹⁹De la Fuente , Horacio. “Responsabilidad laboral y ley civil “ en rev. Derecho Laboral , n. 153 pag. 138

disposiciones procesales especiales en materia laboral, disposiciones del derecho procesal común, etc. Ello, con fundamento no solo en la integridad y coherencia del sistema sino también con apoyo literal en la referencia sin exclusiones a “normas procesales”²⁰⁰

Retomando lo analizado sobre interpretación²⁰¹, el art. 30 plantea dos aspectos a tener en cuenta: uno el concepto de interpretación conforme y otro, los modelos comparativos para evaluar la conformidad.²⁰²

Persigue la ley que la interpretación de la regla procesal sea consonante con dos objetos: los principios del art. 1 y los principios y reglas del bloque de constitucionalidad.

Estas reglas aplicadas a la interpretación del art. 31 echan luz tanto del procedimiento a seguir (que, como se planteó antes, habrá de quedar plasmado en la argumentación jurídica) como del contenido que habrá de presentar la posible solución para concluir en su legitimidad.

En tal sentido el operador que deba resolver una laguna en el ámbito laboral procesal, deberá buscar la solución por los caminos que indica el art. 31, pero, no dará por agotada la tarea sin antes, comprobar que la posible solución es

200 **Rossi Albert, Rosina.** Primera lectura de la ley 18.847...

201 Numeral 2 de este mismo capítulo.

202 El significado gramatical del adjetivo “conforme “ refiere a semejante, parecido, ajustado, acorde, simétrico, consonante, afín, concordable, satisfactorio. De allí que pueda deducirse que la “interpretación conforme” alude a que la misma resulte acorde o afín con algo.

compatible con los principios procesales y sustantivos del Derecho del Trabajo y con los principios y reglas del bloque de constitucionalidad. (Art. 30)

3.3. EL MODELO LEGAL DE INTEGRACIÓN DEL ART. 31 DE LA LEY 18.572

Si se compara la estructura del art. 31 con la de otras disposiciones normativas que con vocación de generalidad se ocupan de solucionar lo no previsto expresamente, se advierte que se aproxima más a la del art. 332 de la Constitución y al art. 14 del Código General del Proceso, que a la del art. 16 del Código Civil.

Véase.

El art. 332 de la Constitución dispone que los preceptos que reconocen derecho a los individuos así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

El art. 14 del Código General del Proceso indica que en caso de vacío legal se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes que rigen situaciones análogas y a los principios constitucionales y generales de derecho y especiales del proceso y a las doctrinas más recibidas, atendidas las circunstancias del caso.

El art. 31 de la ley 18.572 después de precisar cuándo corresponde acudir al proceso integrativo – cuando se constate algo no previsto por ella – indica que todo lo que no esté previsto en la ley se regirá por lo dispuesto en las “disposiciones especiales en materia laboral” y las del “Código General del Proceso

en cuanto sea aplicable, se ajuste a lo dispuesto por el art. 1 y 30 de la ley y no contradiga lo principios del Derecho del Trabajo”.

El art. 16 del Código Civil por su parte indica que corresponderá acudir a los fundamentos de las leyes análogas y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

Como se advierte este último pauta el proceso integrativo a través de fuentes excluyentes: mandata acudir a los fundamentos de las leyes análogas y si todavía subsistiere la duda, a las otras fuentes. En cambio tanto el art. 332 de la Constitución como el art. 14 del Código General del Proceso y el art. 31 de la ley 18.572, a través de la conjunción “y”, ubican las fuentes de integración en un plano de igualdad.

Lo que permitiría deducir en un primer abordaje, que el hermeneuta en la tarea de búsqueda de la solución de lo no previsto por la ley 18.572 podría acudir, en principio, tanto a las disposiciones especiales en materia laboral como a las del Código General del Proceso previo el examen exitoso de compatibilidad que marca la misma.

Empero a poco que se reflexione y contextualice el problema, prestando atención a la autonomía que reconoce el sistema a través de la exclusión que dispone el art. 7 y de la gravitación de los principios procesales y sustantivos que de conformidad con el art. 30 son la columna vertebral del sistema, el orden de prelación se deducirá de la consideración de las fuentes a la luz de ellos.

Como echa de verse tanto la labor de interpretación como la de integración están condicionadas por los principios, los procesales y los sustantivos del Derecho del Trabajo. Como, conforme el art. 30, todas las disposiciones normativas

procesales encontrarán sentido en concreción de los principios – procesales y sustantivos- también ellos fungirán de guardianes del sistema en a la hora de solucionar un vacío.²⁰³

En consecuencia, los principios procesales de la materia laboral – los expresos del art. 1 y los implícitos que se deducen como constantes de las disposiciones normativas- , y los sustantivos del Derecho del Trabajo, son los custodios de que el derecho laboral procesal sea instrumental a la realización del objeto del Derecho del Trabajo. Son los custodios de la fidelidad del sentido que se irroge a las disposiciones normativas en la tarea de interpretarlas, y los porteros del pasaje de fuentes cuando de solucionar vacíos se trate. Como expresa **Barretto Ghione**, “el ordenamiento jurídico laboral termina recluyéndose en el contorno dibujado por Los Principios.”²⁰⁴

Cuanto viene de analizarse permite realizar las siguientes deducciones luego de que se diagnostique que la ley 18.571 no plantea solución a determinada hipótesis:

- a) Si el ordenamiento jurídico da cuenta de una “disposición especial en materia laboral “que en principio presenta vocación analógica con el caso no previsto, el hermeneuta, primero, descubrirá su sentido a la luz del art. 30 de la ley 18.572 y luego y si resultara susceptible de aplicación , se llenará el vacío a través de la operación mental que importa el

203 **Barretto Ghione, Hugo**. “Principios de igualdad y protección en el proceso laboral “en rev. Derecho Laboral n. 237 pag., 69.

204 Esta expresión la incluye cuando presenta la edición a su cargo de Los principios del Derecho del Trabajo. **Plá Rodríguez, Américo**. Los Principios del Derecho del Trabajo. .Edición al cuidado de Hugo Barretto Ghione. Fundación de Cultura Universitaria, julio 2015 , pag9

procedimiento analógico. Lo supondrá cotejar la hipótesis no prevista con la prevista en la disposición normativa que se considera, y si son coincidentes inferir el principio que encierra ésta última y con él construir la solución del caso.²⁰⁵ Requerirá entonces una doble operación mental sobre la que el aplicador argumentará: primero la interpretación de la disposición normativa especial y segundo, el cotejo de hipótesis, deducción del principio que nutre la solución prevista y la creación de la del caso no previsto por aplicación del mismo principio.

- b) Si el ordenamiento jurídico da cuenta de más de una “disposición especial en materia laboral “habrá de seguirse el derrotero descrito en el literal anterior con cada una de ellas, y en definitiva se aplicará la que pueda deducirse más favorable al trabajador en aplicación del principio protector en su proyección de la regla de la norma más favorable.²⁰⁶ Ello por cuanto el resultado de la integración debe comulgar con los principios del Derecho del Trabajo, los procesales y sustantivos, los del art. 1 de la ley 18.572 y los implícitos y los del bloque de constitucionalidad.²⁰⁷
- c) Si el ordenamiento jurídico no presenta disposición especial alguna susceptible de analogía, la solución puede hallarse por aplicación directa de los principios procesales y sustantivos. Ello por cuanto la interpretación del

²⁰⁵Rossi, Rosina . González, Gustavo. op.cit “Integración...” Op. Cit. pag. 107.

²⁰⁶Plá Rodríguez, Américo. Op. Cit. Los Principios ..., pags. 103-107. .

²⁰⁷Fernández Brignoni, Hugo. “Concurrencia y sucesión de normas laborales” en op. Cit. AA.VV Treinta y seis...pag. 91 y sgtes.

art. 31 conforme con los lineamientos del art. 30, conducen entre otras fuentes de cotejo, a la Constitución. Y, el art 332 de la Constitución, reconoce para la integración a “los fundamentos de las leyes análogas, los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.” En consecuencia la interpretación constitucional del art. 31 de la ley 18.572 permite inferir que los principios procesales y sustantivos del Derecho del Trabajo cumplen función normativa. **Plá Rodríguez** distingue los principios generales de derecho de los principios del Derecho del Trabajo. Indica que más que una fuente, éstos son emanaciones de otras fuentes y concluye que tienen efectos normativos en tanto se expresan a través de las doctrinas mas recibidas que, sí constituyen fuentes de integración conforme los arts. 16 del C. Civil y 332 de la Constitución. ²⁰⁸

d) Si la hipótesis es la concurrencia entre una disposición especial en materia laboral y una propia del derecho procesal común, expresada en el Código General del Proceso, la búsqueda de la solución hace patente la influencia que podría tener la estructura del art. 31 de la ley 18.572. Ante todo debe destacarse que en este caso, entrarían en juego los dos mecanismos legales de solución de vacíos, cada uno de ellos con su proceso de razonamiento característico. En efecto. El debate se plantearía entre el procedimiento analógico con una disposición especial en materia laboral o la aplicación

208 **Plá Rodríguez** entiende que se erigen como instrumentos de integración en tanto se expresan a través de las doctrinas mas recibidas. **Plá Rodríguez, Américo**. Op. Cit. Los Principios ..., pags.42., “Los principios del Derecho del Trabajo” en AA.VV. Treinta y seis estudios sobre fuentes del Derecho del Trabajo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 1995 pag.9 y sgtes. **Márquez Garmendia, Martha-Russo Carballa , Rosario**. “Las normas consistucionales como fuente de Derecho individual del Trabajo” en op. Cit AA.VV. Treinta y seis...pag.139 y sgtes. **Federico RosenbaumCarli** expresa que son aptos para la integración ciertos principios procesales que representan derechos y que evidentemente son inherentes a la personalidad humana y derivan de la forma republicana de gobierno. Op. Cit “Interpretación e ...” pag. 138

supletoria del derecho procesal común sujeta al test de compatibilidad. De todos modos el primer paso consistirá en la interpretación de ambas a la luz de los modelos del art. 30 de la ley 18.572. El segundo paso, abordará la demostración de que la disposición del derecho procesal común sorteó el control de compatibilidad con los principios procesales y sustantivos del Derecho del Trabajo. El tercer paso deberá resolver cómo interpreta la estructura interna del art. 31 de la ley 18.572. Conforme se ha analizado previamente, se relevan argumentos de peso para sostener que éste no indica escalones excluyentes de razonamiento, por lo que se deduce que la preferencia entre una y otra, se resolverá en base a la especialidad y autonomía del Derecho Laboral Procesal. También en este caso, el timón que ilumine la decisión estará representado por el principio protector en la proyección de la regla de la norma más favorable que, en principio, estará expresada en la disposición especial en materia laboral. Empero, la amplitud del principio permitiría incorporar disposiciones del derecho procesal común que sin embargo en el cotejo, resultaran más favorables para la tutela del trabajador.

En este punto resulta interesante recordar los abordajes doctrinarios que otrora se realizaron respecto del art. 15 del dec. Ley 14.188 que presentaba una estructura similar a la del art. 31 en análisis, recorría un camino distinto pero indirectamente puede entenderse que llegaba a la misma conclusión.

En tal sentido Barrios De Ángelis indicaba que si bien en el texto legal las dos fuentes se hallaban en plano de igualdad, de encontrarse sobre el mismo punto una solución distinta en ambas, en aplicación del precepto de que la ley general no deroga a la especial, debería primar la regulación de la disposición especial.²⁰⁹

²⁰⁹Barrios De Ángelis, Dante. "Los poderes del juez letrado de trabajo" en op. Cit. Nuevo Proceso Laboral ... AA.VV Colegio de Abogados del Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 1974 pág. 144.

Tarigo sostuvo una interpretación similar según se deduce del análisis de la solución de los aspectos no previstos expresamente sobre la conciliación laboral. Señala que en tanto no se relevan disposiciones especiales en materia laboral que referidas a la conciliación, lo no previsto debería integrarse con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil ya que ninguna de ellas había sido modificada por las dos leyes de Abreviación de los juicios.²¹⁰

En definitiva apelando al criterio de la especialidad concluía en la preferencia de las disposiciones especiales en materia laboral que por definición, son más favorables al trabajador que las del derecho común por cuanto aquellas se construyen sobre los principios especiales del derecho laboral procesal que reconoce como su insignia al principio protector.

Cabe reflexionar que la opción legislativa del art. 31 en cuanto a mantener en la redacción las fuentes de integración en plano de igualdad, no agreda la autonomía del derecho laboral procesal. Ello por cuanto, sea ya por el camino de la preferencia de la ley especial sobre la general como expresaban los autores citados en la interpretación del art. 15 del dec. Ley 14.188, sea por la gravitación del principio protector que preside el Derecho del Trabajo y por ende el Derecho Laboral Procesal, la solución devengará en aquella que resulte más favorable al trabajador. De tratarse de una norma especial, resultará naturalmente de hallarse el principio protector en su génesis. De tratarse de una norma del Derecho Procesal, resultará del examen de admisibilidad resultante de la compatibilidad

²¹⁰Tarigo, Enrique. "Estructura y desarrollo del nuevo proceso laboral" en op. Cit. Nuevo Proceso...pags. 90-91.

con los principios procesales y sustantivos del Derecho del Trabajo como indica el art. 31.

Así, la autonomía no resultaría afectada, justamente, por cuanto esa búsqueda de la disposición de fundamento análogo debe verse iluminada por aplicación de los principios que particularizan el Derecho del Trabajo. Independientemente de la fuente a la que se acuda. Especialmente, los principios de protección e irrenunciabilidad que no solo se infieren de toda la disciplina sino encuentran incluso reconocimiento expreso en los arts. 53 de la Constitución y 2 literal e) de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.²¹¹ El juez, en clara aplicación del principio sustantivo al proceso, debe salir a la búsqueda de la disposición más favorable a los intereses del trabajador. De allí que aunque en la alternativa venza la regla del Código General del Proceso, que hubiera sorteado el control de compatibilidad previsto por el art. 31, la autonomía no se vería herida, si su elección para aplicarse al caso no previsto respondiera al principio protector y en especial a la regla de la norma más favorable. El juez entonces, viene a actuar como custodio de la realización del principio protector porque, aunque imparcial, no puede ser neutral en la medida que su arbitraje tiende a la realización de una disciplina protectora.²¹²

Cierto es que existiendo normas para la integración en las dos vertientes admitidas por el legislador, la que sea calificada como disposición especial en materia laboral, por definición, habrá de estar en consonancia con los principios

211 **Rossi, Rosina. González, Gustavo.** op cit “Integración...pag. 106)

212 **Joaquín Aparicio Tovar, Jesús Rentero.** “El juez laboral imparcial pero no neutral” en Rev. Derecho Social N. 4 ed. Bomarzo.

rectores de la disciplina. Empero, la posibilidad de que en el derecho procesal común se releve una disposición más favorable no puede descartarse a priori y en forma genérica sino caso a caso.²¹³

Pongamos un ejemplo.

La ley 18.572 no plantea regulación alguna acerca de los medios probatorios y su producción.

El supuesto es un proceso cuyo objeto consiste en la reparación del daño moral sufrido por acoso sexual, equivalente a seis mensualidades y al amparo del art. 11 de la ley 18.561.

Respecto del número de testigos que cada parte podría ofrecer, ante el silencio de la ley 18.572 se presentarían como alternativas de integración por un lado el art. 159 inc. 2do del CGP que previene que por cada hecho a probar no podrá proponerse más de cinco testigos salvo que exista motivo fundado a juicio del tribunal; por otro, el art. 8 de la ley especial 18.561 que en lo que respecta al procedimiento administrativo limita el número de testigos a cinco por parte. En caso de entenderse que las reglas de instrucción administrativa guardan un fundamento análogo a las de indagatoria en vía jurisdiccional, el juez estaría llamado a elegir entre la aplicación de una u otra disposición. Otra vez, la elección debe estar guiada por el principio protector – regla de la norma más favorable – y, en el caso recayendo la carga de la prueba sobre el trabajador podría deducirse que la mayor amplitud probatoria en la prueba testimonial, le resultará más

²¹³Presenta puntos de contacto con el tema que se aborda, el pensamiento de **Barrios De Ángelis, Dante** en análisis realizado para la aplicación supletoria del derecho procesal común (el Código de Procedimiento Civil y las dos leyes de abreviación de los juicios 9594 y 13.355) cuando se hallaba vigente el dec. ley 14.188. Indicaba el autor que ante la contradicción entre una norma especial relativa a un proceso laboral y una del derecho procesal común, corresponde priorizar la ley especial, manteniendo el precepto de que la ley general no deroga la especial. Op. Cit. AA VV. Nuevo Proceso Laboral . Pag. 147.

favorable a la satisfacción de su carga. Vale decir que en el caso, la aplicación de la regla del derecho común, desplazaría a la de la disposición especial por ser más favorable. Aunque cierto es, no se podría concluir el razonamiento sin que el art. 157 inc.2do del CGP fuera sometido al examen de compatibilidad previsto por el art. 31. Esto es, su conciliación con los principios de los arts. 1, 30 y los del bloque de constitucionalidad. Y, confrontada esta regla con tales variables, parece conciliar sin dificultades por cuanto y especialmente en lo que respecta con el principio de celeridad, el mayor número de testigos no necesariamente lo inficionaría.

Por cuanto viene de decirse, la autonomía del Derecho del Trabajo que es una de las razones por las que el Derecho Laboral Procesal también es autónomo²¹⁴, es la que garantiza que la solución finalmente aplicada para colmar el vacío sea la que concilie, o la que mejor concilie con el principio de protección del trabajo humano. De allí que la elección entre las disposiciones especiales en materia laboral y las posibles analogías, y las disposiciones del Código General del Proceso previo examen de compatibilidad, estará guiada y pautaada por aquella que resulte más protectora para el trabajador. Justamente por cuanto el control último y más afinado consiste en que la llave de paso está representada por los principios del Derecho del Trabajo. Entre ellos, el hegemónico, el principio protector.

En definitiva la incompletez de la sistematización de la ley 18.572 y aún de la posterior 18.847 que buscó entre otros objetivos completar la labor de la primera

214 **Sarthou, Helios.** Op. Cit. "Proposiciones sobre un derecho procesal laboral autónomo" en Trabajo,... pág. 131; **Barbagelata, Héctor Hugo.** "La forma de la apelación en el procedimiento laboral" en rev. Derecho Laboral n. 85 pág. 127. **Couture, Eduardo.** "Algunas nociones fundamentales de derecho procesal del trabajo" en Tribunales de Trabajo. Derecho Procesal del Trabajo. Ed. Instituto de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe 1941, págs. 113-114.

pero de todos modos dejó múltiples aspectos sin resolver, es solo aparente. Ello por cuanto el propio sistema especial aporta las herramientas para completarlo.

Así puede decirse parafraseando a Couture, que el sinnúmero de silencios de la ley 18.571, son silencios llenos de voces:

primero, porque confirman el propósito de la austeridad legislativa, ocupada sustancialmente en regular aquellos puntos neurálgicos de un proceso jurisdiccional a medida del Derecho del Trabajo; segundo, porque presenta un modelo de textura abierta-controlada apelando a la integridad del ordenamiento jurídico pero delimitando la discrecionalidad del aplicador a través de precisa descripción de la llave habilitante del paso del derecho procesal común. Como ilustrativamente se ha dicho, el art. 31 opera como el “guardián” de la ley.²¹⁵ Quizás no solo de la ley 18.572 sino del Derecho Laboral Procesal que ésta y otras normas jurídicas conforman.

Corresponde asignarle a la disposición la trascendencia que realmente presenta. En tal sentido, el art. 31 de la ley 18.572 considerado contextualmente y en especial en conjunto con el art. 7, sellan definitivamente la autonomía del derecho laboral procesal. Ello por cuanto, al tiempo que diseña un sistema procesal especial que desplaza al derecho procesal común, le asigna una función supletoria previo riguroso examen de compatibilidad con la estructura vertebral del Derecho del Trabajo. Lo que significa decir, que toda vez que deba acudir a otros ordenamientos para colmar vacíos, el principio protector será la guía que ilumine la tarea. Y como se admite el ingreso del derecho procesal común, el modelo puede calificarse como de autonomía atenuada.

²¹⁵ Ilustrativa expresión del Profesor **Hugo Barretto** en el Curso de posgrado sobre el nuevo proceso laboral impartido en la Facultad de Derecho en diciembre- marzo 2009- 2010. También, op. Cit. **Barretto Ghione, Hugo**. op. Cit. “Principios de igualdad...” pag. 71.

3.4. EL CONTENIDO

3.4.1. LAS “DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL”

La expresión legal presenta tres componentes cuyo sentido corresponde desentrañar; uno, la fuente, otro, la especialidad y otro la materia.

En cuanto al tipo de fuente de *“las disposiciones”*.²¹⁶

La referencia plantea por lo menos dos interrogantes acerca de las disposiciones a las que podría acudir en vía de integración: una, si es a cualquiera de las fuentes del Derecho del Trabajo y otra si entre estas están incluidos los principios.

En cuanto a la primera interrogante.

Atento a la autonomía del Derecho del Trabajo y a la particularidad de varias de sus fuentes cabría preguntarse si cualesquiera éstas podrían ser instrumento hábil para la integración.

El punto ineludiblemente debe contestarse a la luz del art. 18 de la Constitución indica que “Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios”. De allí que el principio de legalidad que éste reconoce llevaría a contestar la interrogante en forma negativa. En consecuencia, solo disposiciones especiales de jerarquía legal podrían actuar como instrumento normativo de integración en

²¹⁶El legislador parece haber seguido la distinción de Guastini entre disposiciones y normas. **Guastini, Riccardo.** “Il diritto come linguaggio. Lezioni. “ en *Analisi e diritto. Sere teórica*. N. 46.; op. Cit. Interpretar y ...pag. 26. **Giappichelli, Torino**, citado por **Bardazano, Gianella** en op. Cit. “Literalidad...” pag. 50.

el ámbito procesal, salvo claro está, que la ley se remitiera o delegara en la reglamentación.²¹⁷

Por su parte, también tendría vocación integrativa cualquier otra fuente del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales por su contenido de principios y su jerarquía supra legal. Que como se advierte supone la admisión de la función integradora de los principios en su condición de matriz o principio activo sobre el que se construye todo el andamiaje del Derecho del Trabajo.²¹⁸

En cuanto al segundo cuestionamiento.²¹⁹

El ordenamiento jurídico se conforma de normas (en el sentido de disposiciones) y principios.²²⁰

217Tal es el caso de la ley 18.561 y su decreto reglamentario n. 256/2017. En efecto. La ley 18.561 plantea un proceso jurisdiccional, uno administrativo y otro en el seno de la empresa empleadora, como instrumentos de tutela del trabajador contra el acoso sexual. La ley no tiene previsión especial sobre la prueba y debe verse que el art. 17 deriva a la reglamentación la consideración de “las especialidades del acoso sexual según se trate en el área laboral o en el docente y, asimismo, se trate del ámbito público o privado” . A su vez el decreto 256/2017 en el art. 15 reguló aspectos vinculados a la prueba, refiriéndose expresamente a la indiciaria y ejemplificando algunos hechos que, podrían fungir como indicadores del acoso.

218Barretto Ghione, Hugo. “ Principios de igualdad y protección en el proceso laboral “ en rev. Derecho Laboral n. 237 pag., 68; Ugarte, José Luis. “La rehabilitación de los principios del Derecho del Trabajo y el concepto del Derecho.” En rev. Derecho Laboral n. 252 pag.

219En principio cabe remitirse a lo analizado en el numeral anterior en cuanto a las distintas hipótesis que podrían presentarse en caso de lagunas.

220Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Planeta-Agostini 1993 pag. 9.

Los principios son valores y propósitos, a los que las normas (reglas) sirven.²²¹ El Derecho no solo está conformado por reglas dictadas por autoridades formales, sino también por otro tipo de normas cuyo fundamento no es el pedigrí, sino el valor de su contenido. De allí que los principios expresen la dimensión valorativa del Derecho.²²²

Mientras las normas se aplican o no, los principios otorgan razones para decidir en un sentido determinado, pero a diferencia de aquellas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio – su peso específico – es el que determina cuándo se deba aplicar en una situación determinada.

La norma se aplica, a identidad de supuestos, por vía de subsunción.

Los principios son mandatos de optimización y se aplican por vía de ponderación. Prescriben qué se debe hacer de la manera más amplia posible pueden ser realizados en distintos grados.²²³

A su vez el Derecho del Trabajo en tanto disciplina autónoma reconoce diversas áreas de especialidad, que por tal condición no se apartan de los valores

221 **Atienza Manuel, y Ruiz Manero** , J. “Reglas , principios y derrotabilidad” en AA.VV. Nos Ad JustitiamEsse Natos, Volumen II , Edeval , Vaparaíso, 2011 pag. 1124 citado por **Ugarte, José Luis**. “ La rehabilitación de los principios del Derecho del Trabajo y el concepto de Derecho” en rev. Derecho Laboral n. 252 pag. 678.

222 **Ugarte, José Luis**. Op cit. “ La rehabilitación de los principios...pag. 678.

223 **Plá Rodríguez, Américo**. en op.cit Los principios...pag. 18, cita a Alexy Robert. Concetto e validità del diritto. Biblioteca Einaudi Torino, pag. 73.

principales. Entre ellas, se encuentra el derecho procesal del trabajo que se construye sobre principios procesales que son derivaciones de los principios sustantivos a los que sirven en carácter instrumental.

Los principios del Derecho del Trabajo por esta condición de ser la pretensión de corrección de la disciplina, cumplen, entre otras, una función normativa en el área sustantiva²²⁴, pero también en la procesal en tanto ésta no es más que instrumental a aquella. Pero además, y quizás sobreabundantemente, han sido convocados por la ley 18.572 como modelo de cotejo y filtro para habilitar la permeabilidad del derecho procesal común.

Entonces, puede concluirse que cuando el legislador refiere a las fuentes de integración e individualiza entre ellas a las disposiciones especiales en materia laboral, está aludiendo no solo a las normas jurídicas dictadas por autoridades formales sino también a los principios del Derecho del Trabajo que legitiman, dan validez y explican los contenidos de aquellas. A todos los principios del Derecho del Trabajo que reconocen su pulmón en el principio protector.

En cuanto al calificativo de disposiciones *“especiales”*.

La interpretación contextual de esta vía de integración permite deducir que refiere a la especialidad de la materia laboral en confrontación con la generalidad del Derecho Procesal común convocado a través de la referencia al Código General del Proceso que contiene la misma disposición. De todos modos la especialidad

224 Los principios también cumplen función normativa según previsión del art. 332 de la Constitución, 16 del Código Civil y 14 del Código General del Proceso.

Para **Plá Rodríguez**, si bien cumplen función normativa, no los ubica como fuentes de integración sino en cuanto constituyen expresión de las doctrinas más recibidas. Op. Cit. Los principios...pag. 62.

viene adjetivada concretamente por un área de pertenencia que es el de “materia laboral”.

En cuanto al calificativo de disposiciones especiales “*en materia laboral*”.

El concepto de materia laboral también ha sido invocado por los arts. 3 y 7 del Sistema Laboral Procesal. En el art. 3 se reglamenta el ámbito de aplicación de la tentativa de conciliación ante las dependencias especializadas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En el art. 7, el legislador hace lo propio respecto del sistema procesal autónomo. A su vez el ordenamiento nacional da cuenta de un elenco de normas legales que han utilizado este concepto para regular distintas áreas: creación de cargos dentro de la organización del Estado o para fijar salarios y condiciones de Trabajo; asignación de obligaciones y como sinónimo de Derecho del Trabajo; distribución de competencia a órganos especializados del Poder Judicial; determinación del proceso aplicable.²²⁵

En cuanto a las que invocan la “materia laboral” para reglamentar procesos y procedimientos, los de mayor trascendencia son el dec. ley 14.188 complementado por el dec. Ley 14.491, el art. 350.3 del Código General del Proceso y la ley 17.940.

En efecto. El dec. ley 14.188 constituyó el antecedente de proceso laboral autónomo y especial que estuvo vigente hasta la derogación general realizada por la ley 15.982 que aprobó el Código General del Proceso. Durante su vigencia, doctrina y jurisprudencia determinaron su ámbito de aplicación dándole

²²⁵Sobre el ámbito de aplicación de la ley 18.572: **Garmendia Arigón Mario**. “Concepto de materia laboral. Vigencia material de la ley 18.572” en Rev. de la Facultad de Derecho en Homenaje al Profesor Oscar Ermida Uriarte, n. 31 pag. 169; **Rossi Albert, Rosina** “Ámbito de aplicación del nuevo sistema laboral procesal” en la misma publicación pag. 293. .

contenido a la materia laboral invocada por el art. 6, idéntico al de asuntos originados en conflictos individuales de trabajo. Los arts. 10 y 15 citaban expresamente el concepto de “materia laboral” respecto de la tentativa de conciliación y las reglas de integración en soluciones que, por tener similares contenidos, pueden calificarse como antecedentes directos de las previstas por los arts. 3 y 31 de la ley 18.572.

El art. 350.3 Código General del Proceso constituyó la única regla de procedimiento expresa y especial para la materia laboral del cuerpo normativo que tuvo como uno de sus designios, el contrario al dec. Ley 14.188. Cual fue, como surge de la exposición de motivos, rectificar la tendencia existente de reiterar para cada disciplina sustantiva, uno o varios tipos de proceso y procurar en cambio, soluciones generales para regir en todos los casos.²²⁶ La jurisprudencia atribuyó al concepto “materia laboral” amplio alcance, admitiendo la modificación de la pretensión en la audiencia preliminar cuando resultare manifiestamente que las carencias de asesoramiento o información hubieran determinado omisiones en relación a derechos que le asistían a la parte, tanto en procesos derivados conflictos originados en la relación de trabajo entre un trabajador y un empleador como en aquellos otros, suscitados entre un trabajador y el Estado empleador.²²⁷²²⁸

²²⁶ Numeral II de la exposición de motivos del anteproyecto de ley del Código General del Proceso.

²²⁷ Entre otras, sentencia n. 114/2009 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno.

²²⁸ No podría dejar de señalarse que la ley 19.090 de fecha 14.6.2013 y reformadora del Código General del Proceso, asigna una nueva redacción al art. 350 del CGP. Debe verse que al tiempo de vigencia de la ley 19.090, el proceso laboral ordinario y de menor cuantía ya se había autonomizado del proceso civil general regulado por el Código General del Proceso. Esta situación, sin perjuicio de mantener incólume la autonomía – ya que, como solución de principio, la ley general posterior no deroga la ley especial anterior – viene a confirmar por lo menos dos aspectos: - uno, el propósito del legislador de darle especial tratamiento a la materia laboral en el proceso y otro, la interpretación de que la especial

La ley 17.940 aludió a la materia laboral para identificar los tribunales competentes para tramitar los procesos de tutela de libertad sindical, que también reglamentó.

Como viene de verse el legislador ha utilizado el concepto de materia laboral tanto para referirse tanto al proceso autónomo como a los procedimientos especiales y la asignación e identificación de competencia entre los órganos del Poder Judicial.²²⁹

Ahora bien. La delimitación del concepto, debe, por mandato del art. 30 estar conforme con el bloque de constitucionalidad. Vale decir, debe conciliar “la

prerrogativa de modificar la pretensión prevista por la disposición en análisis aunque proveniente del derecho procesal común, es aplicable por vía de integración al proceso laboral en tanto se alinea a los principios procesales y sustantivos que operan como filtro en el pasaje del derecho común al derecho especial. (en el mismo sentido, **Valentín Gabriel**. Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo. Ed. FCU , agosto 2013 pag. 141; Reforma al Código General del Proceso. Ed. FCU pag. 298 y autores citados. Antes de la vigencia de la ley 19.090, postulando la integración de la prerrogativa procesal general al sistema procesal especial , **Klett, Sleva**. “El proceso ordinario” en Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral. Ed. FCU , feb. 2010 pag. 187)

²²⁹Corresponde poner énfasis en que de la somera revista al ordenamiento jurídico recién planteada se deduce que la materia laboral ha fungido como variable determinante no solo para la asignación de competencia de los órganos jurisdiccionales sino también de las estructuras procesales aplicables. Empero, se releva una posición doctrina, seguida por jurisprudencia que limita el influjo del concepto “materia laboral “ a la determinación de la competencia por razón de materia desplazando la tutela que significan tanto las estructuras procesales previstas por las leyes 18.572 y 18.547 y las otras que reglamentan procesos, sin un argumento jurídico razonable que explique abode los modelos comparativos de control de legitimidad previstos por el art. 30 de la ley 18.572. Sostienen esta interpretación **Taró Pablo, Olivera Germán**. “Límite normativo a la aplicación de las estructuras procesales previstas por la ley 18.572. El Estado como demandado” en Rev.Uruguaya de Derecho Procesal n. 1/2016 pags 183 y sptes; **Olvera Rangel , Germán** . “La regulación legal de la competencia laboral y su relación con la estructura procesal aplicable en caso de procesos en que sea parte una Admistracion estatal” en Rev.Uruguaya de Derecho Procesal n. 2/2011 pag. 2015 y sptes. Como indican los autores esta es la interpretación que originada en la sentencia identificada como DFA- 004-000374/2015 que ha sido seguida recientemente por la sentencia n. 192/2016 de la Suprema Corte de Justicia. (ambas en BJN)

materia laboral” - su reconocimiento y alcance- con los instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad.

Así, partiendo de que el adjetivo “laboral” significa vinculado al trabajo, debe ubicarse este bien humano – el trabajo - en cualquiera de los componentes del bloque de constitucionalidad para utilizarlo como modelo y guía de la interpretación conforme.²³⁰ Y por tal camino, se advierte que la materia laboral se halla representada por el trabajo humano como un bien jurídico que aparece especialmente tutelado en la Carta : en su goce(art. 7) , en su reconocimiento de derecho preexistente a la Constitución para todos los habitantes (art. 7) , en su especial protección cuando su titular es parte de una relación de trabajo o servicio (arts. 54 y sgtes.) o un servidor del Estado (arts. 58 y sgtes) respecto de un elenco de derechos expresamente reconocidos y de otros no identificados expresamente que le son inherentes por su sola condición de ser humano (art. 72 y 332) ²³¹²³²²³³

230Sobre el concepto de interpretación conforme, **Rossi Albert, Rosina**. “Vigencia del nuevo sistema procesal laboral. Leyes 18.572 y 18.623” en Rev. Derecho Laboral N. 236 pag. 816.

231**Cassinelli Muñoz, Horacio**. “Régimen jurídico de los trabajadores y estatuto del funcionario” en Rev. Derecho Jurisprudencia y Administración t. 58 pag. 16 y t. 65 nros 11 y 12 pag. 279; **Vázquez Cristina**. Manual de la función pública. FCU Montevideo 1988 oag, 49 y sgtes. ; **Mantero Álvarez, Ricardo**. Límites al derecho huelga. Ed. Amalio Fernández Montevideo 1992 , Pag. 41. .

232**Risso, Martín**. ¿Qué es la constitución? Universidad Católica pag. 34, del mismo autor Derecho Constitucional pag. 265 – 283.

233Esta autora ha ahondado en el fundamento de la tesis de la fuerza expansiva de la Constitución como integrante del bloque de constitucionalidad de lo derechos humanos laborales, y una reseña de un grupo de autores que comparten la idea de la fuerza expansiva de la Carta como componente del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales en op.cit. “Vigencia del nuevo sistema procesal...” pags . 806 808.

La interpretación constitucional del concepto “materia laboral” de la ley 18.572 no puede ser ni diversa ni más estrecha que la materia laboral de la Carta. En tal sentido, “disposiciones en materia laboral” será comprensiva de todas aquellas que regulen trabajo humano sin exclusiones, aunque sin dejar de analizar caso a caso la compatibilidad entre el fundamento de la disposición especial y el de la situación no prevista.

3.4.2. EL “CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN CUANTO SEA APLICABLE, SE AJUSTE A LO DISPUESTO POR LOS ARTS. 1 Y 30 DE LA LEY 18.572 Y NO CONTRADIGA LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO”

La importación de las soluciones del Código General del Proceso al nuevo sistema procesal laboral, no es automática. El art. 31 de la ley 18.572 ley describe un mecanismo habilitante del traspaso.

Se trata de un proceso que habrá de recorrerse cuidadosamente y por etapas. Cuidadosamente, custodiando que la argumentación jurídica explique acabadamente la opción de integración respetando la coherencia con los postulados que concretaron la autonomía instalada por leyes 18.572 y 18.847. Por etapas, expresamente delimitadas por el legislador que el hermeneuta deberá inexorablemente recorrer e ir sorteando, para poder concluir en la compatibilización y por ende en la admisibilidad del traspaso.

Primero, razonablemente debe entenderse que cuando la ley invoca las disposiciones del Código General del Proceso, está haciendo referencia también a todas las que desde el año 1989 lo han venido engrosando y también a las que vendrán, de conformidad con el art.4 de la ley 19.090 que le operó modificaciones.²³⁴

Segundo, debe tratarse de una disposición “aplicable”. Con ello, el legislador alude a que la disposición considerada para transportar, regule una situación análoga a la no prevista.

Tercero, la disposición del Código General del Proceso que se considera para “importar” deberá interpretarse conforme con el art. 30 y con ese producto confrontarla para valorar si sintoniza, en régimen de complementariedad, con tres modelos: los principios del art. 1, los del art. 30 y los del Derecho del Trabajo.

Pues bien. Como se advierte, los tres modelos consisten en principios, unos procesales otros sustantivos. En realidad esta es la nota más característica del nuevo sistema procesal laboral: la presencia, invasión y decisiva influencia de los principios a lo largo y ancho del sistema, en soluciones concretas y como herramientas para ello. Por tanto también en el área de la tutela procesal los principios conforman el contorno del Derecho del Trabajo.²³⁵

Al respecto entonces, cabe analizar el proceso legal de importación, el contenido de los principios y sus fuentes y la eventual tensión entre ellos.

234 Resulta interesante cuestionarse si la referencia al Código General del Proceso es expresa o podría irrogársele una interpretación extensiva que abarcara también otras disposiciones procesales no integradas a éste y que hubieran sorteado el problema de la vigencia. Podrían ensayarse dos respuestas: una, que atento a la autonomía del Derecho Laboral Procesal, la remisión supletoria condicionada que dispone el art. 31 constituye una solución de excepción, y por ende no admisible de interpretación extensiva. Otra, que la interpretación evolutiva de la disposición determinaría que, tanto si mañana se derogara el Código General del Proceso o si se considerara una disposición normativa no integrada a éste pero vigente, la respuesta debería ser producto del mimos test de compatibilidad previsto en el art. 31. Y de ser compatible, sería admisible.

235 Barretto Ghione, Hugo. Op. Cit . Los Principios ..., pag 9

En cuanto al primer punto, esto es, el trasiego de una disposición del Código General del Proceso para resolver una hipótesis no considerada ni expresa ni implícitamente por la ley 18.572, está previsto y precisamente reglado. La estructura del art. 31 permite deducir que no basta con que la disposición a transportar compatibilice con uno de los principios, sino que el juez debe chequearlos todos y deducir un resultado positivo armónico con los principios argumentando también en su caso las razones por las cuales en la emergencia uno deba ceder respecto de otro.

Significa pues que el juez llamado a resolver el caso no previsto, podrá hacerlo aplicando una disposición del Código General del Proceso pero deberá inexorablemente cumplir el mandato legislativo, argumentando detalladamente la compatibilidad entre la que se propone transportar y los modelos que indica el art. 31 de la ley 18.572. En definitiva, la legitimidad de la solución integradora redundará de la argumentación jurídica del operador. Así, el art. 31 opera como “guardián”²³⁶ de la autonomía y el juez como ejecutor de tal custodia.

En cuanto al segundo punto. Como los principios son mandatos de optimización y no poseen una estructura como la de las normas – supuesto y consecuencia jurídica – ni se aplican por el mismo mecanismo – subsunción – sino por vía de la ponderación, podría ocurrir que la disposición a trasladar sin perjuicio de conciliar con todos los principios, operara sin inficionar ninguno, pero potenciando uno en detrimento de otro.

Se estaría, no ante una antinomia entre principios sino ante la mayor realización de uno respecto de otro. Las normas en cambio, se cumplen o no se cumplen y sus contradicciones se resuelven a través de los criterios jerárquico,

²³⁶Barretto Ghione, Hugo. op. Cit. “Principios de igualdad...” pag. 71.

cronológico o de especialidad. Para resolver la tensión entre principios correspondería acudir al mismo mecanismo de solución que en el caso de las antinomias. Esto es, la ponderación.

Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.²³⁷ Consistiría en establecer una jerarquía axiológica y no más que para el caso concreto, entre los principios en tensión.²³⁸ Un principio va a ceder frente a otro, pero ello no significa que uno de los dos principios – el que cedió – no sea válido sino que en el caso concreto uno de ellos tendrá mayor peso y triunfará frente al otro; el conflicto se resolverá no por la vía de la validez sino según la dimensión y peso de los principios en pugna.²³⁹ Siguiendo a la doctrina que distingue fases de la ponderación, ante una disposición del Código General del Proceso a importar al proceso laboral y que opere potenciando un principio pero debilitando otro, correspondería transitar las siguientes etapas : primero, confirmar que concilia con los principios y que aunque no inficiona , opera constriñendo el desarrollo de uno y potenciando otro; segundo, chequear la idoneidad de la disposición a transportar para colmar la situación no prevista; tercero, indagar la indispensabilidad de ese transporte, vale

237 **Pietro Sanchís, Luis.** “Neo constitucionalismo y ponderación judicial.” en op.cit. Neoconstitucionalismos ...pag. 137.

238 De allí que **Guastini** se refiera a ella como “jerarquía móvil”. citado por **Juan José Moreso** en op.cit “Conflictos entre principios constitucionales” en Neoconstitucionalismos...pag. 103. También , Guastini, Riccardo. Op. Cit. Interpretar y ...pag. 175.

239 **Alexy, Robert.** Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pag. 81-98.

decir, si no existe otra disposición que la resuelva sin constreñir principio alguno de los señalados en el art. 31; cuarto, concluir que la aplicación de la disposición transportada soluciona el caso no previsto redundando en un cierto equilibrio entre el mayor desarrollo de un principio y la limitación de otro; esto es, cuanto mayor sea el la afectación de uno, mayor deberá ser la potenciación del otro.²⁴⁰

Resulta imprescindible una argumentación jurídica que edifique un razonamiento judicial por pasos, legitimante en definitiva del transporte normativo. El proceso que describe el art. 31 demanda un juez activo que realice una argumentación prospectiva evaluadora de las alternativas integrativas y de sus consecuencias. Echa de verse además, que cada uno de los pasos involucra una dinámica de valoraciones que por un lado importan un obrar discrecional pero por otro lado, lo limitan. Únicamente la sólida argumentación jurídica podría sostener el procedimiento de ponderación; en definitiva el mandato constitucional de motivación de la sentencia (arts. 12,18 y 72) que se presenta blindado desde la propia Carta con la responsabilidad personal del juez. (Art. 23)

Finalmente, en cuanto al contenido concreto de los principios de los arts. 1 y 30 así como los que integran el bloque de constitucionalidad, corresponde remitirse al análisis realizado al abordar la interpretación de la ley procesal.

Cabe destacar todavía que la referencia a los principios del Derecho del Trabajo, viene a darles carta de ciudadanía en su rol integrador consolidando un camino recorrido por la jurisprudencia nacional alentada por la doctrina.²⁴¹ Haberlos incorporado expresamente como modelo para la llave de paso de soluciones del derecho procesal común, viene a confirmar una vez más el

²⁴⁰Pietro Sanchís, Luis op.cit “Neoconstitucionalismo y...” describe en forma general las fases de la ponderación. pag. 150.

propósito de diseñar un sistema procesal a medida del Derecho del Trabajo y por ende de sus pilares vertebrales.²⁴²

3.5. EL TEST DE LEGITIMIDAD DE LA INTEGRACIÓN

Cuanto viene de analizarse el camino entre las fuentes pautadas por el art. 31 de la ley 18.572, determina que el operador ante el vacío normativo, deba someter el proyecto integrativo a un test de legitimidad. La solución proyectada solo será legítima si aprueba el test de legitimidad que la misma disposición ilumina y por ende conformará, necesariamente, la argumentación jurídica que pretenda sustentarla.

En tal sentido, no podrá adoptarse una solución meramente supletoria – “importada” automáticamente - por cuanto ello no se encuentra autorizado por el sistema, lo que no implica confundirlo con la posibilidad de recurrir al derecho procesal común para integrar. La solución directamente supletoria resultará insuficiente si no se acompaña de la demostración argumentativa de su legitimidad a través del análisis de su compatibilidad con los ejes del sistema laboral procesal.

241 **Raciatti, Octavio.** Op. Cit. “ Los principios del derecho laboral en el ...” en Derecho Procesal del Trabajo. ed. Fundación de Cultura Universitaria. 2005. pag. 25; **Raso Delgue, Juan.** Op. Cit. “El principio protector...” en Derecho Procesal del Trabajo pag. 53.; **Beñarán Burastero, Pilar.** “Principio de búsqueda de la verdad material” en Derecho Procesal del Trabajo. pag. 120.

242 **Rossi Albert, Rosina.** El rol del tribunal ¿se modifica en el anteproyecto de ley elaborado por la Comisión designada por la Suprema Corte de Justicia? Ponencia oficial en las Primeras Jornadas Uruguayo-chilenas celebradas en Montevideo el 5.6.2007, versión editada en CD.

De allí que pueda afirmarse que en todos los casos en que la integración sea necesaria, la realización del test de legitimidad de la solución integrada, resultará ineludible.

4. CONCLUSIONES PRIMARIAS SOBRE LAS HERRAMIENTAS DE APLICACIÓN DEL NUEVO SISTEMA. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN

Los arts. 30 y 31 que se han analizado, más los arts. 1 y 7 provocan dos efectos trascendentes. El primero. En su conjunto sellan la especialidad de la ley 18.572 frente al Código General del Proceso que por su vocación de generalidad, bien puede ser identificado como el derecho procesal común y resulta desplazado salvo cuando expresamente y a través de determinados mecanismos, la propia ley 18.572 habilita su ingreso. La ley 18.572 no utilizó la técnica de la derogación expresa, sino la tácita derivada de la especialidad en la medida que puede detectarse la ocurrencia de los requisitos para que opere este fenómeno: identidad de materias disciplinadas por ambos cuerpos normativos; identidad de los destinatarios afectados o amparados; contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos implicados; y el enfrentamiento de dos normas de igual jerarquía.²⁴³

La teoría general de la derogación define tres reglas fundadas en conceptos de lógica que disciplinan la relación temporal de las leyes: la ley general deroga la ley general anterior; la ley especial deroga parcialmente la ley general anterior; la ley general no deroga necesariamente la ley especial. Por su parte, también la teoría general indica dos consecuencias de la derogación tácita: la nueva disposición

²⁴³Supervielle, **Bernardo**. "De la derogación de las leyes y demás normas jurídicas." en Estudios en memoria de Couture. pag. 394, 410,415.

posee preeminencia sobre el orden jurídico vigente; sin embargo, la unidad del ordenamiento jurídico indispensable para la evolución normal del derecho, provoca la regla de la conservación de lo que no es inconciliable con la modificación introducida.²⁴⁴

Aplicando estos conceptos al fenómeno legislativo provocado por la ley 18.572, atendiendo a su contenido y especialmente a lo disciplinado por los arts. 1, 7,30 y 31, puede deducirse que el Código General del Proceso ha quedado desplazado para la materia laboral en todos aquellos aspectos en los que pueda apreciarse interferencia o pugna.²⁴⁵ En base a éste fundamento, ha operado la inaplicabilidad de las reglas de interpretación e integración del Código General del Proceso (arts. 14 y 15), que han devenido sustituidas por las especiales de la disciplina de los arts. 1, 30 y 31. En consecuencia, la aplicación de una disposición de la ley 18.572 para crear la concreta solución de cada caso, habrá de someterse a la interpretación bajo la nueva disciplina; lo propio, en la dinámica de la importación de preceptos del Código General del Proceso para solucionar situaciones no previstos que además de examinar su compatibilidad bajo las reglas del art. 31, habrá de ser interpretado conforme con las del art. 30.

Lo que significa que la autonomía del Derecho del Trabajo – todo, sustantivo y procesal – trae aparejado que, tanto las disposiciones normativas de cuño netamente laboral, procesales o sustantivas, como la “importadas” de otras ramas

²⁴⁴Supervielle, **Bernardo**. op.cit “ De la derogación ...” pag. 484.

²⁴⁵Supervielle, **Bernardo**. op.cit “De la derogación ... pag. 416.

del derecho, habrán de ser interpretadas, inexorablemente a la luz de las reglas de aplicación previstas en la ley 18.572.²⁴⁶

Finalmente, como segundo efecto provocado por la reglamentación de los arts. 1,7, 30 y 31 debe indicarse la consolidación de la autonomía del nuevo derecho procesal laboral pautaada por la ley 18.572 que sella su instrumentalidad respecto del Derecho del Trabajo.

Y todo el edificio laboral procesal – conformado por las dispersas disposiciones anteriores a las leyes 18.572 y 18.847 y éstas - se construye sobre la base del principio protector que a su vez dispara los restantes principios. El principio protector del derecho laboral sustantivo se instala expresamente y domina también, el derecho laboral procesal. Cabe hacer hincapié en que esta el dominio que ahora indican las leyes 18.572 y 18.847, tiene de novedoso, nada más, que es expreso. Ello por cuanto su linaje constitucional determinaba que no necesitaba de tal declaración para constituir la usina del derecho laboral procesal.

Así.

La legitimidad del producto de la aplicación de los enunciados normativos, depende que opere como expresión de concreción de los principios del Derecho del Trabajo.

²⁴⁶**Abal Oliu, Alejandro.** Op. Cit. “Interpretación, integración y...” en Nuevas Especialidades del proceso sobre materia laboral. Pag. 50, realiza una lectura crítica y contraria. Expresa que el art. 30 de la ley 18.572 no establece un método de interpretación, sino solamente una regla subsidiaria, aplicable tan solo para el caso de que una disposición admita más de una interpretación. Agrega que por ello, siendo un supuesto no previsto, conforme la regla que resulta de del art. 31, para saber cual es el método de interpretación que debe seguirse necesariamente deberá estarse a lo que dispone el art. 14 del CGP con la peculiaridad de que – siempre en cuanto a las disposiciones de esta ley – si luego de aplicar todos los métodos que ese artículo del CG admite, fueran dos o más sentidos posibles para la disposición interpretada, según este art. 30 deberá optarse por aquel de dichos sentidos que mejor se adecue a los principios o reglas del art. 1 de la ley 18.772 y 72 u 332 de la Constitución.

Respecto de la actividad interpretativa, la legitimidad del sentido que entienda descubriese de una disposición normativa, depende de su perfecta conformidad con los principios del Derecho del Trabajo. Vale decir, que la argumentación demuestre que ha sorteado con éxito el test de compatibilidad en los términos del art. 30 de la ley 18.572.

Respecto de actividad de integración ante el diagnóstico de una solución no prevista, la que finalmente se adopte recorrerá el derrotero del art. 31 de la ley 18.572 y será aplicable en la medida que la argumentación logre demostrar que ha sorteado con éxito el test de compatibilidad en los términos de la misma disposición. De allí que la supletoriedad dispuesta sin tal demostración, o sea la “importación “automática se encuentra deslegitimada por el mismo sistema laboral procesal.

CAPÍTULO V: LA CARGA DE LA PRUEBA. DELIMITACIONES CONCEPTUALES DE INSTITUTOS VINCULADOS A LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA Y EN EL SISTEMA LABORAL PROCESAL AUTÓNOMO

La prueba judicial tiene por finalidad establecer si determinados hechos, relevantes para la decisión, han ocurrido o no. Sin embargo la verdad de esos hechos resultará relativa, aproximada, y variable, principalmente por dos razones: la primera , porque depende de los instrumentos cognoscitivos que se pueden emplear para conocerla; y la segunda, porque depende del contexto procesal en el que se produce (el tipo de proceso, las normas que lo regulan y las que especialmente regulan la prueba, el lenguaje, la connotaciones ideológicas vinculadas a los distintos modelos de proceso en las diversas épocas históricas. ²⁴⁷

²⁴⁷Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Ed.Trotta. 2009 pag.74-76.

A su vez la carga de la prueba constituye uno de los institutos que conforman el tema mayor de la prueba.

El objetivo de analizar la carga de la prueba y sus contenidos luego del advenimiento del sistema laboral procesal autónomo, provoca el interés de delimitar ciertos conceptos aledaños cotejando su regulación con las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales de la teoría general de la prueba referidos al derecho procesal común.

De allí que se abordarán varios de ellos previstos por la ley 18.572 con las modificaciones que le operara la ley 18.847 del elenco de disposiciones que se refieren a la prueba, a saber: art. 1 inc. 2do, art. 4 inc 3ro, art. 8, art. 9, art. 13, art. 14 inc 2do, numerales 4,6 y 7; art. 20, 21, y art. 22 numerales 3, 5,6 y 7.

Couture refiere a lo que identifica como los problemas de la prueba: qué es la prueba, qué se prueba, quién prueba, cómo se prueba y qué valor tiene la prueba. O en otros términos, el problema del concepto de la prueba, el objeto de la prueba, el procedimiento probatorio y la valoración de la prueba y, la carga de la prueba.²⁴⁸

²⁴⁸Couture Eduardo J.op. Cit. Fundamentos ... pag. 178.

1. EL OBJETO DE LA PRUEBA. LOS HECHOS DE LA CAUSA

Indica también que *el objeto de la prueba* refiere a los hechos²⁴⁹ y a las afirmaciones²⁵⁰, que deben ser probados en el proceso.²⁵¹

El hecho o los hechos, constituyen la finalidad esencial de la prueba en el proceso judicial. Como idea aproximada y desgajado de su vínculo jurídico, puede decirse que los hechos son acontecimientos y circunstancias concretas, determinadas en el espacio y el tiempo, pasados y presente, del mundo exterior o de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico.²⁵² Y desde el interés jurídico podrían identificarse una gama de hechos: los referentes a la conducta humana(actos voluntarios , involuntarios , individuales, colectivos, las simples palabras pronunciadas y las circunstancias de

²⁴⁹Couture, Eduardo. J. op. cit. Fundamentos ...p180.

²⁵⁰Parra Quijano, J. Manual de derecho probatorio. Bogotá, 1986 pag. 12 citado por op. cit.AA.VV. Código General del Proceso, comentado anotado y concordado por Enrique Véscovi y colaboradores. Tomo 4 Ed. Ábaco. Buenos Aires.T. 4 pag. 30. Respecto de las "afirmaciones", expresa Michele Taruffo que cuando se habla de la verdad de un hecho, en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho; por lo que concluye que lo que se prueba en el proceso judicial es la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. (La Prueba. Ed. Marcial Pons, Madrid 2008, pag. 19)

²⁵¹Barrios De Ángelis, Dante expresa que el objeto de la prueba es aquella parte del objeto del proceso que el tribunal no debe dar por existente si no ha sido probada, o siendo disponible, tenida por cierta por falta de oposición. Es el conjunto de hechos que como expresa el art. 137 (se refiere al Código General del Proceso) , requieren prueba o tienen necesidad de ser probados. (El proceso civil. Ed. Idea, Montevideo, 1989 pag. 203)

²⁵²Rosenberg,Leo. Tratado de derecho procesal civil. Tomo II. Libro Segundo. Cap. IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, ps. 202-203.

tiempo, modo y lugar, así como el juicio de calificación que de esos hechos se tenga, siempre que en todos los casos sea perceptible); los hechos naturales en los que no interviene la conducta humana; las cosas y objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material con independencia de haber sido producidos o no por el hombre; la persona humana como existencia física y sus características; y los estados o hechos síquicos del hombre (el conocimiento, la intención o voluntad, siempre que no impliquen conductas traducidas e hechos externos ya que en tal caso pertenecería a la categoría de hechos de la conducta humana) ²⁵³ . A los que puede agregarse los hechos hipotéticos o probables. ²⁵⁴

De todos modos, los que interesan al proceso y requieren de prueba son los hechos relevantes, por lo que es preciso determinarlos. Éstos no pueden individualizarse a priori y en forma genérica sino conectada a la pretensión que se ventila y al proceso en el que se enmarcan. Como consecuencia de ello, existen otros hechos que aún integrando el objeto del proceso, no deben integrar el objeto de la prueba y por ende quedarán excluidos de la actividad probatoria. ²⁵⁵

253 **Devis Echandía, Hernando** citado por **AA.VV. Código General del Proceso**, comentado, anotado y concordado por Enrique Vécovi y colaboradores. Tomo 4 Ed. Ábaco. Buenos Aires pag. 38.

254 **AA.VV. Código General del Proceso**, comentado, anotado y concordado por Enrique Vécovi y colaboradores. Tomo 4 Ed. Ábaco. Buenos Aires pag. 38.

255 **Abal Oliú, Alejandro**. Derecho Procesal. Tomo IV. Las funciones procesales (continuación). Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, noviembre 2014 pag. 20 y sgtes.

Ello también ocurre respecto de las dos estructuras procesales previstas en las leyes 18.572 y 18.847 así como en los otros cuerpos normativos que regulan procesos especiales en materia laboral.

Por lo que es preciso señalar a la luz de la reglamentación, cuáles son las pautas para la individualización de *los hechos relevantes en los procesos en materia laboral*.

En primer término, y de acuerdo a la teoría general de la prueba, el hecho relevante no puede determinarse aisladamente y en desconexión con el hecho previsto en la regla de derecho objetivo que se entiende es aplicable para la resolución del conflicto.²⁵⁶ Esto es el hecho calificará como relevante en un proceso determinado teniendo en cuenta una o varias reglas de derecho objetivo cuya aplicación se persiga para obtener la satisfacción de la pretensión ventilada.

El hermeneuta entonces habrá de identificar la disposición normativa aplicable para la solución de la controversia y en ella al hecho que la misma considera como hipótesis para dar lugar al despliegue de las consecuencias jurídicas que prevé. Claro que no bastará con la identificación de la disposición normativa aplicable sino que en tal tarea estará involucrada también, una actividad interpretativa de la misma. La utilidad de esta operación que vincula la hipótesis normativa con la hipótesis del conflicto, consistirá en poder deducir la satisfacción de la carga de la afirmación que grava al actor; vale decir, evaluar si el actor trajo al relato del proceso el hecho que interesaba al mismo en función de lo que pretendió.

²⁵⁶Taruffo, Michele. Op. Cit. La prueba... pag. 91.

El art. 8 de la ley 18.572 disciplina la demanda y para ello remite expresamente al art. 117 del CGP.²⁵⁷ Éste a su vez indica que la demanda deberá contener “ la narración precisa de los hechos” y el art. 9 hace lo propio con la contestación remitiéndose al art. 130 del CGP que indica que la forma de ésta seguirá las establecidas para la demanda.

De allí que tanto la demanda como la contestación estarán gravadas con la carga de la afirmación de hechos: el actor deberá relatar hechos y el demandado deberá relatar otros que además controviertan los del actor.

Ello que trae aparejado que el juzgador mucho antes de ingresar en la etapa de valoración de la prueba, habrá de resolver si cada parte invocó los hechos de la vida, relevantes en el proceso de conformidad con la norma cuya aplicación pretende para lograr el éxito de su pretensión. El actor los hechos imprescindibles para sustentar su pretensión (que incluyen los que a su vez sustentarán la liquidación de la misma) y el demandado, si es que va a oponerse, los hechos que contradigan categóricamente los invocados por el actor.²⁵⁸ Lo que provoca la ineludible determinación de cuáles son esos hechos. No se trata de un análisis cuantitativo, ni de la evaluación de cuán verborrágica sea la demanda, sino de un

257 Corresponde precisar que en este caso así como en todos los otros en los que el Derecho Laboral Procesal consolidado, cuando se remite al CGP, de conformidad con el art. 4 de la ley 19.090, debe entenderse, con las modificaciones operadas por ella y las que se realicen en el futuro.

258 Cargas que el tribunal apreciará en diferentes momentos del proceso: la carga de afirmación del actor, al controlar la demanda (art.8) y la del demandado al fijar el objeto de la prueba y evaluar la pertinencia del dictado de la sentencia definitiva parcial(arts.13,14 numerales 2 y 4) ; y ambas cargas, también al resolver en la sentencia definitiva. **Rossi Albert, Rosina.** “Hechos, derecho y congruencia en situaciones de comunicación de la responsabilidad en el proceso laboral uruguayo” en rev. Derecho Laboral n. 263 pag. 497; “Comunicación de la responsabilidad laboral. Proceso jurisdiccional: hechos del proceso y congruencia” en AA.VV. Estudios de Derecho Laboral en Homenaje al Profesor Octavio Raciatti. Fundación de Cultura Universitaria, mayo 2017. pag. 173. , dea.

razonamiento en etapas: la primera, determinar qué pretendió el actor; la segunda, cuál fue el derecho objetivo que quiso hacer valer; la tercera, en él determinar la hipótesis de hecho considerara y finalmente en la cuarta, cotejar si el actor narró lo esencial del hecho de la vida que en su perspectiva se compadece con el considerado por la norma cuya aplicación pretendió. Es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye “el hecho”. El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir como punto de referencia de los efectos que la norma prevé. La referencia a la norma jurídica y al supuesto de hecho de ésta, es útil para establecer qué circunstancias de hecho son jurídicamente relevante en el caso concreto y, por tanto , para establecer qué hechos deben ser determinados a los efectos de la decisión. A su vez ello determinará qué hechos son los que constituyen (deberían constituir) el objeto de la prueba a producir en el proceso.²⁵⁹²⁶⁰

En consecuencia el hecho calificará como relevante en función de la concreta pretensión que se ventile.

En segundo término, se tratará de los hechos que invoquen las partes. Según se deduce del art. 1 inc. 2do. ningún otro sujeto del proceso está autorizado para introducir hechos, lo que ilustra el claro carácter dispositivo del sistema con independencia de los poderes probatorios del tribunal. Vale decir que las fronteras fácticas del debate se ceñirán a las alegaciones de actor y demandado, que

259 **Taruffo, Michelle.** La prueba de los hechos. Ed. Trotta 2009 pags. 89, 90 , 92., 97. **Giglio , Wagner.** Direito Processual do Trabalho. 8va edicao. Editora Sao Paulo. Pag. 241 .

260 De allí que la base del razonamiento judicial en la etapa de la fijación del objeto de los hechos a probar, reclama una previa labor interpretativa del tribunal de la norma jurídica correspondiente.

pondrán límite tanto a la actividad probatoria de las partes como del tribunal y al contenido de la sentencia.²⁶¹²⁶²

En tercer término, hechos que invoquen las partes tempestivamente, esto es, en las oportunidades que el sistema habilita: en los escritos introductorios (arts. 8 y 9), posteriormente y hasta la fijación definitiva del objeto de la prueba en la

261 **Raciatti, Octavio.** “ Incidencia del CGP en el proceso laboral uruguayo” en Revista de la Facultad de Derecho n.3-4 1990 pag. 193, comentando el art. 350 del CGP, sostiene que al no preverse limitación expresa, corresponde interpretar , la admisibilidad de que el tribunal investigue hechos aunque no sean los invocados por las partes.

Sobre el punto, también **Goldstein, Eduardo. Mariezcurrena , Patricia.** “Algunas reflexiones sobre los poderes de instrucción en el proceso laboral” en Derecho Procesal del Trabajo. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Año 2005 pag. 263 y ss. ; **Sarthou, Helios .** “Facultades judiciales inquisitivas en el proceso laboral uruguayo” en Trabajo, Derecho y Sociedad. T. II. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004 pag. 137, y sobre la posibilidad de que el tribunal sentencie sobre hechos no invocados por las partes, pag. 167. **Abella de Artecona, Martha.** “ El Código General del Proceso desde la perspectiva del Derecho Laboral” en Rev. Derecho Laboral n. 154 pag. 213, recogiendo la idea de Gelsi Bidart, Adolfo , en “Proteccion o garantía procesal en el CGP” en RUDP4/1988 pag. 467

262 Sentencias que refieren al límite que ponen los hechos invocados por las partes y se fundan en el principio dispositivo, todas posteriores a la vigencia del Sistema Laboral Procesal que edictó la ley 18.572, y publicadas en la BJA : TAT 4º TURNO. 103/2016 de fecha 11/05/2016. En aplicación del principio dispositivo, el Tribunal revoca la condena al pago de horas extra, en tanto el fundamento del fallo de primera instancia se aparta de lo invocado por el actor. *"Justamente, el actor erigió su reclamo por horas extras sobre una línea argumental de la que no podía apartarse el Oficio sin vulnerar el principio de congruencia, so riesgo de fallar distinto de lo impetrado, que fue lo que, en definitiva, ocurrió."* TAT 4º TURNO. 75/2016 de fecha 12/04/2016. El Tribunal confirma la sentencia de primera instancia. la parte actora se agravia por el rechazo de los rubros respecto de los que las dos sentencias indicaron que no había sido reclamados en la demanda. TAT 2º TURNO. 34/2013 de fecha 22/02/2013. Se revoca la primera instancia, que estableció el cese de la relación laboral en una fecha diferente a la alegada en la demanda, apartándose del principio dispositivo. TAT 1º TURNO. 258/2010 de fecha 18/08/2010. Se analiza la interrelación entre los principios dispositivo, congruencia y iura novit curiae. TAT 1º TURNO. 225/2010 de fecha 28/07/2010. La parte actora reclama indemnización por despido abusivo en su demanda, y no despido común el que introduce recién como agravio en la apelación. La sala confirma la sentencia apelada. TAT 1º TURNO. 110/2010 de fecha 06/04/2011. Analiza el principio dispositivo y sus excepciones. Se acoge el agravio de la parte demandada, ya que el rubro condenado no fue reclamado en la demanda. TAT 1º TURNO. 72/2014 de fecha 02/04/2014. El actor reclama para si los aportes a la seguridad social no abonados. El Tribunal acoge el agravio de la parte demandada y revoca, ya que la parte actora no invocó los daños. SCJ 560/2017 de fecha 08/05/2017. En este caso la SCJ casa la sentencia de segunda instancia, desestimando la demanda por entender que no se probó la existencia de la

audiencia única ya sea en calidad de hechos nuevos o hechos invocados por la contraparte al contestar (conforme se deduce de la doble remisión operada por el art. 8 al art. 117 del CGP y éste al “artículo siguiente” o sea al 118) o hechos a partir de los cuales se podría pretender modificar la pretensión (art. 350.3 del CGP aplicable por vía de integración admitida por la satisfacción de la mecánica del art. 31) ²⁶³

En cuarto término, serán objeto de prueba los hechos controvertidos, según se deduce de la carga de controversia que grava al demandado conforme con el art. 9 en su remisión al art. 130 del CGP (para el proceso ordinario y 21 en su remisión al art. 9 para el de menor cuantía). Se trata de controversia categórica que consiste no en mera negativa, o en la respuesta evasiva o ambigua como ilustra la misma disposición sino, de tal tenor, claridad y precisión – del hecho contrario – que no deje lugar a duda razonable de la oposición.

La estimación de la controversia y su alcance se proyecta en varios actos del proceso: en la fijación provisoria y definitiva del objeto de la prueba (arts. 13 y 14 numeral 4 para el proceso ordinario, y 22 numeral 3 para el de menor cuantía) ;

relación laboral. Entra en el análisis de las consecuencias de la no contestación de la demanda y la relación de este punto con el principio dispositivo. SCJ 284/2014 de fecha 26/03/2014. Trata la incidencia del principio dispositivo y la congruencia en segunda instancia, relacionado con la expresión de agravios. La parte demandada recurrente en casación entendió que el Tribunal de Apelaciones se aparto de dicho principio pues el actor cuestionó que se le considerara personal superior pero no idóneo de alta especialización, cuando en la sentencia de primera instancia se utilizan ambas categorías de forma indiferente. Se desestima el recurso por parte de la SCJ. 240/2017 TAT 3º TURNO de fecha 28/07/2017. La Sala acoge el agravio de la parte demandada, atento a que la sentencia de primera instancia condena al pago de indemnización por despido común siendo que la parte actora demanda solamente por despido abusivo. 396/2014 TAT 3º TURNO de fecha 14/11/2014. La Sala entiende que no existió apartamiento de la sentencia de primera instancia respecto al principio dispositivo y de congruencia en la condena por despido indirecto, rechazando el agravio, hace un análisis de los mencionados principios en el caso concreto a partir de la posición de la SCJ.

en el dictado de la sentencia definitiva parcial (art. 14 numeral 2) ; en la decisión de dar por concluida la causa, prescindiendo del diligenciamiento de la prueba y fijando directamente fecha para el dictado de la sentencia definitiva en caso de incontestación de la demanda o de allanamiento total. (art. 13 inc. 2do) ; en la consideración en la sentencia de la presunción absoluta de veracidad de los hechos no controvertidos (art. 9 en su remisión al art. 130 CGP y art. 21 en su remisión al art. 9) ; la autenticidad de los documentos. (En las mismas disposiciones legales)

En quinto término y también partiendo de la teoría general de la prueba, la invocación y por ende el control de la carga de la afirmación referirá a los hechos principales vinculados a la pretensión – hechos constitutivos - y a la defensa – hechos extintivos, impeditivos o modificativos de los primeros-. Y también en este

263En particular en lo que respecta a la posibilidad de importar la regla del art. 350.3 del CGP al Sistema Laboral Procesal, fundadas razones permiten sustentarlo que muy sintéticamente pueden expresarse en las siguientes: el SLP fue concebido y persiguió la autonomía que redundara en un sistema desigualador y protector del trabajador, de allí que el filtro para el pasaje del derecho común está representado por los principios del Derecho del Trabajo; y a su vez, el diseño de la previsión del art. 350.3 consistió, aún en el sistema procesal común, en otorgar una prerrogativa especial al actor del proceso laboral que es, de regla, el trabajador, sujeto con garantía constitucional de protección especial. En consecuencia, se trata de una disposición netamente protectora, de signo “desigualdad compensatoria”, que encarta perfectamente con lo esencial del proceso autónomo que es la protección trasladada al proceso. No podrá arguirse como un obstáculo, que el necesario otorgamiento de la posibilidad de contradicción que habrá de concederse al contrario, contrariaría el principio de celeridad, por cuanto éste debe conjugarse imprescindiblemente con el cardinal que sostiene el sistema – el protector – y los restantes que lo complementan. (Admiten la traslación de la regla del art. 350.3 : **Klett, Sleva**. “El proceso ordinario” en Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral. Ed. FCU, feb. 2010 pag. 187; **Valentín, Gabriel**. Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo. Ed. FCU , agosto 2013 pag. 141; Reforma al Código General del Proceso. Ed. FCU pag. 298 y autores citados) Si es favorable al trabajador, si resulta instrumental a la efectividad de los derechos sustantivos, vale priorizar este rédito sustancial respecto del tiempo que podría insumir el trámite para darle al demandado la oportunidad de defensa. Esto es, en el caso, efectividad del derecho sustantivo sobre celeridad. No puede soslayarse además, que en definitiva la elección de la prioridad de principios en juego, es resuelta por el trabajador, vale decir por la propia parte a quien el sistema buscó proteger. El punto se resolvería acudiendo a la técnica de solución de la colisión de principios, vale decir la ponderación. Ninguno vale mas que el otro, tan solo en la emergencia uno se prioriza sobre otro, y quien más indicado que el propio trabajador para determinarlo.

aspecto es la norma aplicable sometida a la compleja operación de interpretación que realiza el tribunal, la que determina cuál o cuáles son los hechos principales.²⁶⁴ La calificación como hechos principales trae a colación dos aspectos de interés. El primero, la admisión por parte de cierta doctrina procesal que, aún en el modelo de proceso dispositivo, admite la extensión de la facultad probatoria del tribunal vinculada a hechos secundarios, implícitos o contextuales no aportados por las partes. Vale decir, aquellos extremos fácticos que, sin ser expresamente invocados, están ínsitamente incluidos por ser causa o efecto necesario de un hecho aseverado o rodean dicho hecho como elementos sin los cuales no podría definirse el mismo como por ej., circunstancias de tiempo, modo y lugar.²⁶⁵

El segundo, la especial consideración a los hechos que conoció o pudo conocer el trabajador, atendiendo a que el grueso de los hechos del proceso referirá a la relación sustantiva en la que de regla el trabajador no participa en la decisión en torno a ellos y por ende podría estar ajeno a sus detalles o a las razones que la provocaron o a los entretelones de la gestión empresarial. Por lo que el tribunal cuando evalúe la carga de la afirmación del actor habrá de tener en cuenta lo que dijo y lo que no dijo y en tal caso, medir las posibilidades de haberlo conocido.²⁶⁶

²⁶⁴Taruffo, Michelle. Op. Cit La prueba de..., pags. 99 y 100.

²⁶⁵AA.VV. **Código General del Proceso**, comentado, anotado y concordado por Enrique Véscovi y colaboradores. Tomo 4 Ed. Ábaco. Buenos Aires pag.43.

²⁶⁶Un ejemplo puede ilustrar la hipótesis que se plantea: el trabajador demanda la responsabilidad solidaria de dos empresas al amparo de las leyes 18.099 y 18.251, relatando hechos principales como cuál lo contrató, cuál dirigió su actividad, le abonó el salario, pero no describe hechos referidos al vínculo entre las dos y en base a ello no identifica en su escrito introductorio la modalidad de descentralización empresarial que las enlaza. El tribunal en este caso, deberá evaluar si, podría o no haberlos conocido al demandar, e incluso, si hubiera podido indicarlo en base a los dichos de las contestaciones si las hubiera. **Rossi, Rosina**. Op. Cit. iHechos, Derecho...” pag. 493.

En definitiva los hechos relevantes para la causa en función de la concreta pretensión, invocados por las partes, principales y controvertidos, constituirán el objeto de la prueba determinando las fronteras de la actividad probatoria y de la decisión. De allí la trascendencia del acto procesal de determinación del objeto de la prueba, que no tolerará, a riesgo de no contemplar su función, una descripción genérica o imprecisa.²⁶⁷

Finalmente, debe verse además, que la carga de la afirmación de hechos relevantes se encuentra enlazada con la prevista en el proceso conciliatorio: el citante deberá indicar con precisión los hechos que fundamentan el reclamo y el detalle de los rubros y montos reclamados y el citado en la audiencia deberá expresar su respuesta - según se deduce de lo que debe consignarse en el acta. (arts. 3 inc. 2do y 4 inc. 2do.)²⁶⁸ - así como y eventualmente, denunciar la existencia de un tercero total o parcialmente responsable. (art. 4 inc. 3ro.) El SLP solo prevé expresamente las consecuencias de la omisión en denunciar al tercero así como la incomparecencia a la audiencia, a través de presunciones legales

267El art. 13 disciplina la fijación provisoria del objeto de la prueba y el art. 14 numeral 4 el definitivo. Este último, de manera de poder contemplar las modificaciones que se hubieran determinado respecto de los hechos a probar como consecuencia de lo actuado hasta el momento (conciliación, desistimiento parcial de la pretensión, autenticidad de documentos, etc) La fijación definitiva del objeto de la prueba es un acto procesal impugnabile mediante recursos de reposición y apelación que llevará efecto diferido conforme indica el art. 14 numeral 4.

268Sentencias del TAT 1er Turno En B.J.N. 0012-100037/2012, SEF-0012-000082/2016, SEF-0012-000384/2017, SEF-0012-000082/2016.

relativas. Pero respecto de las restantes podría deducirse también una presunción contraria al interés del omiso pero en este caso no sería legal sino hominis.²⁶⁹

2. PROCEDIMIENTO Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El procedimiento y valoración de la prueba aluden al mecanismo a través del cual se introduce, produce y rinde eficacia la prueba en el proceso. Porque como se ha dicho, el proceso no es un contexto en el que se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles, sino que, en el mejor de los casos se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular. Lo que persigue el proceso es la mejor aproximación posible a la verdad histórica o empírica de los hechos.²⁷⁰

La iniciativa probatoria, como actividad endo procesal, corresponde a las dos partes. Ambas están facultadas para probar, según se deduce de los arts. 8 de la ley 18.572 en su remisión al art. 117 del CGP y 9 en su remisión al art. 130 del CGP. Actor y demandado pueden ofrecer prueba.

Pero también corresponde al juez como dispone el art. 1 inc. 2do de la ley 18.572. Poder-deber del tribunal, que se visualiza como una concreción del principio de efectividad de los derechos sustanciales por cuanto opera como

²⁶⁹La del art. 4 inc. 3ro de la ley 18.572 puede calificarse como presunción simple genérica por cuanto refiere al conjunto de hechos cuya existencia pretendía demostrar la parte a la que la presunción desfavorece. (Valentín, Gabriel. "La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba." Revista de Derecho. Segunda época. Año 9. N.º 10 (diciembre 2014), 249-277 - ISSN 1510-3714

²⁷⁰Taruffo, Michele. La prueba . Artículos y conferencias. Ed. Metropolitana. Junio 2007, pag. 28-29.

instrumento de desigualdad compensatoria que tiende a fortalecer la posición procesal del litigante más débil. Al respecto expresa Helios Sarthou que en casos en que el debate procesal se generaliza como permanentemente no equilibrado, el Estado opta por otorgar al tercer protagonista del proceso que es su representante, poderes para restaurar el equilibrio violado y buscar la verdad real eliminando el falseamiento que crea el desequilibrio de los contendores.²⁷¹ Michele Taruffo por su parte sostiene que a menudo los litigantes no están en condiciones iguales, o al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos puede haber una parte “débil”, (el trabajador , el consumidor, el pobre) que está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían solo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de la posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad, y por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la “verdad” sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante. Pone como ejemplo el art. 10 del C. Civil francés que indica que la facultad concedida al tribunal solo debe ser utilizada cuando una parte no puede presentar ninguna prueba acerca de un hecho que ha alegado. Y dice el autor además que aunque cuando esta función del tribunal no esté expresamente prevista, debe entender generalmente que el tribunal usará estos poderes autónomos cuando resulta que una de las partes o ambas, no puedan presentar prueba relevante. En otros términos, - continúa – se supone que el tribunal tiene

271 **Sarthou, Helios.** Op. Cit. “Facultades judiciales inquisitivas ...” pag. 137.

que ayudar a las partes complementando su presentación insuficiente de pruebas.²⁷² En la misma línea de pensamiento Jairo Parra Quijano que la orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta en números ordenamientos, se basa en elecciones ideológicas en función de lo que la calidad de la decisión que cierra el proceso no es para nada indiferente e irrelevante y tiene que tender en cambio, a basarse en una comprobación verdadero de los hechos de la causa. Racionalidad e ideología en la prueba de oficio.²⁷³

Los procedimientos por los cuales el tribunal puede llegar a una razonable convicción sobre la existencia de los hechos que integraron el objeto de la prueba, consisten, o bien en la introducción al proceso de “fuentes de prueba” a través de los “medios de prueba” que los ilustren, o bien, partiendo de la razonable convicción sobre la existencia de hechos que no integraron el objeto de la prueba (los indicios), en la actividad mental que a través de un silogismo en base a las reglas de la experiencia, normal , técnica o científica, le permite concluir en un juicio de valor – presunción judicial – acerca de la existencia de los hechos que sí integraron el objeto de la prueba. ²⁷⁴

272 **Michele Taruffo** Op. Cit. “Artículos...Investigación judicial y producción de prueba por las partes” pag. 83-84.

273 Bogotá, 2004 pag. 9 y 51 citado por **Taruffo, Michelle** en op. Cit. La prueba...”Poderes probatorios de las partes y el juez en Europa. “pag. 287.

274 **Abal Oliú, Alejandro**. Op. Cit. Derecho Procesal. Tomo IV. Las funciones pag.44.

La valoración de la prueba ingresa en el área de la fundamentación de la sentencia por cuanto el decisor debe, inexorablemente, justificar el juicio de hecho, vale decir los hechos que “serán tenidos” por verdaderos para construir la decisión. El juez identifica los hechos controvertidos – y que por ende requieren prueba - , razona la prueba y fundamenta por qué entiende que la producida ha sido eficaz como para tenerlos , todos, algunos, o ninguno para , a ellos aplicarle el derecho correspondiente y resolver la pretensión. No pueden confundirse decisión con fundamentación. Ello por cuanto pueden distinguirse dos fases en el razonamiento del juez, la decisoria y la justificatoria que son, cronológica, estructural y funcionalmente distintas, estando la primera orientada a construir la decisión y la segunda a presentar las razones que justifican la decisión. Pensar que las dos fases del razonamiento coinciden y que la segunda no es otra cosa que la anotación de la primera, es irremediamente un error que solo puede cometer quien no conoce o quien no quiere conocer la realidad de las decisiones judiciales. Cualquiera que sea el modo en que el juez valore la prueba y formula la decisión sobre los hechos, no puede excluirse en absoluta que pueda y, por tanto, deba presentar argumentos racionales para sostener y justificar las decisiones a las que ha llegado sobre las bases de la prueba.²⁷⁵

La única razón que legitima la sentencia, y la obligación de los sujetos de someterse a ella, está en los por qué de la misma.

El juez que no justifica sus propias decisiones de la motivación de la sentencia ejercita el poder del que dispone de manera arbitraria y sustancialmente antidemocrática y viola una de las garantías fundamentales del proceso precisamente por cuanto se sustrae del control externo de las razones por las

275 **Taruffo, Michele.** Op. Cit. La prueba . “...Artículos ...” , pag. 33-34. .

cuales ha usado de su poder de un modo determinado. No se puede hablar de una decisión motivada si el juez no indica específicamente y mediante argumentos racionalmente articulados, las bases cognitivas, los criterios de valoración y las inferencias que justifican su valoración de la prueba y el juicio final que deriva de esta valoración.²⁷⁶

3. LA CARGA DE LA PRUEBA

Finalmente, *la carga de la prueba* indica la situación jurídica en la que se halla la parte procesal sobre quien deberán recaer las consecuencias desfavorables de la ausencia o insuficiencia de prueba.

La carga de la prueba, no refiere a la facultad sino al gravamen impuesto a la parte procesal.

En perspectiva netamente procesal refiere a la conducta impuesta a uno o más litigantes para que acrediten la veracidad o falsedad de los hechos enunciados por ellos. No supone un derecho del adversario sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito.²⁷⁷

En tal sentido consiste en la regla que determina quien prueba: cuál de los sujetos que actúan en el juicio (actor, demandado, juez) debe producir la prueba

²⁷⁶Taruffo, Michele. La prueba. Op.cit. Artículos. “ Algunos comentarios sobre valoración de la prueba” , pag. 35-36. Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. “Los controles sobre las pruebas” Ed. Trotta 2009 pag. 436.

²⁷⁷Couture , Eduardo. Op. Cit. Fundamentos...pag. 198. .

de los hechos que han sido materia de debate²⁷⁸ y estando a ello, sobre cuál parte corresponden que recaigan los efectos de la insuficiencia de la prueba. Ésta regla describe la situación jurídica de la parte que está llamada a probar. A su vez, situación jurídica refiere a la posición de una persona respecto de una norma procesal que la comprende, porque dicha persona es, o hace algo que la norma describe en su supuesto de hecho.²⁷⁹ Constituye un imperativo del interés propio de la parte a quien corresponde; la parte gravada con la carga de la prueba, en caso de falta de prueba, sufrirá las consecuencias desfavorables. Corolario, colabora con la decisión judicial sobre la *questio facti*. Le aporta al tribunal una regla de juicio ya que le indica cómo tiene que fallar a pesar de la falta de prueba.

280

En consecuencia la carga de la prueba carece de incidencia alguna cuando la actividad probatoria de las partes depare al tribunal la convicción de la existencia o inexistencia de un hecho controvertido. Si el hecho que interesa se entiende comprobado con la prueba producida, no es necesario indagar en la distribución de la carga de la prueba. En cambio adquiere relevancia cuando aquella no logra ilustrarlo. En tal caso, el tribunal, que no podrá dejar de fallar, acudirá a evaluar a

278**Couture, Eduardo.** Op. Cit. Fundamentos... pag. 197.

279**Barrios De Ángelis, Dante.** “Las situaciones jurídicas” Separata de la Revista del Colegio de Abogados de La Plata. 1961, pag. 7.

280**Devis Echandía, Hernando.** Op. Cit. Teoría general de la pag. 426.

qué parte correspondía probar de forma de hacerle cargar con las consecuencias perjudiciales que provoca la incertidumbre sobre los hechos controvertidos.²⁸¹

Corolario en la operación compleja del razonamiento del juez, la etapa de valoración de la prueba supone , siempre a la luz de los hechos previa y precisamente determinados como integrantes del objeto de la prueba, recorrer los siguientes pasos: considerar la prueba producida por iniciativa de las partes; en su caso, la de oficio; valorar la fuerza persuasiva de los medios probatorios producidos y de las presunciones judiciales; y luego el camino se abre en dos posibilidades: o bien entiende convincente la diligenciada y está en condiciones de resolver sobre los hechos que ella arroja; o bien , si entiendo que la producida no arroja luz, identificar a la parte procesal gravada con la carga de la prueba de cada hecho. Recién después, aplicar la regla de juicio que le indica que quien estaba gravado es quien debe soportar las consecuencias negativas de la insuficiencia o ausencia de prueba.

De allí, que no se trate de una regla de prueba, sino de una regla de juicio por cuanto va dirigida al tribunal.

281Palacio, Lino. En Derecho Procesal Civil. Buenos Aires 1972 T IV pag. 362 y 363, citado por **Stepanicic Emma. Valentín, Gabriel**. “La carga de la prueba en el proceso laboral” en Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart pag. 481; y op. cit . Código General del Proceso. Comentado... T. 4 pag. 72. **Abal Oliu, Alejandro**. Op. cit pag, 138 y sgtes. **Valentín, Gabriel**. “Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”. El mundo procesal rinde homenaje al maestro Adolfo Alvarado Velloso. Pag. 735. **Engisch, K**. Introducción al pensamiento jurídico. Guadarrama Madrid, 1967 pag.82-85, citado por **Reyes Oheninger, Alberto**. “La flexibilización de la carga de la prueba (art. 139 CGP) es ley “ en Revista Uruguaya de Derecho Procesal. N. 3/2007 pag. 595. **Gelsi Bidart**, en “Carga de la prueba. Ubicación procesal” en RUDP 1988/1 pag. 19, citado por **Reyes Alberto** en op. Cit “La flexibilización ...” pag. 595 expresa que “pese a tanto elogio y ríos de tinta consumidos en su estudio la carga de la prueba no resulta lo incidente que sugiere la dogmática procesalista: “en algún aspecto y en algún proceso puede resultar de significación residual cuando y si todo el conjunto de la prueba diligenciada no resulta suficiente para definir , en todo o en parte, la reconstrucción de los hechos que dieron lugar al planteamiento del proceso”

Ello habilita tres deducciones. La primera, que la carga de la prueba no opera como criterio principal sino residual a la situación de ausencia o insuficiencia de prueba, y que se ubica en un momento temporal posterior a la evaluación de la actividad probatoria efectivamente desplegada. Si se comprueba un hecho, no interesa analizar el desempeño probatorio de las partes, ni cuál de ellas produjo la prueba. Solo interesa si el hecho queda huérfano de respaldo probatorio. La segunda, que la carga de la prueba constituye una regla de juicio dirigida al juez y no a las partes.²⁸²,y que por tal debe reputarse conocida por éstas. La tercera que la atribución de la carga probatoria provocará efectos mediatos a la efectividad del derecho sustantivo.²⁸³

Por lo que viene de decirse, la parte que se encuentra gravada con la carga de la prueba ostenta una posición más comprometida en el proceso, y a su vez, la parte que se encuentra amparada con la exoneración de ésta, o al menos su debilitamiento, verá simplificada su situación procesal.²⁸⁴ Atendiendo a ello, puede apreciarse cómo la concreta regla de distribución de la carga de la prueba puede funcionar como un instrumento para atender especialmente la situación, también

282Vescovi, **Enrique**. “La carga de la prueba” en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Ed. Universidad. pag. 265. Palacio, Lino. Derecho Procesal Civil. Bs. As. 1972, T.IV . pag. 362.

283Expresa **Carnelutti, Francisco**. En Estudios de derecho procesal , vol I pag.106-107 citado por Reyes Oehninger, Alberto en op. Cit “La flexibilización ...” pag. 597, que la “sempiterna desconfianza del legislador hacia el juez coadyuva a sobredimensionar la importancia de la carga de la prueba cuya utilizad es tan relativa que la califica como “mediocre recurso tanto por la dificultad de su aplicación como por su frecuente falencia.

284Barrios De **Ángelis, Dante**. “Contribución al estudio de la carga procesal. “en Rev. De Derecho Jurisprudencia y Administración. Tomo 46 pag. 353.

especial, de una parte. Un criterio correctivo de la disparidad de las posibilidades probatorias de las partes, corrigiéndola por la vía de la implementación de una solución de desigualdad compensatoria: relevando, o flexibilizándola respecto del sujeto que se encuentra en inferiores condiciones de probar.

En el ámbito del debate en torno a derechos laborales, constituye un correctivo que pretende subsanar el desequilibrio que caracteriza la relación sustancial y se proyecta en la procesal. Dicho de otro modo, constituye un mecanismo de reequilibrar las posiciones de las partes en el proceso, pues ciertamente el empleador posee un mayor dominio e influencia sobre los medios probatorios (documentos, testigos , etc.) ²⁸⁵

O, mirándola desde el Derecho sustantivo del Trabajo, una especial distribución de la carga de la prueba atendiendo tales desigualdades en la tarea probatoria que reclama el proceso, constituirá además un instrumento para lograr la efectividad de la tutela del derecho en juego en el sentido de realización verdadera y no meramente formal de la regla de derecho objetivo que reconozca el derecho. O lo que es lo mismo, actuación práctica de la norma jurídica, o aproximación tan íntima como posible entre el deber ser normativo y el ser de la

²⁸⁵**Cavas Martínez, Faustino.** El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Editorial. Thomson. Aranzadi. Navarra 2004 pag. 344. **Barbagelata, Héctor Hugo.** " Los medios de prueba en el procedimiento laboral" en Rev. Derecho Laboral n. 119 pag. 535 Hace referencia a las conclusiones IV Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo, destaca que se da por admitido que la inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador es una de las características del derecho procesal del trabajo, y releva varios casos en los que debe presumirse, salvo prueba en contrario la verosimilitud de lo afirmado por el trabajador : existencia del contrato de trabajo; del despido; incumplimiento de la obligación del empleador de consignar documentos de control legalmente establecidos, extremos referidos a la relación laboral, la prueba del cumplimiento de las obligaciones comunes del empleador. Y se efectúan prevenciones sobre los riesgos de aplicación subsidiaria en el proceso laboral de criterios del derecho procesal común.

realidad social. ²⁸⁶²⁸⁷ Confirma cuanto viene de señalarse, que el Derecho del Trabajo en el ordenamiento jurídico uruguayo, presenta un elenco importante de disposiciones especiales que la disciplinan.

4. MODELOS DISTRIBUTIVOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La consideración de las soluciones de derecho positivo y jurisprudenciales construidas, dan cuenta de un elenco de criterios distributivos de la carga de la prueba:²⁸⁸

- a) Corresponde probar a quien afirma un hecho, no a quien lo niega. ²⁸⁹

286 **Barroso, Luís Roberto**. Interpretacao e aplicacao de Constituicao: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 Edición. San Paulo. Saraiva, 2009 pag.375-376.

287 El Supremo Tribunal Constitucional Español, resolviendo un caso sobre discriminación sindical en sentencia n. 82/1997 expresa que la distribución del onus probandi se convierte en pieza fundamental acomodar en la búsqueda de la tutela judicial de los derechos fundamentales laborales. Citada **por Baz Tejedor, José Antonio**. La tutela judicial de los derechos fundamentales en el Proceso de Trabajo. Editorial Lex Nova . 2006 pag. 207. .

El legislador uruguayo, recientemente por ley 17.940 utilizó el correctivo de la carga de la prueba, gravando con ella al empleador demandado para proteger especialmente a la víctima o, eventualmente víctima de violación de la libertad sindical.

288 **Op. Cit. Couture, Eduardo**. Fundamentos... citado por op. Cit. Código General del Proceso. Comentado, ... T. 4 pag. 73. E **Vescovi, Enrique**. “ La carga de la prueba” en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal . Homenaje a Luis Alberto Viera. Ed. Univers . pag. 263; **Stephanicic, Emma . Valentín, Gabriel**. en op cit . “La carga de la ...” pag. 487

289 Era la solución del art. 329 del que fuera el Código de Procedimiento Civil uruguayo de 1877. “Las pruebas debe producirlas el actor, pero si el reo afirmase alguna cosa, tiene el mismo deber respecto de ella. **Vescovi, Enrique**. Op.cit. “ La carga de la ...” . pag. 270

b) Al actor que pretende algo, le corresponde probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado que contradice, los hechos modificativos, extintivos o impeditivos.²⁹⁰

c) Cada parte debe probar los supuestos fácticos de la norma jurídica que le es favorable.²⁹¹

d) Teniendo en cuenta la posición jurídica de las partes respecto del efecto perseguido: a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera sea su posición procesal.²⁹²

5. CORRECTIVOS A LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS

El derecho a la prueba es parte de la garantía constitucional (internacional) - procesal de las partes que complementa el derecho a la acción, el derecho a un juicio justo, y la oportunidad de ser oído. El derecho a la prueba implica, la

290Es la solución del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y del Código General del Proceso nacional. También, la del art. 139 del Código General del Proceso. Como indica Vescovi (en op.cit. pag. 268) la tesis consiste en determinar la carga de la prueba, en función de los hechos a probar. Si el demandante no prueba los hechos constitutivos de su derecho, el demandado nada debe probar.

291**Rosemberg, Leo.** Citado por op. cit. Código General del Proceso. Comentado...pag. 77; **Lino Palacio**, indica que la tarea de la parte que invoca una norma, de por sí abstracta, consiste en demostrar (probar) que se dan en el caso los supuestos de hecho que sostienen la norma. (**Vescovi, E.** op. cit. pag. 269, Lino Derecho Procesal Civil. Buenos Aires 1972 t. IV pag. 362 citado en op. cit Código General del Proceso. Comentado... pag. 77.

292**Devis Echandía, Hernando.** Op. Cit. Teoría general de la 472. **Viera, Luis Alberto.** Curso del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, citado por Vescovi en op. cit. pag. 270. ...

prerrogativa de presentar la prueba disponible que esté en su posesión o que esté en poder de otra parte o de terceros y que toda ella sea considerada por el tribunal. Es un aspecto fundamental del derecho a la acción y a la defensa por cuanto sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas.²⁹³

La doctrina construyó el género “desplazamiento de las cargas probatorias”²⁹⁴ atendiendo casos en que por distintas causas de hecho y de derecho, de aplicarse las reglas (rígidas) clásicas el principio de tutela judicial efectiva se volvería un verdadero espejismo. A su impulso, el legislador en algunos casos y también la jurisprudencia seguida por la doctrina han desarrollado ciertos instrumentos que directa o indirectamente lo concretan: operan el desplazamiento de la carga de la prueba atendiendo situaciones especiales: *las presunciones legales, presunciones hominis, inversión legal o jurisprudencial del onus probandi, reducción de los estándares o módulos de prueba*²⁹⁵, entre otros.

293**Taruffo, Michele.** “Investigación judicial y producción de prueba por las partes “ en Revista de Derecho (Valdivia) V 15 N. 12 diciembre de 2003 pag. 205-213 citada por **Vargas Abraham Luis** en op. Cit .”Cargas probatorias...” pag. 4 cita n. 11.

294**Peyrano, Jorge Walter.** “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” . E. D. 153 pag. 968 y ss. citado por **Vargas, Abraham Luis.** “Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos” en Activismo y garantismo procesal . Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2009. (publicación on line; texto ampliado : www.acaderc.org.org.)

295**Taruffo, Michele.** Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Ed. Marcial Pons 2010 pag. 259.La prueba. Ed. Marcial Pons 2008 pag. 153. **Vargas, Abraham Luis.** Op. Cit. “Cargas probatorias...pag. 12 cita n. 34. El autor refiere a las técnicas de desplazamiento de las cargas probatorias, indicando que el fenómeno se abastece de múltiples *técnicas* (v.gr., presunciones legales, presunciones *hominis*, inversión legal o jurisprudencial del *onus probandi*, reducción de los estándares o módulos de prueba, y la teoría de las cargas probatorias dinámicas).

5.1. LA PRESUNCIÓN LEGAL

La presunción refiere a un procedimiento de prueba inductiva consistente en inferir a partir de un hecho probado o conocido (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido.²⁹⁶ Tres elementos la identifican: dos hechos y un razonamiento lógico. Un hecho que se entiende cierto o muy probablemente cierto (hecho antecedente, o hecho base o indicio) que, vinculado a un razonamiento lógico – basado en lo que normalmente acontece- (relación o nexo causal), habilita inducir la ocurrencia de otro hecho (hecho presumido) que por tal no requiere ser probado.²⁹⁷ Toda presunción es un pronóstico: siempre que las cosas ocurren de cierta manera, se derivan tales o cuales consecuencias.²⁹⁸

Desde su tipología, las presunciones pueden ser legales (absolutas o relativas) o judiciales. La diferencia entre ambos tipos de presunciones radica en la fuente de validez: en la legal, es la voluntad del legislador quien al consagrar la presunción realizó un razonamiento de probabilidad o enlace entre el hecho que

296 **Gascón Abella, Marina.** La prueba de los hechos. en Prueba y verdad en el derecho. Fase Especializada del Programa de Formación y Desarrollo Profesional. Área modular jurídico-política. Bonifaz Alfonso, Leticia. Valle Ochoa, Federico. Romero Flores, Rodolfo. Instituto Federal Electoral. México, 2004.

297 **Couture, Eduardo.** Op. cit. Estudios de ...T 2 pag. 192. **Gascón Abella, Marina.** Op. Cit. Pags. 67 y 79, **Devis Echandía, Hernando.** Op. Cit. T. II pag. 338; C Código General del Proceso... op. cit. T.4 pags. 58.

298 **Peirano Facio. J.** Curso de Obligaciones T. V. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 1974 pag. 206.

pautará como presumido y el hecho antecedente. En estas, es la voluntad legal la que impone la relación fáctica y la que opta por beneficiar a uno de los sujetos del proceso. En la presunción judicial, la fuente de validez radica en la aplicación de las máximas de la experiencia en un razonamiento lógico del juzgador.

A su vez las presunciones legales absolutas constituyen reglas que se dirigen al tribunal y que determinan que al fijar expresa o tácitamente el objeto de la prueba, debe considerarse a ciertos hechos como existentes o inexistentes, de acuerdo a lo que dispone la regla y por tanto excluidos de aquel objeto; y que al dictar la sentencia que resuelve el objeto del proceso deban tenerse por existentes o inexistentes, de acuerdo a lo que dispone la regla. En cambio las presunciones legales simples (o relativas) son reglas que se dirigen al tribunal que determinan que, al dictar sentencia que resuelve el objeto del proceso, si luego de valorar la prueba aún subsiste la duda, el hecho debe tenerse por existente o inexistente de acuerdo a lo que dispone la regla. Finalmente, las presunciones legales simples pueden ser genéricas o específicas. Las genéricas refieren al conjunto de hechos cuya existencia pretendía demostrar la parte a la que la presunción favorece. Las específicas, solo alcanzan a un específico hecho o a los hechos que se pretendían probar mediante un concreto medio de prueba.²⁹⁹

Los titulares del proceso lógico señalado pueden ser el legislador o el juez, determinando ello la calificación de presunción legal en el primer caso (que a su vez puede ser absoluta o *iuris et de iure*, o relativa o *iuris tantum*) y la presunción judicial o *iure et de iure* el segundo.

²⁹⁹Valentín, Gabriel. "La prueba y la sentencia : algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba." Revista de Derecho. Segunda época. Año 9. N.º 10 (diciembre 2014), 249-277 - ISSN 1510-3714

Desde el procedimiento probatorio que involucran, las presunciones integran el género de las pruebas indirectas o indiciarias.

La prueba es directa o indirecta en función de la relación que se dé entre el hecho a probar y el objeto de la prueba.

Es prueba directa aquella que versa directamente sobre el hecho a probar; la que surge espontáneamente sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del medio o fuente de prueba y es capaz por sí sola, de fundar la convicción judicial sobre ese hecho. (Por asimilarse a la prueba histórica, son casos típicos la prueba testimonial y documental)

En cambio se estará ante prueba indirecta, cuando esta situación no se produzca, es decir cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho distinto de aquel que debe ser probado por ser jurídicamente relevante a los efectos de la decisión. Esta prueba demuestra un “hecho secundario” que sirve para establecer, mediante un razonamiento inferencial, la verdad del “hecho principal”. La prueba es entonces indirecta en sentido estricto porque ofrece elementos de confirmación de la hipótesis sobre el hecho a probar, pero el juez puede llegar a esta confirmación únicamente a través de un paso lógico de un hecho (objeto de la prueba) a otro (el hecho jurídicamente relevante).³⁰⁰

El indicio, constituye la base de la prueba indirecta. Entre la presunción y el indicio no existen otras diferencias que las resultantes de integrar momentos distintos de un mismo juicio. Mientras el indicio es el elemento inicial de que parte la presunción, ésta es la actividad intelectual del juzgador que partiendo del indicio afirma un hecho distinto pero relacionado con el primero causal o

300Taruffo, Michele. Op. Cit. La prueba de ...pag. 457. Gascón Abellá, Marina op.cit. pag. 63.

lógicamente. El indicio que es el hecho base de la presunción deberá resultar fehacientemente probado mediante los medios de prueba procesalmente admisibles (para deslindar el razonamiento de una simple sospecha , intuición o presentimiento), que a priori no excluyen la propia prueba indiciaria, ser unívoco (conducir necesariamente al hecho desconocido) y a su vez podrá ser único o múltiple.³⁰¹

Las presunciones legales, estando a sus efectos, operan como una regla distributiva de la carga de la prueba que logran modificar lo que serían las soluciones de principio.³⁰² Porque la parte beneficiada por la presunción se encuentra relevada de la carga de probar el hecho presumido. En principio pues, tendrá que probar únicamente que ocurre la hipótesis – el hecho antecedente – para que automáticamente opere el razonamiento lógico y la inferencia de la existencia del hecho presumido. En tal sentido constituye una técnica que tiende a beneficiar a uno de los sujetos del proceso porque la técnica presuncional tiene como punto de partida situarse en el lugar del sujeto beneficiario; de allí que, desde ya, pueda ser utilizada por el legislador – cuando de presunción legal se trata - como un instrumento de desigualdad compensatoria tendiente a la protección de uno de los dos sujetos procesales. Aunque tratándose de presunción legal simple, si la contraparte prueba y destruye la presunción, la parte

301 **Gascón Abella, Marina**. Op. cit. Pag. 70. Scavone, Verónica. Rivas, Ana Gabriela. “La prueba indiciaria en el proceso laboral” en rev. Derecho Laboral n. 268 pag. 723 p

302 Código General del Proceso... op. cit. T.4 pags. 61-62. Se relevan autores que identifican a las llamadas “presunciones aparentes o interinas” como aquellas cuya única función es la de establecer un reparto del onus probando. En tal sentido, **Serra Domínguez, M** y **Gutiérrez de Cabiedes y Cordón Moreno, F.** citados por **Aguiló Regla, Josep** en “Presunciones, verdad y normas procesales” en Isegoría, n. 35, julio – diciembre ,2006 , pag. 22

beneficiaria de aquella sí tendrá que probar para destruir a su vez los medios de impugnación.³⁰³

Ahora bien.

Las presunciones legales son normas jurídicas que, para garantizar determinados valores, obligan a reconocer una situación como verdadera en circunstancias específicas y ausencia de prueba en contrario. Instauran una regla de juicio para el juzgador que le indica cómo tiene que ser el resultado del juicio cuando no tenga prueba suficiente para formar su convicción sobre los hechos litigiosos. Su peculiaridad frente al resto de las normas estriba en que garantizan esos valores regulando la carga de la prueba, lo que puede concretarse en eximir aquellos en cuyo beneficio funcionan de la carga de probar los hechos litigiosos³⁰⁴ Por su parte, en función de la medida de la defensa que puede esgrimir la parte no beneficiaria de la presunción – la supuestamente responsable del hecho presumido - , pueden caracterizarse como absolutas o relativas. Las primeras, no admiten prueba en contrario, lo que significa que el juicio de certeza realizado por la norma, por voluntad de su autor, no admite ser rebatido. Las segundas, en cambio admiten la pérdida de su inicial definitividad si la parte interesada produce prueba que destruya el hecho presumido.

Tanto el fundamento de que el legislador proponga la base de razonamiento lógico - que el hecho antecedente ha sucedido – como la inferencia de la ocurrencia del consiguiente, reside en la aplicación de las reglas de las máximas de

³⁰³Reyes Oheninger, Alberto. Op. Cit. pag. 594.

³⁰⁴Gascón Abella, Marina. Op. cit. , pag. 79

la experiencia que a su vez consisten en normas de valor general que se extraen de lo que normalmente acontece y que operan independientemente del caso concreto. La parte procesal beneficiada con la presunción estará exenta de probar el hecho presumido por la ley (el hecho consiguiente), pero tendría que probar la ocurrencia del antecedente, o lo que es lo mismo que ocurre la hipótesis que la ley da por cierta. Probado el hecho antecedente, la inferencia de la existencia del hecho subsiguiente es, justamente lo que el legislador presume y por ende no requiere de prueba alguna, por cuanto es la voluntad legislativa la que determina su existencia, y tal voluntad legislativa es vinculante para el tribunal. De todos modos, la firmeza del juicio lógico – la inferencia legal - depende del tipo de presunción. Si se trata de una presunción absoluta – iuris e de iure – la certeza del acto presumido es inmodificable de modo que acertado el hecho antecedente, el decisor estará constreñido a tenerlo por cierto, sin posibilidad alguna de enervarlo por u ningún medio de prueba. En cambio si la presunción legal es relativa - iuris tantum – sin perjuicio de que el hecho antecedente no precise prueba alguna porque es la expresión de la voluntad legislativa- el juicio de certeza del hecho consiguiente, también por voluntad del legislador puede ser destruido por la prueba ofrecida por la parte y a través de medios pertinentes (o bien el que elija el perjudicado por la presunción en contra, o bien y en su caso, el que el legislador indique).³⁰⁵³⁰⁶

Las presunciones judiciales derivan de un razonamiento del juez caso a caso, que ostenta una estructura similar a la legal: parte de un hecho probado o conocido, (indicio), que a través de las reglas de la experiencia o la naturaleza de

305Serra Domínguez, M. Voz Indicios en Nueva Enciclopedia Jurídca Six T.XII Barcelona 1977 pag. 347 a 353 citado por Monereo Pérez , José Luis. La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales. Ed. Tirant lo Blanch. Colección Laboral 38. Valencia 1996 pag. 22.

las cosas,(la actividad mental de razonar a partir del hecho conocido) le permite inferir o presumir otro desconocido o dubitado. ³⁰⁷³⁰⁸

Las leyes 18.572 y 18.847 disciplinan presunciones legales, sustancialmente en cinco casos: el primero, ante la hipótesis de incontestación de la demanda (en los arts. 13 inc. 2do para el proceso ordinario y 21 inc.3ro. para el proceso de menor cuantía); el segundo, ante la ausencia de controversia categórica de los hechos afirmados por el actor (art. 9 inc. 2do en su remisión al art. 130 del CGP para el proceso ordinario y art. 21 en su remisión al art. 9 para el proceso de menor cuantía) , ante la ausencia de desconocimiento de documentos presentados con la demanda (las mismas disposiciones legales que en el caso

306Como se verá más adelante, el Derecho del Trabajo uruguayo y también la jurisprudencia han utilizado la técnica presuncional, operando un aligeramiento de la carga de probar que gravaría al trabajador. Entre las presunciones legales relativas, las normas que disciplinan períodos de estabilidad del trabajador en circunstancias en las que se halla sometido al riesgo de pérdida del empleo (art. 24 dec. ley 14.407; art. 69 ley 16.074, art. 2 ley 17.940) . Entre las presunciones jurisprudenciales la regla que indica que la proximidad temporal entre el ejercicio del derecho de defensa y el despido, permite inferir que éste operó como respuesta o represalia de aquel.

307Ni la presunción ni el indicio son medios de prueba sino el resultado de un procedimiento mental del tribunal consistente en una deducción a través de un silogismo. (**Abal Oliu, Alejandro**. Op. cit. Derecho..., pag. 111)

308Expresa **Corredor Avenaño, Leonardo** en op. cit. “Probanza...” pag. 373, que el indicio cobra importancia en materia laboral, precisamente porque la conducta de las partes – sobre todo el empleador con superioridad probatoria – pueden extraerse otros hechos derivados por generalidad de sus comportamientos. Y cita a Devis Echandía quien, en Teoría General de la Prueba Judicial Tomo III pag 665, haciendo un análisis de Muñoz Sabaté, considera que la inconducta procesal de las partes no se convierte en un simple argumento, sin que se erige como una prueba, como una huella a seguir por el juez a la hora de conducir su análisis procesal.

También destaca que el ordenamiento internacional ha acudido a los indicios para establecer las condiciones de laboralidad de algunas formas contractuales. Y analiza la Recomendación n. 198 de OIT y los indicios que la norma plantea. (pag. 375)

anterior) el cuarto y el quinto en sede de proceso conciliatorio, como consecuencia respectivamente, de la incomparecencia a la audiencia de conciliación administrativa y de la omisión de denunciar a un tercero total o parcialmente responsable (art. 4 inc. 2do.)

El primero. Incontestación de la demanda.

Los arts. 13 inc 2do y 21 inc 3ro, disponen que en caso de allanamiento total a la pretensión o cuando no se hubiera contestado la demanda en tiempo y sin necesidad de diligenciar otra prueba, el Tribunal fijará fecha para el dictado de la sentencia definitiva. La interpretación conforme a los principios expresos e implícitos del sistema y los del bloque de constitucionalidad, permiten descubrir en el caso de la incontestación de la demanda, una presunción absoluta por cuanto puede detectarse los elementos típicos del razonamiento presuncional. En efecto. El hecho antecedente, refiere a la actitud procesal del demandado en el sentido de no contestar la demanda. Lo que significa en esencia, no controvertir los hechos invocados por el contrario. Y el hecho presumido por el legislador, es la calificación de certeza de los hechos invocados por el actor salvo que de la prueba ya incorporada por él mismo, se dedujeran desautorizados uno o más de uno. Ello por dos razones. La primera, por cuanto le ordena al Tribunal prescindir del trámite pendiente que en lo medular suponía recorrer las etapas de producción y valoración de la prueba. El legislador no le indica al Tribunal que ante tal hecho antecedente clausure el trámite y falle amparando la demanda, sino que lo de por finalizado y dicte sentencia definitiva. Lo que conlleva, naturalmente, hacerlo sobre cierta base fáctica que, por la ausencia de controversia derivada de la incontestación, inexorablemente será la narrada por el actor. Y se debe calificar como presunción absoluta por cuanto la disposición no habilita defensa alguna del demandado encaminada a destruir la certeza del hecho presumido. La segunda de

las razones por cuanto la disposición refiere a “otra “prueba lo que habilitaría deducir la posibilidad de valorar la acompañada por el actor.

En definitiva la incontestación de la demanda tanto en el proceso ordinario como en el de menor cuantía, provoca en lo sustancial dos consecuencias: una, la eliminación de la etapa probatoria y otra, la certeza absoluta de los hechos invocados por el actor salvo que la prueba ya incorporada por éste, los desautorizara.³⁰⁹³¹⁰

El segundo. Falta de pronunciamiento categórico sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda.

El art. 9 inc. 2do que reglamenta la contestación de la demanda, remite expresamente al art. 130 del CGP que hace lo propio para el proceso ordinario civil.

Concretamente el art. 130.2 respecto del punto en análisis articula un mandato, una guía de interpretación de la hipótesis y una consecuencia a la omisión del mandato. En tal sentido: le indica al demandado que deberá pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda; orienta, que la categoría controversia categórica no admite ni las respuestas ambiguas ni las evasivas; y establece la sanción ante la omisión del demandado en este sentido concretándolo en, lo que la doctrina ha llamado

309Rossi, Rosina op. Cit. “Primera lectura de las principales modificaciones” pag. 81.

310La situación del allanamiento es diversa por cuanto en este caso, el Tribunal sí amparará la pretensión no por evaluar la fundabilidad de la demanda y la certeza de los hechos sino por voluntad del demandado.

sanción de admisión, que significa la regla tasada de veracidad de los hechos alegados en la demanda.

La estructura interna de la disposición habilita descubrir una presunción legal: el hecho presumido, la veracidad del hecho alegado en la demanda; el mecanismo de destruir la calificación interina de verdad, la controversia categórica que no puede identificarse ni con respuestas ambiguas ni evasivas. Si no se releva controversia categórica, el tribunal debe tener por ciertos los hechos alegados en la demanda, vale decir, produce la firmeza del hecho presumido.

En tal condición, se ha afirmado en un caso estrictamente referido al análisis del art. 130.2 del CGP que revela una “regla legal sobre la carga y valoración de la prueba (arts. 139 y 140 CGP)” en tanto por un lado, al considerarse incontrovertidos los hechos alegados por el actor (art. 137 CGP), no se exige su prueba; y por otro lado impone (tasa legal) se le tenga por ciertos, salvo que resultaren desvirtuados por prueba contraria. En este caso la ley ordena al tribunal, sin más, tener como verdaderos determinados hechos, sin admitirle excluir su veracidad por no haber sido probados de determinada manera.³¹¹

En definitiva en el Derecho Laboral Procesal, la ausencia de controversia categórica, la respuesta ambigua o evasiva, operará para el tribunal como una

311Sentencia n. 69 del 21.3.1994de la Suprema Corte de Justicia redactada por el Prof. Luis Luis A. Torello publicada en RUDP 1/94 pags. 69 y ss, citada por **Pereira Campos, Santiago**. “Valoración de la prueba” en X Jornadas nacionales de Derecho Procesal pag. 516. El autor se pliega a la interpretación de la Suprema Corte de Justicia e indica que Vescovi también la comparte, y que en cambio, Tarigo discrepa con ella. Sin embargo al analizar jurisprudencia en materia laboral - en tiempos de ausencia de proceso laboral autónomo según se deduce de la fecha del análisis - expresa que el aporte probatorio del trabajador debe apreciarse con amplitud por las propias coordenadas de las reglas de la sana crítica – lógica y experiencia - . Y agrega que ello no implica una inversión de la carga de la prueba por cuanto los principios del derecho del trabajo tienen su adecuado campo de aplicación al efectuarse la valoración de la prueba. , pero de ningún modo pueden tener efecto derogatorio sobre normas legales como las que regulan la carga y valoración de la prueba.

regla de juicio: determinará que la verdad interina del hecho presumido (los hechos afirmados en la demanda) adquiera la calidad de verdad definitiva. Y ello sin necesidad de recorrer la etapa de producción de la prueba, sino, derechamente, debiendo el tribunal fijar fecha para el dictado de la sentencia.

Claramente con tal solución el derecho laboral procesal beneficia al actor-trabajador en dos aspectos: uno, lo releva de la carga de la prueba y otro, provoca un acortamiento del trámite anterior a la sentencia.

El tercero. Falta de pronunciamiento categórico sobre la autenticidad de los documentos acompañados con la demanda y cuya autoría se hubiera atribuido al demandado.

La hipótesis se encuentra prevista en el mismo art. 130 del CGP al que se remiten los arts. 9 y 21; y guarda una estructura interna similar que meritan calificarla de presunción legal.

El hecho presumido: la autenticidad del documento agregado por el actor con la demanda. La vía para destruir la presunción: el desconocimiento realizado por el demandado. Si el demandado lo desconoce abrirá la posibilidad de que se produzca prueba sobre su autenticidad.³¹²

El cuarto y el quinto. Omisión en denunciar al tercero total o parcialmente responsable; e incomparecencia a la audiencia de conciliación administrativa.

Ambas hipótesis tienen en común que refieren al proceso conciliatorio.

³¹²Debe verse que las leyes 18.572 y 18.847 no regularon expresamente el procedimiento por el cual se debe tramitar la prueba de la autenticidad del documento desconocido, por lo que en caso de entenderse que ello no puede solucionarse por aplicación de reglas contenidas en ellas, habrá de seguirse el camino de la integración que indica el art 31.

El art. 4 inc. 2do en sede de proceso conciliatorio dispone que si el citado entiende que existe un tercero total o parcialmente responsable, deberá individualizarlo en la audiencia, quedando constancia en el acta; y su omisión en este aspecto o su incomparecencia a la audiencia constituirán presunciones simples contrarias a su interés en el proceso ulterior.³¹³

Es preciso pronunciarse sobre la calificación de la presunción en la medida que la ley le adjudica el adjetivo “simple”. Debe verse que atento a la clasificación planteada con anterioridad en función de la fuente de legitimidad de las presunciones legales y judiciales, en el caso, al estar impuestas por el legislador, debe entenderse dentro de las primeras. Por otro lado el calificativo legal de “simple” parece apuntar a marginar el juicio de inflexible certeza de la presunción absoluta. Por lo que podría concluirse en su calificación como presunción legal relativa.

Partiendo de ello, las dos presunciones que se analizan refieren al proceso conciliatorio y presentan la particularidad de que enlazan la actuación del empleador (como citado primero y como demandado después) entre la instancia administrativa y la jurisdiccional.

La disposición plantea dos situaciones de hecho: una, si el citado no comparece a la audiencia y otra, si no individualiza al tercero total o parcialmente responsable.

313 Sentencia n. 6 /2011 del Juzgado Letrado de Única Instancia de 5to. Turno a cargo del Dr. **José Pedro Rodríguez**, publicada en la Rev. Derecho Laboral n. 243 pag. 555; **Fernández Brignoni, Hugo**. “ La justicia laboral especializada y la protección procesal del trabajador a través de la presunción legal relativa” en la misma publicación. En similar sentido sentencia n. 0012-100037/2012 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno. Publicada en www.poderjudicial.gub.uy. *Base de Jurisprudencia Nacional*.

Y la consecuencia legal de la presunción consiste en una calificación contraria a su interés en el proceso ulterior.

Ahora bien. Tratándose de mecánica presuncional, debe interpretarse la disposición individualizándose una relación entre dos hechos, el antecedente y el presumido.

En el primer caso, puede interpretarse que la incomparecencia a la audiencia opera como hecho antecedente (o indicio) y el hecho presumido, estaría dado por aquel que provoca su sinrazón en el proceso posterior.

Vale decir que los presumidos serían los hechos que sustentan la pretensión del actor, a partir de los cuales, el juzgador habrá de aplicar el derecho.

La disposición califica de presunción simple, debiendo entenderse que admitiría prueba en contrario consistente en la posibilidad de que tendría el demandado – y otrora citado – de destruir el hecho presumido. Por su parte, como la regla en examen no distingue y nada justifica una interpretación restrictiva, debe deducirse que la incomparecencia a la audiencia conciliatoria provoca que se presuma que no le asiste razón en ninguno de los puntos que habrían determinado la convocatoria a aquella. A su vez, la mecánica presuncional escogida por el legislador favorecerá al trabajador en su condición de actor en el ulterior proceso. Ello por cuanto le bastará probar la incomparecencia (hecho antecedente legal) para ver desplazada su carga probatoria y todo el peso de la prueba habrá de recaer sobre el empleador demandado y previamente citado e incompareciente, quien tendrá que destruir uno a uno los juicios legales de certeza de los hechos invocados por aquel en sustento de su pretensión. Y si no logra destruirlos, vencerá el juicio de certeza interina, transformándose en certeza definitiva.

Finalmente como la disposición no individualiza cuáles serían los mecanismos de defensa del empleador demandado, deberá estarse al caso concreto.

El segundo caso de presunción relativa, presenta diferencias con el anterior. Si en su defensa en el proceso, el empleador demandado pretende invocar la responsabilidad total o parcial de un tercero, y nada de ello había planteado en la audiencia conciliatoria, provocará también, una presunción simple contraria a su interés. Lo que significa que el hecho antecedente es la conducta omisiva desplegada en la audiencia de conciliación administrativa en el sentido de individualizar al tercero total o parcialmente responsable, y el hecho presumido consiste el contrario al que pretende hacer valer en la contestación de la demanda. Esto es, que no existe otro sujeto responsable. La presunción apunta a complementar la previsión del art. 10 de la ley 18.572 que no admite la convocatoria de terceros al proceso, instando al empleador citado a que denuncie al eventual tercero para posibilitar que el actor lo demande. Tampoco en este caso el legislador indica el camino para destruir la presunción por lo que habrá de estarse al caso concreto, lo que significa que el empleador demandado si bien podría probar la existencia de un tercero total o parcialmente responsable, no podría atraerlo al proceso en virtud de lo dispuesto por el art. 10 recién citado.

Pues bien. Finalmente, a la hora de evaluar la instrumentalidad de las presunciones previstas por las leyes 18.572 y 18.847, se advierte que cumplen la función des niveladora típica en la medida que ubican al actor – trabajador en posición de beneficiario del juicio legal de certeza. En caso de incontestación de la demanda, por cuanto le evita el riesgo del diligenciamiento de la prueba y redunda en el acortamiento del proceso. En caso de incomparecencia del demandado a la audiencia conciliatoria o de ausencia de denuncia de un tercero

total o parcialmente responsable, por cuanto lo privilegia con un juicio de certeza interina que lo releva de la carga de la prueba, desplazando todo su peso en el empleador demandado que por su propio interés estará llamado a destruirla.

En definitiva ambas, se erigen en instrumentos de desigualdad compensatoria escogidos por el legislador en concreción de los principios que cimentan el proceso autónomo; y en especial, el principio de tutela efectiva y celeridad.

5.2. LA DISTRIBUCIÓN DINÁMICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Esta especie del género, postula que, sin perjuicio de reconocer la vigencia de las reglas clásicas (rígidas) sobre la carga de la prueba como solución de principio, corresponde desplazarlas en situaciones excepcionales en las que la aplicación de aquellas provocan consecuencias manifiestamente disvaliosas. Este postulado toma como punto de partida para propiciar el desplazamiento, la consideración de las especiales circunstancias del caso atribuyéndola sobre la parte que esté en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva y que por ello, o bien disponga de los medios probatorios o bien ostente la mayor facilidad para aportarlos al proceso.

La piedra fundamental de este correctivo se integra de dos aspectos: uno, la dificultad probatoria de una de las partes del proceso para producirla y otro, la facilidad de la otra en el mismo sentido.³¹⁴

De este modo el postulado se concreta en la regla de que la carga es variable y debe recaer en quien tenga a su disposición los medios de prueba idóneos, o en

314 **Peyrano, Jorge Walter.** “Carga de la prueba: Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios” exposición en Segundas Jornadas de Profesores orientadas al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez. La Plata 29 y 30 de setiembre de 2006, citado por **Vargas, Abraham Luis** en op. Cit. “Cargas probatorias...” pag. 14.

la parte que comparativamente, se encuentra en mejores condiciones, profesionales, técnicas, o fácticas para producir la prueba.³¹⁵³¹⁶ Su fundamento último reside en la aplicación al proceso de una ética de solidaridad entre los litigantes, demandando la colaboración de ambos.

La jurisprudencia civil uruguaya, comienza a aplicar criterios de desplazamiento de las cargas probatorias, invocando teoría de las cargas

315 **Peyrano, Jorge**. "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. " El derecho" t. 107 pag. 1005 citado por op. Cit. Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado T.4.pag. 79 ;"La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba" en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal n. n. 2/92 pag. 239 y stes. ; **De Midón , Gladys**. "A propósito del onus probandi. La parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo" en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal n. 1/93 pag. 35. **Vescovi, Enrique**.op. cit " La carga de la..." . pag. 270. **De los Santos Mabel** "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconvenientes de consagrar legislativamente inversiones probatorias presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar. En Rev. Uruguaya de Derecho Procesal n. 1/93 pag. 31 y stes.; **Van Rompaey, Leslie**. " La teoría de las cargas dinámicas en el derecho procesal uruguayo" en Rev. La Justicia Uruguaya. T. III pag. 447; **Landoni, Ángel**. " Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba" en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal n. 1/97 pag. 100; **Morello, A. M.** "Hacia una visión solidarista de la carga de la proueba. La cooperación del órgano sin refugiarse en el solo interés de la parte. " en El Derecho. T. 131 pag. 953; **Klett Selva, Pereira Santiago**. "Valor de la conducta endoprocesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el CGP" en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal. N. 1/97 pag. 76. **Castello, Alejandro**. "Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia". VII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Minas 1997. Edición . FCU. 1997 Pag. 30; **Vargas, Abraham Luis**. " Cargas probatorias dinámicas y algunas respuestas a sus críticos" en Activismo y Garantismo Procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba 2009; **Reyes Oheninger, Alberto**. Op. Cit "La flexibilización ..." paag.598 **Taruffo, Michele** "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa" en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal n. 10 Rubinzal Culzoni Santa Fe 2007 pags. 305 y sgtes. En contra en Uruguay: **Abal Oliu, Alejandro**. Op. cit pag, 142 y stes. **Guerra Pérez, Walter**. " Reflexiones sobre las cargas de la prueba dinámicas " en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal , 1996 pag. 300; **Stephanicic, Emma . Valentín, Gabriel** . en op cit . "La carga de la ..." pag. 487; **Valentín, Gabriel**. "La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba." Revista de Derecho. Segunda época. Año 9. N.º 10 (diciembre 2014), 249-277 - ISSN 1510-3714; **Varela Méndez EdgarJ**. "La carga de la prueba. Relato general Tema I, XVas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal" en re. Uruguaya de Derecho Procesal 2/2010 pag. 751 y sgtes; y del mismo autor, "Couture y su cuestionamiento a las ahora llamadas cargas probatorias dinámicas" en rev. Uruguaya de Derecho Procesal 1/2016 pag. 9.

316 Según indica **Peyrano** en op.cit. "Carga de la prueba: las razones...", puede deducirse que la versión argentina de la "teoría de las cargas dinámicas" , fue posteriormente recogida por la reforma civil española y por el Proyecto del Código Modelo para Iberoamérica en materia de proceso colectivos diseñado por el Instituto de Derecho Procesal como "facilidad probatoria " y "disponibilidad de los medios probatorios".

probatorias dinámicas, en casos en que se hallaba comprometida la responsabilidad médica, atribuyéndola a la institución sanitaria o al médico directamente con fundamento que uno u otro, se halla en mejores condiciones de verificar lo ocurrido y en el deber de colaboración, principios de lealtad y buena fe en el debate procesal.³¹⁷

Pero en el ámbito doctrinario nacional, se ha reconocido a De Ferrari, el precursor de la teoría en Uruguay aunque sin denominarla como tal.³¹⁸ En efecto. El autor, ya en 1955 expresaba que *“La obligación de probar no debería recaer – como en el proceso civil- sobre el que afirma un hecho sino sobre la parte que- ya sea por la forma de organización de la empresa o por cualquier otra circunstancia- está en condiciones de colocar al juez en contacto con la verdad. El obrero no puede aportar siempre la prueba de los hechos que invoca. Esta prueba la tiene frecuentemente, en sus manos el empleador, generalmente en la forma documental (recibos, libros de entrada, etc.)...Por ejemplo la prueba del número de*

317Barrios De Ángelis analizando la teoría desde el punto de vista del derecho positivo interno, califica el instituto como un criterio de valoración de la prueba y no de distribución de la prueba. Sostiene que como las reglas de valoración del art. 139 del CGP deben aplicarse sin considerar quien está en mejores condiciones de probar (que es el presupuesto de la teoría) si el actor no prueba los hechos que son fundamento de su pretensión, la regla de la exclusión determina que no sea necesario que el tribunal ingrese en la evaluación del comportamiento probatorio del demandado. Pero esta regla de exclusión no siempre será aplicable en los hechos, ya que en circunstancias el actor está impedido de probar – porque no conoce el medio de prueba o porque no puede acceder a él. Así, cuando es inaplicable la regla de exclusión, sigue en vigor el art. 139 que debe complementarse con los arts. 130 y 131 del CGP. “Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal” en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Edit. Universidad, 1997, pag. 253 y ss.

318Van Rompaey, Leslie. “La teoría de las cargas dinámicas en el derecho procesal uruguayo” en Rev. La Justicia Uruguaya. T. III pag. 447;

jornadas trabajadas, el empleador tiene en su poder la prueba de este hecho; el obrero en cambio, no podría hacer en todos los casos una justificación fehaciente y precisa del número exacto de jornadas cumplidas en cada año. ...Tratándose de un procedimiento publicista, movido para hacer imperar un derecho de orden público en cuya observancia está interesada la colectividad, la carga de la prueba debe soportarla la parte que a juicio del juez está en condiciones de presentarla porque el principio de la lealtad que debe presidir el debate judicial obliga a las partes a facilitar el conocimiento de la verdad. Quien teniendo o debiendo tener en su poder un documento del que resulta la prueba del hecho controvertido – no lo presenta, falta a su deber de lealtad y no ajusta su conducta procesal a la regla que manda probar, no al que afirma sino al que simplemente dice algo de un modo afirmativo y negativo. ...La prueba de numerosos hechos que, de acuerdo con los principios del derecho común debería aportar el trabajador, se encuentra frecuentemente en poder de la empresa. Es entonces ésta la que debe aportarla y mientras la prueba no sea presentada por quien la tiene en su poder, debe el juez aceptar que el trabajador dice la verdad. Una presunción basada en la condición social de los litigantes ya había sido admitida por el derecho”

En tal sentido sostiene que es “...el empleador quien tiene responsabilidad de probar los motivos justificantes del despido o de las sanciones disciplinarias generándose una presunción juris tantum en favor de la injustificación de los despidos y medidas disciplinarias. “

Indica además citando a Paul Durand que “...de acuerdo con el art. 1781 del C. Civil francés, derogado durante el pasado siglo, en los juicios entre patronos y obreros debía estarse a lo que afirmaran los empleadores en cuanto al pago del salario. Nuestro siglo estableciendo una doctrina más reivindicadora, debería establecer la regla contraria. En lugar de ser creído el patrono, debería ser creído el

obrero y una presunción de esta clase solamente debería ceder frente a los elementos de convicción que normalmente el patrono tiene en su poder. ³¹⁹

El derecho jurisprudencial nacional, compartiendo fundamentos con la concepción de De Ferrari, da cuenta de la aplicación de la regla de la disponibilidad del medio probatorio a la hora de valorar la prueba y advertir su insuficiencia por la imposibilidad de producirla que afecta normalmente al trabajador. Que no es otra cosa que la versión laboral de teoría de las cargas dinámicas. ³²⁰ A tal punto que califica la regla de la disponibilidad del medio probatorio con jerarquía de principio. ³²¹

³¹⁹**De Ferrari, Francisco.** “Los problemas de la prueba en el derecho del trabajo”. Rev. Derecho Laboral. N. 27 pag. 131

³²⁰**Barrios De Ángelis , Dante** en “Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal” en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal . Edit. Universidad, 1997, entiende que como se trata de un criterio que apunta a dar valor a la prueba – que se ha producido y la que no se ha producido – más que una forma de distribución de cargas probatorias merece ser calificada como un criterio de valoración de la prueba.

³²¹**Sentencias en B.J.N.** SCJ 25/2001, SCJ 3.037/2011, SCJ 807/2012 de fecha 12/09/2012, TAT 1º Turno 131/2009. TAT 1º Turno 130/2009 .TAT 1º Turno 353/2013 TAT 1º Turno 42/2017 TAT 2º Turno 160/2010 TAT 2º Turno 238/2014. TAT 2º Turno 473/2016. TAT 3º Turno 84/2013. TAT 3º Turno 139/2013. TAT 3º Turno 168/2017. TAT 4º Turno 14/2013 .TAT 4º Turno 130/2015 .TAT 4º Turno 146/2017

CAPÍTULO VI: UNA MIRADA A LA CARGA DE LA PRUEBA EN DOS NUEVOS ORDENAMIENTOS CONTEMPORÁNEOS AL URUGUAYO

Existe un especial interés en realizar una mirada a los ordenamientos jurídicos de Chile y Perú. Si bien ambos países ya contaban con un Derecho Laboral Procesal autónomo de la ciencia procesal pero construida a partir del Derecho del Trabajo, presentaron reformas legislativas muy profundas en época muy próxima a la de Uruguay.³²²

En Chile la ley 20.087 entró en vigencia en forma gradual en distintas áreas a partir del 31.3.2008 completándose en todo el país el 30.10.2009.

En Perú la ley 29.947 del 15.1.2010 que entró en vigencia el 15.6.2010. También fue aplicándose en forma escalonada, hasta dejar atrás la ley 26.636 del 23.9.1996.

En ambos ordenamientos jurídicos como se verá, el legislador se ocupó expresamente de la carga de la prueba sustituyendo las reglas del derecho común por soluciones de desigualdad compensatoria. E incluso en Perú fue más allá y reguló un alivio probatorio para quien se dice trabajador y reclama la aplicación del estatuto del Derecho del Trabajo frente a quien lo niega.

En realidad estas medidas de desigualdad compensatoria vinculadas a la carga de la prueba no son nuevas en el Derecho Laboral Procesal comparado.

Véase que ya daban cuenta de ello en el área del Derecho Internacional del Trabajo, expresamente el Convenio Internacional del Trabajo n. 158 sobre la

³²²También Ecuador, Colombia y Venezuela, según expresa **Mario Pasco Cosmópolis** en “ Comentarios a la nueva ley procesal del trabajo” Conferencia magistral . Sala Mixta Descentralizada de Tarma. Publicación on line. You tube.

finalización de la relación de trabajo, el n. 183 sobre la protección del empleo de la mujer embarazada, la Recomendaciones nros. 143 sobre protección y facilidades para los representantes de los trabajadores en la empresa, y 198 sobre la determinación de la relación de trabajo.

Se suman a estos enunciados normativos expresos, lo que resulta de imprescindible la integración de los modelos del Derecho de los Derechos Humanos como las “medidas adecuadas” para la defensa prevista por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el “procedimiento adecuado” del art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, así como “la revisión de los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia” y la tutela judicial de los derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad entre las que se incluyen razones sociales y económicas, del Capítulo II de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad contenidas en la de la Declaración de la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana adoptada en marzo de 2008.

1. EL CASO DE CHILE

La ley 20.087 que modificó gran parte del Libro V del Código del Trabajo, junto a otras leyes relacionadas con el tema (20.022, 20.023, 20.4252, y 20.260) han modificado profundamente el proceso laboral chileno. Empero la reforma no ha sido total y aún quedan aspectos sin resolver especialmente en los que el art. 432 del Código de Trabajo, remite a la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil Libros I y II a menos que estas normas sean contrarias a los principios que informan el proceso laboral.³²³

323 **Orellana Torres, Fernando**. Comentarios al nuevo proceso laboral. 3ra. Edición . Librotecnia . Mayo 2009 pag. 11.

En cuanto a la distribución de la carga de la prueba, el Código de Trabajo no aporta una regla especial sino que debe entenderse aplicable la del Código de Procedimiento Civil. Y en tal sentido el art. 1698 dispone que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas.

Pero sí existe regulación especial en los juicios por despido y tutela de derechos fundamentales.

El art. 454 del Código de Trabajo respecto a los juicios sobre despido indica que “corresponderá en primer lugar al demandado la rendición de la prueba, debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones a que se refieren los incisos primero y cuarto del art. 162, sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido.” Lo que significa que para el demandado primero existe una limitación en cuanto al relato de hechos y una atribución especial de la carga de la prueba. En cuanto a la limitación de hechos, los únicos admisibles como defensa son aquellos que previamente invocó al comunicar el despido al trabajador cuando se trate de vencimiento de plazo del contrato, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, caso fortuito o fuerza mayor, e incumplimientos imputables al trabajador que el art. 160 detalla. En cuanto a la carga de la prueba, el empleador se halla gravado con la prueba de la veracidad de los hechos indicados como causantes del despido.

Significa pues que la causa del despido es carga de la prueba del empleador.

Por su parte, el proceso de tutela laboral también presenta una regla especial de distribución de las cargas probatorias. Este proceso está dirigido a dirimir “...las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por

éstos los consagrados en la Constitución en su art. 19 números 1 inc. Primero siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4to, 5to en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6to. inc. Primero, 12vo, inciso primero y 16to. En lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.”

También se aplicará a los actos discriminatorios por exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. (Art. 2 del Código de Trabajo)

Así se trata de las siguientes garantías constitucionales: derecho a la vida, integridad física y psíquica siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; vida privada y honra, inviolabilidad de las comunicaciones privadas, libertad de conciencia, y culto; libertad de opinión y libertad de trabajo; actos discriminatorios durante la ejecución y término del contrato de trabajo excluyendo expresamente las ofertas de trabajo, vulneración de la libertad sindical (prácticas desleales y anti sindicales) ³²⁴

Se entenderá que los derechos y garantías mencionadas se encuentran lesionadas cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial; o

³²⁴**Gamonal Contreras, Sergio.** Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de tutela de derechos laborales. En rev. Laboral Chilena Nov. 2008 N. 171 pag. 78. ; **Humeres Noguera, Héctor.** “La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo” en rev. Actualidad Jurídica n. 14. Julio 2006 pag. 173.

constituyen una represalia en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección de Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

El art. 493 del Código de Trabajo (ley 20.087) dispone que “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.”

En el proceso de tutela de derechos fundamentales no es que el trabajador-actor esté relevado de la carga de la prueba sino que le basta con acreditar indicios lo que supone un aligeramiento. Se trata de un estándar probatorio que exige una prueba mínima de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador subordinado para que sea el empleador quien deba justificar la licitud de su actuación.³²⁵

De todos modos, para que el trabajador se aproveche de esta reducción probatoria, es necesario que pruebe indicios que hagan generar en el juzgador la suficiente sospecha de que ha existido la lesión. Y el empleador podrá desembarazarse de la presunción si opta por probar, no ya el hecho negativo de que no lesionó el derecho fundamental del trabajador sino que su conducta obedeció a motivos razonables.³²⁶

³²⁵Gamonal Contreras Sergio. Op. Cit . “Prueba ...” pag. 78.

³²⁶En estos mismos términos se expresa la sentencia n. 266/1993 del Tribunal Constitucional español, citada por **Ugarte Cataldo, José Luis** en op. cit. pag. 225.

En el proceso de tutela de derechos fundamentales entonces, el indicio funciona como una señal o evidencia que da cuenta de un hecho oculto, y no exige al empleador la prueba de un hecho negativo (que no violó el derecho fundamental) sino que prueba que el acto o conducta empresarial obedeció a una motivación legítima.³²⁷

Se aprecia que la regla chilena presenta un contenido similar a la Directiva n. 97/80 de la Unión Europea que indica que “Los estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente , ante u órgano jurisdiccional u otro órgano competente , hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.³²⁸

2. EL CASO DE PERÚ

La ley 29.497 denominada “Nueva ley Procesal del Trabajo” de Perú del año 2010, innovó profundamente las estructuras procesales creando un procedimiento eficaz, eficiente y célere.³²⁹

³²⁷Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno. **Walter Díaz, Rodolfo ; Lanata Fuenzalía, Gabriela. Santiago.** Lexisnexis , 2007 pag. 170 citado por **Gamonal Contreras Sergio** en op. Cit. pag. 80.

³²⁸**Raciatti, Octavio.** Op. Cit. “Los principios...” en Derecho Procesal del Trabajo. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Octubre, 2005 pag. 28.

³²⁹**Pasco Cosmópolis Mario** . “ Comentarios a la nueva ley procesal del trabajo” Conferencia magistral . Sala Mixta Descentralizada de Tarma. Publicación online You tube.

Contiene expresas disposiciones sobre la distribución de la carga de la prueba que deben ser interpretadas en el marco de valores que lo particularizan, sensiblemente, a través de los principios que lo informan.

Efectivamente, contiene una declaración de principios que constituyen su base dogmática y definen su autonomía; algunos planteados en el Título Preliminar y otros directamente desarrollados en el cuerpo normativo: el principio dispositivo atenuado por la admisión del fallo ultrapetita a favor del trabajador y si apareciere error en la liquidación de los cálculos de la demanda, gratuidad, veracidad, inversión de la carga de la prueba, irrenunciabilidad de los derechos procesales y sustanciales en el curso del proceso, in dubio pro operario respecto de la duda insalvable en la interpretación de una norma, o ante la existencia de varias normas aplicables al caso concreto; inmediatez, protector en búsqueda de la igualdad real de las partes, acentuándose en los casos de la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad; razonabilidad; debido proceso y tutela jurisdiccional. Contiene también un elenco de principios operacionales: inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y favorecimiento del proceso.³³⁰

El art. 23 regula la carga de la prueba.

Los arts. 23.1. y 23.5 parecen regular situaciones más generales o por lo menos, no tan específicas como las de los arts. 23.2 y 23.3.

³³⁰Toledo Toribio, Omar. Derecho Procesal Laboral. Principios y competencia en la nueva ley procesal del trabajo, ley 29.497. Ed. Grijley. Agosto 2011 pag. 67.

El art. 23.1 establece una solución de principio que consiste en que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice³ alegando nuevos hechos.

El art. 23.5 reconoce una presunción simple a favor del trabajador actor y un estándar de prueba. En efecto. Indica que bastan indicios derivados de la prueba o de propia demanda – que podrían ser entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos y los antecedentes de la conducta de las partes - para que el juez deba darlos por ciertos; salvo que el demandado hubiera aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.³³¹

Se trata de una presunción simple por cuanto admite prueba en contrario aunque con el preciso alcance legal. Y a su vez se trata de un estándar de prueba³³² por cuanto entiende suficiente el aporte de indicios que además, no necesariamente deben surgir de la producción probatoria sino que podría alcanzar con que ello surgiera verosímil del relato de la demanda. La elección de este estándar de prueba – los indicios – dan cuenta del valor ético – político adoptado por el legislador peruano que sin duda se coloca en el rol de parte más débil del trabajador tanto en la relación sustantiva como en la procesal.³³³

³³¹Como se advierte la ley procesal peruana no limita la técnica presuncional a través del aporte de indicios, a la violación de derechos fundamentales como la ley chilena. Sino que la instala con la generalidad de referirse a “hechos lesivos” sin indicar ni qué tipo de hechos ni qué tipo de derechos serían los violentados.

³³²Estándar de prueba refiere al criterio que indica cuando se ha conseguido la prueba de un hecho; o cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que los describe. (**Gascón Abellán, Marina**. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos” Doxa 28,2005 pag. 129.

Luego, las reglas especiales están previstas en los arts. 23.2, 23.3 y 23.5 y disciplinan la distribución de las cargas probatorias en tres áreas diversas: una que distribuye las cargas entre el trabajador-actor y el empleador-demandado describiendo los hechos que corresponde probar a cada uno; y la otra que recurren a la técnica de presuncional, estableciendo una presunción relativa de laboralidad.

En cuanto a la primera área, incumbe al trabajador la prueba del daño alegado, el motivo de nulidad invocado, el acto de hostilidad padecido. Y también le incumbe la prueba de la fuente de derecho cuando ésta es diversa a la constitución o a la ley.

Incumbe al empleador la prueba del pago, el cumplimiento de las normas legales y de sus obligaciones contractuales, su extinción o su inexigibilidad; la existencia de una causa razonable distinta al hecho lesivo alegado; el estado del vínculo laboral y la causa del despido.

Interesa advertir como, alegado el incumplimiento del empleador, no es al actor a quien incumbe probarlo sino al demandado que estará llamado a probar el cumplimiento. Y ello es así por la sencilla razón de que implicaría comprometer al demandante a la búsqueda de una prueba muy difícil de conseguir, por decir lo menos, cuando es mucho más lógico y fácil que el deudor demuestre haber cumplido con sus obligaciones.³³⁴

333 **Taruffo, Michele** sostiene que los estándares de prueba pueden variar en función de la estructura del contexto procesal, de las finalidades que se asignen al proceso concreto, de los valores ético-políticos que en él se consideren prioritarios y de la regulación procesal de las cargas probatorias que se atribuyen a las partes. En "Tres observaciones sobre "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar" Doxa 28, 2005 pag. 119 citado por **Gamonal Contreras, Sergio** en op. Cit. pag. 79.

334 **Ávalos Jara, Oxal Víctor** Comentario a la nueva ley procesal del trabajo. Estudios y análisis crítico de la ley. 29.497. Jurista Editoriales. Junio 2011 pag. 372.

En la segunda área, el art. 23.2. Establece una presunción relativa de laboralidad, bastándole al trabajador con la prueba de la prestación personal de los servicios. Lo que viene a modificar sustancialmente la regulación anterior (ley 26.636) que gravaba al trabajador con la prueba de su condición de trabajador dependiente. La reforma laboral consagra una presunción simple tanto en cuanto a la naturaleza del vínculo como a su modalidad. En efecto, probada la prestación personal de servicios, la ley presume que éstos han sido prestados inmersos en una relación de trabajo y ésta bajo la modalidad de tiempo indeterminado. En consecuencia el trabajador no tiene que probar la subordinación sino solo la existencia de una relación prestacional³³⁵, concretándose así una modalidad de realización del principio protector.³³⁶ Se trata de una facilitación probatoria y no de una exención ni una inversión de la carga de la prueba, por cuanto deberá demostrar la prestación de servicios en beneficio de quién es supuestamente empleador. No tiene por qué probar el carácter laboral de los servicios – que en realidad es el hecho presunto – sino la exclusiva demostración de la existencia de la prestación – hecho base de la presunción-.

Pero admite la prueba contraria del empleador demandado, que destruya la presunción, de allí que se trate de una presunción simple. El demandado puede

335 **Ávalos Jara, Oxal Victor.** Comentarios a la nueva ley procesal del trabajo. Estudios y análisis crítico de la ley 29.497. Jurista Editores. Junio 2011. Pag. 350.

336 **Puntriano Rosas, César.** “La presunción de laboralidad en la nueva ley procesal del trabajo” en Academia de la Magistratura del Perú. Documentos y análisis de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. pag. 190.

probar que no prestó servicios, que no fue por tiempo indeterminado o que prestó servicios pero en forma autónoma.³³⁷

No se trata, sin embargo, de prueba diabólica: el empleador no tiene que demostrar que no existe subordinación, esto es, probar lo inexistente, sino que tiene que acreditar que los servicios eran autónomos, independientes. No le será fácil, pero la norma se asienta en una realidad a la que quiere combatir: el uso desmesurado y por lo general abusivo y fraudulento de contratos civiles (locación de servicios o de obra), mercantiles (comisión mercantil) para encubrir relaciones de trabajo y burlar los derechos de los contratados.³³⁸

CAPÍTULO VI: LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO LABORAL PROCESAL URUGUAYO

1. EL CAMINO A SEGUIR EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PAUTAS SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO LABORAL PROCESAL URUGUAYO

Las dos leyes que consolidan el sistema laboral procesal autónomo- 18.572 y 18.847- no presentan una regla expresa y de carácter general que disciplinen la distribución de las cargas probatorias.³³⁹

³³⁷Puntriano Rosas, op. Cit pag. 194.

³³⁸Pasco Cosmópolis Mario. Op. Cit. “Comentarios a la nueva ley procesal del trabajo” Conferencia magistral . Sala Mixta Descentralizada de Tarma.

³³⁹Barretto Ghione, Hugo.op. cit. “Principios de igualdad y...” pag. 57; Quintana Alfaro, Betiana. Rodríguez Gustá , Rafael en “La prueba en los despidos discriminatorios” en Rev. Derecho Laboral n. 243 pag. 525.

De todos modos, a efectos de regular hipótesis puntuales, acuden a la figura de las presunciones situando al trabajador actor en la posición de beneficiario como se examinó precedentemente.(arts. 13 inc.2do y 21 inc.3ro; art. 9 inc.2do. y 4 inc.2do. de la ley 18.572 en la redacción dada por la ley 18.847)

Por su parte el Derecho del Trabajo sustantivo, ofrece un sinnúmero de soluciones puntuales que, o bien las diseñan o bien aportan elementos para deducirlas; y a su vez todas ellas, permiten analogías.

Interesa cuestionarse cuál habrá de ser el proceder del aplicador cuando, evalúe la prueba producida insuficiente y advierta que ninguna de las dos leyes que organizan las estructuras procesales – proceso ordinario y de menor cuantía - no relevan disposición alguna que con carácter general discipline la distribución de la carga de la prueba. Y el punto interesa porque, en función de ello habrá de resolverse a cuál de las partes habrá de perjudicarle la ausencia de prueba.

Tal situación planteará la hipótesis que considera el art. 31 de la ley 18.572 en tanto refiere a “lo que no esté previsto en la presente ley”, por ende, la búsqueda de la solución habrá de seguir su el derrotero.

2. "DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL "

Una mirada al ordenamiento jurídico uruguayo – integrado por el Derecho del Trabajo nacional y por el Derecho Internacional del Trabajo- permite sindicar un elenco de disposiciones que o bien reglamentan expresamente la distribución de la carga probatoria en situaciones puntuales, o bien permitirían inferirla.

En tal sentido, debiéndose advertir que, especialmente en lo que refiere a las fuentes nacionales, estando a su conocida dispersión – temporal y en cuanto a sus fuentes- , la reseña no podrá entenderse agotada.

Se agruparán, primero, en función de la fuente: las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional del Trabajo por un lado y por otro, las de derecho interno. Y segundo y entre estas, según la modalidad de reglamentar la distribución de la carga probatoria: las que la regulan atribuyéndola expresamente; las que lo hacen a través de presunciones (expresas e implícitas), y las que lo hacen por deducción de la imposición de una obligación. Y entre éstas, obligaciones impuestas al empleador tanto respecto del trabajador como de la Administración del Trabajo, y otras, impuestas al trabajador.

2.1. EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo, se integran al ordenamiento jurídico interno expreso e implícito.³⁴⁰ De todos modos, también otros cuerpos normativos relativamente recientes han invocado al Derecho Internacional como fuente de integración e interpretación.

+ La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8 dispone que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Al detallar

³⁴⁰Recogido expresamente por el art. 30 de la ley 18.572 y por la jurisprudencia. **Risso Ferrand, Martín.** Op. Cit. “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad ...” pag. 191.

las garantías mínimas refiere a los “medios adecuados para la preparación de la defensa” En opinión consultiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que la disposición no identifica una estructura judicial determinada – “recurso judicial” – sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, atendiendo que la “adecuada defensa” es la necesaria en función los derechos u obligaciones que se hallan bajo consideración judicial. Vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en cada circunstancia.³⁴¹

A su vez ha dictaminado que el art. 8.1 de la Convención debe interpretarse en forma amplia de modo que el producto de tal actividad, se apoye tanto su texto literal como en su espíritu. Así mismo, que debe ser apreciado de acuerdo con el art. 29 inc. C) de la Convención, según el cual ninguna de sus disposiciones puede leerse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.³⁴²

La interpretación a la luz del principio desarrollado por la disposición, - la tutela efectiva – permite inferir de la fórmula abierta, que la determinación de la regla procesal “*adecuada*”, -entre ellas, la distribución de las cargas probatorias –

341Opinión consultiva OC-9-87 , párrs. 27-28. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia, y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Chile. 2007 pag. 354..

342Caso Blake (Fondo) párras. 96-97 (1998) citado por op. Cit. Derecho Internacional de los Derechos Humanos ... pag. 354.

se extraerá de las especialidades de la relación sustantiva (“derechos y obligaciones”) que se hallan bajo consideración especial.

La significación de la fórmula abierta en el sentido indicado, reconoce aunque referido a otro derecho fundamental, antecedentes en la doctrina nacional mayoritaria y también en la comparada. En efecto. La referencia “*medidas apropiadas*” para garantizar el derecho fundamental a la libertad sindical que deben adoptar los Estados – miembros y no miembros de la OIT (arts. 11 del Convenio Internacional de Trabajo n 87³⁴³, y art. 2 literal a) de la Declaración de Principios y Derechos fundamentales en el trabajo de OIT de 1998, respectivamente) disparó la idea de la garantía perfecta para la restitución del goce del derecho. En tal sentido, sostuvo Ermida Uriarte que la solución reparatoria perfecta y la única íntegramente adecuada a la protección de la actividad sindical es la que se resuelve en la declaración de nulidad del acto discriminatorio; calificando a su vez, otras, como solución imperfecta.³⁴⁴ Y otrora, pero ya ratificado el convenio y contemporáneamente a la opinión doctrinaria aludida, la jurisprudencia nacional resistió tal interpretación a diferencia de la mayor parte de los tribunales de otros ordenamientos. Pero el legislador con fundamento en el instrumento internacional, en la Recomendación n. 143, y en la doctrina citada según surge de la exposición de motivos, recogió la solución de

343Ratificado por Uruguay por ley 12.030 del 27.XI. 1953.

344Ermida Uriarte, Oscar. Protección contra los actos antisindicales”. Ed. FCU . Colección JVS 33. Diciembre de 1987 pag. 57. También, Mantero, Ricardo. “ La protección del militante sindical en el Derecho Uruguayo” en rev. Derecho Laboral n. 134 pag. 382.; Mantero de San Vicente , Osvaldo. Protección y promoción de la libertad sindical. Curso sobre la ley 17.940 Ed. FCU . Setiembre 2006, pag. 65.

reparación perfecta en la ley 17.940 del año 2006 sobre protección de la libertad sindical.

- Ahora bien. La misma Recomendación n. 143, en el artículo 6 presenta en carácter de medida adecuada encaminada a la tutela efectiva de la libertad sindical de los trabajadores más expuestos a que por su actividad se vea lesionada su indemnidad, un elenco de carácter procesal. Dispone que:

- “(1) Cuando no existan suficientes medidas apropiadas de protección aplicables a los trabajadores en general, deberían adoptarse disposiciones específicas para garantizar la protección efectiva de los representantes de los trabajadores.

- (2) Tales disposiciones podrían incluir medidas como las siguientes:

- (a) definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores;

- (b) exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo;

- (c) procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto;

- (d) por lo que se refiere a la terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda, a menos que ello sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos;

- (e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado;
- (f) reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal.”

Como se observa plantea no solo la distribución y contenido de la carga de afirmación y contradicción, sino también, la de la prueba que, la hace recaer en el empleador. Sugiere la Recomendación que se presuma que el acto del empleador es discriminatorio y que, a pesar de ser el trabajador quien invoque su ocurrencia e ilicitud, se vea favorecido por la presunción y por ende quede en la actuación procesal del empleador y a su riesgo, la prueba de que sus actos estaban justificados. Como se advierte la disposición utiliza la técnica presuncional reportando un juicio de verdad (interina) del hecho invocado por el trabajador que el empleador si quiere desembarazarse de las consecuencias desfavorables que le pudiera acarrear, debería destruir. Esta es en definitiva la solución legislativa nacional en el punto según dispone el art. 2 inciso final de la ley 17.940. ³⁴⁵i

+ El art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales concreta aún más el concepto en tanto luego de indicar que en cada Estado deberá existir una jurisdicción especial de trabajo, mandata también en el sentido de “un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos”. Este

³⁴⁵Indica la disposición que “ El trabajador deberá fundamentar por qué sostiene que fue despedido o perjudicado por razones sindicales. Corresponderá al empleador, debidamente notificado del contenido de la pretensión de amparo, probar la existencia de una causa razonable relacionada con la capacidad, o conducta del trabajador, o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”.

instrumento internacional también habilita inferir que la individualización del proceso y de los procedimientos adecuados – como interesan al caso, las reglas de distribución de las cargas probatorias - deben determinarse en función de los derechos sustantivos en juego cuando se persigue su garantía a través del proceso jurisdiccional. Argumento que permite fundamentar, primero, la admisibilidad de la ausencia de una regla única y general y en segundo lugar, la individualización de aquella que sea más adecuada al interés tutelar del trabajador, en cuya protección se ha erigido el proceso laboral autónomo.

+ La Recomendación n. 198 sobre la determinación de la relación de trabajo indica en el art. 10 literal b) que los Miembros “deberían consagrar una presunción legal de la existencia de la relación de trabajo cuando se den uno o varios indicios”.

Vale decir que sugiere que los Estados presuman que cuando ocurre trabajo humano para otro, es prestado en relación de dependencia y ello determinará entonces la regulación del vínculo al amparo del Derecho del Trabajo; salvo, claro está que el sujeto de derecho opositor destruya la presunción. Sin duda la recomendación busca facilitar la calificación del vínculo como relación de trabajo, para que quede amparada por el Derecho del Trabajo, razón por la cual sugiere a los Estados la previsión de una presunción.³⁴⁶

Es interesante advertir como el instrumento internacional hace hincapié no solo en la legislación, sino también en la **interpretación** de la misma, señalando en uno de sus considerandos que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la OIT y de conformidad con los principios establecidos en

346Ejemplos de ello: art. 23.2 de la ley 29.497 peruana; art. 737 del Código de Trabajo de Panamá; art. 182 del Código Procesal de Trabajo de Bolivia.

la Declaración de la OIT relativa a los principios y Derechos fundamentales en el trabajo de 1998 y el programa de trabajo decente.

Debe verse que sugiere también “e) Proporcionar a los interesados acceso efectivo a procedimientos y mecanismo expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de la relación de trabajo. “

+ La Recomendación n. 95 sobre protección de la maternidad³⁴⁷, en el art. 4 numeral 2 en sede de la “Protección del empleo” relaciona cuáles podrían ser las “justas causas del despido” de la trabajadora embarazada o ya madre que la legislación podría reglamentar, determinando ello dos consecuencias. La primera, el concepto de despido restringido a las justas causas; y la segunda, indirectamente centralizando la carga de la prueba de la ocurrencia de alguna de tales justas causas, en la persona del empleador que disponga el despido.

+ El Convenio Internacional de Trabajo n. 183 sobre protección de la maternidad³⁴⁸ no ratificado por Uruguay, en el art. 8 en sede de “Protección del empleo y no discriminación”, indica que “Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los [artículos 4 y 5](#), o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias

347Aprobada en el año 1952.

348Aprobado en 1952 y revisado el 7.2.2002.

o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.”

El instrumento internacional reproduce la distribución de la carga probatoria sugerida en la Recomendación n. 95 de OIT, asignándola al empleador.

A pesar de que el CIT n. 183 no está ratificado por Uruguay, se relevan argumentos para entender la fórmula distributiva de carga probatoria aplicable en el ordenamiento nacional. Primero, por cuanto se halla recogida la misma fórmula por la Recomendación n. 95 que como tal califica como fuente de derecho en tanto por haber sido aprobada por la Conferencia de la OIT con las mismas mayorías necesarias que para un CIT, es expresión de la conciencia jurídica universal y por ende doctrina más admitida y fuente material de derecho. (Art. 332 Constitución) Segundo, por cuanto la vulneración de la protección del empleo de la trabajadora embarazada y ya madre, caería en una situación discriminatoria prohibida por la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo de OIT de 1998 que no requería de ratificación y que resulta vinculante para todos los miembros, aún sin que hubieran ratificado los respectivos convenios.

+ *El Convenio Internacional de Trabajo N. 158 (no ratificado por Uruguay) sobre la terminación de la relación de trabajo* indica varias alternativas tendientes a la protección contra el despido injusto señalando entre ellas que *“incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo”*.³⁴⁹

349Respecto del CIT n. 158 debe decirse que aunque no se encuentra ratificado por Uruguay, su vigencia objetiva derivada de la aprobación en el seno de la Conferencia de la OIT y por ello y en tanto refleja la opinión de la conciencia jurídica universal, resulta instrumental a la determinación del concepto nacional de notoria mala conducta. (Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo T. I. vol 1 pag. 201 3ra ed, Montevideo 2002; Rev. Judicatura n. 45 pag. 62)

Ahora bien. No podría darse por culminada esta reseña – tentativa – de instrumentos internacionales que directa o indirectamente distribuyen cargas probatorias sin realizar una reflexión sobre el valor jurídico de las Recomendaciones y de los Convenios Internacionales de Trabajo no ratificados. Ciertamente es que éstos no crean en los Estados miembros de OIT las mismas obligaciones que respecto de los ratificados. Sin embargo ostentan un valor jurídico especial que, aunque en distinta medida y por distintos fundamentos, comprometen a los Estados.

Tanto las Recomendaciones como los Convenios Internacionales no ratificados, son exponentes de la opinión jurídica de la mayor parte de los Estados, ya que ambos nacen del seno de la Conferencia General³⁵⁰. En particular el Convenio internacional de trabajo a partir de su vigencia objetiva – la aprobación en la Conferencia - genera la obligación de sumisión a la autoridad competente para que le dé forma de ley o adopte otras medidas.³⁵¹³⁵²

350El art. 19 de la Constitución de la OIT indica que para la adopción de un convenio o una recomendación será necesaria una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes.

351Art. 19 numeral 6 literal b de la Constitución de la OIT.

352Beaudonnet, Xavier." La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticia de una evolución en marcha " . rev. Derecho Laboral n. 238 pag. 245.

Indica Oscar Ermida Uriarte que “...los convenios de la OIT no ratificados pueden tener algunos efectos importantes. En general, tienen una eficacia similar a la de las Recomendaciones. Pero hay más: los convenios de la OIT sobre derechos humanos (la mayor parte), pueden tener validez (nota a) plena, aún no ratificados, como es el caso de los referidos en la Declaración de Principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998. Aparte de eso, las otras convenciones de la OIT sobre derechos humanos pueden - y hasta deben - ser usadas en la interpretación de otras normas de derechos humanos. Por ejemplo: el convenio 158, aún no ratificado (en Uruguay) o denunciado (en Brasil), contribuye fuertemente a la construcción del contenido esencial del derecho al trabajo.”³⁵³

Por su parte, si bien se han individualizado dos Recomendaciones de OIT que como es sabido no poseen el mismo valor normativo que los Convenios Internacionales de Trabajo, constituyen una herramienta de interpretación del derecho interno

354

2.2. EN EL ÁMBITO DEL ORDENAMIENTO INTERNO

2.2.1. DISPOSICIONES QUE EXPRESAMENTE REGLAMENTAN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS

³⁵³**Ermida Uriarte, Oscar.** “Aplicacao das normas internacionais do trabalho” en Revista do Advogado N. 110 pag. 137. Sao Paulo 2010)

³⁵⁴**Beaudonet, Xavier.** “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo pro los tribunales nacionales” Normas Internacionales del trabajo para magistrados, juristas y docentes en derecho. Cinterfor OIT 2011. pag. 130; **Ermida Uriarte, Oscar.** “La recomendación de OIT sobre la relación de trabajo (2006)” en Rev. Derecho Laboral N. 223 pag. 673.)

+ El art 4 de la ley 10.449 dispensa al trabajador de la prueba de los daños sufridos por el incumplimiento del empleador en el pago de salarios, quiebra el principio dispositivo y dispone la condena preceptiva en la reparación de tales daños que el juez caso a caso, individualizará siguiendo determinadas pautas. (las cargas familiares, el tiempo durante el cual se mantuvo el incumplimiento) Situación a la que corresponde agregar el desarrollo jurisprudencial, hoy por hoy totalmente sólido, en cuanto a que la regla se extiende a la condena por cualquier crédito de naturaleza salarial aunque no se trate del salario estrictamente sino de elementos marginales. La distribución de la carga de la prueba se aprecia desde que el trabajador no tendrá que probar la ocurrencia de los daños sino los hechos que expresamente indica la disposición, para que el juez deduzca el monto de la indemnización.

+ El art. 2 de la ley 13.556 sobre licencia anual establece que en caso de duda acerca de la permanencia a la orden del trabajador, la carga de la prueba será del empleador.

+ El art. 10 de la ley 12.597 sobre despido expresa que todo trabajador despedido por notoria mala conducta pierde el derecho a la indemnización por despido y el empleador deberá probar los hechos constitutivos de aquella.

+ El art. 2 literal e de la ley 17.940 sobre protección de la libertad sindical, en el marco del proceso de tutela especial reservado a los trabajadores que ejercen facultades de representación del colectivo indica que “el trabajador deberá fundamentar por qué sostiene que fue despedido o perjudicado por razones sindicales. Corresponderá al empleador, debidamente notificado del contenido de la pretensión de amparo, probar la existencia de una causa razonable, relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, o basada en las necesidades de la

empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada...”³⁵⁵

- + art. 4 de la ley 18.251 sobre descentralización empresarial, si bien refiere a un derecho del empleador, se trata de una carga: la carga de informarse del estado de cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del empresario auxiliar y la carga de probarlo en el debate jurisdiccional. Ya que si se informa y lo prueba podrá lograr que su responsabilidad sea subsidiaria en vez de solidaria. ´

2.2.2. DISPOSICIONES QUE EXPRESAMENTE ESTABLECEN PRESUNCIONES DE LAS QUE SE DEDUCE LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA

- + El art. 16 de la ley 7.318 sobre descanso semanal indica que los dueños de empresas y las compañías o sociedades serán civil y solidariamente responsables de las contravenciones declaradas contra sus directores o agentes. Las infracciones o contravenciones se presumirán en todos los casos imputables a los patronos
- + El art. 20 de la ley 12.590 sobre licencia anual establece la presunción de que las infracciones a la misma se entenderán, en todos los casos, salvo prueba en contrario, imputables a los patronos.

355Una parte de la doctrina califica la distribución de la carga probatoria como una inversión (**Ernida Uriarte, Oscar.** “Primera lectura de la ley 17.940 de protección de la libertad sindical “ en Rev. Derecho Laboral n. 221 pag. 237; **Raciatti, Octavio.** “Aspectos procesales de la protección de la libertad sindical en la ley 17.940” XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vol. 2 Ed. F.C.U. Año 2006 pag. 78.) y otra como la consagración legal de una presunción de certeza de los hechos alegados por el actor trabajador. (**Reyes Oheninger, Alberto.** “Protección sindical y carga de la prueba” en Rev. Derecho Laboral n. 222 pag. 396.; sentencia n. 158/2011 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno (Morales, Posada, Rossi, (r)). Participando de esta calificación puede decirse que el legislador emite un juicio de certeza sobre los hechos relatados por el trabajador, presumiendo dos aspectos: que son ciertos y que el trabajador no está en condiciones de probar porque, como indica la experiencia común carece de la prueba en tanto obra en poder del empleador quien otrora administró su trabajo. Pero habilita al empleador a destruir la presunción de certeza mediante la prueba en contrario de hechos vinculados a los concretos aspectos que la ley delimita.

- + El art. 2 inciso tercero de la ley 13.556 sobre licencia anual dispone que en caso de duda acerca de si un trabajador ha permanecido o no a la orden, la carga de la prueba es del empleador.
- + Los arts. 2 y 3 del dec. ley 14.625 sobre sujeto pasivo de contribuciones de seguridad social en los casos de actividad de distribución reconocen dos presunciones. El art. 3 señala que se presume que las empresas productoras e importadoras realizan directamente la distribución de sus productos y en consecuencia, por lo que respecta al proceso de distribución, tienen la calidad de sujetos pasivos de las contribuciones especiales de la seguridad social, de las prestaciones legales de carácter pecuniario establecidas a favor de organismos de derecho público no estatales, (Artículos 1º y 13, inciso 3º del Decreto Ley No. 14.306, de 29 de noviembre de 1974), y de las obligaciones tributarias, de acuerdo a las normas especiales que rigen para cada una de esas materias. Agrega que ello también es aplicable a las obligaciones relativas a seguros por accidentes de trabajo (Ley No. 10.004, de 28 de febrero de 1941, sus modificativas y concordantes) El art. 3 indica que esta presunción quedará sin efecto cuando la empresa productora o importadora acredite haber celebrado un contrato de distribución de sus productos con una o más empresas distribuidoras, en cuyo caso éstas tendrán la calidad de sujetos pasivos de las obligaciones, contribuciones y prestaciones, ya sean fiscales o del régimen de la seguridad social, generadas por el ejercicio de sus actividades.
- + El art. 23 de la ley 18.246 sobre unión concubinaria, dispone que la relación concubinaria no obsta a los derechos derivados de la relación laboral entre los concubinos, siempre que se trate de trabajo desempeñado de manera permanente y subordinada. Y agrega que se

presume dicha relación, salvo prueba en contrario, cuando uno de los concubinos asume ante terceros la gestión y administración del negocio o empresa de que se trate.

- + *El art. 91 de la ley 16.713 sobre modificación al sistema previsional* señala que el despido de un trabajador, producido como consecuencia de haber éste observado la información de la historia laboral (art.89) , dará lugar a una única indemnización especial igual al triple de la correspondiente a la indemnización tarifada por despido común y a la imposición de sanciones administrativas de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero. Y agrega que el despido acaecido dentro de los ciento ochenta días de efectuada la observación se presumirá, salvo prueba en contrario, verificado por el motivo indicado precedentemente.³⁵⁶³⁵⁷
- + *El art. 18 de la ley 17.164 sobre derechos de invención* indica que cuando el trabajador realice una invención en relación con su actividad profesional en la empresa y en su obtención hubieren influido predominantemente conocimientos adquiridos o la utilización de medios proporcionados por ella, sin estar obligado a realizar actividad de investigación, lo comunicará por escrito a su empleador. Indica además

356 Sienta una presunción simple de que el trabajador fue despedido por la denuncia de la falta de veracidad de los datos denunciados a la historia laboral, pero admite la prueba en contrario por parte del empleador aunque no la limita a la notoria mala conducta o hecho alguno.

357 No se menciona la presunción del art. 187 numeral 5) inc. Final de la ley 1.6713 debido a su reciente derogación, pero antes de ello su texto establecía una presunción simple de inexistencia de simulación y fraude cuando la materia gravada se refiera a ex trabajadores dependientes que dejaron de serlo para formar una empresa unipersonal cuando la relación contractual sea fruto de una reestructura. (Sobre la derogación y sus efectos: **Nicoliello, Ariel.** “ La derogación del art. 178 de la ley 16.713 (empresas unipersonales) en Rev. Derecho Laboral n. 244 pag. 741.

que si el empleador notifica por escrito su interés en la invención dentro de los noventa días, el derecho a la patente les pertenecerá en común y finalmente que se presumirá como desarrollada durante la relación de trabajo toda invención cuya solicitud de patente haya sido presentada dentro del año posterior al cese.

- + *El art. 12 de la ley 18.561 sobre acoso sexual* dispone que se presume – salvo prueba en contrario – que el despido o las sanciones del trabajador afectado o de quienes hayan prestado declaración como testigos, obedecen a motivos de represalia cuando tengan lugar dentro del plazo de ciento ochenta días de interpuesta la demanda de acoso en sede administrativa o judicial. Y agrega, aunque en una forma elíptica que la prueba en contrario eficaz es la que refiere a la notoria mala conducta.³⁵⁸
- + No puede faltar en esta reseña la cita de los *cinco casos en los que las leyes 18.572 y 18.847 disciplinan presunciones*: ante la hipótesis de incontestación de la demanda (en los arts. 13 inc. 2do para el proceso ordinario y 21 inc.3ro. para el proceso de menor cuantía); ante la ausencia de controversia categórica de los hechos afirmados por el actor

358“...con la salvaguarda de la notoria mala conducta.” **Márquez Garmendia, Martha.** “Notoria mala conducta configurada por acoso sexual” en Rev. Derecho Laboral n. 170 pag. 414; “El acoso sexual como motivo de despido indirecto y abusivo” en Rev. Derecho Laboral n. 196 pag. 923; “Acoso sexual” en Temas prácticos de Derecho Laboral. T. 2 .FCU p. 133; “ El acoso sexual en el trabajo y en la enseñanza” en Rev. Derecho Laboral n. 225 pag. 509. **Panizza, Carolina.** “La ley 18.561 sobre acoso sexual” en Rev. Derecho Laboral n. 235 pag. 604. **Colotuzo, Natalia. Panizza, Carolina.** “Regulación legal del acoso sexual. Análisis de la ley 18.561” en AA.VV. Cuarenta Estudios sobre la nueva legislación laboral Uruguay” . Aniversario del Grupo de los Miércoles. FCU, Montevideo 2010 pag. 144. **Rodríguez Pereyra, José Pedro.** “Acoso sexual en el ámbito laboral (ley 18.561)” en Rev. Derecho Laboral n. 239 pag. 523. **Goldstein, Eduardo.** “Acoso moral y sexual en el trabajo en Uruguay. Balance de su tratamiento al finalizar la primera década del Siglo XXI” en Rev. Derecho Laboral n. 241 pag. 97.

No puede dejar de observarse que la única prueba liberatoria de la verdad del hecho presumido – el despido represalia – que podría intentar el empleador, deberá referirse a una causal calificable como notoria mala conducta. Que como se advierte, se trata de una defensa mucho más restringida que la prevista por el art. 2 de la ley 17.940 sobre protección de la libertad sindical. **Scavone, Verónica. Rivas, Ana Gabriela.** op. Cit. “La prueba indiciaria...” pag. 727.

(art. 9 inc. 2do en su remisión al art. 130 del CGP para el proceso ordinario y art. 21 en su remisión al art. 9 para el proceso de menor cuantía) , ante la ausencia de desconocimiento de documentos presentados con la demanda (las mismas disposiciones legales que en el caso anterior) y en sede de proceso conciliatorio, como consecuencia de la incomparecencia a la audiencia de conciliación administrativa y de la omisión de denunciar a un tercero total o parcialmente responsable (art. 4 inc. 2do.)

En tal sentido, cuando el demandado se allana a la pretensión o no contesta la demanda, implícitamente presume absolutamente ciertos los hechos alegados por el actor ya que mandata al tribunal a fijar fecha de dictado de la sentencia por lo que elimina entre otras, la etapa probatoria. También presume ciertos los hechos alegados en la demanda, cuando el demandado contesta pero no controvierte categóricamente, lo que determina que el hecho deba quedar fuera del objeto de la prueba.³⁵⁹ Presume auténticos los documentos presentados con la demanda si no fueron desconocidos por el demandado; y finalmente también presume relativamente ciertos los hechos invocados por el actor contra el demandado que habiendo sido citado a la audiencia de conciliación administrativa no concurrió o si lo hizo y no denunció a un tercero total o parcialmente responsable que luego sindicó como tal en la contestación de la demanda.

³⁵⁹Estando a la modificación operada por la ley 19.090 al art. 130 del CGP al que se remite el art. 9 de la ley 18.572, debe entenderse que esta presunción es relativa ya que puede ser destruida por la “prueba de autos”. Lo que significa que no será necesario producir prueba sobre el hecho, justamente porque no fue controvertido, pero si obrara prueba que lo desautorizara, correspondería estar a ésta.

2.2.3. DISPOSICIONES QUE IMPLÍCITAMENTE ESTABLECEN PRESUNCIONES DE LAS QUE SE DEDUCE LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA³⁶⁰

- + El art. 23 del dec. ley 14.407 reglamenta que *llas empresas no podrán despedir ni suspender al trabajador que esté ausente por razones de enfermedad* si ha cumplido los requisitos que establece esta ley y su reglamentación quedando obligadas a reincorporarlo a sus tareas habituales toda vez que haya sido dado de alta por ASSE. El trabajador dado de alta no podrá ser despedido antes de que transcurran treinta días de su reincorporación a la empresa. Y agrega que la violación de esta obligación traerá aparejado que el pago de la indemnización por despido sea el doble de la normal, salvo que el empleador demuestre la notoria mala conducta del trabajador o que el despido no esté directa o indirectamente vinculado con la enfermedad o accidente de trabajo³⁶¹.
- + El art. 9 del dec ley 15.180 en la redacción dada por la ley 18.399 consigna que
- + El art. 69 de la ley 16.074 sobre accidentes de trabajo, señala que el trabajador, víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad

360Las reglas sobre distribución de la carga de la prueba contenidas en normas que regulan el proceso, reproducen muchas veces las soluciones del derecho sustancial, por lo que el estudio de las primeras devendría incompleto si no se conjuga con el ámbito específico al que se deben aplicar unas y otras armónicamente. **Reyes Oehninger, Alberto**. Op. Cit . La flexibilización pag. 593, y citando a **Gamarra J.** en Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XX Vol2 FCU, 2003 pag. 45 y ss , expresa que “Esa vinculación de la carga de la prueba con reglas insertas en el derecho de fondo suele descuidarse de los estudios procesales vernáculos”.

361Presume que el despido dentro de los treinta días se halla vinculado a la enfermedad, y admite la prueba contraria del empleador limitada a la notoria mala conducta o la desvinculación, directa o indirecta a la enfermedad. **Reyes, Oehninger Alberto**. “Protección de la libertad sindical y carga de la prueba” Rev. Derecho Laboral n. 222 pag. 395; sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo (Malherbe Ranguis , Almera de Mayol (r), Pereira Manelli) , en Rev. Derecho Laboral n. 144 pag. 693. Sentencia n. 122/82 TAT Moise de Bianchi, Almera de Mayol, Barbat Garmendia en Anuario de Jurisprudencia Laboral 1982 caso 983.

profesional, si así lo solicita, deberá ser readmitido en el mismo cargo que ocupaba, una vez comprobada su recuperación. Si el trabajador queda con una incapacidad permanente parcial, tendrá derecho a solicitar su reincorporación al cargo que ocupaba, si está en condiciones de desempeñarlo, o a cualquier otro compatible con su capacidad limitada. Agrega que readmitido el trabajador, no podrá ser despedido hasta que hayan transcurrido por lo menos ciento ochenta días a contar de su reingreso, salvo que el empleador justifique notoria mala conducta o causa grave superviniente.

- + El art. 17 de la ley 19.133³⁶² sobre estímulo al empleo de trabajadores jóvenes dispone en sede de contrato de aprendizaje que cuando, se prevean horas o jornadas de formación teórica fuera del establecimiento, los mismos se considerarán como tiempo efectivamente trabajado a todos los efectos, siempre que así hubiera sido previamente convenido.
- + El art. 29 del mismo cuerpo normativo establece que si al vencimiento del contrato el trabajador continúa desempeñando tareas se considerará una contratación definitiva y pasará a regirse por toda la normativa laboral y previsional vigente.

2.2.4. DISPOSICIONES QUE IMPONEN OBLIGACIONES AL EMPLEADOR

Una mirada en perspectiva del ordenamiento jurídico permite advertir la existencia de reglas que imponen obligaciones al empleador, unas, frente al trabajador, y otras, frente a la Administración y a ciertos terceros. En realidad, el orden público laboral se nutre, sustancialmente, disposiciones que reconociendo derechos al trabajador, imponen obligaciones tanto al propio Estado como al empleador.

³⁶²La ley 19.133 derogó la 16.783 sobre empleo juvenil.

Es preciso exponer el fundamento por el cual se afirma que de las reglas que imponen obligaciones – de hacer, de no hacer – o imponen condiciones para legitimar su hacer o no hacer, pueden deducirse las cargas probatorias que el juez laboral deberá determinar caso a caso. ³⁶³

El primer fundamento. Una situación de hecho, un principio constitucional, una herramienta de realización del principio constitucional.

La situación de hecho: la hipo- suficiencia del trabajador, que constituye a su vez, el fundamento de un principio constitucional: la garantía de protección especial del trabajo del hombre, sobre la que se construye todo el Derecho del Trabajo como disciplina jurídica.

Las reglas heterónomas y autónomas - que imponen obligaciones al empleador en beneficio del trabajador, traen ínsitas la distribución de la carga de la prueba de su cumplimiento que el juzgador caso a caso, habrá de determinar.

363 Resulta imposible citarlas todas por cuanto como el Derecho del Trabajo en custodia su eficacia utiliza el orden público para imponer obligaciones de cuyo cumplimiento se concretarán derechos laborales. Sin perjuicio de ello, se pueden ejemplificar: Entre las obligaciones de hacer: pensemos en la norma que impone el pago del salario(Convenio Internacional de Trabajo n. 95, dec. ley 14.159, art. 1) : si bien ninguna de las disposiciones que le son aplicables refieren expresamente a la carga de la prueba, será el empleador quien tendrá la carga de probar el pago , su tempestividad, su composición , etc, limitándose el trabajador a afirmar trayendo al proceso la hipótesis del incumplimiento. Entre las obligaciones de no hacer: el art. 1839 del Código Civil dispone la prohibición de despedir a los menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término, antes del vencimiento del mismo sin justa causa. Lo que supone que , será el empleador quien en el proceso esté gravado con la prueba de la justa causa . Entre las disposiciones que le imponen condiciones para legitimar su hacer , el art. 23 del dec. ley 14.407 si bien le prohíbe despedir a un trabajador amparado al BPS por enfermedad y durante treinta días después de su reintegro, puede quebrarse esta solución de principio en caso de notoria mala conducta o que lo motive un hecho desvinculado de la enfermedad que lo justifique , y será el empleador quien tendrá que argumentarlo y probarlo. Entre las disposiciones que reglamentan condiciones para legitimar el no hacer, por ejemplo , podrá no concederle licencia en un único período de veinte días sino hacerlo en un régimen diverso si acredita un acuerdo por convenio colectivo. (art. 1 ley 12.590)

La condición de hiposuficiencia en la que se encuentra el trabajador en la relación sustantiva y también en la relación procesal, sin perjuicio que resulta de la observación de lo que normalmente acontece, se deduce del art. 53 de la Constitución. En efecto, si el constituyente garantizó la protección especial del hombre que trabaja, ello obedece, ni más ni menos, a que parte de la base de hecho, que el trabajador precisa especial protección y si la precisa es porque no alcanzan los medios comunes que operan como garantías en el ordenamiento jurídico, sino que para él, resulta imprescindible un plus. Para el trabajador, no resultan suficientes las garantías que reportan los otros bienes humanos reconocidos expresa e implícitamente en la Carta. El constituyente detecta una razón para sumarle al trabajador la garantía de una especial protección (art. 53) que a su vez se desgrana en otros bienes humanos derivados de este meta-principio: para quienes se hallaren en una relación de trabajo o servicio, la protección a través de la ley de la conciencia moral y cívica, la justa remuneración, la limitación de la jornada, el descanso semanal, la higiene física y moral, la alimentación y el alojamiento adecuados cuando deba permanecer en el lugar de trabajo, la libertad sindical, y sus componentes huelga y negociación colectiva, el estatuto de los trabajadores del Estado entre otros.

Semejante blindaje del trabajador a través de un sistema de bienes humanos, no puede sino obedecer a un hecho de la vida y a una deliberada opción axiológica. El hecho de la vida: la hiposuficiencia de ese ser humano; una opción axiológica: su máxima salvaguardia organizada a través de principios desgranados del meta-principio y reglas para cuya concreción mandata al legislador, quien a través de la herramienta del orden público podrá invadir los vínculos jurídicos que se traben en torno al trabajo y con ello limitar la autonomía de la voluntad contractual.

Ante el desnivel de poder, nace y se desarrolla el Derecho del Trabajo valiéndose de dos herramientas: el orden público que restringe el poder normativo de los sujetos individuales de la relación jurídica y la negociación colectiva que adjudica poder normativo a determinados sujetos que operan como contrapeso.

Desde la perspectiva del constituyente entonces, para el trabajador resulta imprescindible un plus de protección de amplio espectro que incluye la relación procesal. Ello por cuanto la condición de hecho se mantiene cuando el trabajador se torna sujeto de la relación procesal. Porque el reconocimiento de derechos como bienes humanos incide en el proceso jurisdiccional y concretamente en la carga probatoria.³⁶⁴

La herramienta de realización del principio de protección del trabajo, o al menos una de ellas, está constituida por situaciones jurídicas de obligación respecto del Estado y también del empleador.

La tutela de los derechos fundamentales del trabajador genera deberes al Estado, pero también a sujetos de derecho privado de modo de posibilitar en el plano práctico, el ejercicio efectivo del derecho fundamental. El reconocimiento y la exigencia de observancia de estos deberes, acaban tornándose condiciones de posibilidad para el ejercicio del derecho fundamental.³⁶⁵

³⁶⁴**Cassinelli Muñoz, Horacio.** "Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales" en rev. del Colegio de Abogados del Uruguay. Tomo XXVI Noviembre 1993 pag. 5

³⁶⁵**CANARIS, Claus-Wilhelm.** Derechos fundamentales y Derecho Privado. Editorial . Coimbra: Almedina, 2ª reimpresión , 2009, p. 111. Agrega que para identificar la necesidad de tutela estatal, el criterio apropiado es el de la dependencia del titular del derecho fundamental en relación al comportamiento de otro sujeto de derecho privado".

El primer deudor del respeto y efectiva realización de los derechos fundamentales – que incluye la posibilidad real y también efectiva – de tutelarlos en un proceso jurisdiccional es el Estado. De allí que en primer término la imposición de deberes encaminados a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, recae en el Estado. Pero, cuando el poder del Estado es sustituido en la relación privada por el poder social ejercido por uno de los sujetos sobre el otro, los deberes instituidos con tal designio recaen sobre ese sujeto poderoso. De este modo se ha afirmado que los derechos y por consecuencia los deberes hilados a estos, deben ser aplicados con la misma legitimidad y en los mismos términos en que se aplican en la relación del individuo y el Estado. Ello por cuanto la razón de su aplicabilidad es idéntica: corregir la desigualdad material que se establece entre los sujetos en razón del poder de que uno de ellos está dotado.³⁶⁶

En definitiva los deberes que el ordenamiento jurídico le impone al empleador en su condición de sujeto de la relación de trabajo se explica por la premisa fáctica de la hipotética suficiencia así como por el especial designio de que el derecho del trabajador que tutela, sea realmente efectivo. Y, como estos dos elementos se trasladan a la relación procesal, también en esta es necesaria la determinación de una herramienta que garantice el derecho sustantivo. Así la proyección del deber del empleador en el plano sustantivo al plano procesal, se concreta en que sea quien esté gravado con la prueba del hecho vinculado al derecho sustantivo del trabajador.³⁶⁷ Aún más, la modalidad de cumplimiento de la obligación será la que permita determinar la idoneidad del medio probatorio.³⁶⁸

³⁶⁶ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 133-136, citado por Souto Severo, Valdete on line. A especificidade da prova no processo do trabalho: a questão dos deveres do empregador.

El segundo fundamento. La diferencia entre el incumplimiento laboral y el incumplimiento civil.

El incumplimiento laboral se diferencia del civil en dos aspectos. Uno, que importa predominantemente la violación de deberes creados por normas heterónomas – consecuencia de la publicitación del derecho del trabajo – más que del sinalagma mismo. Razón por la cual la doctrina laboralista ha expresado que lo que interesa es la relación de trabajo y no el contrato de trabajo, basada en la ostensible estrechez que le queda a la autonomía de la voluntad ya que lo esencial, viene regulado de la heteronomía. En el derecho civil, esta la regla se invierte pues es muy reducido el campo de la heteronomía y es el sinalagma fruto de la autonomía de la voluntad el normalmente afectado por el incumplimiento.

³⁶⁹ La heteronomía conformadora del Derecho del Trabajo, e incluso la expresa o

367Pongamos un ejemplo: El art. 1 de la ley 5032 impone al empleador “tomar las medidas de resguardo y seguridad para el personal de trabajo, a efecto de evitar los accidentes originados en la utilización de máquinas, engranajes, etc., así como por deficiencias en las instalaciones en general...” Este deber del empleador en el plano sustantivo se explica por el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y seguridad del trabajador en el trabajo. A su vez este deber del plano sustantivo se proyecta a la relación procesal como una carga para el empleador de probar que cumplió con la obligación legal. No es que el trabajador esté gravado con el incumplimiento sino que la existencia de una obligación legal a cargo del empleador determina que sea él quien en la relación procesal se encuentre gravado con la prueba de actos y hechos jurídicos que activó para proteger el derecho fundamental.

368Lo que significa que si por ejemplo se considera la obligación del empleador de emitir recibos de pago de salario con determinadas constancias (dec. 278/2017), a la hora del proceso, el pago solo podrá probarse a través de recibos y cualquier otro medio probatorio, de regla, será inconducente.

369**Barbagelata, Héctor Hugo.** “La mora en el Derecho del Trabajo. “ en Cuestiones Laborales. Homenaje a **Mozart Víctor Russomano.** UNAM. México. 1988. Expresa que la mora en las obligaciones del trabajo presenta particularismos que le son propios y que rebasan el marco de las especialidades que se reconocen desde la óptica del del derecho civil. , a saber: las relacionadas con el hecho de ser el contrato de trabajo un contrato de tracto sucesivo, son su sinalagmatismo y la circunstancia de que, al menos, una de las obligaciones principales, es una obligación de hacer.

implícita calificación de orden público de sus reglas (mandatos), obedece al avasallamiento del derecho objetivo por parte de los principios que inspiran la disciplina y que en el caso de Uruguay, se encuentran hasta en exceso, expresamente reconocidos por la comunidad constitucional. En efecto. El juego de los arts. 7 y 54, ilustran que la protección del hombre que trabaja constituye un principio cardinal sobre el que se construye – o se debe construir – todo el ordenamiento inferior.

El restante aspecto en el que se diferencian el incumplimiento civil y el laboral reside en que, en éste, no interesa o no incide salvo excepciones, la culpa del empleador – deudor - ; en cambio en la responsabilidad civil, de regla la presencia de la culpa es indispensable. No se configura el incumplimiento si hay ausencia de culpa salvo en excepcionales casos de responsabilidad objetiva.³⁷⁰

De allí que, si el incumplimiento laboral reconoce diversa naturaleza que el civil, presentando la especialidad apuntada, también habrán de requerirse reglas especiales a la hora de la prueba, resultando inadecuadas las aplicables para las relaciones civiles.

El tercer fundamento. La relación de poder – desigual – se traslada al proceso y con ello provoca la desigualdad probatoria por cuanto el trabajador a diferencia del sujeto del proceso civil debe arrancar la prueba de ese ambiente hostil dominado por el patrono.³⁷¹ Lo que determina poder afirmar que ante la hipótesis del incumplimiento, la carga de la prueba grava al deudor en sentido positivo. Esto

370Sarthou, Helios. Op. Cit. Trabajo, derecho y sociedad. Tomo II.. Pags. 28., 30 y 31

es, que tendrá que probar que cumplió la prestación debida; y dispensa al acreedor de la carga de probar el incumplimiento en tanto refiere a un hacer o no hacer del otro sujeto que por definición tiene la prueba porque tuvo el poder suficiente en la relación sustantiva que le aseguró la disponibilidad de cumplir o no cumplir.

De allí que pueda deducirse que todas aquellas reglas que imponen obligaciones al empleador – especialmente las derivadas del orden público – además, lo gravan con la carga de la prueba del cumplimiento en el debate procesal.

De todos modos es preciso indicar que el ordenamiento jurídico tutelar en muchas ocasiones – especialmente cuando se trata de derechos fundamentales y principios – los reconoce a favor del trabajador sin identificar expresamente al empleador como deudor. Sin embargo, al tratarse de derechos específicos – propios del hombre inmerso en la relación de trabajo- va de suyo que es el empleador quien ocupa el rol de deudor en la relación de trabajo.

2.2.4.1. FRENTE AL TRABAJADOR

Entre éstas se ubica el grueso del Derecho del Trabajo en tanto le garantiza derechos al trabajador al margen del ámbito de la autonomía de la voluntad, cuyo deudor es el empleador. Obligaciones que reconocen su fuente tanto a nivel de los principios y derechos constitucionales como del ordenamiento inferior.

En puridad, considerar las disposiciones normativas que imponen obligaciones al empleador, es referirse a todo, o prácticamente todo el Derecho del Trabajo. En consecuencia, estas disposiciones por su vastedad y dispersión resultan

371 **Sarthou, Helios.** Trabajo, derecho y sociedad. Tomo II. Estudios de Derecho Individual del Trabajo Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Setiembre 2004. Pag.117

materialmente imposibles de transcribir y corresponde remitirse a lo que integra el concepto de “reglamentación del trabajo”.³⁷²

2.2.4.2. FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO U OTRAS REPRESENTACIONES DEL ESTADO, Y FRENTE A OTROS TERCEROS

- + Los Convenios Internacionales de Trabajo nos. 1 y 30 sobre tiempo de trabajo en la industria y en el comercio respectivamente, el nro. 14 sobre descanso semanal, imponen al empleador la obligación de información y registro de las horas de comienzo y finalización del trabajo, y de los descansos intra-jornada y semanales.
- + La ley 17.829 con las modificaciones operadas por la ley 19.210 imponen al empleador retenciones sobre el salario.
- + El dec. 186/2004 califica el grado o gravedad del incumplimiento de determinadas obligaciones del empleador con la Administración del Trabajo a efectos de la graduación de las sanciones. De allí que de este cuerpo normativo y del dec. 306/2009 que lo complementa, pueden identificarse obligaciones que pesan sobre el empleador y que refieren a su actuación en la relación de trabajo.
- + El dec. 108/2007 dispone los documentos de contralor que debe llevar el empleador empresa particular, integrada por personas físicas o jurídica de naturaleza comercial, industrial, rural o de servicio con o sin finalidad de lucro, y las personas públicas no estatales que tengan personal dependiente: planilla de control de trabajo, libro de registro laboral, recibos de salarios, en su caso planilla de trabajo rural. A su vez establece los

³⁷²Barbagelata, Héctor Hugo. op. Cit. Derecho del Trabajo Tomo I Volumen 2 pag.9.

registros que deberá realizar el empleador en cada uno de ellos refiriéndose la mayor parte a aspectos vinculados a la relación de trabajo, así como el contenido que deben tener los documentos que entregará al trabajador. En tal sentido el art 10 de la ley 16.244 que refiere a la constancia de actividad laboral opera completando el art. 38 del decreto en análisis.

- + A las mencionadas cabe agregar tantas otras que le imponen al empleador obligaciones de actuar a través de ciertas formalidades como por ejemplo la exigencia de contrato escrito (arts. 7 y 8 de la ley 12.156; varias modalidades contractuales de la ley 19.133; etc.) la expedición de ciertos documentos al trabajador (art. 4 ley 18.099, art. 9 ley 18.251) a otros sujetos eventualmente responsables por la utilización del trabajo humano (art. 4 ley 18.251); etc.

2.2.5. DISPOSICIONES QUE IMPONEN CARGAS AL TRABAJADOR

Justamente por lo que se ha indicado en el numeral 2.2.4.1. Y sin perjuicio de las que se deducen de los principios generales referidos al cumplimiento de los contratos, la mayor parte de las disposiciones de derecho objetivo que imponen gravámenes al trabajador refieren a la satisfacción de determinados requisitos para acceder a un derecho concreto. Por lo que revisten naturaleza de carga y no de obligación. En este caso, y como consecuencia de la dispersión normativa, la Individualización tampoco podría entenderse agotada.

- + Art. 23 del dec. Ley 14.407 que crea el derecho a la estabilidad relativa temporal del trabajador que ha estado amparado al seguro de enfermedad, habilita deducir que éste al pretender la indemnización especial estará gravado con la demostración de que cumplió con los requisitos que establece el mismo y su reglamentación.

- + El art. 1 de la ley 17.215 impone a la trabajadora grávida la obligación de acreditar a través de certificado médico el riesgo para su salud o la de su hijo a efectos de ejercer el derecho al cambio temporal de tareas.

- + El art. 7 de la ley 17.242 impone a la trabajadora la obligación de acreditar haberse realizado el examen de Papanicolau y/o radiografía mamaria a efectos del derecho al goce de un día de licencia especial por año con goce de sueldo.

- + El art. 37 de la ley 17.992 sobre licencia especial para trabajadores públicos o privados que adopten menores, les impone solicitarla en determinado plazo de caducidad y a su tiempo acreditarlo.

- + La ley 18.345 sobre licencias especiales impone al trabajador beneficiario una serie de obligaciones. En el art. 4 referido a licencia por estudio, un elenco de obligaciones vinculadas a la inscripción en los cursos respectivos y al rendimiento del examen o prueba luego de usufruirla. En el art. 5 sobre licencia por paternidad, acreditar el nacimiento. En el art. 6 sobre licencia por matrimonio, una obligación de aviso con treinta días de anticipación y luego la efectiva contracción del vínculo. Obligación similar dispone en caso de licencia por duelo.

- + El art. 4 inc. 2do. de la ley 18.561 dispone que el empleador o jerarca será también responsable por los actos de sus dependientes o de toda otra persona vinculada al lugar de trabajo o entidad docente, en tanto haya tenido conocimiento de su ocurrencia y no haya tomado medidas para corregirla. De lo que se deduce que si el trabajador pretende la responsabilidad del empleador en

estas hipótesis, estará gravado con la demostración de que el empleador tuvo conocimiento.³⁷³

2.3. ANALOGÍAS QUE PERMITAN LAS DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL

La analogía constituye un mecanismo útil para colmar los vacíos del ordenamiento jurídico, utilizando la expansión o fuerza orgánica del derecho positivo. Supone un razonamiento jurídico que consiste en la valoración de dos situaciones de hecho: la prevista y la no prevista. Y lo que justifica la aplicación en un caso, de una disposición prevista para otro caso, no es la simple analogía de situaciones, sino la existencia de razones iguales para resolver uno y otro del mismo modo.³⁷⁴

Consiste en la aplicación extensiva de los principios extraídos de la norma a un caso no previsto por ella pero que presenta afinidad o en términos más exactos, igualdad jurídica sustancial con otro u otros que la norma regula³⁷⁵ Para que opere la analogía como mecanismo integrativo es necesario: que se trate de un caso no previsto nunca, ya que si se hubiera previsto aunque no aparezca claramente

373De todos modos y sin pretender ahondar en el punto, cabe señalar dos puntos. El primero, que no podrá perderse de vista que la exigencia legal apunta a la demostración de un hecho psíquico – el conocimiento- por lo que puede entenderse que bastará con la ilustración de indicios que permitan aproximarse a la reconstrucción de lo que habría ocurrido en la esfera interna del sujeto empleador (sentencias Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno nros. 0012-000109/2013; 0012-00053/2014; 0012-00060/2014 0012-000258/2014; 0012-000280/2014 en Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.bjn.poderjudicial.gub.uy) El segundo, que a su vez gravará al empleador demandado que pretenda la exoneración de su responsabilidad la prueba de las medidas que adoptó para corregir la situación denunciada.

374Rossi Albert, Rosina. González Rabelino, Gustavo.op. cit. Integración y ... pag. 106.

375Castán Tobeñas, José. Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. Pag. . 13.

comprendido en la letra de la ley, tendría lugar la interpretación extensiva; la relación no contemplada , aunque diversa de la prevista, debe tener semejanza con algún aspecto de la contemplada, es decir un elemento de identidad; este elemento de identidad no puede ser uno cualquiera sino aquel elemento que el legislador tomó en consideración. ³⁷⁶ En el caso uruguayo, el elemento de identidad que el legislador reclama en el art. 16 del C. Civil, es el fundamento, la ratio iuris, el principio constitutivo de la norma, la razón que inspira la regla legal que rige el caso previsto, existe igualmente con relación al caso no previsto. ³⁷⁷

Así las cosas, el procedimiento integrativo analógico supondrá una opción axiológica que se descompone en dos etapas: la primera, consistente en la elección de la norma que regulará el supuesto similar, elección que se realizará considerando la comunidad entre el fundamento de la elegida y el que tendría que iluminar la norma que no ha sido prevista; la segunda, la concreción de la nueva regla jurídica que regulará el supuesto no previsto por el legislador.

2.4. ENSAYOS DE APLICACIÓN ANALÓGICA DE DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL SOBRE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Partimos de que la consolidación del Derecho Laboral Procesal – leyes 18.572 y 18.847 – no presentan una regla general sobre distribución de las cargas probatorias. A ello agregamos que empero, se relevan algunas que sí lo disponen referidas a hipótesis puntuales. De allí, cuestionarse si éstas tienen vocación analógica para otros casos, en función, como se ha dicho, de la identidad de hipótesis de hecho y de adecuación del principio que puede deducirse de aquellas.

³⁷⁶Coviello, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. 4ta edición pag. 99.

³⁷⁷Jiménez de Aréchaga, Eduardo. Interpretación e integración. pag. 49.

Caso 1. ¿Cuál de los litigantes tiene la carga de la prueba de los hechos que justificarían las sanciones disciplinarias impuestas al trabajador?

En el proceso jurisdiccional en el que el trabajador afirma la ilegitimidad de las sanciones disciplinarias que se le han impuesto, debido, o bien a la inexistencia del supuesto de hecho, o bien a la desproporción entre éste y la concreta sanción, corresponde cuestionarse a quien incumbe la carga de la prueba: de la ocurrencia de la supuesta conducta y de los elementos de hecho que permitan inferir la proporcionalidad.

Se puede relevar una disposición especial en materia laboral que reconoce como fundamento el poder sancionatorio del empleador como instrumento del poder de dirección, cual es el art. 10 de la ley 12.597 que, habilita el despido sin indemnización por configurarse la notoria mala conducta del trabajador y grava al empleador con la prueba de los hechos constitutivos. Por su parte, las sanciones impuestas por el empleador reconocen el mismo fundamento, cual es el recurso al poder disciplinario como mecanismo de concreción del poder de dirección y organización del trabajo humano del que se sirve. La identidad de fundamento habilita la integración, haciendo recaer entonces, la carga de la prueba de los hechos disparadores del ejercicio del poder disciplinario en el empleador. En el caso, la prueba de la ocurrencia de la conducta y todos los elementos de hecho necesarios para calibrar la proporcionalidad de la sanción impuesta. Aunque sea el trabajador quien afirme la ilegitimidad de la sanción y su buena conducta, no tendrá que probarlo sino que la carga se depositará en el empleador por aplicación analógica del art. 9 de la ley 12.597.

Caso 2. ¿Cuál de los litigantes tiene la carga de la prueba de la ocurrencia de actos discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales distintos a la libertad sindical?

En el proceso jurisdiccional en el que el trabajador afirma la ocurrencia de actos del empleador que violentaron un derecho fundamental, poniéndolo en situación de sujeto pasivo de actos discriminatorios, cabe cuestionarse a quien incumbe la carga de la prueba de la ocurrencia de tales hechos.

Entre las fuentes de derecho interno, no se releva regla de derecho objetivo expresa, que con carácter general disponga una especial distribución de las cargas probatorias cuando el debate procesal se centra en la violación de derechos fundamentales. Ni en la ley 16.011 ni en la 16.045. Tampoco en las que tutelan situaciones concretas de discriminación, entre ellas: Nº 17817, 18.104, 18.250, 18.651, 18.868, 19.580. Respecto de la ley 18.561 de tutela contra el acoso sexual, si bien no se legisla la distribución de la carga de la prueba, debe verse que el decreto que la reglamenta, n. 256/2017 y en tanto autorizado por aquella, prevé un correctivo pero referido al medio de prueba. Ello en tanto, expresamente habilita la prueba por indicios de los actos discriminatorios.

Cuanto viene de decirse, o a pesar de la generosa garantía constitucional de protección en el goce de los derechos de la persona humana a través de la promesa de protección de los de reconocimiento expreso e implícito. (arts. 72 y 332 de la Carta)

Sin embargo, la ley 17.940 sobre protección de la libertad sindical sí contiene una regla distributiva de la carga de la prueba. En efecto, dispone el art. 2 sobre el proceso de tutela especial, reservado a determinados trabajadores que por su especial rol de representación del colectivo se hallan en riesgo de mayor exposición, que *“El trabajador deberá fundamentar por qué sostiene que fue despedido o perjudicado por razones sindicales.*

Corresponderá al empleador, debidamente notificado del contenido de la pretensión de amparo, probar la existencia de una causa razonable, relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, o basada en las necesidades de la

empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.”

La asignación de toda la carga probatoria al empleador y a su vez el relevamiento total al trabajador quien solo tendrá que relatar los hechos para que el legislador los presuma ciertos interinamente y sujetos a la eventual destrucción mediante la prueba de otros hechos que los neutralicen por parte del empleador, radica sustancialmente en dos fundamentos: uno, la consideración o alta probabilidad de ocurrencia del hecho presumido con la nota de provisorio que admite la destrucción de tal probabilidad , como es común en cualquier presunción ³⁷⁸ ; otro, que estando a lo que normalmente acontece , los actos discriminatorios no son explícitos sino velados , lo que multiplican las dificultades probatorias ; y finalmente la opción del legislador de favorecer – aliviando su actividad en el proceso – al titular del derecho a la libertad sindical individual; es decir, al trabajador, como instrumento para garantizar la eficacia del reconocimiento del derecho.

El legislador creó una presunción simple de conculcación del derecho a la libertad sindical cuando, el empleador no invoca una causa de las admisibles o, la invoca pero no prueba los hechos sobre los que se construye la misma. ³⁷⁹

De tal dinámica se encuentran totalmente marginadas por resultar intrascendentes en la perspectiva legal: la eventual intención de atacar la libertad

378 Código General del Proceso. **Vescovi, Enrique** y colaboradores. Comentado, anotado y concordado Editorial Ábaco. T.4 pag. 60.

379 Sentencias nos. 158/2011, 156/2012 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno.

sindical por parte del empleador demandado; la apreciación de la conexión causal entre la causa invocada y el efectivo daño a la libertad sindical.

De allí que ninguno de tales aspectos resultan defensas atendibles, ni el Tribunal tiene que ocuparse de ellos ni a la hora de evaluar la articulación de hechos ni a la de valorar la prueba. Porque para el legislador, si se da el hecho A (que el empleador demandado no alegue causa razonable del elenco de las previstas, o no pruebe los hechos conformadores de la misma) se consolida (hasta ese momento presumido) el hecho B (el ataque a la libertad sindical)

La disposición reconoce su fuente de inspiración en la Recomendación n.143 de OIT sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa que ha sido incluida en la reseña de disposiciones normativas internacionales. También se encuentra en armonía con la opinión de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones en tanto ha expresado que “la carga de la prueba puede suponer un obstáculo significativo para la obtención de un resultado justo y equitativo en el caso de una demanda por discriminación, ya sea directa o indirecta”. Y agrega “que toma nota con interés de que en ciertos países, una vez que las pruebas prima facie y elementales de discriminación son aportadas por el demandante la carga de la prueba recae en el empleador”.³⁸⁰

380 Igualdad en el empleo y ocupación. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Conferencia Internacional del Trabajo 83va reunión 1996 párrafo 230. A su vez en el párrafo 231 hace señal que Suiza ha previsto la presunción de discriminación alegada por el trabajador y que Alemania, Francia e Italia han adoptado regímenes similares. Y recuerda que en un Estudio general del año 1988 subrayó que “...Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades (cuando se trata por ejemplo de ofertas de empleo que se han publicado y cuyo carácter discriminatorio es manifiesto), lo más frecuente es que la discriminación sea una acción una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática , y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces ajenos a manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación” .

Una parte de la doctrina ha calificado la distribución prevista en la ley 17.940 como inversión de la carga de la prueba³⁸¹ y otra, como consagración de una presunción legal que favorece al trabajador.³⁸² Pero, interpretada la disposición hoy por hoy luego de la consolidación del Derecho Laboral Procesal y sellada la autonomía procesal, y teniendo en cuenta que ésta no prevé una regla general de distribución de la carga de la prueba, no puede calificarse la solución legislativa como una “inversión”. Ello por cuanto por definición, la inversión reclamaría de la existencia de un supuesto normativo – previo – que, por disposición expresa del legislador, se invierte. Si el legislador optó por no individualizar una regla, mal podría ser modificada. En definitiva, hoy por hoy a partir de un Derecho Laboral Procesal autónomo y ante la imprevisión de una regla general distributiva de la carga de la prueba de carácter general, la técnica legislativa empleada por la ley 17.940 puede calificarse como una presunción: el legislador presume la certeza de los hechos relatados por el trabajador y deposita en el empleador la carga de destruir tal certeza. De este modo el legislador, crea una solución de desigualdad compensatoria, aliviando la situación procesal del

381 **Ermida Uriarte, Oscar**. “Primera lectura de la ley 17.940 de protección de la actividad sindical” en rev. Derecho Laboral n. 221 pag. 255; **Sarthou, Helios**. “A propósito de la nueva ley uruguaya de protección sindical” en *IuS Labor* 2/2006 pags. 9 – 10; “Siete tópicos sobre la tuitividad en la ley 17.940” en *Protección y promoción de la libertad sindical*. Curso sobre la ley 17.940. VV.AA. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Año 2006 pags 185-186.

382 **Reyes Oeningher, Alberto**. Op. Cit “Protección sindical y ...” pag. 398. Puede citarse otra opinión según la que “...no se previó en la presente ley una inversión de la carga de la prueba porque no se al no existir un texto expreso que lo habilite como sí existe en la eximente de notoria mala conducta”: **Falero Leticia, Forastero Virginia**. “Algunas reflexiones sobre la distribución de la carga de la prueba en la ley 17.940” en XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 12 y 13 de agosto de 2006. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Pag. 234. Comparte la interpretación de que la ley 17.940 no dispuso una inversión de la carga de la prueba sino una presunción legal simple, la sentencia n. 158/2011 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional en el Portal del Poder Judicial del Uruguay.

trabajador. Este, mantendrá sin embargo su iniciativa probatoria pero además en el entendido de que la presunción es simple – en tanto admite prueba en contrario – en caso de que el empleador destruya el trabajador podrá gravitar la que él mismo hubiera ofrecido en ejercicio de la libertad de la prueba y en sustento de los hechos que trajo al proceso, de modo de para neutralizar la prueba realizada por su adversario.³⁸³

Ahora bien. El empleador es deudor del derecho fundamental a la libertad sindical pero también de otros derechos fundamentales.

Y, los tres fundamentos que explican la especial asignación de toda la carga probatoria al empleador acerca de la causa razonable que justificaría su acción u omisión, - la hiposuficiencia del trabajador en la relación de trabajo y en la relación procesal y la especial custodia de la eficacia de realización de los derechos fundamentales- serían los que también explicarían la misma solución para el resguardo de otros derechos fundamentales.

Tendríamos: identidad de hipótesis – violación de la libertad sindical, violación de otro derecho del mismo linaje – e identidad en cuanto al objetivo de resguardar el pleno goce del derecho fundamental – diverso a la libertad sindical - , y las consecuencias de la operación redundarían en una solución razonable y coherente con el ordenamiento jurídico especial.

De no admitirse, correspondería hallar el fundamento por el cual el derecho fundamental carente de un proceso jurisdiccional de tutela especial, debería buscarla en otras vías, distintas, más largas o que le hicieran asumir riesgos procesales que la defensa de la libertad sindical tiene solucionados a través de la ley 17.940. No habría razón para ubicar a la libertad sindical en una situación de privilegio procesal respecto de otros derechos específicos. Vale decir que

³⁸³Reyes Oheninger, Alberto. Op. Cit. “ La flexibilización ...” pag. 594.

tratándose de derechos fundamentales del trabajador siempre que se denuncie su violación en un proceso jurisdiccional, la aplicación analógica de las reglas de distribución de la carga probatoria prevista por el art. 2 de la ley 17.940, estaría habilitada por la técnica admisible en el proceso de integración que indica el art. 31 de la ley 18.572.

De cuanto viene de analizarse, podría sostenerse que para todos aquellos procesos especiales de protección de derechos fundamentales - ley 16.011, 16.045, 18.561 – así como para todos los casos en los que no existan procesos especiales pero se plantee una situación de violación de ellos, será admisible la dispensa de prueba al trabajador así como la atribución de la carga de la prueba de los hechos que supongan una causa razonable que justifique la acción u omisión del empleador y que en su caso, conjure el incumplimiento del empleador. Como se advierte, en los fundamentos que se postulan para justificar la aplicación analógica de la distribución de la carga probatoria prevista por la ley 17.940 a aquellas causas en las que se ventila la violación de otros derechos fundamentales distintos a la libertad sindical, no está en juego la naturaleza de la pretensión sino, la naturaleza del derecho violentado. El elemento común, es el linaje del derecho atacado. Lo que significa que aunque no se demande la reparación perfecta – o sea la restitutoria en el goce del derecho prevista por la ley 17.940 – y en su lugar se pretenda la reparación por equivalente, se mantiene incólume el fundamento analógico.³⁸⁴

Por otra parte, esta solución acompaña la tendencia doctrinaria y jurisprudencial imperante en casos de violación de derechos específicos: en

384Ello sin perjuicio de compartir que ante la violación de cualquier derecho fundamental, es admisible la pretensión restitutoria en especie: esto es, la restitución en el goce del derecho. **Cassinelli Muñoz, Horacio**. Op. Cit. “La protección en el goce ...” pag. 5 ; **Rosenbaum Rímolo, Jorge** “No a la discriminación laboral: la aplicación inmediata de un derecho humano fundamental. “ en rev. Derecho Laboral n. 248 pag. 683.

algunos casos el relevo total de exigencia probatoria al denunciante de la violación y la imposición de todo el peso en el empleador, y en otros, el entendimiento de que es suficiente la prueba indiciaria por parte del trabajador para hacer recaer sobre el empleador la carga de destruir tales indicios.³⁸⁵

En España tanto la doctrina³⁸⁶ como la jurisprudencia partiendo del hecho de la dificultad probatoria del trabajador, tempranamente y sin norma de derecho objetivo que lo impusiera, atribuyeron la carga de la prueba de los hechos positivos y justificativos de su acción, al empleador.

El Tribunal Constitucional adopta este punto de partida – la dificultad de la prueba del hecho lesivo o discriminatorio de derechos fundamentales – y en sentencia 38/1981 del 23 de noviembre, sustentó que la distribución de la carga probatoria habría de apartarse de las reglas del derecho civil: el trabajador estaba llamado a aportar los indicios necesarios que permitieran inducir una relación de correspondencia entre el proceder del empresario y el resultado discriminatorio como presupuesto para el desplazamiento hacia la esfera del que se defiende, de la carga de probar que ese proceder tiene una causa razonable y objetiva basada en hechos ajenos de toda intención discriminatoria. Y si no prueba el carácter objetivo, proporcional y razonable de la medida, la presunción (de discriminación o lesión del derechos fundamental) será ya plena y el demandada tendrá que

³⁸⁵Jurisprudencia citada por **Quintana Alfaro, Betiana. Rodríguez Gustá, Rafael** en op. Cit. “La prueba en los despidos” pag. 525. Y como ya hemos señalado, el art. 15 del dec. 256/2017.

³⁸⁶**Baylos Grau, Antonio.** “Despidos por motivos políticos sindicales ante el proyecto de ley sobre el Estatuto de los Trabajadores. El tema de la causa real del despido.” en RPS, 1979 n. 123 pag. 250 citado por **Baz Tejedor, José Antonio.** La tutela judicial de los derechos fundamentales en el Proceso de Trabajo. Ed. Lex Nova diciembre 2006 pag. 208.

hacer frente a las consecuencias de la falta de prueba con arreglo a la institución de la carga de la prueba. Y calificaba esta especial distribución, como inversión de la carga de la prueba ³⁸⁷, a pesar de que parecería estar empleando el concepto en sentido impropio. ³⁸⁸

Más adelante y aún sin reforma legislativa, la misma propuesta distributiva – indicios que gravan al trabajador para crear la presunción favorable a éste que el demandado tendrá la carga de destruir – dejó de calificarla como inversión de la carga de la prueba para hacerlo como “distribución especial de la carga de la prueba”. Explicando que la técnica consistiría no ya una inversión de la carga de la prueba, sino un traslado de parte de la actividad probatoria que de ordinario correspondería realizar en su integridad al demandante y no al demandado, que ve así sobre cargada su posición en el terreno no de la actividad probatoria. Se trata de un debilitamiento de la carga de la prueba que corresponde al trabajador, el cual debe probar o aportar unos indicios necesarios para crear el convencimiento del juez sobre la probabilidad del hecho discriminatorio. Ello por cuanto por entonces, regía para el proceso laboral la norma general contenida en el art. 1214 del C.Civil que en base al principio dispositivo disponía que incumbe la

387 **Monereo Pérez, Luis.** La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales. Editorial Tirant Le Blanch . “Colección laboral” 38 . Valencia 1996, pag. 12.

388 Para tratarse de una inversión de la carga de la prueba, en sentido técnico – procesal tendría que producirse una trasmutación o intercambio de papeles entre demandante y demandado en la fase probatoria, de modo que el demandante quedara exento del deber de acreditar los hechos en que sustenta su pretensión. **Cavas Martínez, Faustino.** Op. Cit. El proceso laboral de tutela de libertad sindical y ...pag. 345.

prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento (demandante) y la de su extinción al que la opone(demandado).³⁸⁹

Posteriormente, la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral, adoptó en sus artículos 96 , 179.2 y 181 esta misma doctrina . La técnica utilizada (la presunción como método de prueba) queda nítidamente reflejada en el art. 179.2 LPI en tanto indica que una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación de la libertad sindical corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable de su proceder. El juez ostenta aquí un cierto margen de prudente apreciación y valoración derivado del a textura abierta de la norma atendiendo tanto a problemas lingüísticos como regulatorios. La fórmula legal permite aquí una gran elasticidad (plasticidad) hermenéutica debido a la ambigüedad querida por el propio legislador al punto de hacer posible la operatividad de ese margen de apreciación y valoración del hecho base o elemento de prueba.³⁹⁰

La disposición normativa se mantiene hoy a pesar de la reciente reforma instaurada por ley 36/2011 cuyo artículo 96 indica *“1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública,*

389**Monereo Pérez, Luis.** Op. Cit. La carga de la prueba en los despidos lesivos..., pags. 12 y 17.

390**Monereo Pérez, Luis.** Op. Cit. La carga de la prueba ... pag. 25. ; **Baz Tejedor, José Antonio.** Op. Cit. La tutela judicial de los ...pag. 200. **Sanguinetti Raymond, Wilfredo.** Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección informes y estudios. N. 2. 1993 España. Pag. 60.

corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

2. En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira.”

Esta legislación española viene a cumplir con el mandato del legislador de la Unión Europea que , también partiendo de las dificultades probatorias en situaciones de discriminación, ha dispuesto que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración de la interdicción de la discriminación ante la hipótesis de que una persona se sienta perjudicada por no aplicación del principio de igualdad de trato y presente ante un órgano jurisdiccional hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta por razón de sexo (Directiva 97/80/CE³⁹¹), origen racial o étnico , religiosa, o por convicciones, discapacidad , edad u orientación sexual, (Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, 92/85/CEE)³⁹² El art. 4.1, de la Directiva 97/80 CE actualmente refundido en el art.

³⁹¹Ello no obsta el derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante art. 4.2).

³⁹²**Baz Tejedor, José Antonio.** Op. Cit. La tutela judicial de los derechos ...pags. 222 y 223.

19.1 de la Directiva 2006/54/CE, expresa que “...en los casos de discriminación por razón de sexo, cuando una persona se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órganos competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.³⁹³

En particular el art. 8 de la Directiva 2000/43 dispone la modificación de la carga de la prueba como medida favorecedora de la posición procesal de la persona presuntamente discriminada por motivos raciales.³⁹⁴

Las Directivas 2000/43 y 2000/78 requieren el desarrollo de los Estados miembros. En tal sentido España realizó la transposición a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, mediante la Ley de acompañamiento de los presupuestos Generales del Estado. Esta Ley desarrolló diversas medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, además modificó otros cuerpos legales como el Estatuto de los Trabajadores, Ley de Procedimiento Laboral y la Ley sobre Infracciones y Sanciones

³⁹³Lousada Arochena, José Fernando. Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres. Ed. Tirant lo Blanch . México 2015, pag. 156.

³⁹⁴Aguilar Muñoz, Alejandra “Igualdad, discriminación y acción positiva”, investigación inédita proporcionada por la autora. Expresa que la Directiva 2000/43 realiza escasos aportes normativos en temas como la descripción de las conductas discriminatorias o los procedimientos de resolución de controversias con base en una discriminación. Sin embargo, se debe reconocer que la Directiva enriqueció el Derecho comunitario en los siguientes términos: la extensión del principio procesal de inversión de la carga de la prueba en los procedimientos judiciales; administrativos e incluso conciliatorios; el establecimiento del diálogo social de los Estados miembros con los operadores sociales; el diálogo con las organizaciones no gubernamentales; y el reconocimiento del ejercicio de la acción positiva a favor de los Estados miembros.

en el Orden Social entre otros. La transposición de estas Directivas implicó una serie de reformas a variados cuerpos legales, entre ellos la Ley de Procedimiento Laboral, se modifica el artículo 96 extendiendo la regla de facilitación de la carga de la prueba a favor del trabajador víctima de la discriminación a circunstancias diferentes al sexo, abarcando ahora el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, adaptando la tutela discriminatoria supuesto de difícil prueba. También se modifica el artículo 181, a fin de dar cabida en el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales a toda forma de discriminación, directa o indirecta, incluido el acoso laboral.³⁹⁵

Finalmente la dinámica del mecanismo probatorio dispuesto por la ley 39/1999 respecto de la trabajadora embarazada , se radicaliza , en razón de la tutela de la salud y el afán de hacer compatibles ciertas situaciones personales y profesionales, al extremo de no ser necesaria la aportación de indicios por parte de la mujer despedida que revelen una apariencia acerca de que la causa real del despido fue el embarazo , bastando acreditar que se produce el supuesto de hecho regulado por la norma jurídica, esto es, la coincidencia temporal entre el despido y la situación de embarazo o disfrute del período de suspensión del contrato de trabajo correspondiente.³⁹⁶

Evolución similar ha presentado la Corte Suprema Argentina de la que puede citarse el caso *Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de Abogados*” en el que expresa “resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la 395Aguilar , Alejandraop. cit.

³⁹⁶Baz Tejedor, José Antonio. Op. Cit. La tutela judicial... pag.225. Cavas Martínez, Faustino. Op. Cit. El proceso laboral de tutela ..., pag. 343.

acreditación de hechos que, *prima facie evaluados*, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”, agregando que “la evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica”. Respecto de este caso, se ha señalado que la Corte Suprema sobre la base del derecho de fondo y procesal supranacional, ha señalado que debe aplicarse un sistema disímil o diferenciado de distribución de las cargas probatorias, sin adscribir al mecanismo clásico de carga probatoria , ni invertir el esfuerzo probatorio sobre la parte preponderante ni adoptar el régimen de cargas dinámicas probatorias.³⁹⁷ Esta línea jurisprudencial del alto tribunal, sumada a los arts. 14 bis de la Constitución, 9, 17 bis y 75 inciso 22 de la ley de contrato de trabajo, han venido a consolidar la morfología del principio protectorio procesal.³⁹⁸

En el mismo sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que en el Derecho Procesal del Trabajo, el principio de derecho común según el cual quien afirma algo está obligado a demostrarlo, es deliberadamente subvertido, ya que el trabajador, que es normalmente el actor o demandante, es exonerado en lo sustancial de la obligación de probar su dicho. La carga de la prueba recae en lo básico sobre el empleador. Se trata de la aplicación del principio de “redistribución de la carga de la prueba” que hace que la demanda

³⁹⁷Arese, César. Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo. Rubinzal-Culzoni. Editores, 2014. Pag. 624.

³⁹⁸Arese, César. Op . cit. Derechos...pag. 625.

goce de una presunción de veracidad; se le reputa cierta a priori con base en una presunción *juris tantum* que debe ser destruida por el empleador.³⁹⁹

Tendencia en la misma línea argumental han presentado organismos internacionales que se pronunciaron sobre el punto. Así la Comité contra la Discriminación Racial que en el caso *Zambia* (2005), entre otros, estableció que las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiera acreditado *prima facie* que ha sido víctima de un acto discriminatorio, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente. La Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT en pronunciamientos sobre el Convenio Internacional de Trabajo n. 111 ha postulado que ante la presentación de indicios por parte del trabajador la carga de la prueba debe recaer sobre el empleador⁴⁰⁰

2.5. COROLARIO: SE RELEVAN UN CONJUNTO DE “DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL” QUE DIRECTA O INDIRECTAMENTE DISCIPLINAN LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO JURISDICCIONAL

Como viene de verse una mirada sistemática del ordenamiento jurídico permite individualizar un surtido de mandatos legales – en el ordenamiento internacional y en el interno – que, directa o indirectamente disciplinan quien está gravado con la

399Sentencias nros. 990 del 14 de diciembre de 2007 y 1031 del 21 de julio de 2010, citados en www.oit.or.cwww.oit.or.er pag. 125.

400Igualdad en el empleo y ocupación. Estudio de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo 75 va. Reunión 1988. Ed. Oficina Internacional del Trabajo Año 1988 pag. 247 . Citado por **Quintana, Betiana, y Rodríguez , Rafael** op. Cit. “La prueba en ...” pag. 525.

Igualdad en el empleo y ocupación. CIT 83ª sesión 1996. pag. 14. Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra 1996.

prueba en el proceso laboral. Unas, que directamente disciplinan la distribución y otras que lo hacen indirectamente a través de presunciones o imposición de obligaciones. Empero este conjunto no sistematizado de disposiciones, refiere a hechos puntuales a probar en el proceso y ninguna de ellas presenta, por lo menos expresamente, vocación de generalidad.

A su vez, cada una de ellas permite analogías, pero estando al procedimiento analógico, también generan efectos caso a caso.

Esta constatación – la existencia de reglas puntuales y la inexistencia de una expresa y con vocación de generalidad – no permite sin embargo, dejar de analizar la otra fuente de integración planteada por el art. 31 de la ley 18.572. Vale decir, el Código General del Proceso.

3. EL “CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN CUANTO SEA APLICABLE, SE AJUSTE A LO DISPUESTO EN LOS ARTS. 1RO. Y 30 DE ESTA LEY NO CONTRADIGA LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO”

El art. 139 del Código General del Proceso edicta con carácter general, la regla sobre distribución de la carga de la prueba indicando que corresponde probar a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; y a quien contradiga la pretensión del adversario, tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

La regla distribuye la carga en función de la relación entre el hecho a probar y la parte que lo propone en el proceso. De allí que atribuye al actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella. Lo que ha llevado a deducir que en el derecho procesal común, si el actor no prueba los hechos constitutivos de su pretensión, nada tiene que probar el demandado. O, lo que es lo mismo, si el actor

no produce la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, pierde el pleito aunque el demandado no pruebe nada: el demandado triunfa con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él la carga de la prueba.⁴⁰¹

Por su parte, la doctrina ha interpretado el art. 139.2 del CGP como un correctivo a regla anterior, en tanto habilita apreciar las omisiones y deficiencias de prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Esta disposición flexibiliza la regla del art. 139.1 del CGP, y permite el ingreso de la teoría de las cargas probatorias dinámicas que supone en casos de excepción, la atribución de la carga de la prueba a la parte que razonablemente tenía a su disposición el elemento probatorio. Y a su vez, la falta de prueba por quien se hallaba gravado en el sentido indicado trae aparejada por lo menos una presunción simple en su contra

⁴⁰².

La aplicación de la regla correctora provocaría un corte en la dinámica del art. 139.1 del CGP en el sentido de que si el actor ve desplazada la carga probatoria de un hecho constitutivo de su pretensión, se mantendría de todos modos la carga del adversario de probar los hechos extintivos, modificativos o impeditivos de aquella.

401 **Couture, Eduardo**. Fundamentos de derecho procesal civil . IB de f Editorial. 2005 pag.199,200. Código General del Proceso. AA.VV Enrique Véscovi Director. T. 4 pag. 76. **Barrios De Ángelis, Dante**. "Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal" en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal pag. 260 citado por **Reyes Oheninger, Alberto**. Op. Cit. " La flexibilización de la carga ..." pag. 597

402. Código General del Proceso. AA.VV **Enrique Véscovi**, Director. T. 4 pag. 82.

3.1. TEST DE LEGITIMIDAD

Recorriendo el camino de admisión de la integración con éstas reglas del Código General del Proceso, debe realizarse el test de legitimidad entre la solución del derecho procesal común y los principios constitucionales, sustantivos y procesales del Derecho del Trabajo.

Como se demostrará, la regla del art. 139.1 del CGP, aisladamente considerada, es solo parcialmente compatible con los principios expresados en los arts. 1 y 30 y con los del Derecho del Trabajo, por cuanto se limitaría a determinados supuestos de hecho. De inicio, basta pensar que de aplicarse esta regla al proceso laboral, todo el peso de la prueba recaerá sobre el hipo suficiente, lo que habilita prever, las graves dificultades probatorias que habrá de enfrentar.⁴⁰³

En efecto. Recurriendo a la relación “*hecho – poder*” (la identificación de quien tiene o tuvo poder o dominio sobre el hecho a probar, que por definición es un hecho pasado y ocurrido en el marco de la relación sustantiva), la regla del art. 139.1 no presenta obstáculos con los filtros del art. 31 en lo que respecta a los hechos propios o de gobierno del trabajador – actor en el proceso. Ello por cuanto estando a lo que comúnmente acontece al haber estado bajo su esfera de poder, tendrá acceso a la prueba. Por ejemplo haber cumplido con los requerimientos del Banco de Previsión Social para acceder a la cobertura en casos de enfermedad común para disparar la estabilidad (relativa) en el empleo durante los treinta días posteriores a su reintegro, que le impone el art. 23 de dec. ley 14.407; o , la

⁴⁰³Lo que explica la tajante afirmación de **Couture** en punto a que el proceso laboral requiere reglas propias y ajustadas a sus particularidades.

situación de riesgo del embarazo para obtener el beneficio del cambio de horario siguiendo el art. 1 de la ley 17.215, etc.⁴⁰⁴

Lo mismo puede deducirse si se trata de hechos propios del trabajador, como por ejemplo el daño padecido, o sus competencias y habilidades para desempeñar determinada categoría laboral.

Pero la situación es diversa con los hechos sustento de la pretensión, y que hubieran estado bajo el imperio total o al menos mayoritario del empleador y como consecuencia de la actuación de sus poderes de administración, dirección y contralor del trabajo prestado por el trabajador.

En efecto. Si se parte de la consideración de que los hechos a probar estuvieron bajo el dominio o poder del empleador en la relación sustantiva, se patentiza la imposibilidad o al menos la grave dificultad que enfrentaría el trabajador para poder aportar una prueba convincente de su ocurrencia. Y esta valla no es más que un eslabón derivado de la situación de hipo suficiencia del trabajador, en la relación sustantiva y también en la relación procesal, arroja una total incompatibilidad con el principio de tutela efectiva. Ello por cuanto la prueba de los hechos señorío del empleador demandado, estará en poder de este, y el trabajador actor no tendrá acceso a la misma o se verá compelido a arrancarla de un medio hostil⁴⁰⁵. Por ende el proceso dejará o por lo menos correrá el riesgo de dejar de ser instrumento de realización del derecho sustantivo.

404Lo propio en caso de todas las obligaciones que en definitiva funcionan como cargas del trabajador y que se señalaran precedentemente.

405Sarthou, Helios. op. Cit. "Proposiciones sobre un derecho procesal laboral autónomo." En Trabajo,... pag. 117

Recapitulando.

El trabajo prestado para otro en relación de dependencia, da cuenta de un vínculo jurídico que se caracteriza por una relación de poder desigual. Esto es, el tomador del trabajo o su beneficiario directo o indirecto, se halla en una situación de mayor poder respecto de quien realiza el trabajo en su favor.

Este poder desigual provoca la hipo-suficiencia del trabajador.

A su vez, esta hipo-suficiencia del trabajador, se deduce como hipótesis de lo que normalmente acontece en tanto constituye la explicación tanto de la promesa constitucional de protección especial del trabajador, (art. 53) como del mandato al legislador de concretarla a través de la ley para el que se hallare en una relación de trabajo o servicio. (art. 54).

La hipo-suficiencia del trabajador forma parte de la realidad que en su condición de principio sustantivo de Derecho del Trabajo – principio de primacía de la realidad - , debe priorizarse.

A su vez son estos principios sustantivos los que explican el sentido de los principios procesales, en especial, el de tutela efectiva de los derechos sustanciales del trabajador.

No hay argumentos para sostener que al ingresar a la relación procesal, desaparece la hipo- suficiencia. Por el contrario, el trabajador la arrastra al proceso jurisdiccional. Lo que permite inferir las dificultades que podría enfrentar para probar aquellos hechos que en la relación sustantiva fueron dominio del empleador como efecto del efectivo ejercicio de sus poderes.

Y, de aplicarse la regla del art. 139.1 del CGP, aislada, indiscriminada y descarnadamente, y con prescindencia de posar la mirada en la relación

sustantiva, habría de vaticinarse que la pretensión del trabajador – basada en tales hechos - estaría, de regla, condenada a sucumbir.

Al respecto expresa **Michele Taruffo** que a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o al menos comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte “débil” (el trabajador, el consumidor, el pobre) que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y en particular, de su derecho a la prueba. Y agrega que el riesgo está en que la verdad sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante.⁴⁰⁶ Desde esa perspectiva y sin perjuicio de la concesión de poderes de gestión probatoria al juez de la causa, la flexibilización de las reglas rígidas de distribución de la carga de la prueba se impone como solución necesaria y hasta indispensable para equilibrar por compensación la desigualdad manifiesta que puede existir entre las partes, desde el momento en que una de ellas (la no gravada con el onus probando) tenga una mayor facilidad o disponibilidad probatoria como para allegar al proceso a través de un medio de prueba, la fuente respectiva.⁴⁰⁷

Así la disposición del art. 139.1 del Código General del Proceso que impone a la parte la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión con prescindencia de estimar la relación hecho-poder de la relación sustantiva, no supera el test de

406**Taruffo, Michele.** Op. Cit. “Investigación judicial y producción ...” 205- 2013 citado por **Vargas , Abraham Luis.** En op. Cit. “ Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles...pag. 44.

407Op.cit **Vargas , Abraham Luis.** En op. Cit. “ Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles...pag. 44

legitimidad. Provoca un conflicto en varias áreas: con los principios procesales especiales del Derecho Laboral Procesal; con los principios sustantivos del Derecho del Trabajo; con la imprescindible eficacia del Derecho del Trabajo. En efecto, opera como una trampa al camino de la tutela efectiva de los derechos sustanciales del trabajador, por cuanto pone al trabajador en situación de carga cuando, partiendo de lo que comúnmente acontece, no está a su alcance satisfacerla por razones que se remontan temporalmente a la relación sustantiva y a los fundamentos mismos que explican la restricción a la autonomía de la voluntad a favor del Derecho del Trabajo. Ello por cuanto la eficacia de la norma laboral depende de la posibilidad de acceso a la reclamación y su instrumentación procesal. La hiposuficiencia reclamacional de base que padece el trabajador debe ser compensada con normas de fondo y mecanismos procesales.⁴⁰⁸

La eficacia del Derecho del Trabajo, está en la esencia del Derecho del Trabajo. Si no existe un instrumento que garantice su eficacia, la normatización resultará inoperante. No basta con el reconocimiento retórico de derechos con el objetivo de alcanzar el trabajo decente, sino que, justamente para hacer realidad este objetivo, resulta inexorable adosarle la herramienta adecuada que garantice su eficacia.

En la medida 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, la Agenda Hemisférica establece dos ámbitos de actuación claramente diferenciables (derecho sustantivo y derecho procesal del trabajo),

408 **Elías, Jorge**. "Hiposuficiencia reclamacional: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo" en rev. Derecho del Trabajo LXXXI n. 12 diciembre de 2011, pag. 3196 citada por **Arese, César** en op. cit Derechos Humanos ...pag. 625.

indicando que “...un alto índice de ratificación no es suficiente. Es necesario que estos principios y derechos se apliquen efectivamente. Así, para cualquier principio se propone actuar en dos niveles: en primer lugar, a nivel normativo/institucional, lo que supone contar con leyes adecuadas a las normas internacionales; y en segundo lugar a nivel del diseño de procedimientos justos y efectivos asociados a estas leyes y con instituciones sólidas que los implementen”.⁴⁰⁹

Pues bien. Desde el punto de vista de la eficacia del Derecho del Trabajo, la regla del art. 139.1 del Código General del Proceso, se presenta deslegitimada. Ello por cuanto, arriesgaría en el común de los casos, a la inoperancia de aquel en tanto, de aplicarse el art. 139.1 del Código General del Proceso desvinculado de otras disposiciones, habría que concluir que si el trabajador no probó, nada tendría que probar el demandado.⁴¹⁰ Y así el resultado del proceso no sería más que una evaluación de poder entre las partes, con total prescindencia de la realidad.

En cambio, sí supera el test de legitimidad en dos situaciones: si se trata de hechos propios del trabajador o bajo su gobierno, y si respecto de los hechos del timón del empleador, se aplica la regla correctora habilitada por el art. 139.2 que permite su desplazamiento adecuándola a las circunstancias y dejando en pie el resto del art. 139.1 por el que el demandado permanecería gravado con la carga

409La justicia laboral en América Central, Panamá, y República Dominicana. Costa Rica , 2011 en www.oit.or.cr pag. 37.

410Ello habría que entender de la interpretación que hace **Barrios De Ángelis, Dante** en “Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal” en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Pag. 260.

de la prueba de los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de la pretensión.

En definitiva, la solución de principio del art. 139.1 del CGP, no salva el test de compatibilidad respecto de los hechos que en su generación y ejecución fueron de dominio del empleador. No lo salva porque agrede el principio de tutela especial del trabajo. Por lo que resulta inaplicable. Siquiera sería aplicable en cuanto impone al empleador la carga de la prueba de los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de la pretensión por cuanto estaría sujeta a la condición suspensiva de que el trabajador probara los hechos constitutivos de aquella.

Empero, de admitirse y solo en tal caso, la desaplicación del art. 139.1 en cuanto grava al actor con la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y aplicarse en su lugar únicamente, la fórmula correctora o de excepción admitida por el art. 139.2 del Código General del Proceso interpretada por la doctrina como la distribución dinámica de la carga probatoria para todas las causas de la materia laboral, la situación podría ser diversa y compatible con los filtros del art. 31 de la ley 18.572.

En efecto. La dinámica del gravamen probatorio sería la siguiente:

- Respecto de los hechos bajo gobierno del trabajador, por aplicación del art. 139.1 estaría gravado con la carga de la prueba y solo superándola entraría a tallar la del demandado en cuanto a los hechos modificativos, impeditivos o extintivos o de la pretensión.

- Respecto de los hechos bajo gobierno del empleador y con fundamento en el art. 139.2, el trabajador tendría que probar los supuestos imprescindibles para que operara el desplazamiento (su sometimiento a la relación de trabajo dependiente o concretamente la ocurrencia del supuesto de hecho exigido por la

ley como en el caso de las presunciones). Pero en atención a la aplicación de las reglas de la sana crítica que darían cuenta - estando a lo que comúnmente acontece- de la dificultad del trabajador para probar hechos dominados por el empleador, bastaría que aportara indicios. Y lo restante gravaría al empleador: la prueba del hecho otrora bajo su gobierno, y la de los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de la pretensión.

En definitiva, ante todo sería imprescindible el análisis de la etiología del hecho a probar. Respecto de los hechos bajo gobierno del empleador en la relación de trabajo, solo sería compatible con los principios que cimentan el Derecho Laboral Procesal, las reglas del art. 139.2 del CGP y en tal sentido, el trabajador debería aportar indicios y el empleador en cambio la prueba de otros hechos modificativos, impeditivos o extintivos de la pretensión, o en su caso, que los hechos a probar no habían estado bajo su poder. De todos modos, no se superaría el escollo de que el art. 139.2 podría funcionar, solo, si el trabajador primero, prueba los hechos constitutivos de su pretensión.

Por cuanto viene de decirse, la regla distributiva de la carga probatoria previstas en el art. 139.1 del CGP con carácter general, no resulta conciliable con el principio de tutela efectiva de los derechos sustantivos (versión procesal del principio protector) por cuanto someten al trabajador al riesgo – cierto – de no lograr probar aquellos hechos bajo el dominio del empleador. También colidiría con el principio de primacía de la realidad por cuanto partiría de la falacia de la igualdad de las partes en el proceso, cuando, la hipo-suficiencia del trabajador constituye una expresión de la realidad autorizada por el principio del art. 53 de la Constitución. ⁴¹¹

411 **Pérez Amorós, Francisco.** Op. Cit. “Justicia efectiva, igualdad y ... “ pag.7. Expresa el autor que un discurso iuslaboralista de progreso debe basarse en la reclamación de una justicia efectiva y una igualdad real. La justicia e igualdad formales son entelequias que no concilian con un ordenamiento compensador e igualador que corrige las desigualdades existentes, como el Derecho del Trabajo.

Es preciso insistir que en función de la clásica distribución de poder entre los sujetos de la relación de trabajo, el esquema distributivo de la carga de la prueba que viene de plantearse, sería la regla y no la excepción como ocurre en el proceso civil. Porque en el conflicto de trabajo la desigualdad es la regla y no la excepción. En efecto. De las reglas de lo que normalmente acontece se deduce la relación “*hecho a probar- poder*”, y estando a ella se deduce que de regla, el poder reside en el empleador. Claro está que podrán existir situaciones de excepción como por ejemplo respecto de ciertos trabajadores que ocupaban un rol muy cercano al poder del empleador a tal punto que meritara reconstruir que participaba o podía participar de algún modo en su ejercicio.

3.2. COROLARIO: LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DEL ART. 139 DEL CGP SORTEAN SOLO PARCIALMENTE EL TEST DE COMPATIBILIDAD PREVISTO EN EL ART. 31

Por cuanto viene de analizarse, la regla del art. 139.1 del CGP, aisladamente considerada, esto es sin el adosado de la prevista por el art. 139.2 en tanto da ingreso a la distribución dinámica de la carga de la prueba, solo es compatible con los principios expresados en los arts. 1 y 30 y con los del Derecho del Trabajo, cuando de hechos que en su génesis y ejecución dependieron enteramente del trabajador.

Para aquellos otros, bajo el imperio del empleador en la relación sustantiva, la regla del art. 139.1 del CGP es incompatible con el principio protector en su versión procesal. Ello por cuanto, mal puede resultar tutela efectiva de los derechos sustanciales si se impone la carga (por la mera circunstancia de ser

sustento de la pretensión) a quien ni pudo (en la relación de trabajo) ni puede (en la relación procesal) tener el dominio sobre el hecho a probar.

En cambio, sí puede sortear el test de legitimidad la aplicación de la distribución dinámica de la carga de la prueba que deriva del art. 139.2 del CGP, que la atribuiría al empleador en caso de hechos bajo su imperio, independientemente de la relación entre ellos y la pretensión. Lo que significa que estando a lo que normalmente acontece, para este tipo de hechos es la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el entendido que se deduce del art. 139.2 del CGP, la que hace compatible la solución del derecho procesal común al conflicto procesal de la materia laboral.

De todos modos, debe precisarse que el fundamento que justifica la atribución dinámica de las cargas probatorias con base en el art. 139.2 del CGP, se ubica en la relación procesal. Quien está en mejores condiciones de probar por su relación procesal entre el hecho a probar y la prueba, será quien resulte gravado con ella. El fundamento último es la igualdad procesal. Pero, como echa de verse, este sistema de distribución de las cargas probatorias, se construye desde y en el proceso con prescindencia de la relación jurídica sustantiva y del Derecho que la disciplina. A ello se suma que reposa en un principio que no informa del Derecho Laboral Procesal, en tanto no reconoce la igualdad procesal.

En definitiva, por las razones analizadas no resulta admisible importar en bloque las reglas de distribución de las cargas probatorias previstas en el art. 139 del Código General del Proceso al proceso laboral por cuanto no sortean el test de legitimidad que impone el art. 31 de la ley 18.572. Ello por cuanto no solo su fundamento dogmático resulta extraño al derecho laboral procesal – el principio de igualdad – sino porque su “importación” agrediría inexorablemente el principio

procesal de efectividad de la tutela de los derechos sustanciales, y el principio sustantivo de protección del trabajo.

4. UNA LECTURA SISTEMÁTICA DE LAS “DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL” QUE DIRECTA O INDIRECTAMENTE DISCIPLINAN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS

La ausencia de una regla general de derecho objetivo que discipline la distribución de la carga probatoria en el proceso laboral autónomo al tiempo de la multiplicidad de otras que lo hacen caso a caso, las analogías posibles, y la incompatibilidad de la aplicación en bloque de las reglas del art. 139 del Código General del Proceso, provocan, recurrir directamente a los principios sustantivos y procesales del Derecho del Trabajo. Estos, por su condición de principios, cumplen función normativa constituyendo entonces una herramienta de la labor de integración. Pero además, por expreso mandato del legislador consignado en el art. 31 de la ley 18.572, funcionan en el Derecho Laboral Procesal uruguayo, como parámetro de control de legitimidad de la solución que, por vía de integración, se adopte.

Por lo que se generan tres preguntas:

La primera, ¿pueden detectarse aspectos comunes entre las regulaciones especiales en materia laboral que disciplinan la distribución de la carga de la prueba?

En tal caso, la segunda, de su análisis sistemático, ¿podría inferirse un hilo conductor representativo de un valor jurídico-político que como tal meritara aplicarse como regla general para en los procesos jurisdiccionales de la materia laboral?

Finalmente la tercera, ¿es admisible postular que el juzgador con la guía de tal principio, sea quien le de contenido a la carga de la prueba caso a caso?

Veamos, por los fundamentos que se explicitarán, la respuesta a las tres preguntas es afirmativa.

4.1. LA PRIMERA PREGUNTA: ¿PUEDEN DETECTARSE ASPECTOS COMUNES ENTRE LAS REGLAS LEGALES QUE DISCIPLINAN LA CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS PUNTUALES?

La mirada en perspectiva de las disposiciones especiales en materia laboral que directa o indirectamente atribuyen la carga de la prueba, muestra aspectos comunes: las variables de hecho tenidas en cuenta, la eficacia de las soluciones, y el fundamento que sostiene cada solución.

4.1.1. EN CUANTO A LAS VARIABLES DE HECHO

Como surge del examen sistemático de las disposiciones citadas, el legislador ha partido de las circunstancias de cada caso y en base a ellas ha elaborado una fórmula. En cada una de las disposiciones especiales es posible descubrir dos elementos que explican la solución puntual y que son comunes todas las disposiciones: el foco está ubicado en la posición de los sujetos en la relación sustantiva y en su relación histórica con el hecho a probar. Vale decir. Para determinar la solución especial aplicable, el legislador se remonta a la relación de trabajo y se posiciona en ella, sin considerar ni el rol procesal de los sujetos (actor o demandado) ni su relación procesal con el hecho (pretensión o defensa). Y sobre estas bases crea la fórmula distributiva de la carga, que redundando en todos los casos previstos una posición procesal beneficiosa y especialmente tutelar para el trabajador, respecto de la actividad probatoria.

La opción legislativa que se deduce del conjunto de disposiciones especiales en materia laboral, no se construye desde la relación procesal (desde el conflicto-

proceso jurisdiccional). Sino, desde la consideración de la relación sustantiva y de las situaciones jurídicas que en aquella ocupa cada parte.

Ello se explica y justifica por una razón. En la relación de trabajo, el empleador se encuentra en una situación de poder, pero para contrarrestarlo, el ordenamiento jurídico le impone obligaciones respecto de las que se encuentra en situación jurídica de deber.⁴¹² Así, frente a los derechos fundamentales inespecíficos y específicos de los que es titular el trabajador, se halla en situación de deber. Siendo deudor de estos derechos, su poder resulta limitado. Ahora interesa precisar que estas obligaciones del empleador no tienen su fuente en el contrato, sino en el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos y entre ellos, los derechos fundamentales laborales. De allí que el trabajador es acreedor de tales bienes con total independencia del contrato.

Aunque el contrato expresamente prevea el acatamiento de los derechos fundamentales del trabajador, ello nada agrega a la tutela derivada de las otras fuentes del Derecho Universal de los Derechos Humanos.⁴¹³

Y en otros aspectos generalmente derivados del contrato, el empleador se halla en situación jurídica de potestad.⁴¹⁴ De todos modos, respecto de una y otra situación jurídica, es él quien, gobierna todas las decisiones respecto del trabajo

412 **Barbagelata, Héctor Hugo**. Derecho del Trabajo. Tomo. I volumen 2. Pag. 189.

413 **Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Carballo Mena, Augusto**. Derechos Fundamentales del Trabajador y Libertad de Empresa. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2014 pag. 36. **Barretto Ghione, Hugo**. "Obligaciones en el contrato de trabajo: algunos problemas en la determinación y equivalencia de las prestaciones" en rev. Derecho Laboral. n. 250 pag. 314-315. También, centrando el análisis en los derechos laborales inespecíficos, Babace, Héctor. "El neoconstitucionalismo y la relación individual de trabajo" en rev. Derecho Laboral n. 253 pag 37 y sgtes.

humano: cumple o no las obligaciones y actúa o no las potestades y en su caso las actúa o no con razonabilidad cuando administra, organiza y controla el trabajo.⁴¹⁵.

De allí que la posición histórica del trabajador frente al poder (contractual) del empleador, es de subordinación a su gobierno. Esta relación deja en evidencia el engranaje de los dos elementos – el poder del empleador y la ausencia de libertad del trabajador -, cuyos efectos el Derecho del Trabajo persigue neutralizar. Así se explica la solución legislativa, puntual, en cuanto a que los hechos que gobierna y por ende se hallan bajo su señorío en la relación sustantiva, a la hora del proceso tienen que ser probados por el empleador: los constitutivos de la notoria mala conducta(art. 10 ley 12.597), los que conformaron la causa razonable de la acción u omisión que violente la libertad sindical (art. 2 ley 17.940), la sujeción a la orden (art. 2 ley 13555) , lo que ilustren las razones de la desvinculación antes de los treinta días de la reincorporación después del amparo al seguro por enfermedad (art. 23 dec ley 14.407) , etc.

Un grupo numeroso de disposiciones especiales en materia laboral asignan la carga de la prueba sobre hechos de la relación laboral al empleador, aunque su invocación y su ilustración estén encaminados a reconocer un derecho – en litigio

414 **Barrios De Ángelis, Dante** . Distingue facultad y potestad. La facultad consiste en la libertad de optar por la realización o la omisión de una actividad y el modo de hacerlo. La potestad consiste en la aptitud para determinar las conductas de otros sujetos. Contribución al estudio “Contribución al estudio de la carga procesal” en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración Vol. 46 págs. 253-264.

415 El trabajador en cambio frente a las obligaciones del empleador se encuentra en situación jurídica de derecho subjetivo y frente a las facultades y potestades, de interés legítimo. En el primer caso podrá exigir el cumplimiento; en el segundo, únicamente podrá compelerlo a satisfacerlo si por no hacerlo violenta derechos subjetivos. (Sobre la situación jurídica de interés legítimo: “Interés legítimo como situación jurídica garantida en la constitución uruguaya” en Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Sayagues Laso. Tomo III. E. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid 1969. Pag. 283)

– del trabajador sobre la base de proposiciones fácticas que el mismo invoca en el proceso. Esta opción legislativa concreta una fórmula de corrección de una de las desigualdades que particularizan el conflicto laboral.⁴¹⁶ El desequilibrio o desigualdad probatoria existe desde que al ejecutarse el contrato de trabajo, de modo general en la empresa, que es la sede del poder patronal y el ámbito de su dominio, el trabajador a diferencia del sujeto del proceso civil debe arrancar la prueba de ese ambiente hostil sujeto a la presión del patrono.⁴¹⁷

El legislador, caso a caso, ha partido de la fotografía de la realidad que da cuenta del poder desigual de los sujetos en la relación sustantiva, dando por cierto que esa situación se trasmite y aún vigoriza en el proceso.⁴¹⁸

4.1.2. EN CUANTO A LA SOLUCIÓN

Se detecta también *una solución común*. Efectivamente, todas las reglas de derecho objetivo que distribuyen las cargas probatorias en el ordenamiento jurídico laboral, presentan un hilo conductor y utilizan el mismo método: gravan al empleador – a través de distintas técnicas – con la prueba de los hechos cuya ocurrencia depende mayoritariamente de su imperio y gobierno. La relación de

416 **Sarthou** explica que una de las particularidades del conflicto laboral consiste en el desequilibrio o desigualdad de las partes para enfrentar el proceso que habrá de componer el conflicto. La desigualdad que en el conflicto de intereses del proceso común es accidental, se convierte en permanente y generalizada en el caso del conflicto laboral. Esa noción de desequilibrio se desdobra en tres formas : desequilibrio económico, desequilibrio probatorio y desequilibrio subjetivo. (**Sarthou, Helios**. Op. Cit. “Proposiciones para un derecho ... pag. 116.

417 **Sarthou , Helios** . op cit “Proposiciones para un derecho ...”, pag. 127

418 **Giglio, Wagner**. Direito processual do trabalho. LTr Editora San Pablo.. 8va edición . pag. 105.

correspondencia es la siguiente: tanto poder en la relación sustantiva como gravamen probatorio en la relación procesal. Por lo que debe entenderse que dejan reservado al trabajador la carga de la prueba de los hechos personales y de los que actúa por propia decisión y desvinculado del poder del empleador.

4.1.3. EN CUANTO A LOS FUNDAMENTOS DE LA SOLUCIÓN COMÚN

También éstos son un elemento aglutinador entre las “disposiciones especiales en materia laboral” que se consideran. Como se ha dicho, en todos los casos previstos y tratándose de hechos provocados o bien por voluntad del empleador o bien por su rol de poder en la relación de trabajo, el legislador benefició al trabajador en su relación con la carga de la prueba en el proceso: atribuyéndola al empleador demandado. Vale decir, adoptó soluciones de desigualdad compensatoria procesal que se explican por rebote o efecto directo de la asimetría típica de la relación sustantiva que se traslada al proceso.⁴¹⁹

De allí que el fundamento que las sostiene, a todas, está dado por el principio de tutela efectiva que constituye la expresión procesal del “meta principio protector”.⁴²⁰ Esto es, que la solución de desigualdad compensatoria que supone favorecer al trabajador con su aligeramiento de la carga probatoria, se ilumina por la búsqueda de la real eficacia de la tutela y se explica, porque la asimetría típica de la relación sustantiva se traslada al proceso.⁴²¹

419En similar sentido, **Sarthou Helios**. Op. Cit. “Proposiciones sobre un derecho...” en Trabajo..., pag. 127.; **Russomano, Victor** citado por **Sarthou, Helios** pag. 127; **Giglio Wagner**. Direito procesual do trabalho LTr.Editora Ltda. San Pablo 1975 pag. 67;

420Así lo denomina Barretto en **Barretto Ghione, Hugo** en op. Cit. “Principios de igualdad y protección en ---” pag. 76

421**Plá Rodríguez** califica la desigualdad compensatoria como principio procesal en op.cit **Plá Rodríguez, Américo**. “ Visión crítica ...” en rev. Derecho Laboral n. 163 pag. 571; En similar sentido **Pasco**

No puede soslayarse la trascendencia que deriva de que las disposiciones especiales en materia laboral que plantean esta técnica estén previstas en el derecho sustantivo del Trabajo. Ello por dos fundamentos: uno, por cuanto a la largo de la historia – y salvo un corto período – Uruguay careció de un Derecho Laboral Procesal autónomo. De allí la clara preocupación del legislador de blindar los derechos del trabajador, asegurándolos tanto para la relación sustantiva como para la procesal. Otro fundamento: la regla procesal inscripta en normas de derecho sustantivo funciona como expresión del principio protector, como en definitiva funcionan todas las normas del orden público que nutren el Derecho del Trabajo.

Por lo que puede concluirse que las técnicas adoptadas por el legislador – asignación de la carga de la prueba al empleador, presunciones que favorecen al trabajador, obligaciones impuestas al empleador, etc, - constituyen expresión y realización concreta del principio protector en la relación procesal.

4.1.4. ENSAYO DE CONTESTACIÓN A LA PRIMERA PREGUNTA

La contestación a la primera pregunta. La apreciación sistemática de las disposiciones especiales en materia laboral que disciplinan la distribución de las cargas probatorias, permite deducir un hilo conductor: la carga de la prueba de aquellos hechos que en la relación sustantiva estuvieron bajo gobierno del

Cosmópolis, Mario. “ La desigualdad de las partes en el derecho procesal del trabajo” en Rev. Derecho Laboral n. 141 pag.31; **De Buen, Néstor.** “Los principios del derecho procesal del trabajo” e vol En torno a los principios del derecho del trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez. **Mario Pasco** (coor) Porrúa , 2005 citado por **Barretto Ghione, Hugo** en “ Principios de igualdad y protección en el proceso laboral” en rev. Derecho Laboral n. 237 pag. 65; **Plá Rodríguez, Américo** Los principios del derecho del Trabajo. Ed. Depalma 1998 pag. 26 y 27. **Ugarte Cataldo, José Luis.** “Tutela laboral de los derechos fundamentales y carga de la prueba” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII 2do semestre de 2009 pag. 215. **Baylos Grau Antonio** “ La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva” en Revista del Colegio de Abogados de Concepción 5 (1998) pag.46 citado por **José Luis Ugarte** en op. Cit. “Tutela...” pag. 218..

empleador, lo gravan con su prueba a la hora del proceso. Esta solución común, reconoce los mismos fundamentos y se presenta como una fórmula de desigualdad compensatoria y realizadora del principio protector que en su expresión procesal, hoy de un Derecho Laboral Procesal autónomo, está representado por el principio de efectividad de la tutela del trabajador.

4.2. LA SEGUNDA PREGUNTA: ¿PODRÍA DESCUBRIRSE UNA SOLUCIÓN DE PRINCIPIO DERIVADA DE LAS DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA LABORAL QUE DISCIPLINAN DIRECTA O INDIRECTAMENTE LA CARGA DE LA PRUEBA?

La prueba en el proceso, constituye un medio de verificación de las proposiciones fácticas que los litigantes formulan en el proceso.⁴²² De la panoplia de principios procesales expresos e implícitos de las leyes 18.572 y 18.847, derivan algunos relacionados a la prueba en el proceso laboral.⁴²³

Lo que se indaga entonces, es si el hilo conductor que se deduce de la mirada sistemática de las disposiciones especiales sobre carga de la prueba en materia laboral, merece el linaje de principio en el sentido de representar una opción de política procesal del Derecho del Trabajo.

⁴²²Couture, Eduardo. Op. Cit. Fundamentos ...pags. 178-179

⁴²³En el derecho procesal común, los principios de la prueba también se hallan unos en forma expresa y otros sujetos a un examen deductivo a partir de la indagación sistemática de todo el conjunto normativo. Klett, Selva. Álvarez, Federico. Castillo, Juan. "Principios de la prueba en el sistema procesal civil" en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/2000 pag. 72.

Expresa **Plá Rodríguez**⁴²⁴ que un principio se forma de una relación dialéctica entre el ordenamiento jurídico que en casos puntuales pero sistemáticamente, se inspira en él, y la acción de la jurisprudencia y la doctrina que se retroalimentan.⁴²⁵ Por lo general un principio es propuesto por la doctrina, la que descubre en la legislación y en la jurisprudencia – o en alguna de ellas – ciertos criterios generales que se reiteran. Y lo presenta como un principio. Al exponerlo contribuya a que la jurisprudencia lo refuerce y lo respalde confirmándolo en nuevas oportunidades. En la medida que la jurisprudencia lo recoge, lo refuerza.⁴²⁶ Siguiendo entonces este derrotero, se analizará el pensamiento de la doctrina y de la jurisprudencia.

4.2.1. LA DOCTRINA NACIONAL

La doctrina nacional y también la extranjera, ha sustentado la redistribución de la carga probatoria, el alivio o el debilitamiento por ejemplo respecto de actos discriminatorios o hechos de difícil prueba para el trabajador, como técnica de desigualdad compensatoria.⁴²⁷

424**Plá Rodríguez, Américo** op. Cit. Los principios... pags. 26 y 27.

425**Plá Rodríguez, Américo** op. Cit. Los principios pags. 26 y 27.

426**Plá Rodríguez, Américo.** Op cit. Los principios ...pag. 35 y 36.

427**De Ferrari, Francisco; Barbagelata, Héctor Hugo.** op. Cit . “Los medios de prueba en el procedimiento laboral” en rev. Derecho Laboral n. 119 pag. 557; **Raciatti, Octavio.**” Trascendencia procesal de los principios del derecho del Trabajo “ en rev. Derecho Laboral n. 196 pag. 836; y “ Los principios del Derecho Laboral en el derecho procesal del Trabajo” en Derecho Procesal del Trabajo. Ed. FCU 2005 pag.27 y 29; **Baylos Grau, Antonio. Cruz Villazón Jesús y Fernández María Fernanda.** Instituciones de derecho procesal laboral. 2da. Ed. Trotta . Madrid 1995 pag. 170; **Babace Héctor.** “ El principio protector o equilibrador de desigualdades” en Derecho Procesal del Trabajo FCU 2005 pag. 72. .

El análisis de la doctrina nacional refiere a dos períodos: uno, antes de la consolidación legislativa del Derecho Laboral Procesal autónomo y otro posterior que atento a su reciente aprobación da cuenta de contados abordajes.

4.2.1.1. EL PERÍODO ANTERIOR AL 18.10.2009 CUANDO SE PRODUJO LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL

Ya **Eduardo Couture** planteando su proyecto de 1945, para explicar las reglas de la sana crítica acudía a un ejemplo del conflicto derivado de una relación de trabajo. Y decía que la jurisprudencia había debido, sistemáticamente acudir a una inversión de los principios de la carga de la prueba para evitar en este tipo de conflictos la clamorosa injusticia que la aplicación de los principios tradicionales traería aparejada.⁴²⁸

Años más tarde **Francisco De Ferrari** reflexionaba también que la obligación de probar no debería recaer – como en el proceso civil- sobre el que afirma un hecho sino sobre la parte que- ya sea por la forma de organización de la empresa o por cualquier otra circunstancia- está en condiciones de colocar al juez en contacto con la verdad. El obrero no puede aportar siempre la prueba de los hechos que invoca. Esta prueba la tiene frecuentemente, en sus manos el empleador, generalmente en la forma documental (recibos, libros de entrada, etc.) ...Por ejemplo la prueba del número de jornadas trabajadas, el empleador tiene en su poder la prueba de este hecho; el obrero en cambio, no podría hacer en todos los casos una justificación fehaciente y precisa del número exacto de jornadas cumplidas en cada año. ...Tratándose de un procedimiento publicista, movido para hacer imperar un derecho de orden público en cuya observancia está interesada la

⁴²⁸**Couture, E.** “Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo “ en Tribunales del trabajo . Derecho Procesal del trabajo”. Instituto de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe 1941; y rev. Derecho Laboral n. 1 pag. 17.

colectividad, la carga de la prueba debe soportarla la parte que a juicio del juez está en condiciones de presentarla porque el principio de la lealtad que debe presidir el debate judicial obliga a las partes a facilitar el conocimiento de la verdad. Quien teniendo o debiendo tener en su poder un documento del que resulta la prueba del hecho controvertido – no lo presenta, falta a su deber de lealtad y no ajusta su conducta procesal a la regla que manda probar, no al que afirma sino al que simplemente dice algo de un modo afirmativo y negativo. ...La prueba de numerosos hechos que, de acuerdo con los principios del derecho común debería aportar el trabajador, se encuentra frecuentemente en poder de la empresa. Es entonces ésta la que debe aportarla y mientras la prueba no sea presentada por quien la tiene en su poder, debe el juez aceptar que el trabajador dice la verdad. Una presunción basada en la condición social de los litigantes ya había sido admitida por el derecho. Decía - citando a Paul Durand - que de acuerdo con el art. 1781 del C. Civil francés, derogado durante el pasado siglo, en los juicios entre patronos y obreros debía estarse a lo que afirmaran los empleadores en cuanto al pago del salario. Nuestro siglo estableciendo una doctrina más reivindicadora, debería establecer la regla contraria. En lugar de ser creído el patrono, debería ser creído el obrero y una presunción de esta clase solamente debería ceder frente a los elementos de convicción que normalmente el patrono tiene en su poder.⁴²⁹

Héctor Hugo Barbagelata analizando las nuevas tendencias en Iberoamérica en cuanto al proceso laboral en la década del 80, refiere a las conclusiones aprobadas al IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo indicando que la inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador es una de las

⁴²⁹De Ferrari, Francisco. “Los problemas de la prueba en el derecho del trabajo”. Rev. Derecho Laboral. N. 27 pag. 131(SCJ)

características del derecho procesal del trabajo, indicando que debe presumirse, salvo prueba en contrario, la verosimilitud de lo afirmado por el trabajador. Agrega citando a Barata Silva que en la prueba se entrecruzan problemas de derecho material y adjetivo señalando que muchas reglas relativas a este tema, deben buscarse en la legislación de fono o en los capítulos que , dentro de los códigos , tratan de las cuestiones de fondo. ⁴³⁰ Señala además que en los códigos más recientes como el de Panamá de 1971 hay una tendencia generalizada hacia una ampliación del cuadro de presunciones que, en definitiva hacen recaer sobre el demandado de manera expresa, la obligación de producir prueba en contrario. Y, luego del análisis de las tendencias en Iberoamérica concluye que “el camino adecuado, parece ser el que se está andando, e incluso no pueden sino aplaudirse las fórmulas que tienden a descargar al trabajador la prueba de los hechos que , de no ser ciertos el empleador dispone de medios para desvirtuar o incluso que le imponen al patrono comunicar informaciones y documentos donde están registrados los elementos básicos para establecer los derechos del trabajador. ⁴³¹

Américo Plá Rodríguez, analizando el surgimiento del derecho procesal del trabajo especializado señalaba que los hechos habían demostrado que una protección constituida por meras normas sustantivas, no era eficaz si no estaba acompañada de normas procesales adecuadas que hicieran realidad lo que el legislador había querido instituir. Así reclamaba como uno de los principios exclusivos del proceso laboral el de la desigualdad compensatoria aplicado

430 **Barbagelata, Héctor Hugo**. Los medios de prueba en el procedimiento laboral” en Rev. Derecho Laboral n. 119 pag. 532, en pag. 540. Barata Silva, C.A “Das provas no direito de trabalho en Rev. TRT 8va. N. 18. V. 10 en-jun 1977 pag. 24.

431 **Barbagelata, Héctor Hugo**. op. Cit. “Los medios de prueba...” pag. 544, 561.

también a la prueba y como concreción del principio protector. Pero, con fundamento en la ausencia de norma expresa, a diferencia de Héctor Hugo Barbagelata no reivindicaba la técnica de las presunciones simples a favor del trabajador o la inversión de la carga de la prueba, sino una valoración más flexible que considere las dificultades que tiene cada parte para cumplir su deber probatorio. E indicaba que este había sido el criterio adoptado por la jurisprudencia uruguaya en el criterio llamado “disponibilidad del medio probatorio” que significa que la parte que dispone de los documentos en los que consta la prueba de los hechos controvertidos, debe suministrarla al proceso y si no lo hace, se considera que los documentos le dan la razón a la tesis de la contraparte.⁴³²

Helios Sarthou, refiriéndose al desequilibrio de las partes en el proceso laboral, señala el probatorio como una de sus manifestaciones. Sostiene que la desigualdad probatoria existe desde que al ejecutarse el contrato de trabajo de modo general, en la empresa que es la sede del poder patronal y la sede de su dominio, el trabajador debe arrancar la prueba de ese ambiente hostil, sujeto a la presión del patrono. En cambio la condición de dador de trabajo coloca en posición prevalente al patrono para producir su propia prueba.⁴³³ Y rechaza la posibilidad de trasplantar institutos del derecho procesal común al derecho

432 **Plá Rodríguez, Américo**. Op. Cit. “Visión crítica del ...” pags, 567-574.

433 **Sarthou, Helios Sarthou, Helios** op. Cit. “Proposiciones sobre un derecho...” pags. 870 y ss. ; “Facultades judiciales inquisitivas en el Proceso Laboral Uruguayo ” en Rev. Derecho Laboral tomo XXII, pág. 100. En la primera obra indicada el autor se refiere a la “inversión de la carga de la prueba” ya al tiempo que lo escribía no existía en Uruguay autonomía procesal laboral y por ende correspondía aplicar con carácter general la regla de que estaba gravado con la prueba quien invocaba el hecho.

laboral procesal, como la carga de la prueba entre otros y le asigna a la atribución de la carga de la prueba al empleador, linaje de principio.⁴³⁴

Octavio Raciatti, al analizar los principios del derecho del trabajo y su impacto en el área procesal señala que las dificultades en el ámbito probatorio que se advierten en el proceso laboral han determinado la necesidad de modificar, o al menos de flexibilizar las reglas de la carga de la prueba y su valoración. Indica la existencia de dos modalidades con este propósito: una, el desplazamiento de la carga de la prueba por ejemplo respecto de los actos discriminatorios o de hechos de difícil prueba para el trabajador, y en otros un debilitamiento o alivio de la misma. Otra modalidad, que tiene en cuenta las dificultades que puede enfrentar una de las partes y las omisiones o deficiencias que puede derivar de ella. **Raciatti** que analiza el punto en tiempos de vigencia del Código General del Proceso y aplicabilidad para el proceso laboral, sostiene que exponente de esta modalidad es el art. 139.2 , que además ha dado pie para el desarrollo en el ámbito civil, de la teoría de las cargas dinámicas que reconoce como antecedente al principio de disponibilidad del medio probatorio acuñado a partir de **Francisco De Ferrari**. Finalmente expresa ser partidario de la aplicación del principio protector en su enunciado del in dubio pro operario en el ámbito de la valoración de la prueba como técnica de desigualdad compensatoria cuando el resultado probatorio es dudoso, pero no cuando no se ha producido prueba.

Estas dos modalidades que plantea **Octavio Raciatti**, tienen exponentes en la doctrina y también en la jurisprudencia extranjera y en otros ordenamientos jurídicos.

434 **Sarthou, Helios**. Op. Cit. "Derecho procesal del Trabajo" en Trabajo, Derecho..., pag. 135.

Empero, en tiempos de aplicación del Código General del Proceso a la materia laboral, se relevaban posiciones discrepantes con las que vienen de reseñarse.

Santiago Pereira Campos planteaba una posición discrepante con la doctrina laboralista ampliamente mayoritaria. Sostenía que “...salvo casos muy excepcionales, en materia laboral nuestro Derecho Positivo no contiene reglas legales de valoración diferentes a la materia civil en general, ni se produce una inversión de la carga de la prueba.” Invocando el criterio de la jurisprudencia indica que “si bien el aporte probatorio del trabajador debe hacerse con amplitud de criterio dado lo difícil que, en general, resulta al trabajador producir probanzas, ello no implica una inversión de la carga de la prueba. Los principios del derecho del trabajo tienen su adecuado campo de aplicación al efectuarse la apreciación de la prueba, pero de ningún modo tales principios pueden tener el efecto derogatorio de normas legales como las que regulan la carga y valoración de la prueba. Y continúa diciendo que “...no es que se alteren en estos casos las reglas de valoración de la prueba sino que son las propias coordinadas del sistema de la sana crítica – lógica y experiencia – las que llevan al juez a apreciar la prueba con mayor flexibilidad. Cabe indicar además que en materia laboral suele dársele trascendencia a la actitud omisa del demandado en beneficio del trabajador. ..”⁴³⁵

En la misma línea de pensamiento se ubican **Adolfo Gelsi Bidart** que refiere al período aún anterior al Código General del Proceso⁴³⁶ ; y **Emma Stephanic y**

435 **Pereira Campos, Santiago**. Op. Cit. “La valoración de...” en X Jornadas de Derecho Procesal pag. 516; cita indicando que participan de una interpretación similar antes de la vigencia de la ley 18.572 **Stephanic Emma, Valentín, Gabriel**. “ La carga de la prueba en el proceso laboral” en Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart . FCU pag. 72.

436 “Proceso laboral y carga de la prueba” en R.U.D.P. 2/1975 pag. 41 donde recuerda palabras concordantes de Arlas, Tarigo y Jardí Abella, según indican **Stephanic , Emma y Valentín, Gabriel**. En Proceso laboral. Ediciones del Foro. Montevideo, 1999. pag. 130.

Gabriel Valentín, quienes sostienen que en el proceso laboral debe aplicarse sin variantes, la regla del art. 139 del CGP. Y agregan, que la necesaria valoración de las dificultades que tiene el trabajador para acceder a los medios probatorios, no puede alterar estas reglas; sin perjuicio de que se tengan en cuenta al valorar la prueba a través de las reglas de la sana crítica. ⁴³⁷

4.2.1.2. EL PERÍODO POSTERIOR A LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL AUTÓNOMO⁴³⁸

4.2.1.2.1. LA DOCTRINA NACIONAL

Barretto Ghione aborda el punto de la solución con carácter general de la distribución de la carga probatoria, al analizar la ausencia del principio de igualdad en la ley 18.572.⁴³⁹ Se pregunta si ante la inexistencia de normas en materia de carga de a prueba, ha de acudirse al art. 139 del CGP que acoge el criterio de la distribución con base a los dichos de cada parte, o si debemos reparar en la locución del art. 31 y acudir a las “disposiciones especiales en materia laboral” , expresión colocada antes de la referencia al CGP- lo que

⁴³⁷Op. Cit. Proceso..., pag.129.

⁴³⁸Las primeras reflexiones realizadas sobre el tema por esta autora, que se han incorporado a las presentes fueron publicadas **en Rossi Albert, Rosina** “ La carga de la prueba en el nuevo sistema laboral procesal uruguayo” en Derecho del Trabajo. Homenaje al maestro Héctor Jaime Martínez. 13/2012 Issn:1856-3449. Venezuela 2012. Pag. 27 y sgtes.

⁴³⁹**Barretto Ghione, Hugo** op. Cit “ Principios de igualdad ...” en rev. Derecho Laboral n . 237 pag. 65

reconduciría la búsqueda hacia la aplicación analógica de las normas procesales del derecho laboral. Expresa que la incidencia decisiva del meta-principio protector involucra varias derivaciones respecto de puntos no previstos expresamente, entre ellos la distribución de las cargas probatorias. Señala que la aplicación del art. 31 de la ley 18.572 remite a las disposiciones especiales en materia laboral que son, según indica el autor, el art. 2 de la ley 17.940, el art. 6 de la ley 18.251, el art. 10 de la ley 12.597 y el art. 2 de la ley 13.355. Expresa que todos establecen una carga más gravosa para el empleador que debería ser la fuente normativa que integre el vacío que presenta la ley 18572 en materia probatoria. Y concluye que correspondería aplicar la solución de estas disposiciones por vía analógica provocando ello “un cambio en el orden de los medios probatorios” ⁴⁴⁰

En base al análisis realizado precedentemente puede compartirse parcialmente la interpretación del autor. Ello por dos fundamentos. El primero por cuanto conforme ya se ha analizado, se discrepa en punto a que el art. 31 disponga un orden de prelación excluyente de fuentes de integración, sin perjuicio de que ello deriva o bien de la regla general de lo que lo especial desplaza lo general o bien de la aplicación del principio de la norma más favorable. ⁴⁴¹ El segundo, por cuanto si bien las disposiciones que reseña atribuyen la carga de la prueba al empleador, también se relevan otras que referidas a hechos propios del trabajador o en los que no actuó el poder del empleador, permiten deducir que la carga es del

⁴⁴⁰Barretto Ghione, Hugo. op. Cit “ Principios de igualdad ...” en rev. Derecho Laboral n. 237 pag. 78.

⁴⁴¹Hacer cita del cap. Donde analicé que se parece al 332 y no al 16 CC

primero. De allí que el postulado puede compartirse respecto de los hechos de cuya producción el empleador tuvo señorío.

Hugo Fernández Brignoni también entiende que el principio de desigualdad compensatoria es la versión procesal del principio protector y que se proyecta no solo en cuanto al contenido del derecho procesal sino también a los aspectos operativos. Sostiene que la actividad probatoria en el proceso judicial laboral debe regularse a la luz del principio de desigualdad compensatoria y remata haciendo suya la opinión que entiende que proceder de otra manera implicaría perder el verdadero objeto del proceso laboral.⁴⁴² Agrega que el Derecho del Trabajo presenta dos grupos de técnicas vinculadas a las cargas probatorias: una, la inversión de la regla general de la carga de la prueba por la que tiene que probar quien alega los hechos; la teoría de la disponibilidad del medio probatorio dentro de la cual se ubica la teoría de las cargas dinámicas, las presunciones legales o judiciales relativas y absolutas, el uso de las facultades inquisitivas. Otro grupo de técnicas: con relación a la valoración, aplicación de los criterios de la sana crítica, aplicación del in dubio pro operario y la teoría de la probabilidad.⁴⁴³

Por su parte **Quintana Alfaro y Rodríguez Gustá** examinan la distribución de las cargas probatorias en los casos de despidos discriminatorios⁴⁴⁴ y realizan una interpretación diversa. Señalan que la nueva normativa procesal carece de

⁴⁴²**Fernández Brignoni, Hugo.** “La actividad probatoria en el nuevo proceso laboral. Reafirmación de una teoría para la prueba laboral” en XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, noviembre 2011. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, pag. 329 y la cita que realiza es a Vinateca Recoba, Luis “Los principios del derecho del trabajo y el proceso laboral “ en AAV. Los principios del derecho del trabajo e el derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS, Lima 2004, pag. 101.

⁴⁴³. **Fernández Brignoni, Hugo.** Op.cit. “La actividad...pag 338

regulación propia respecto de la prueba, su diligenciamiento y valoración así como la distribución del onus probando entre las partes. Sostienen además que la regla del Código General del Proceso que grava con la carga de la prueba a quien afirma los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado los impeditivos, modificativos o extintivos de la pretensión no entra en contradicción con los requisitos que para su aplicación reclama el art. 31 de la ley 18.572. Se ajusta a los principios informativos de esta, a sus criterios de interpretación y no lesiona los principios generales del derecho del trabajo- En consecuencia y como regla general afirman los autores, la carga de la prueba en general y salvo excepciones, no sufre alteraciones en el proceso laboral correspondiendo aplicar las reglas del derecho procesal común.

4.2.1.2.2. LA DOCTRINA EXTRANJERA

La doctrina española analiza la distribución de la carga de la prueba en base a la reglamentación. Como regla general el art. 1214 del C.C, vinculado al proceso dispositivo expresa que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento (demandante) y la de su extinción al que la opone (demandado) . Pero además existen reglas especiales como los arts. 96 y 172 de la ley de proceso laboral. La primera indica que en los procesos en que de las alegaciones de parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de s proporcionalidad. La segunda indica que en el acto del juicio una vez constatada la ocurrencia de indicios de que se ha producido la violación de la libertad sindical,

444 **Quintana Alfaro, Betiana. Rodríguez Gustá , Rafael** en op. Cit. “La prueba en los ...” pag. 525; **Godínez, Vargas , Alexander.** “ La carga de la prueba y la prueba de indicios como medidas compensatorias e equilibrio procesal en juicios de discriminación” en rev. Derecho Laboral n. 264.

corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medias adoptadas y de su proporcionalidad.

Baylos Grau, Cruz Villazón y Fernández, analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que indica que en los casos de tutela de los derechos fundamentales le basta al trabajador aportar indicios, refieren al alivio probatorio.⁴⁴⁵

Monereo Pérez también analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español e indica que en los primeros pronunciamientos del año 1982, desarrollaba la idea de la inversión de la carga de la prueba pero a partir de entonces, dejó tal tesis y se inclinó por una distribución especial de la carga probatoria. Indica el Tribunal ya en esta época que en los casos en que está en juego la lesión de un derecho fundamental, el trabajador no queda totalmente liberado de probar; por el contrario deberá aportar indicios racionales que permitan establecer una cierta presunción sobre la existencia de la alegada discriminación o lesión de un derecho fundamental. Es así que no se produce una inversión sino más bien una corrección o desviación de la carga de la prueba o de la presunción de discriminación o lesividad. Desde esa óptica, solo cuando se haya conseguido acreditar tales indicios es cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente.⁴⁴⁶

445 **Baylos Grau, Antonio. Cruz Villazón, Jesús. Fernández, María Fernanda.** Op. Cit. Instituciones ... pags. 170.172,

446 **Monereo Pérez, José Luis.** Op. Cit. La carga de la prueba ...pag. 11, cita la sentencia n. 34/84 del 14 de marzo. Pag.16,17.

Así mismo al abordar los arts. 96 y 179.2 de la ley de Proceso Laboral, expresa que no presentan un modelo de inversión de la carga de la prueba sino de una modulación de la regla general contenida en el art. 1214 del CC. De todos modos representa la utilización de una técnica de desigualdad compensatoria destinada a lograr la tutela efectiva de derechos fundamentales del trabajador en situaciones o circunstancias donde es difícil la prueba del hecho lesivo del derecho vulnerado. Esta dota al juez de un cierto margen prudente de apreciación y valoración derivado de la textura abierta de la norma atendiendo tanto a problemas lingüísticos como regulativos. La fórmula admite una gran plasticidad hermenéutica debido a la ambigüedad calculada querida por el propio legislador al punto de hacer posible la operatividad de ese margen de apreciación y valoración del hecho base o elemento de prueba.⁴⁴⁷

Indica **Michele Taruffo** que la inversión o la modificación de la carga de la prueba dispuesta directamente o a través de presunciones, constituyen mecanismos cuyo objetivo es asignar ventajas económicas, sociales y estratégicas a las partes procesales. Se utilizan porque para una de las partes resulta demasiado difícil probar un hecho o a veces se traslada a la parte que tiene más fácil acceso a las pruebas, o a veces se utiliza para liberar a la parte débil como por ejemplo sucede en las causas laborales y de discriminación.⁴⁴⁸

Por su parte en el ámbito americano el pensamiento doctrinario reconoce una orientación similar.

447 **Monereo Pérez, José Luis**. Op. Cit. La carga de la prueba...pags. 24-25.

448 **Taruffo, Michele**. Op. Cit. La prueba....pág. 152.

Expresa **Néstor De Buen** que no hay una justicia para el derecho sustantivo y otra para el procesal, porque la desigualdad de los sujetos trasciende la relación laboral: en la relación procesal se requiere tanto como en la relación de trabajo, superar las desigualdades y lograr el equilibrio deseado. La ecuación de poder entre empleador y trabajador no muta al pasar del ámbito de la relación de trabajo al proceso. Sino que es la misma e incluso en algunos aspectos como en el de la actividad probatoria, se agrava.⁴⁴⁹

Wagner Giglio realiza una distinción entre principio y técnicas probatorias. Expresa que la atribución de la carga de la prueba al empleador no constituye un principio en sí mismo, sino una técnica o particularidad del proceso laboral que desarrolla el principio protector.⁴⁵⁰ Cita en su apoyo el pensamiento de **Ada Pelegrini Grinover** en tanto indica que la instrumentalidad el proceso, mucho más para el proceso autónomo, está en conexión con la pretensión del derecho material, por lo que el proceso y el procedimiento y sus principios toman sus características conforme al derecho material que se quiere proteger.⁴⁵¹

En la misma línea de pensamiento **Rolando Murgas** indica que el principio tuitivo que informa las normas sustantivas de trabajo, también penetra en el Derecho Procesal del Trabajo y resquebraja la formal concepción de la igualdad de los litigantes.⁴⁵²

449 **De Buen Unna, Carlos**. Op. Cit. "La desigualdad ...!" pag. 628.

450 **Giglio, Wagner** op. Cit Dereito...pag. 106.

451 **Giglio, Wagner**. Op.cit. pag. 105.

Recientemente refiriéndose a los casos de discriminación expresa **Alexander GodínezVargas** que “...la aplicación mecánica de las reglas generales sobre la carga de la prueba se concibe como una limitante para proteger el derecho fundamental a la no discriminación.” Y agrega que “...dicha limitación se deriva de la vestimenta de legalidad que arroja la conducta calificada de discriminatoria y la normal ausencia de pruebas directas en ese sentido. Esto dificulta que la persona trabajadora pueda cumplir con la tradicional distribución de la carga de la prueba y el diseño de la estrategia del caso.” En tal sentido postula que “ Una solución a las limitaciones impuestas por las reglas tradicionales de la carga probatoria conllevaría la aplicación de ciertas “medidas de protección” relacionadas con los deberes procesales de las partes. De esta manera, se obligaría al empleador a revelar el verdadero sentido del acto calificado de discriminatorio, mediante la inversión de la carga probatoria o la aceptación de la prueba de indicios” ⁴⁵³

4.2.2. LA JURISPRUDENCIA

4.2.2.1. LA JURISPRUDENCIA DE ÓRGANOS INTERNACIONALES ESPECIALIZADOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han fijado como elementos que componen el debido proceso legal en sede judicial: a) el principio de igualdad de armas, b) los alcances de la revisión judicial de decisiones administrativas, c) el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto, d) el derecho al plazo razonable del proceso. ⁴⁵⁴

⁴⁵²**Murgas, Rolando.** La jurisdicción del Trabajo en Iberoamérica. Conferencia pronunciada e ala II Jornada Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Lima Perú, en noviembre de 1981 publicada en Compendio de varios trabajos del propio autor. Estudios laborales pág. 231 citado por De Buen, Carlos, op. Cit. Pag. 631.

⁴⁵³**Godínez Vargas, Alexander.** “La carga de la prueba y la prueba de indicios como medidas compensatorias de equilibrio procesal en juicios de discriminación” en rev. Derecho Laboral n. 264 pag. 7 sgtes.

Al haber una relación directa entre la idoneidad del mecanismo judicial y la integridad de los derechos económicos, sociales y culturales, la fijación de un plazo razonable de los procesos en materia social, la efectiva igualdad de armas en el proceso, y la adecuada revisión judicial de las decisiones administrativas, entre otras cuestiones, representa un camino para la exigibilidad de estos derechos.⁴⁵⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el principio de equidad de armas consiste en dar igualdad de oportunidades en igualdad de condiciones a todos los que intervienen en el proceso, sosteniendo que la desigualdad real entre las partes de un proceso determina el deber estatal de adoptar todas aquellas medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los intereses debatidos. Ha indicado también que sin ninguna duda este deber estatal, abarca a los Jueces. Durante el proceso laboral, la disímil situación social o económica de las partes litigantes impacta en una desigual posibilidad de defensa en juicio.⁴⁵⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tras reconocer la trascendencia del principio de “igualdad de armas” postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias

454 **Héctor Hugo Boleso** en op.cit. “Proceso laboral...” enlace electrónico <http://www.eft.com.ar/>

455 Enlace electrónico: www.cidh.oas.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciv.sp.htm

456 Corte IDH, OC 18/03, Voto Razonado Concurrente de García Ramírez, Consid. 18 y 19, www.corteidh.or.cr. Citada por **Héctor Hugo Boleso** en op.cit. “Proceso laboral...”

que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir 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 desventajas.⁴⁵⁷⁴⁵⁸

Resulta de su jurisprudencia que la garantía de existencia de un recurso efectivo impuesta por el art. 25.1 de la Convención a los Estados parte, supone no solo el reconocimiento normativo del mismo sino también e imprescindiblemente, que sea idóneo y de resultados o respuesta a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la constitución o en las leyes.⁴⁵⁹ Completando esta idea, en otro fallo ha señalado que “el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas categorías generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (...) y para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. Agrega que en los juicios donde se discute sobre la existencia de prácticas de discriminación que

457Citado por **Arese , César** op. cit. pag 628.

458Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03 del 17-09-03.

459Corte Internacional de Derechos Humanos, caso “Abril Alosilla y otro vs. Perú” del 4.3.2011. enlace electrónico : www.corteidh.or.cr/

involucran a los actores del contrato, solo mediante la adopción de “medidas de compensación” se puede garantizar el debido proceso legal...”. Y continúa señalando que resulta indispensable que quien se dice discriminado “pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal”, para lo cual “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”. Lo que determina que se deban 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 desventajas”.⁴⁶⁰

Así mismo le ha dado al principio de *igualdad de armas* jerarquía de componente del principio de debido proceso legal. En opinión de esta Corte, *para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo *el concepto de debido proceso legal (...)* *Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia*. Es así como se atiende el principio de

46026 Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal- Opinión Consultiva OC-16/99 del 01-10-99, Serie A, n°:16.

igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación....⁴⁶¹. Agregando en opinión consultiva OC -20/2009 que el principio de “igualdad de armas” debe ser visto a la luz del principio *pro homine*[...].

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también entiende que el *principio de igualdad de armas* es parte de la garantía del debido proceso y expresa reiteradamente, en relación con el carácter adversarial del procedimiento civil, que requiere un justo balance entre las partes, aun cuando una de ellas sea el propio Estado.⁴⁶² En tal sentido ha afirmado que: “...todo el que es parte de tales procedimientos debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúen en desventaja sustancial *vis-a-vis* su oponente”.

En este orden de ideas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene que el principio incorpora la idea de “un justo balance” entre las partes. Así, ha dicho que el principio de igualdad de armas equivale al derecho a presentar el caso ante un tribunal en igualdad de condiciones. Concretamente, “de acuerdo con el principio de igualdad de armas, como parte del concepto más amplio del

⁴⁶¹Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. Esta opinión consultiva es el resultado de la consulta sometida por México ante la Corte IDH, en relación con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad. Ver a este respecto, *Ibid.*, párrafo 1.

⁴⁶²Ver a este respecto, TEDH, caso *Kaufman v. Bélgica*, N° 5362/72, 42 CD 145 (1972) y caso *Bendenoun v. Francia*, A 284, párrafo 52 (1994).

debido proceso, cada parte debe tener la oportunidad de presentar su caso en condiciones que no lo sitúen en desventaja con respecto a su oponente.”⁴⁶³

También el Sistema Internacional de Derechos Humanos ha identificado al principio de igualdad de armas como componente integrante del debido proceso legal y ha comenzado a delinear estándares con miras a su respeto y garantía. En un proceso en el que se ventilan derechos sociales, el resguardo de este principio es, sin dudas, un punto relevante en toda estrategia de defensa.⁴⁶⁴

Por su parte, también los órganos jurisdiccionales internacionales de la OIT han seguido una línea similar. Así, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT, se ha expedido expresamente en casos de aplicación de convenios sobre igualdad en el empleo y ocupación y discriminación, por gravar al empleador con la carga de la prueba o la creación de presunciones a favor del trabajador.⁴⁶⁵ También el Comité de Libertad Sindical en casos de discriminación sindical y con fundamento en la Recomendación n. 143.⁴⁶⁶

4.2.2.2. LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA

⁴⁶³TEDH, caso *Foucher v. Francia*, fallo del 18 de marzo de 1998, considerando 34.

⁴⁶⁴Arese , César op. cit. pag

⁴⁶⁵Igualdad en el empleo y ocupación . Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. CIT 83 sesión 1996 casos : 29,31,32 , 230,231,232,233.

⁴⁶⁶Comité de Libertad Sindical. 130vo. Informe, caso 673 pag. 65.

Primero, la multicitada dispersión, incompletud o lagunosidad del Derecho del Trabajo uruguayo, permiten visualizar la trascendencia que, sin alcanzar la condición de fuente formal, ostenta la jurisprudencia nacional en el sistema en su condición de operador jurídico.⁴⁶⁷ En efecto. La jurisprudencia ocupa un sitial sobresaliente en cuanto a potencialidad generadora de preceptos de conducta con alcances más o menos generales; y junto a la doctrina conforman una de las herramientas de las que se vale el Derecho del Trabajo para auto-sistematizarse.⁴⁶⁸ Las sentencias generan un cierto efecto normativo paradigmático al punto de crear la convicción social de que la interpretación judicial en el fondo, se incorpora a la ley y llena sus reales o aparentes lagunas en la misma forma y con la misma fuerza que la interpretación auténtica del legislador.⁴⁶⁹

Segundo, atento a la instalación del Derecho Laboral Procesal autónomo a partir de 2009, el tratamiento jurisprudencial a la distribución de las cargas probatorias merita ser analizado separando dos períodos: el anterior a la consolidación del Derecho Laboral Procesal, y el posterior.

467 **Barbagelata, Héctor Hugo.** Op. Cit. El particularismo ... pag. 36.

468 **Garmendia, Mario.** Eficacia práctica de la normas laborales. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 2005 pag. 102-102.

469 **Barbagelata, Héctor Hugo.** Op. Cit. "El problema de las lagunas ..." en op. Cit. El particularismo... pag. 109.

4.2.2.2.1. UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA DEL PERÍODO ANTERIOR A LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL

Respecto a la jurisprudencia anterior a la consolidación del Derecho Laboral Procesal, una mirada en perspectiva no arroja una tendencia uniforme sino, quizás, zigzagueante. Una línea jurisprudencial que se apega estrictamente a la aplicación de las reglas distributivas de la carga probatoria del derecho procesal común (art. 139.1 CGP) sin atender a los correctivos flexibilizadores que el mismo derecho procesal común prevé con fuerza de ley como indica **Reyes Oheninger**⁴⁷⁰, y que han sido analizados precedentemente.⁴⁷¹ Esto es, aplica rígidamente la regla de que a cada parte le incumbe probar los hechos que invoca y si no lo logran, no considera el estadio siguiente previsto por el art. 139.2 del Código General del Proceso dándole valor a las omisiones o deficiencias. Al punto que se ha llegado a decir que en referencia a ciertos temas específicos la jurisprudencia podría estar generando un efecto paradigmático poco deseable. En efecto. Expresa **Mario Garmendia** que la severidad con que suele apreciarse la prueba de la realización de las horas extra a cuyo respecto ha llegado a elaborarse (en forma más o menos explícita) una especie de presunción simple contraria a su existencia relevando fallos que lo expresan más explícitamente. En tal sentido cita jurisprudencia que afirma que las horas extra constituyen una modalidad excepcional – salvo que se justifique lo contrario – en la ejecución del contrato de trabajo; o que individualiza una presunción contraria a la realización de horas extra por la circunstancia de no haberse exigido su cobro a lo largo de la relación laboral; o que alude a una

⁴⁷⁰Reyes Oheninger, Alberto. Op. Cit. “La flexibilización de las carga...” pag.595

⁴⁷¹En capítulo V numerales 3,3.1 y 3.2. Ver en este sentido, Sentencias: 277/2010 TAT 2do. Echeveste, (red.), 280/2010 TAT 2do. Tosi (red) ,203/2010 TAT 2do.Corrales (red); 104/2010TAT 3ro. Contarín (red); 203/2010 TAT 3ro , 394/2010 Contarín (red)

presunción legal de que el empleador respeta el máximo establecido para la duración de la jornada que el trabajador debe destruir acreditando en forma fehaciente y cabal la prolongación de la jornada.⁴⁷²

Otra línea jurisprudencial puede detectarse también. Ésta, estableciendo un criterio móvil, grava al empleador demandado con la carga de la prueba de determinados hechos si considera que tenía bajo su disponibilidad el medio probatorio adecuado para ilustrarlo.⁴⁷³ Esta tendencia que se aprecia aún antes de la vigencia del Código General del Proceso y se mantiene en el período posterior, originariamente se fundó en el pensamiento de De Ferrari en torno a la idea que incumbe probar a quien disponga del medio probatorio. Invocada por la jurisprudencia como principio de disponibilidad del medio probatorio. Éste consiste, a la hora de valorar la eficacia de la prueba, en considerar las posibilidades reales de cada parte de traer la prueba al proceso a través de la identificación de la parte que tenía o debía tener a su alcance el medio de prueba idóneo. Haciendo recaer las consecuencias negativas de la ausencia de prueba

472 **Garmendia Mario**. Op.cit. Eficacia...pag. 103. Cita respectivamente las sentencias nros. 50/1997 del TAT 1ro; 72/1997 del TAT 3ro; y los casos 591, 593,594 y 595 del TAT 2do. y 596 del TAT 3ro. publicado en el Anuario de Jurisprudencia Laboral 2003. Expresa además que es frecuente que los fallos aludan a la necesidad de que el trabajador prueba en “forma fehaciente e indubitable el trabajo extraordinario que alega”, o la exigencia de una prueba “contundente que no de lugar a razonables dudas” citando algunos casos de jurisprudencia. Cita también la sentencia n. 50/1997 del TAT 1ro que recuerda que este es “...el criterio jurisprudencial de mayor recibo...” no obstante haber “...sido sometido al embate crítico de prestigiosa doctrina (entre otros **Ermida Uriarte**, “Horas extra. Concepto y prueba” en rev. Derecho Laboral n. 124 pag. 792, **Raciatti** , **Octavio** . “La prueba de las horas extra” en Revista Judicatura N. 36 pag. 197-206”

473 Sent. 82/78 del TAT AJL 1978 caso 1131 la apreciación amplia de la apreciación del aporte probatorio del trabajador dado lo difícil en general que le resulta producir pruebas. Citada por op. Cit. **Plá Rodríguez, Américo**. “Visión crítica ...” pag. 573 .

sobre aquella que, con fundamento en el deber de colaboración, estuvo en condiciones de proporcionarla.⁴⁷⁴⁴⁷⁵

De todos modos, pueden relevarse dos criterios en cuanto las consecuencias de la omisión del empleador de incorporar prueba a su alcance: uno, que da por ciertos los hechos afirmados por el actor sin limitación alguna y ampara lo pretendido en base a ellos⁴⁷⁶; otro, que a pesar de concluir en la disponibilidad del medio probatorio como carga del empleador dejan la suerte de la prueba del hecho librada o bien, a la evaluación de la prueba positiva del actor⁴⁷⁷, o bien a la aplicación de un criterio de razonabilidad.⁴⁷⁸

El ejemplo jurisprudencial más extendido y reiterado, se halla en la hipótesis de distribución de la carga de probar el número de horas extra. En efecto. Es ya

474Castello, Alejandro. Op. Cit. "Carga y valoración de la ..." pag. 35.

475Sentencias: 248/1979 TAT; 11/1982 TAT; 42/82 TAT; 44/82 TAT; 85/82 TAT; 87/82 TAT;175/1982; 1/1993 TAT 1ro;23/1993 TAT 1ro; 191/1998 TAT 1ro; 175/1998 TAT 3ro;84/2007 TAT 1ro; 165/2001 TAT 2do; 420/2001 TAT 3ro;172/2009 TAT 1ro; 10/2010 TAT 1ro; 149/2011 TAT 3ro; 483/2011 TAT 3ro; publicadas en los respectivos Anuarios de Jurisprudencia Laboral y Enlace electrónico: bjn.poderjudicial.gub.uy.

476Este es el criterio del Tribunal de Apelaciones de 1er Turno expuesto en sentencias 16/2009, 312/2009, 144/2012 y 38/2014. En esta última el TAT expresa " ...éste Tribunal ha sostenido que admitida o acreditada la realización de horas extra, corresponde al empleador la carga de la prueba del quantum de las efectivamente realizadas y el incumplimiento de esa carga implica, que deba estarse al número de horas extra reclamado, a menos que resulte que éste es absolutamente absurdo o de una irracionalidad evidente..."

477Sentencias sistematizadas en op. Cit. Rossi, Rosina. Op.cit. "Disponibilidad del ..." Pag. 24

regla jurisprudencial que *“probadas la realización de las horas extra por el trabajador, al demandado le corresponde probar el número”*. De todos modos, la jurisprudencia mayoritaria grava al actor con la prueba de la realización de las horas extra. Vale decir que la regla jurisprudencial en torno a la prueba de las horas extra resulta de dos enunciados: la realización de horas extra grava al trabajador que las reclama en juicio; el número, al empleador demandado. Cabe profundizar en el fundamento que sostiene cada enunciado: el primero tiene apoyo en la regla del art. 139 del CGP (en el sentido de que, corresponde probar a quien afirma el hecho) y el segundo, aunque habitualmente presenta una fundamentación más imprecisa, parece basarse en la idea de que es el empleador quien puede tener la prueba del número de horas extra a su alcance, por su condición de administrador y director del trabajo humano del que se sirve. El razonamiento del juzgador vincularía dos hechos: uno, que en su rol de empleador dirigió y organizó el trabajo humano del que se sirvió, concretamente el trabajo que supera la limitación horaria del trabajador; e infiere el segundo: que tiene la prueba idónea del número de horas que trabajó por cuanto de algún modo organizó el trabajo.⁴⁷⁹ La propia jurisprudencia, ha denominado este segundo enunciado como “principio” o como expresión del “principio disponibilidad del medio probatorio”.

478bjn.poderjudicial.gub.uy. Este es el criterio que sigue la Suprema Corte de Justicia en tanto entiende que si bien la carga de la prueba del número de horas extra corresponde al empleador, cuando el trabajador acreditó la realización del trabajo extraordinario, no corresponde sin embargo, estar a lo manifestado pro el actor sino examinar la totalidad de la probanza aportada, aplicando un criterio de razonabilidad para su determinación. Sentencias 273/2016, 252/2013, 12/2014. También del TAT 2º, conforme sentencias 308/2011, 167/2011, TAT 3ro , en sentencias 502/2011, 631/2012, 10/2013. , y TAT 4to. En sentencias TAT 4º TURNO N° 208/2013 de fecha 25/06/2013, 3/2013, 224/2013, 352/2013, y 12/2014.

El mismo criterio y por el mismo fundamento, invocó la jurisprudencia respecto del número de las jornadas trabajadas.

Este criterio tiene aspectos de contacto, especialmente en lo que respecta a sus fundamentos, con la teoría de las cargas dinámicas a tal punto que en el ámbito nacional ha sido invocado como precursor para sustentarla.⁴⁸⁰ Fue construido por la jurisprudencia laboral aun antes de la vigencia del Código General del Proceso y durante ésta se mantuvo por el mismo fundamento y hallando confirmación de su procedencia con la regla impuesta por el art. 168.2.⁴⁸¹

De todos modos, la jurisprudencia nacional de otrora, - quizás por el lazo con la regla del art. 139 del Código General del Proceso - , pero tampoco la del presente⁴⁸² ha incursionado en los fundamentos por los cuales no admite la regla de la disponibilidad del medio probatorio para la prueba de otros hechos distintos

479

Entre otras, sentencia n. 34/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Riverade 4to. Turno, publicada en la rev. Derecho Laboral n. 245 pag. 159;

480

Van Rompaey, Leslie. Op. Cit. " La teoría de las cargas ..." pag. 447. **Klett Selva, Pereira Santiago.** "Valor de la conducta endoprocesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el CGP". RUDP 1/97 pag. 94. **De los Santos Mabel** "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas :inconvenientes de consagrar legislativamente inversiones probatorias presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar. En RUDP 1/93 pag. 31 y stes. **Peyrano, Jorge.** "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba" en RUDP n. 2/92 pag. 239 y stes. **Rossi, Rosina.** "Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso" en VII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Minas 1997. Ed. FCU. 1997 Pag. 11

481

Rossi, Rosina. Op.cit. "Disponibilidad del ..." Pag. 20

482

La afirmación reconoce excepciones. Se relevan algunas sentencias que en cambio gravaban al empleador con la prueba del horario de trabajo; entre otras 175/1982 Tribunal de Apelaciones de Trabajo, caso 987 Anuario de Jurisprudencia Laboral 1982.

al número de horas extra o de jornadas trabajadas o el monto de las comisiones. En efecto. Partiendo de que la regla reconoce su fundamento en el diagnóstico previo acerca de quién puede tener la mejor prueba de un hecho, la jurisprudencia no la aplica respecto a hechos que si bien otrora fueron actuados por el trabajador, ocurrieron bajo el imperio de la subordinación lo que de suyo determina la dificultad mayor a la hora de probarlos. Sino que al menos la tendencia más marcada, en aplicación rígida del art. 139 gravaba al trabajador con la prueba de la realización de las horas extra por la condición de hechos invocados por este en el rol de actor en el proceso.

No puede dejar de destacarse que en épocas cuando ya estaba consolidada la jurisprudencia podríamos llamarle flexibilizadora de la distribución de las cargas probatorias bajo la válvula de la regla de la disponibilidad del medio probatorio, se produjo un fuerte vaivén que se ubica en la década de los noventa perfilando un pensamiento jurisprudencial mayoritario contrario y ceñido a las rigideces de la distribución de la carga probatoria prevista por el art. 139 del CGP. En efecto. Mostró mayor estrictez y severidad respecto del trabajador y en cambio de mayor flexibilidad hacia el empleador.⁴⁸³ Tendencia que agudiza la línea jurisprudencial indicada precedentemente, a contrapelo de los avances que la doctrina y la jurisprudencia realizaran en otras disciplinas⁴⁸⁴ que en vez de hacer hincapié en gravar a quien afirma, prioriza las posibilidades reales que cada parte en cada proceso tiene para disponer de la prueba y acercarla al debate.

483

Castello, Alejandro. Op. Cit. "Carga y valoración de la ...". VII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Minas 1997. Ed. FCU. 1997 Pag. 33

484

Como por ejemplo en casos de responsabilidad médica donde se desarrolló afincándose definitivamente el criterio de que la carga de la prueba grava al demandado y no al actor aunque afirme la responsabilidad del contrario.

Muestra de ello es el tratamiento que dio la jurisprudencia nacional a la protección de la libertad sindical, cuando se demandaba la tutela perfecta o restitutoria, o la imperfecta y reparatoria.⁴⁸⁵ Hasta la aprobación de la ley 17.940 sobre libertad sindical en el año 2006, a pesar de la protección constitucional de tal bien humano fundamental y de la añeja ratificación de los Convenios Internacionales de Trabajo n. 87 y 98 del año 1953, , la jurisprudencia nacional en procesos en los que se demandaba una indemnización especial por la ilicitud del acto discriminatorio , hacía recaer la carga de la prueba en la parte – actora – que invocaba el despido por motivos sindicales, exigiéndole que probara en forma clara , plena terminante, sin dejar ningún tipo de dudas, el nexo entre la actividad sindical y la decisión de cese.⁴⁸⁶ E incluso, sentando el criterio de que en el litigio no debía probarse la existencia o no de la causal alegada para despedir, sino la existencia real de la alegada como verdadera por la actora.⁴⁸⁷ Aún en la primera etapa de vigencia de la ley 17.940 sobre protección de la libertad sindical - que consagrando una presunción a favor del actor, gravó al empleador con la prueba de ciertos hechos que podrían funcionar como liberatorios de su responsabilidad- cierta jurisprudencia reclamó la prueba del actor de la intención del empleador para actuar el supuesto acto conculcatorio de la libertad sindical.⁴⁸⁸

485

Ermida Uriarte, Oscar. La protección contra los actos antisindicales. Ed. FCU Colección JVS 33 setiembre 1995 pag. 58.

486

Sentencias citadas por **Castello, Alejandro** en op. Cit. “Carga y valoración de la ...” pag. 34.

487

Sentencia n. 92/1996 citada por **Castello, Alejandro.** En op. Cit. “Carga y valoración de la ...” pag. 34

488

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2do. Turno n. 43/2007. Enlace electrónico:

Similar tendencia podía apreciarse respecto de despidos discriminatorios de bienes humanos fundamentales diversos a la libertad sindical⁴⁸⁹ en los que la jurisprudencia mayoritaria exigía al trabajador demandante la prueba acabada de la intención de discriminar. Y no admitía siquiera, la prueba por indicios y el razonamiento inferencial atendiendo a las reales dificultades para probar los hechos psíquicos, como postula muy autorizada doctrina especializada.⁴⁹⁰

Sin embargo, debilitadas las corrientes flexibilizadoras al menos en el ámbito nacional, volvió a asentarse la jurisprudencia anterior solidificando la mayoritaria tendencia de la exigencia probatoria al empleador para los casos en que es posible suponer que tiene disponibilidad de la prueba pero con previa prueba positiva de parte del trabajador en cuanto a la ocurrencia del supuesto fáctico que es necesario para acceder al beneficio laboral.

Inscripta en la línea de razonamiento que se analiza, cabe destacar por un lado una tendencia derivada, quizás, y por otro, el inicio de cierta nueva jurisprudencia a la que aún no podría calificarse como orientación consolidada.

En cuanto a la primera, jurisprudencia que si bien aplica las reglas distributivas del art. 139 del CGP, hace hincapié en la eficacia de la prueba de los hechos modificativos, impeditivos, o extintivos de la pretensión, dándole tanta

bjn.poderjudicial.gub.uy

489

Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno, sentencias nros. 238/2009 Morales, Posada(r), Rossi; 172/2011 Morales(r.) Posada, Rossi; 427/2011 Morales(r), Posada, Rossi. Otras reseñadas por **Quintana Alfaro Betiana, Rodríguez Gustá Rafael**. "La prueba en los despidos discriminatorios." Rev. Derecho Laboral n. 243 Pag. 525

490

Taruffo, Michele. "La prueba de los hechos." Citado por op. Cit. **Quintana Alfaro, Betiana y Rodríguez Gustá, Rafael** en op. Cit. "La prueba en los ..." pag. 541.

trascendencia a la carga de una parte como de la otra, determinando ello que la inexistencia o insuficiencia de la prueba liberatoria del demandado, robustece la eficacia de la del actor. ⁴⁹¹

En cuanto a la segunda, una apenas embrionaria línea jurisprudencial que atribuye la carga de la prueba al empleador de los hechos vinculados a obligaciones de fuente en el orden público y en el contrato. En tal sentido se relevan casos en los que en punto a la prueba de la realización de horas extra en procesos en los que se pretende la condena por el recargo, atribuye al empleador la carga de la ilustración del tiempo de trabajo. Y no solo con el número de las horas extra. Esta línea de pensamiento parte del derecho fundamental del trabajador a la limitación de la jornada, cuyo custodio y deudor es el empleador en tanto único administrador del trabajo humano en la relación de trabajo. Y por tal fundamento sitúa en su esfera la carga de ilustrar los mecanismos que puso en funcionamiento para respetar el derecho. ⁴⁹².

De todos modos, la mirada en perspectiva de la jurisprudencia anterior a la consolidación del Derecho Laboral Procesal sin perjuicio de las oscilaciones

491

Sentencias: TAT 1ro. nros. 266/2007,29/2008,32/2009, 771/2010, 486/2011; TAT 2do nros. 431/2011,443/2011,451/2011,456/2011,371/2011; TAT 3ro nros. 307/2007,5/2008,0014-000403/2013, 0014-00036/2013; TAT to. nros. 0511-000112/2014, 0511-000148/2014, 0511-000224/2014, 0511-000406/2014, 0511-000219/2014. Enlace electrónico: bjn.poderjudicial.gub.uy

492

Durante décadas, la jurisprudencia uruguaya ha sostenido que la prueba de la realización de trabajo extraordinario debía correr por cuenta del trabajador por tratarse de hechos afirmados por éste e incluso en ocasiones bajo el impreciso argumento de tratarse de un rubro – horas extras- excepcional. Empero, se viene afianzando una tendencia que ha desechado la excepcionalidad de la calificación señalada con fundamento en que se trata de un derecho subjetivo del trabajador que no requiere habitualidad en su génesis para adquirirse y en que, respondiendo al derecho constitucional de la limitación de la jornadas y siendo el empleador el director del trabajo humano, será quien deba probar de qué modo lo administró para garantizarle el derecho. Sentencias del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno, N° 300/2010 Morales, Posada, Rossi (r); 477/2011 Morales, Posada, Rossi (r) y 389/2011 Morales, Posada (r), Rossi.

mencionadas, ilumina una marcada inclinación por la aplicación de lo que la misma calificó como principio de disponibilidad del medio probatorio como criterio rector en la distribución de las cargas probatorias.

4.2.2.2.2. UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO LABORAL PROCESAL AUTÓNOMO

Ahora, en lo que va desde la consolidación del Derecho Laboral Procesal a partir de la ley 18.572 en el año 2009, la tendencia se mantiene. Empero no deja de sorprender que solo en contadas ocasiones la jurisprudencia se haya cuestionado al menos, acerca de la necesidad de refundar los criterios de distribución de las cargas probatorias en función de que el nuevo ordenamiento carece de regulación expresa y como se ha analizado, acudir en auxilio al derecho común, reclama especial control de legitimidad. Vale decir, especial argumentación.

Debe verse que el Derecho Laboral Procesal autónomo, se libera de las ataduras del derecho procesal común aunque cierto es, este puede ingresar por la puerta de la integración. Pero para ello, resulta imprescindible que el juez ponga en funcionamiento el mecanismo de realización del test de legitimidad de la opción de integración. Vale decir que motive y justifique la fuente que ha elegido para integrar habida cuenta de la diversidad de aquellas y de la función de custodia de los principios procesales y sustanciales.

En la línea de la excepción mencionada, vale decir, ahondando sobre la determinación de la distribución de las cargas probatorias luego de la consolidación del Derecho Laboral Procesal autónomo, cabe mencionar la sentencia n. n.6/2011 del Juzgado Letrado de Única Instancia de 5to. Turno a cargo del Dr. José Pedro Rodríguez, que aborda la presunción prevista en el art. 4 inc.

3ro de la ley 18.572 en la redacción dada por la ley 18.847 como un mecanismo legal distributivo de la carga de la prueba.⁴⁹³

También entra en la excepción la discordia formulada por el Dr. Ricardo Pérez Manrique en sentencia n. 897/2014 de la Suprema Corte de Justicia. Primero, comparte la ausencia de regulación expresa de la distribución de la carga de la prueba en el nuevo proceso laboral y la necesidad de integrar recorriendo el camino indicado por el art. 31 de la ley 18.572. La discordia trata de valorar las emergencias contrarias que resultarían por un lado por la confesión ficta del trabajador – quien no concurrió a la audiencia convocada para ser interrogado – y por otro, las derivadas de que el empleador demandado no había cumplido la intimación presentando documentos que ilustraran la fecha de inicio de la relación de trabajo. Discrepa con el criterio adoptado en la sentencia de segunda instancia, en tanto atribuye preeminencia a la regla del art. 149.4 del C.G.P. Entiende en su lugar que ésta no resulta decisiva ni determina que deban tenerse por ciertos los hechos alegados por la demandada, sino que determina una confesión ficta que debe valorarse en el contexto más amplio de la prueba aportada al proceso, conforme con las reglas de la sana crítica. Indicando seguidamente que “...De esa forma la sentencia excluye la aplicación de la regla de valoración probatoria contenida en los artículos 142 y 168 del C.G.P., que por la omisión de la parte demandada en presentar la documentación laboral intimada y –en una consideración más amplia- la documentación laboral exigida legalmente, debió incidir en la conclusión probatoria en punto a los hechos debatidos en la causa”.⁴⁹⁴

493

Comentada por **Fernández Brignoni, Hugo**. en “ La justicia laboral especializada y la protección del trabajador a través de la presunción legal relativa” en rev. Derecho Laboral n. 243 pag. 555.

494

Enlace electrónico: bjn.poderjudicial.gub.uy/

Es preciso citar también la discordia del Dr. Ricardo Pérez Manrique contenida en la sentencia n. 834/2014 de la Suprema Corte de Justicia, que refiere a que la prueba de la notoria mala conducta debe apreciarse a la luz de los principios del derecho laboral de estabilidad en el empleo así como de la preceptividad de la indemnización por despido, y de in dubio pro operario que permite inferir su aplicabilidad en aquellas situaciones en las que los términos de la relación laboral son controvertidos y la prueba no es contundente respecto de la posición del actor.⁴⁹⁵

Por su parte **Cristina Mangarelli** expresa y puede vincularse al punto de la distribución de la carga de la prueba, que la jurisprudencia admite la incidencia de los principios del derecho del trabajo en el proceso. Y cita la sentencia n. 63/1998 de la Suprema Corte de Justicia que afirma con relación a la aplicación del principio de primacía de la realidad: “El agravio examinado desconoce...las particularidades probatorias de derecho del trabajo, emanadas de los principios que lo rigen y que en la especie hacen admisibles testimonios vertidos sobre una obligación superior al límite de \$200 (actualmente, según la ley 16.603, cien U.R.)”⁴⁹⁶

Podría elucubrarse que la juventud de la consolidación del Derecho Laboral Procesal, y la resistencia cultural manifestada en los tiempos inmediatos a su vigencia⁴⁹⁷, explican, quizás, que la jurisprudencia no haya abordado todavía en

495

Enlace electrónico: bjn.poderjudicial.gub.uy/

496

Mangarelli Cristina. “ Principios del Proceso Laboral. Interpretación e integración de la norma” . En, El nuevo proceso laboral. Ley 18.572. Enfoque interdisciplinario. Universidad de Montevideo. Facultad de derecho. Noviembre, 2010. Pags 53,54 .

detalle y profundidad los fundamentos para continuar aplicando derechamente y sin nuevas razones que lo justifiquen, las reglas del derecho procesal común.

4.2.3. ENSAYO DE CONTESTACIÓN A LA SEGUNDA PREGUNTA

Entonces, la contestación a la segunda pregunta: partiendo de la idea de que el principio se induce del análisis sistemático de los textos normativos, representa una opción axiológica que se mantiene constante y recorre un determinado proceso de formación, es posible inferir un principio de la prueba en el derecho laboral procesal. El principio descubierto podría enunciarse como: el empleador tiene el dominio de los hechos en la relación de trabajo (porque administra, organiza, controla el trabajo) entonces, tiene el dominio de la prueba de tales hechos en la relación procesal. En consecuencia, en todos estos casos de hechos ocurridos bajo el gobierno de la relación sustantiva por parte del empleador, va a estar gravado con la carga de la prueba.

4.3. LA TERCERA PREGUNTA: ¿SERÍA ADMISIBLE POSTULAR QUE EL JUZGADOR CON LA GUÍA DE TAL PRINCIPIO, SEA QUIEN LE DE CONTENIDO A LA CARGA DE LA PRUEBA CASO A CASO?

Recapitulando... se había planteado la interrogante acerca de si, primero, las disposiciones especiales en materia laboral que disponen reglas de distribución de la carga probatoria, presentaban aspectos comunes. Respondido afirmativamente, se planteó la segunda interrogante en torno a si podía descubrirse una solución de principio aglutinante de todas. Respondido afirmativamente, se plantea este tercer cuestionamiento.

Y la respuesta también es afirmativa por los siguientes fundamentos:

El primer fundamento, derivado de la primera conclusión parcial. La existencia de una línea aglutinante entre las disposiciones especiales en materia laboral que

directa o indirectamente disciplinan la carga de la prueba. Y se aglutinan no solo por cuanto comparten la misma o similar fórmula, sino también porque todas responden al mismo fundamento: la tutela de la parte que más dificultades tiene para probar en un proceso jurisdiccional.

Esta línea aglutinante expresa una fórmula que atribuye la carga probatoria no en función de la posición procesal de los sujetos ni de la identificación de aquel que introdujo el hecho al proceso, sino del rol ocupado y la medida de poder de cada uno respecto del hecho a probar en la relación sustantiva. Lo que significa que el juzgador caso a caso, tendría que analizar los términos “hecho a probar-poder en la relación sustantiva”. Vale decir, situar el hecho en la relación sustantiva, diagnosticar cuál de los sujetos – empleador o trabajador- tuvo el mayor gobierno – en cuanto a su provocación y ejecución - en su producción y atribuirle a éste, la carga de la prueba.

Y en la línea aglutinante se *descubre*, en términos de **Plá Rodríguez**, un principio laboral procesal de la prueba derivado del principio protector ⁴⁹⁸ que se presenta como una expresión procesal del principio de desigualdad compensatoria. Logrando de este modo que el meta-principio también grave en la relación procesal. ⁴⁹⁹

A su vez el juez es el sujeto del proceso sobre quien recae la obligación de aplicar las reglas procesales en el sentido que más concilien con los principios que lo sostienen. Y el principio de tutela efectiva, versión procesal del principio protector, constituye la piedra fundamental del Derecho Laboral Procesal consolidado por cuanto es la piedra fundamental del Derecho del Trabajo. De allí que el juez,

498

Plá Rodríguez, Américo. Op. Cit. Los principios del Derecho del Trabajo pag. 25-26 ; **Barretto Ghione, Hugo.** Op. Cit. Principios de igualdad y ...”pag. 63; **Perez Amorós, Francisco.** Op. Cit. “Justicia efectiva, igualdad y . “ pag. 11 .

imparcial pero no neutral, estará llamado a integrar la distribución de las cargas probatorias, tributando al principio protector.

El segundo fundamento, derivado de la segunda conclusión parcial. La perfecta conciliación con los fundamentos que sostienen todo el Derecho del Trabajo y en especial el sistema laboral procesal.

No resulta sobre abundante señalar que a pesar de que se infiera de disposiciones especiales en materia laboral, la idea que se diseña resulta afín a la fórmula de legitimidad del sistema. Como se ha abordado, la atribución de la carga probatoria de los hechos que a la hora de la relación de trabajo fueron objeto de señorío del empleador, o al menos pudieron serlo puesto que ostentaba la potestad de actuarlos, resulta consonante al principio de tutela judicial efectiva, piedra

499

La ley de Contrato de Trabajo argentina, modificada por ley 26428 consagra esta solución en el art. 9 en tanto dispone que "Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador" Se trata de una concreción del principio protector consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Argentina. Se ha entendido que la duda por la cual debe favorecerse al trabajador no es la que surge de la ausencia total de pruebas, al menos debe existir una prueba (de cualquiera de las partes) que lleve a presumir que las cosas ocurrieron de acuerdo con los dichos del trabajador, o un estado de cosas que genere un indicio de esto, es decir, debe haber algún motivo capaz de volcar la decisión del juez a favor del trabajador. Como se desarrolló extensamente, la desigualdad que existe entre el trabajador y el empleador existe antes, durante y después de la relación laboral, siendo en este último momento una de las causas por las cuales el trabajador verá como muy dificultoso producir prueba evidente e irrefutable de que sus dichos son ciertos, logrando en la mayoría de los casos acercar al juez sólo una duda razonable de que sus dichos son ciertos. Por este motivo, si esta duda no es evacuada por la prueba de su empleador, al momento de inclinar su voto y evaluar cuál fue la realidad de los hechos, el juez debe inclinarse a tener por ciertos los dichos del trabajador en cuanto guarden relación con hechos posibles y reales; máxime si el empleador no sólo no logró desvirtuar los dichos del trabajador sino que incluso mostró una conducta obstruccionista y/o desinteresada. Resulta indispensable verificar las afirmaciones de las partes en el proceso, o sea, hacer un análisis de las mismas, para establecer si los hechos se presentan tal como son o si, contrariamente, aparecen confundidos o tergiversados. No se trata necesariamente de que el tribunal supla deficiencias probatorias, aunque ello puede ocurrir, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias, y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación en favor del trabajador **Serrano Alou, Sebastián**." El principio in dubio pro operario y la apreciación de la prueba" en rev. Derecho Laboral y de la Seguridad Social 2009 -11- 980 y publicado en Grupo 14.bis.

fundamental del sistema. Ello por cuanto la fórmula sitúa al trabajador en una posición menos riesgosa en el debate jurisdiccional y en definitiva carga al empleador proporcionalmente al poder que ostentó en la relación sustantiva.

Tanto poder en la relación de trabajo respecto del gobierno, dirección, y organización del trabajo humano, como gravamen probatorio en la relación procesal.

El juez estará en condiciones de indagar caso a caso si el empleador ocupó el rol del que da cuenta la apreciación de lo que comúnmente acontece.

El tercer fundamento. Este hilo conductor erigido en principio atento a su proceso de formación, resulta por tal condición, aplicable para integrar los casos no previstos y que no pueden ser colmados con disposiciones especiales en materia laboral ni por las analogías de éstas. Esto es, cumple función integradora, por su condición de principio. Y ostenta dicha naturaleza por cuanto se extrae de las normas jurídicas y es recogido por la doctrina y jurisprudencia, y reformulado por la doctrina. Descubierta el principio, puede ser recogido por la jurisprudencia tanto para la interpretación como para la integración.

El cuarto fundamento. La discrecionalidad del juzgador, reglada a través de la exigencia de la motivación de la decisión y de realizar y sortear el test de legitimidad.

El legislador confió al juzgador la determinación de varios aspectos del proceso laboral, a través de facultades de discrecionalidad reglada: sus facultades probatorias (art. 1 incl. 2do ley 18.572) ; la instrumentación de todo lo que sea necesario para agotar la producción de la prueba en la audiencia única (art. 13), la prórroga de la audiencia única, el plazo de la prórroga de seis o de veinte días, (art. 14 numeral 6) , entre otras. Entre ellas también, según puede deducirse

implícitamente por no haberlo regulado expresamente, la que refiere a la individualización de la distribución de las cargas probatorias caso a caso. A tales efectos, indagará la producción del hecho dubitado pero también su contexto, porque de su contexto sustantivo podrá deducir a cuál de las dos partes grava la carga de la prueba y por ende, hará gravitar sobre ella, los efectos negativos de la insuficiencia de prueba.

La discrecionalidad judicial que se plantea funcionaría sin embargo, controlada por dos mecanismos: uno, el que plantea el art. 31 de la ley 18.572, vale decir la conciliación con los principios procesales y los principios sustantivos del Derecho del Trabajo; otro, la motivación de la decisión como parte del principio del debido proceso.

Cierto es que por mandato constitucional, la ley debe disponer el orden y formalidades de los juicios (arts. 12 y 18 de la Constitución). En el caso, la ley (art. 31 de la ley 18.572) reconoció al juzgador esa discrecionalidad reglada a través de la determinación de las fuentes de integración (disposiciones especiales en materia laboral, el Código General del Proceso) y de la exigencia de realización del test de legitimidad.

Ahora bien. Detenido en las “disposiciones especiales en materia laboral”, apreciadas en conjunto, podrá inferir un principio o línea aglutinante que como tal será apto para colmar situaciones no previstas.⁵⁰⁰ Esto es que decantado del análisis puntual y en perspectiva de las disposiciones especiales en materia laboral, se

500

Plá Rodríguez, Américo. Op. Cit. Los principios ... pag. 26. ; **Barretto Ghione, Hugo.** op. Cit “Principios de igualdad y...” rev. Derecho Laboral n. 237 pag. 68; **Ugarte , José Luis.** Op. Cit. “ La rehabilitación ...” rev. Derecho Laboral n. 252 pag. 671. Además cabe remitirse al capítulo III de este análisis, en especial al abordaje sobre integración.

individualiza , por inducción, un principio procesal que el juez podrá aplicar directamente a la hora de integrar la distribución de la carga probatoria.

Debe verse sin embargo, que la detección del principio en los términos que se plantean no afecta la iniciativa probatoria de las dos partes en el proceso; pero en el caso de que la prueba producida sea insuficiente podrá el juzgador aplicar la regla de juicio derivada de la determinación de la carga de la prueba y con ella resolver cual de las dos partes deberá soportar las consecuencias negativas de tal hipótesis.

La legitimidad de una decisión del juzgador adaptando para el caso concreto la regla distributiva de la carga de la prueba que se manifiesta como un principio constante en las disposiciones especiales en materia laboral que reglamentan este punto, viene a confirmarse por las Reglas de Brasilia cuando dispone “... la revisión de los procedimientos y requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia...”⁵⁰¹ , diseñando un proceso “...de duración razonable ...”⁵⁰² acorde a los bienes sustantivos en juego que contemple las especiales dificultades derivadas entre otras de circunstancias sociales, “...para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.”⁵⁰³ Y cuando indica que los destinatarios de las Reglas son los jueces en su condición de

501

Reglas de Brasilia Capítulo II. Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos.

502

Pacto de San José de Costa Rica art. 8 .1.

503

Reglas de Brasilia . Sección 2da. Beneficiarios de las reglas.

profesionales del derecho (capítulo I sección 3, art. 24) conforme lo mandata además la Suprema Corte de Justicia en Acordada N. 7647.

El quinto fundamento. La discrecionalidad del juzgador, reglada a través de la motivación. El legislador realizó un profundo voto de confianza en el juzgador dotándolo de la discrecionalidad reglada para individualizar entre las fuentes indicadas por el art. 31, la regla “adecuada” en términos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para lograr la prueba de los hechos que interesan al proceso laboral y por ende tributar al principio de tutela efectiva.⁵⁰⁴

Así es. El legislador dotó al juez laboral de un margen de discrecionalidad para hallar la solución apropiada, satisfactoria y digna, a las posibilidades reales de cada parte para producir prueba en la disputa laboral procesal. Lo forjó “creador” de la solución adecuada al caso concreto y no mero aplicador. Empero, discrecionalidad no es arbitrariedad, sino elección dentro de un elenco de proposiciones posibles – las fuentes de integración que el legislador indica – de la más ajustada al hecho cuya prueba es necesaria y a la relación de poder que cada parte tuviera en la relación procesal y en la relación sustantiva. A lo que se agrega el límite general y de principio a la función jurisdiccional derivado de su responsabilidad constitucional.

En efecto. Se despejará cualquier riesgo de arbitrariedad cuando el juez laboral motive la elección y explicita el modo en el que ha conjugado los supuestos normativos conciliándolos con los principios procesales y sustantivos del Derecho del Trabajo. Justamente por cuanto el instrumento de control de legitimidad de los

504

“La delegación de poderes legislativos al Poder Ejecutivo es una característica familiar de las modernas democracias, y tal delegación al Poder Judicial no aparece una amenaza mayor para la democracia.” Hart, Herbert. El nuevo desafío del positivismo jurídico (mayo 1980) . El debate de Hart-Dworkin, www.usergioarboleda.edu.com.

actos discrecionales consiste en el análisis de su motivación. De allí que en tanto el Derecho Laboral Procesal no ha aportado una regla fija y general de distribución de las cargas probatorias, cuando el juez laboral se vea en la necesidad de acudir a ellas como regla de juicio por ausencia de prueba, inexorablemente habrá de motivar la elección de la solución adecuada a riesgo en caso contrario, de dictar una decisión ilegítima.⁵⁰⁵

El juez ya no es “la boca que pronuncia las palabras de la ley” sino “...el depositario de un poder que ejerce con cierta discrecionalidad, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues allí reside su principal fuente de legitimidad, debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario. La presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez; por el contrario representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo, que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución del fallo...”⁵⁰⁶

La explicación de **Couture** al art. 133 del Proyecto de 1945, vinculado a la sana crítica para apreciar las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba, resulta ilustrativa del funcionamiento de la discrecionalidad del juez laboral. “La prueba del despido del obrero, incumbe, con arreglo a los principios tradicionales de la carga de la prueba, al obrero despedido, por cuanto es éste el hecho

505

Al respecto, no puede dejar de verse el jugoso relato de **Reyes Oheninger** acerca de la respuesta dada por **Michele Taruffo** ante la pregunta que evidenciaba temor al otorgamiento de tales poderes al juez: “si le damos mayores poderes al juez, ¿Quién lo controla?” La respuesta de Taruffo: “Il primo che controlla al giudice é il proprio giudice” En n op.cit. “La flexibilización ...pag. 602

506

Van Rompaey, Leslie. Op. Cit. “Hacia una jurisprudencia ...” pag. 183.

constitutivo de la responsabilidad del empleador. La jurisprudencia ha debido, sistemáticamente, acudir a una inversión de los principios de carga de la prueba para evitar la clamorosa injusticia que la aplicación de los principios tradicionales traería aparejada. Esa inversión, no apoyada en ningún texto legal, constituye un auxilio de las reglas de la sana crítica, aplicadas a la distribución de las cargas de la prueba. No se trata de ningún criterio de valoración sino de distribución. El problema surge cuando el obrero no prueba el despido ni el empleador el abandono del servicio. La ausencia absoluta de prueba de ambas partes no configura un caso de valoración de la prueba, sino de reparto de la carga de la misma entre ambos litigantes”⁵⁰⁷

En definitiva articulando los dos últimos fundamentos, resulta que la discrecionalidad asignada al juez, no inficiona el principio de legalidad por cuanto ha sido el mismo legislador quien ha autorizado al hermeneuta a integrar las soluciones no previstas con cierto grado de discrecionalidad pautada por dos elementos: las fuentes a las que podrá acudir, el éxito en el resultado del test de legitimidad y la motivación de la decisión. Es el legislador quien ha otorgado al hermeneuta la facultad de elegir entre un determinado de elenco de fuentes, pero a su vez le ha impuesto la realización de un test o prueba de legitimidad, así como su explicación a través de la construcción de la motivación.⁵⁰⁸

5. LA TESIS

Cuanto viene de plantearse – comunidad de variables tenidas en cuenta en las soluciones legislativas, la unicidad de la solución y de fundamento por un lado, y por otro, la conciliación con los principios que sostienen el sistema laboral

507

Couture, Eduardo. op. cit. Estudios de Derecho Procesal Civil. T. II pags.222 y sgtes. Proyecto de Código de Procedimiento Civil, 1945, pag. 94.

procesal, y la función de instrumento de desigualdad compensatoria garantizando la eficacia del Derecho del Trabajo - permitiría empezar a construir las bases de una teoría sobre la distribución de las cargas probatorias en el proceso laboral a la luz de un Derecho Laboral Procesal autónomo:

- + *La individualización de la distribución de la carga probatoria en el sistema laboral procesal, resulta imprescindible como regla de juicio. Ello por cuanto, sin perjuicio de la libertad de la prueba que beneficia a ambas partes del proceso jurisdiccional⁵⁰⁹, en los casos en que la producida sea insuficiente, el juzgador que no podrá dejar de resolver, deberá acudir a aquella de modo de determinar sobre cuál de las dos partes deberá soportar los efectos negativos de tal situación. Quien resulte gravado con la carga de la prueba del hecho que constituya la hipótesis de la disposición normativa que otorgue un derecho, deberá asumir los efectos de la insuficiencia de la prueba.*
- + *En la adjudicación de la carga de la prueba a uno de los litigantes, cuando el conflicto se basa en fundamentos de hecho y la prueba producida resulta insuficiente, se juega la suerte del proceso jurisdiccional. Por lo que la solución al punto es extremadamente*

508

Marinoni, Luiz Guilherme. “ Formación de la convicción e inversión de la carga de la prueba según las peculiaridades del caso concreto” en Revista do Programa de Maestrando em Ciencia jurídica da Fundinipi. Analizando la expresa previsión de inversión de la carga de la prueba en el caso del consumidor, consigna este autor que esta regla también puede aplicarse a otras situaciones no previstas por el legislador, por cuanto éste no puede prever todas las especialidades del derecho material pero, aún así, corresponde atenderlas adecuadamente con técnicas procesales cuando sí está garantizada la tutela. Indica que no es necesario que el incremento de poder del juez esté autorizado por la ley sino que basta con la existencia de controles a la conducta judicial.

509

Libertad de la prueba en el sentido de libertad de probar o no probar, y de escoger el medio probatorio a ofrecer, atendiendo claro está, a las reglas de idoneidad de la prueba.

trascendente. Como punto de partida, la determinación de la distribución de la carga de la prueba deberá, inexorablemente, resultar “efectiva” en el sentido de herramienta aseguradora de eficacia del derecho sustantivo, en tanto así lo exige a riesgo de su ilegitimidad, el mismo sistema. (art.1 ley 18.572. Y, “efectiva”, en el ordenamiento jurídico uruguayo, significa adecuada a la protección del trabajador atento al código de valores de la Carta⁵¹⁰. ⁵¹¹ En el sentido indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos : que la solución opere como una verdadera garantía para “proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” Ello por cuanto como los Estados parte tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia". Los dos instrumentos de derechos humanos (la Constitución nacional y el internacional), conforme las reglas de interpretación de los instrumentos sobre derechos humanos, deben ser interpretados en relación de complementariedad. Lo que significa en sentido conexo y considerando todos los textos como un universo cualquiera sea su fuente. Ello por cuanto todos los instrumentos conciernen a la misma familia de derechos (los derechos humanos) y están unidos en torno a la prosecución de los

510

La constitución constituye un código de valores principios que se proyectan a todo el ordenamiento jurídico. **Risso Ferrand, Martín**. Derecho constitucional. TI. Pag. 25.

511

Editorial. Rev. Derecho Laboral. n. 237 pag. 4. **Pérez Amorós, Francisco**. Op. Cit. “Justicia efectiva, igualdad y ...” pag. 10.

*mismos objetivos*⁵¹², y tienen origen común en la dignidad de la persona⁵¹³ y concretamente cuando se trata del ser laboral de esa persona, en la dignidad laboral. ⁵¹⁴ Ello arroja que la solución “efectiva”⁵¹⁵ deberá ser adecuada a la parte procesal que se debe proteger, esto es al trabajador.

Los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos cumplen tres funciones: obligan al Estado a legislar en el sentido de tales disposiciones;

512

Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho Universal del trabajo” en Anuario 2012 de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. citado por **Babace Héctor** en “El juicio de ponderación en la relación de trabajo. Derechos de la persona y libertad de empresa. ¿Es posible el equilibrio flexible entre principios constitucionales en el contrato de trabajo? En rev. Derecho Laboral n. 256 pag. 595; **Barbagelata, Héctor Hugo**, “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales” en El particularismo del Derecho del trabajo y los Derechos Humanos Laborales. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2009 pag. 240. **Barbagelata, Aníbal.** “Teoría de los derechos fundamentales. Montevideo 1950 Pf. 73 citado por Barbagelata, Héctor Hugo. Op. cit “El bloque...” pag. 240; **Bidart Campos.** “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna” en El Derecho. Buenos Aires, 1994 pag. 5. **Ermida Uriarte, Oscar.** “Los derechos humanos en el derecho positivo uruguayo” en Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. Enlace electrónico: www.oit.org.pe/cimt/nn, versión web en pdf: ISBN: 92-2-319432-6/978-92-2-319431-; **Vogel Polsky.** La Europa social en la CEE en la perspectiva del año 2000 citado por **Babace Héctor** en rev. Derecho Laboral n. 256 pag. 595

513

Kant, Emmanuel. Metafísica de las costumbres. Buenos Aires, 1947. Citado por Babace Héctor en op. cit. “ El juicio de ponderación ...” pag. 599.

514

Ermida Uriarte, Oscar. Meditación sobre el Derecho del Trabajo. Cuadernillos de la Fundación Electra . n. 1 pag. 16.

515

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 25 “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso *efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la apare contra acto que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

*ofrecen un criterio de interpretación del derecho interno; y a falta de disposición de derecho interno en la materia tendrán un valor supletorio.*⁵¹⁶

- + *En el nuevo ordenamiento laboral procesal consolidado, no se releva una regla única, expresa y de carácter general sobre distribución de la carga probatoria.*
- + *Corresponde llenar el vacío acudiendo a las fuentes previstas por el art. 31 de la ley 18.572: disposiciones especiales en materia laboral, el Código General del Proceso en cuanto fuera aplicable y se ajuste a lo dispuesto en los arts. 1ro y 30 de la ley 18.572 y no contradiga los principios del Derecho del Trabajo.*
- + *Es posible relevar un conjunto de normas especiales en materia laboral que distribuyen la carga de la prueba a través de soluciones legislativas para casos particulares, directas e indirectas. Entre las primeras, aquellas que expresamente atribuyen la carga probatoria. Entre las segundas, algunas que imponen obligaciones a cumplir en la relación sustantiva, otras, que establecen presunciones y permiten inferir la atribución de la carga probatoria.*
- + *En algunos casos, si se dan los supuestos necesarios para que esta sea admisible, partiendo de una disposición especial en materia laboral que distribuye la carga de la prueba, es posible acudir también al procedimiento analógico para crear la solución al caso no previsto. Tal es la situación de la distribución de la carga de la prueba cuando de la tutela contra la discriminación por violación de derechos fundamentales.*

516

Jiménez de Aréchaga, Justitno. La libertad sindical. OIT. Ginebra 1981 citado por **Babace Héctor.** Op. cit., “ el juicio de ponderación ...” pag. 594

Ello por cuanto el art. 2 literal E, inciso final de la ley 17.940 a través de la técnica de la presunción que favorece al trabajador, disciplina que en caso de violación o amenaza de violación de la libertad sindical, los hechos invocados por el trabajador gozan de un juicio de verdad y será el empleador a quien le incumbirá la destrucción de aquella a través de la prueba de hechos que se erijan en causa razonable de su hacer o no hacer vinculados a la capacidad o conducta del trabajador, o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

La ratio de la disposición reside en el objetivo de ofrecer una herramienta de eficacia a la promesa de tutela de la libertad sindical en tanto derecho fundamental. De allí que cuando de otros derechos fundamentales se trata aunque no exista asignación especial de la distribución de la carga de la prueba podría sustentarse la aplicación analógica del art. 2 literal E de la ley 17.940. Y de allí entender que al trabajador titular del derecho fundamental le beneficia una presunción de certeza de los hechos que invoque, que se mantendrá si el empleador no la destruye a través de la producción de la prueba.

- + Ante la imprevisión normativa, a esta solución que viene de plantearse a través de la analogía con una disposición especial en materia laboral, se suma otra, que surge de la apreciación en perspectiva y en conjunto de todas las que disponen directa o indirectamente la distribución de la carga de la prueba. Esto es, un análisis sistemático de las disposiciones especiales en materia laboral que reglamentan la distribución de la carga de la prueba o emplean otras técnicas como las presunciones así como aquellas que imponen obligaciones al empleador, permiten deducir entre ellas la existencia de un hilo conductor que se construye sobre tres premisas: la misma variable de hecho, la misma solución y el mismo*

fundamento que las sostiene. La variable de hecho: la relación sustantiva y la desigualdad de poder entre el trabajador y el empleador. La solución: la atribución de la carga probatoria al empleador, de todos aquellos hechos que gobernó o pudo gobernar en la relación sustantiva. El fundamento: crear un contrapeso a la desigualdad de poder de modo que garantice la eficacia de la disposición que tutela del derecho sustantivo.

- + *Este mismo análisis sistemático permite inferir que en todas subyace la idea central de protección del trabajador que se extiende más allá de la relación sustantiva y penetra en la relación procesal. Esta idea inspiradora, constante, y motivadora de cada disposición, permite inducir un principio operativo que se desgana del meta principio protector, que consiste en que la carga de la prueba de los hechos que en la relación de trabajo fueron dominio del empleador, lo gravará cuando sea parte en el proceso jurisdiccional. De este modo se visualiza que la distribución de las cargas probatorias en el proceso jurisdiccional no se genera en éste, sino, en la relación sustantiva. Por lo que el juez deberá indagar la etiología del hecho a probar.*

En tal sentido:

- + *Las dos partes tienen iniciativa probatoria.*
- + *También el tribunal, limitada a los hechos planteados por las partes.*
- + *Los hechos constitutivos de la pretensión, si, como indican las máximas de la experiencia, fueron gobierno del empleador en la relación sustantiva, lo gravarán con la prueba. Tanto poder en la relación de trabajo como gravamen probatorio en la relación procesal. Regla que*

*habrá de aplicar en juez en caso de que la prueba producida sea insuficiente.*⁵¹⁷

- + *La prueba de otros hechos, los propios del trabajador o aquellos respecto de los que hubiera tenido poder para su producción, gravará al trabajador.*
- + *Los hechos extintivos y los impeditivos (los que neutralizarán los constitutivos) de la pretensión también gravarán al empleador demandado, pero por otros fundamentos. En este caso, deberá asumir la carga de su prueba por cuanto le son propios, y en consecuencia se puede suponer que también estuvieron bajo su dominio. Ello independientemente de lo que hubiera probado el trabajador actor en el proceso. Ello por cuanto el proceso laboral autónomo, por esta condición, desprende las ataduras que otrora tenía con la regla del art. 139 del Código General del Proceso. De allí que cuando el empleador demandado alegara la inexistencia de un hecho invocado por el trabajador actor en el proceso jurisdiccional, aquél no estaría llamado a realizar prueba negativa sino positiva de la ocurrencia de un hecho que lo neutralizara o que impidiera su ocurrencia, o lo que se ha llamado, un*

517

Para que se produzca el nacimiento de un derecho debe necesariamente producirse una confluencia de hechos, a saber: la presencia de un hecho constitutivo cuyo efecto normativo es el de ser fuente de derechos, y la ausencia de hechos impeditivos que actuando como elemento neutralizador, obstan a la concreción del derecho. Babio, Alejandro. La prueba en el proceso laboral. en Revista Derecho del Trabajo Nro. 11, pág. 2283 La Ley S.A.

hecho de coartada. ⁵¹⁸ *No se trata de exigirle la prueba negativa sino la demostración de la existencia de otro hecho incompatible con aquél.*

- + *En esta línea de razonamiento entonces, el juzgador debería en primer término, analizar la etiología del hecho y de concluir en la existencia de un vínculo de causa – efecto entre este y el poder del empleador, en segundo término, aplicar la técnica que arroja el principio que el ordenamiento jurídico permite inferir: el poder sobre la ocurrencia de un hecho en la relación sustantiva, y su entidad, se traduce en el gravamen probatorio y su alcance, en la relación procesal. Tanto poder en la relación sustantiva, tanto gravamen probatorio en la relación procesal. Esta vinculación refleja presenta el valor de permitir atender las particularidades de caso a caso porque el grado de poder del empleador en la relación sustantiva respecto de un hecho no es lineal sino que depende de un elenco de variables entre las que hallan entre otras, la categoría, la posición jerárquica del trabajador, el tipo y modalidad de prestación del trabajo.*
- + *Sustentándose la condición de principio procesal con soporte en el principio de tutela efectiva de los derechos sustanciales, resultaría un instrumento hábil de integración de la regla de distribución de la carga de la prueba para todos aquellos casos no previstos por las disposiciones especiales en materia laboral ni susceptible de solución analógica. Ello por cuanto los principios cumplen una función integradora en todo el*

518

Taruffo, Michele, llama prueba de coartada a aquella encaminada a probar que un hecho no se ha producido y consiste en que, en vez de demostrar indirectamente que el hecho no existió se demuestra la existencia de otro que lo impide. Op. Cit. La prueba de los ...pags. , 459- 460.

*Derecho del Trabajo*⁵¹⁹ y en particular en el *Derecho Laboral Procesal* que se deduce especialmente del rol de guardián de su armonía conforme indica el art. 31 de la ley 18.572.

En estos casos,- los no previstos- , no se estaría colmando el vacío con disposiciones especiales en materia laboral estrictamente ni con sus analogías, sino con el principio que las nutre a todas que deriva en una solución de desigualdad compensatoria en concreción del principio de tutela judicial efectiva, extraída de las existentes y afincada por la doctrina y la jurisprudencia.

- + *Esta solución a la distribución de las cargas probatorias en el nuevo derecho laboral procesal autónomo, concilia con las Reglas de Brasilia en tanto disponen “... la revisión de los procedimientos y requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia...”⁵²⁰ , diseñando un proceso “...de duración razonable ...”⁵²¹ acorde a los bienes sustantivos en juego que contemple las especiales dificultades derivadas entre otras de circunstancias sociales, “...para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia de los derechos reconocidos en el*

519

Plá Rodríguez, Américo. Op. Cit. pag. 22 y “Visión crítica del derecho procesal del trabajo” en rev. Derecho Laboral n. 163 pag. 571; **Sarthou, Helios.** Op. Cit. “Proposiciones sobre ...” pag. 865; **Raciatti, Octavio.** Op. Cit. “Los principios del ...” en Derecho Procesal del Trabajo. Ed. FCU 2005 pag22 ; **Ugarte , José Luis .** op. Cit. “La rehabilitación de los principios ...” pag.671.

520

Reglas de Brasilia Capitulo II. Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos.

521

Pacto de San José de Costa Rica art. 8 .1.

ordenamiento jurídico.”⁵²² Y cuando indica que los destinatarios de las Reglas son los jueces en su condición de profesionales del derecho (capítulo I sección 3, art. 24) conforme lo mandata además la Suprema Corte de Justicia en Acordada N. 7647.

- + *Claro que se trataría de una labor que el juez debería llevar a cabo caso a caso: desde el diagnóstico del vacío, pasando la etiología del hecho a probar y llegando a la construcción de la regla de distribución de la carga probatoria. Claro está también, que la piedra fundacional que permitiría esta construcción jurídica, es la confianza en la Justicia del Estado y en los jueces en tanto sus operadores principales. En un Estado como el uruguayo en el que los derechos fundamentales se han incorporado a la Constitución, el juez es el garante último de ellos frente a los poderes públicos y privados.⁵²³ En materia laboral el juez es el garante de la efectiva realización de los derechos humanos laborales cuyo complejo entramado – derechos, tutela adecuada, eficacia – conforman el paradigma oitiano del trabajo decente.⁵²⁴⁵²⁵ Por ello, lejos de temerse por la discrecionalidad del juez, debe visualizarse que ésta se encuentra patuda por la inexorable*

522

Reglas de Brasilia . Sección 2da. Beneficiarios de las reglas.

523

Cuando Ferraioli describe los cambios que trae el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho incluye entre ellos, el cambio en la legitimidad de la ley en tanto queda supraordenada en su validez y contenido (y no solo en su forma de gestación) a la constitución y en el papel de la jurisdicción que pasa a ser aplicar la ley si es constitucionalmente válida de lo que deriva una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica que consiste en detectar las antinomias y las lagunas promoviendo su superación por medio de las garantías existentes o la proyección de las garantías que falten. Ferraioli, Luis. “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en Neoconstitucionalismos. Edición Miguel Carbonell. Editorial Trotta, Madrid , 2003. pag. 19.

realización de tales derechos en cada una de las decisiones judiciales. A ello apunta el doble test que disciplina la ley 18.572: test de legitimidad de la interpretación (art. 30) ; test de legitimidad de la integración (art. 31) . Llevando el razonamiento a sus últimas consecuencias, todavía cabría preguntarse quien controla al juez. El mismo sistema constitucional aporta la respuesta: el propio juez y la comunidad. El juez cuando actuando con independencia y formación adecuada, continua y crítica, identifica y desarrolla los fundamentos de cada decisión. La comunidad cuando los examina.

Las miradas académicas al sistema han sido diversas. De un lado quienes lo ven con la riqueza de operar como instrumento de la efectividad de los derechos sustanciales, asignándole el rol de “guardián” del sistema.⁵²⁶ De otro lado quienes

524

A partir de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, aprobada por la Conferencia de dicha Organización en su 86ª Reunión de Ginebra, en el año 1998, y de la Memoria del Director General de la OIT en la 87 ava. Conferencia, la OIT se ha encaminado a promover el paradigma que ha llamado “trabajo decente”. Una expresión de de textura amplia que evoca una inacabada lista de derechos en el trabajo.

525

Ermida Uriarte, Oscar “Trabajo decente y formación profesional” Boletín técnico interamericano de formación profesional. Trabajo decente y formación profesional. OIT/CINTERFOR n. 151 Montevideo, 2001 pag. 9-26. **Barretto Ghione, Hugo**. “Concepto y dimensiones del trabajo decente: entre la protección social básica y la participación de los trabajadores en la empresa” en rev. Derecho Laboral n. 204 pag.697. Expresa el autor que en la Memoria del Director a la 87 va. Conferencia, se dice que la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que hombres y mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. El trabajo decente es a su vez el punto de convergencia de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social. .

526

Barretto Ghione, Hugo. en op. Cit. “Principios de igualdad y protección en ---” pag. 76

han realizado una pronta crítica al diseño procesal de la ley 18.572, representada por quienes vieron en él un problema en lugar de una riqueza de cara al principio de seguridad jurídica. El riesgo de las “dos bibliotecas” ante cada acto procesal de integración provocador de inseguridad jurídica. ⁵²⁷

CAPÍTULO VIII: PROPUESTAS Y CONCLUSIONES SIEMPRE PRIMARIAS SOBRE LAS POSIBLES ARGUMENTACIONES JURÍDICAS PARA DETERMINAR LA “NORMA” QUE DISCIPLINA LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO LABORAL PROCESAL URUGUAYO

El Derecho Laboral Procesal comienza a gestarse en el Uruguay del mismo modo que el Derecho del Trabajo mismo. En forma dispersa y temporalmente asistemática, el legislador fue diseminando disposiciones procesales en las sustantivas como instrumento de eficacia de éstas⁵²⁸ y en definitiva trampolín hacia la realización de la promesa constitucional de protección del trabajo.⁵²⁹ En efecto.

527

Abal Oliú, Alejandro. “op. Cit. “Interpretación , integración ...” en Nuevas Especialidades...pag. 51. **Guerra, Walter.** “El nuevo proceso laboral. Fundabilidad y su constitucionalidad y convencionalidad” en op. Cit. Nuevas especialidades...pags 35-36. | **Simón Luis.** “Potestades del Tribunal en el nuevo proceso laboral” en op. Cit El nuevo proceso laboral. Ley 18.572. pag. 81-83.

528

Ermida Uriarte, Oscar. Introducción al volumen Derecho Procesal del Trabajo. FCU 2005 pag. 13.

529

Esta preocupación del legislador se advierte desde los albores del Derecho del Trabajo uruguayo. En realidad las tres primeras leyes importantes del siglo XX acompañan el contenido sustantivo de un instrumento encaminado a lograr la eficacia. La ley 3.299 del 25.6.1908 se encarga de la protección del salario y declara la nulidad de los actos o contratos que la contravengan. La ley 5.032 del 21.6.1914 sobre seguridad en el trabajo cuando delega en el Poder Ejecutivo la reglamentación indica su revisión periódica, le encarga a la Oficina del Trabajo la vigilancia de cumplimiento, ya prevé la multa por incumplimiento y su monto. La ley 5350 del 17.11.1915 sobre limitación de la jornada y tiempo de trabajo no solo prevé que veinticinco inspectores especiales vigilarán su cumplimiento sino que hasta les fija el salario y prevé una sanción de multa para el empleador que dificulte o entorpezca la labor de control.

El Derecho del Trabajo requiere de mecanismos que lo hagan operativo; tanto preventivos y de contralor que garanticen su cumplimiento como de respuesta eficaz para sancionar al incumplidor y reparar los daños sufridos por el acreedor laboral. Es el conjunto de estos instrumentos el que garantiza la verdadera eficacia del Derecho del Trabajo⁵³⁰, y acorta la brecha entre el derecho y la realidad.⁵³¹ Solo si se entiende la eficacia como un componente del derecho, éste, el derecho será derecho, asible y ejercitable. Solo así será instrumento del trabajo decente. De lo contrario, será una quimera.

En tal sentido el acceso a la justicia y con él, la existencia de reglas procesales que se adecuen a la esencia de la relación de poder en el trabajo del hombre comprometido para otro, y a las especialidades del conflicto laboral, conforman parte de un instrumental hacia la eficacia del derecho sustantivo. Porque la tutela judicial efectiva es soporte de la tutela sustantiva.

Al tiempo de la producción de normas jurídicas conteniendo reglas de eficacia procesal del Derecho del Trabajo, la doctrina fue deduciendo del conjunto y sistematizando, un elenco de principios que fueron perfilando el Derecho Laboral Procesal como instrumental al Derecho del Trabajo y autónomo del derecho procesal común.⁵³²

530

Barbagelata, Héctor Hugo. op. Cit. Derecho del Trabajo. Tomo I. Volumen 2 pag. 9. **Garmendia Arigón Mario.** Eficacia práctica de las normas laborales. FCU pag. 33.

531

Ermida Uriarte, Oscar. Relaciones de trabajo en América Latina. Colección Crítica y comunicación N. 2 OIT Lima 1991 pag. 9

532

Raciatti, Octavio. Op. Cit. “Los principios del derecho del ...” en Derecho Procesal del Trabajo. FCU. 2005 pag. 17. **Sarthou, Helios** . op. Cit. “Proposiciones para un derecho procesal laboral autónomo” en Trabajo,...pag. 109.

Pero el proceso de formación enfrentó vaivenes: períodos de afianzamiento y otros de verdaderas tempestades como se suscitó a partir de la aprobación de la ley 15.982 del 18.10.1988 que sancionó el Código General del Proceso y derogó el proceso laboral autónomo creado por el dec. ley 14.188 del 2.4.1974.

La vocación de generalidad que persiguió el Código General del Proceso optó por eliminar las especialidades procedimentales derivadas de las especialidades sustantivas. Sin embargo, del Código General del Proceso, emigraron varios procesos. Entre ellos, la ley 16.045 del 2.6.1989 y la ley 17.940 del 2.1.2006 sobre protección de la libertad sindical en tanto cada uno de ellas diseñó un procedimiento autónomo y especial.

Las leyes 18.572 y 18.847 vinieron a consolidar el proceso de formación del Derecho Laboral Procesal a través de la recreación de un sistema procesal autónomo ⁵³³ y a medida del Derecho del Trabajo y finalidad protectora del trabajador.

A carta vista, las dos leyes persiguieron ser tributarias del Derecho del Trabajo articulando un entramado mínimo de disposiciones encaminadas a regular los puntos neurálgicos del Derecho Laboral Procesal. Pero, la 18.572 habiendo buscado tal parquedad, diseñó ciertas herramientas para que el operador creara la solución adecuada para los aspectos no previstos dotándolo de cierta discrecionalidad reglada por los principios procesales expresos e implícitos del sistema, pero también, por los principios sustantivos del Derecho del Trabajo.

533

Rosenbaum Rímolo, Jorge. Op. Cit. "La recreación de un proceso ..." rev. Derecho Laboral n. 236 pag. 765.

En efecto. El legislador hizo una opción política alineándose con la realizada en el período fundador del Derecho del Trabajo y desarrollada y afianzada desde entonces. Ello al tiempo de escoger como piedra fundamental de esta construcción, un componente totalmente distinto al del Derecho Procesal común. En efecto. El Derecho Laboral Procesal no legisla *desde* el proceso jurisdiccional sino *desde* el hombre que trabaja para otro y se ve en la necesidad de ser parte en un proceso jurisdiccional. De allí que el legislador a través de las leyes 18.572 y 18.447 que enlazan las anteriores también de corte laboral procesal, sentó las bases para la construcción de un nuevo paradigma: *desde* el hombre en su condición de trabajador diseñó un modelo, adecuado a la desigualdad de poder que lo afecta y especialmente en cuanto a lo no previsto, abierto a la confianza depositada por la comunidad en el juez⁵³⁴, quien de todos modos atenderá al contrapeso del imprescindible test de legitimidad que por expreso mandato legal deberá realizar.

Así es. Ni la ley 18.572 ni su modificativa 18.847, disciplinaron con carácter general la distribución de las cargas probatorias. Es este uno de los puntos atribuidos a la elección más adecuada que realice el juez, bajo la guía y custodia de los principios procesales y sustantivos. De todos modos, presentan, cuatro hipótesis concretas en las que la distribución se deduce de la técnica presuncional que favorece al trabajador y grava al empleador con la carga de destrucción de la verdad interina que plantea el enunciado normativo. Lo que habilita deducir que también las leyes 18.572 y 18.847, como lo he hecho a lo largo de la historia el Derecho del Trabajo uruguayo, utilizan la presunción como técnica de distribución de la carga probatoria, favoreciendo la situación procesal del trabajador actor.

534

Aparicio Tovar, Joaquín. Rentero Jover, Jesús. op. cit. “ El juez laboral...-“ pag. 53 y sgtes.

Ahora bien. Como la relación de trabajo es una relación de poder desigual, la individualización de las reglas sobre carga de la prueba no podría desatender la relación “hecho a probar – poder sobre el hecho a probar”.

Sobre esta idea de *“hecho a probar- poder sobre el hecho a probar”* corresponde distinguir tres tipos de hechos históricos: hechos propios del trabajador y bajo su dominio, hechos del trabajador pero bajo dominio del empleador como producto del poder de dirección y hechos de terceros.

En cuanto a los *hechos históricos propios del trabajador*, de su esfera íntima o producto de su voluntad ejercida libremente, resultan aplicables las reglas del art. 139 del CGP en tanto no coliden con los principios del Derecho Laboral Procesal.

En cuanto a los *hechos históricos en los que la voluntad del trabajador no participó en medida alguna*, las reglas del Código General del Proceso se presentan incompatibles con los principios del Derecho Laboral Procesal por cuanto ponen en riesgo la efectiva realización del principio de tutela efectiva.

Entonces, respecto de los hechos que ni son propios del trabajador ni en su concreción intervino la voluntad del trabajador, el camino es otro.

Si se entiende entonces que el punto no se encuentra previsto, corresponde acudir a los mecanismos de integración admitidos por el ordenamiento jurídico nacional: recurrir a los fundamentos de leyes análogas o a la aplicación supletoria.

En lo que respecta a las fuentes habilitadas para tener en cuenta a la hora de integrar, el art. 31 de la ley 18.572 indica: “las disposiciones especiales en materia laboral” y “el Código General del Proceso en cuanto fuera aplicable y ajustado a los arts. 1 y 30 de la misma y a los principios del Derecho del Trabajo”.

Ello habilita a dibujar un derrotero escalonado por el legislador para integrar la solución no prevista en las leyes 18.572 sobre distribución de cargas probatorias cuando se trata de la prueba de un hecho que en la relación sustantiva o en la procesal, se presenta bajo el dominio del empleador:

1er. Escalón: indagar la existencia de una disposición especial que la discipline. Lo que significa, buscar en el ordenamiento jurídico sustantivo si existe un enunciado normativo que regule la carga de la prueba para la concreta hipótesis en debate. Así se realizaría una integración interna, del derecho laboral procesal disperso al derecho laboral procesal sistematizado.

2do. Escalón: ante la inexistencia de una disposición especial que regule la carga de la prueba en la hipótesis que se debate, indagar la existencia de otras cuyo fundamento se compadezca con el que está presenta en la situación no prevista. Esto es, bucear en la existencia de enunciados normativos que regulen la carga de la prueba en otras hipótesis pero cuyos fundamentos fueran trasladables a la situación no prevista. Y así, a través de un juicio valorativo de identidad de fundamentos, realizar una integración analógica interna.⁵³⁵

3er. Escalón: acudir a la aplicación del principio que se deduce de la consideración en conjunto y sistemática de las disposiciones especiales en materia laboral que de uno u otro modo reglamentan la distribución de las cargas probatorias en situaciones puntuales: tanto poder sobre los hechos vinculados al trabajo del hombre en la relación sustantiva como carga de probarlos a la hora del proceso jurisdiccional. Lo que significa que cuando se trata de un hecho bajo el señorío del empleador, es posible para el operador presumir que quien también

535

Es posible que estando a ciertas perspectivas doctrinarias, pudiera entenderse que en estos casos no hay vacío. **Rossi Albert, Rosina. González Gustavo.** Op. Cit "Integración y ..."pag. 104.

tiene dominio sobre la prueba es el empleador. Así se estaría integrando el vacío a través de un principio de derecho laboral procesal específico, en torno a la prueba, re-equilibrante y por ende exponente del principio protector. Y en definitiva un principio que operaría de herramienta de desigualdad compensatoria.

La elección de esta fuente – el principio que se descubre de las “disposiciones especiales en materia laboral” – desplazando la aplicación de las reglas fijas del Código General del Proceso (art. 139) respecto a los hechos que aunque invocados por el trabajador en el proceso hubieran estado bajo gobierno del empleador, se fundamenta en que la regla del Derecho Procesal común aplicada al debate jurisdiccional en materia laboral, no resiste el test de legitimidad legal. Ello por cuanto: Primero, desconoce la situación de hecho sobre la que se ha construido la disciplina: la hipo suficiencia del trabajador. Y desconoce también, que esta misma hipo suficiencia se traslada al proceso jurisdiccional reclamando también para éste ámbito un instrumento de desigualdad compensatoria.⁵³⁶ Segundo, violenta un principio procesal especial: la efectividad de la tutela de los derechos sustantivos. Tercero, contradice un principio que se inserta en el bloque de constitucionalidad: la protección del trabajo del hombre. En definitiva, el mismo nuevo Derecho Laboral Procesal permite inferir la solución a la distribución de la carga probatoria no prevista expresamente: el principio consistente en que estará gravado con la carga de la prueba la parte procesal que, en la relación sustantiva hubiera tenido dominio sobre el hecho a probar.

La tesis que ha comenzado a construirse en pocas palabras: tanto poder en la relación de trabajo como gravamen probatorio en el proceso jurisdiccional,

536

Ermida Uriarte, Oscar. La celeridad en el proceso laboral AA.VV. Actualidad del Derecho del Trabajo. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (coordinador Mario Pasco Cosmópolis) . Ed. IUE . Lima, 2009 pag. 42.

confiando a la Justicia del Estado el diagnóstico y consecuencias como garante último del trabajo decente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abal Oliu, Alejandro.

“Costo del proceso” en Estudios del CGP. T. II

“Interpretación, integración vigencia temporal” en Nuevas Especialidades del Proceso sobre Materia Laboral. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. 2010

Derecho Procesal. Tomo IV. Las funciones procesales (continuación) . Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, noviembre 2014 pág. 20 y sgtes.

Abella de Artecona, Martha.

“El Código General del Proceso desde la perspectiva del derecho laboral” en rev. Derecho Laboral n. 154

Aguilar Muñoz, Alejandra

“Igualdad, discriminación y acción positiva”, investigación inédita proporcionada por la autora.

Aguiló Regla, Josep

“Presunciones, verdad y normas procesales” en Isegoría, n. 35, julio – diciembre, 2006.

Alexy, Robert.

Teoría de los derechos fundamentales. Editorial Garzón Valdés, CEC Madrid, 1993,

Aparicio Tovar, Joaquín. Rentero Jove, Jesús.

“El juez laboral, imparcial, pero no neutral” en Rev. Derecho Social n. 4 (1998) pág. 53.

Araújo Rentería, Jaime.

“Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica. “en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 12 año Tomo II

Ameglio, Eduardo.

“Peculiaridades del procedimiento laboral” en rev. Derecho laboral n. 156

Arlas, José.

“Caracteres generales del régimen procesal laboral de la ley 14.188” en Nuevo Proceso Laboral Uruguayo. Colegio de Abogados del Uruguay. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1974

Arese, César.

Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo. Rubinzal-Culzoni. Editores, 2014. Pág. 624.

Atienza Manuel.

El derecho como argumentación. Distribuciones Fontamara México , 2005

Ávalos Jara, Oxal Víctor

Comentario a la nueva ley procesal del trabajo. Estudios y análisis crítico de la ley. 29.497. Jurista Editores. Junio 2011.

AA.VV. Mesa Redonda organizada por la Asociación de Abogados Laboralistas editado por Fundación de Cultura Universitaria en Montevideo, setiembre 1989

AA. VV. Derecho procesal del trabajo. AA VV. FCU, 2005.

Babace, Hector.

“Particularismos de las fuentes en el Derecho del Trabajo” en Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo. Grupo de los Miércoles. Ed. FCU.

“El neoconstitucionalismo y la relación individual de trabajo” en rev. Derecho Laboral n. 253.

“El principio protector o equilibrador de desigualdades” en op. Cit. Derecho procesal del trabajo. AA VV pág. 73-

Barbagelata, Héctor-Hugo:

“Las iniciativas sobre justicia del trabajo”, rev. Derecho Laboral n. 91
Manual de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho, Montevideo, 978
El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales. Ed. FCU , 2009.

“El problema de las lagunas en las normas laborales”
El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales, Ed. FCU , 2009.

“La gratuidad del proceso laboral” rev. Derecho laboral n. 2.

“Los medios de prueba en el proceso laboral” en rev. Derecho Laboral n. 119

“El particularismo del Derecho del Trabajo “ en El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 2009

“ El juez de trabajo y los derechos humanos laborales. “ Judicatura N.45 “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales” en rev. Der. Laboral N. 214

“El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos” en El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales” ed. Fundación de Cultura Universitaria 2009

“La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos” en rev. Derecho Laboral n. 237

“La mora en el Derecho del Trabajo” En Cuestiones Laborales. Homenaje a Mozart Víctor Russomano. UNAM. México. 1988.

Bardazano, Gianella.

Literalidad y decisión. Ed. Carlos Alvarez 2008

Barretto Ghione, Hugo.

“Constitución y proceso laboral. Notas sobre la sinuosa argumentación de un fallo de la Suprema Corte de Justicia” en rev. Derecho Laboral n. 238

“Dimensiones del Derecho a la Igualdad en el Mundo del Trabajo” en AA.VV. El principio de Igualdad en la teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. FCU, julio 2008.

“Principios de igualdad y protección en el proceso laboral” en rev. Derecho Laboral n. 237

“Obligaciones en el contrato de trabajo: algunos problemas en la determinación y equivalencia de las prestaciones” en rev. Derecho Laboral n.250.

“Concepto y dimensiones del trabajo decente: entre la protección social básica y la participación de los trabajadores en la empresa” en rev. Derecho Laboral n. 204

Barrios De Ángelis, Dante.

“Los poderes del juez letrado de trabajo” Nuevo Proceso Laboral... AA.VV Colegio de Abogados del Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 1974.

“Las situaciones jurídicas” Separata de la Revista del Colegio de Abogados de La Plata. 1961.

“Contribución al estudio de la carga procesal. “En Rev. De Derecho Jurisprudencia y Administración. Tomo 46.

“Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal” en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Edit. Universidad, 1997

Barroso, Luís Roberto.

Interpretacao e aplicacao de Constituicao: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 Edición. San Paulo. Saraiva, 2009.

Baylos Grau, Antonio. Cruz Villazón Jesús y Fernandez María Fernanda. Instituciones de derecho procesal laboral. 2da. Ed. Trotta. Madrid 1995 pág. 1

Baz Tejedor, José Antonio.

La tutela judicial de los derechos fundamentales en el Proceso de Trabajo. Editorial Lex Nova. 2006 pag. 207.

Beaudonnet, Xavier.”

“La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticia de una evolución en marcha “ . rev. Derecho Laboral n. 238

Becerra Barreiro, Rodolfo.

“El principio de gratuidad del proceso laboral” en AA.VV. Derecho Procesal del Trabajo. Grupo de los Miércoles.

Beñarán Burastero, Pilar.

“Principio de búsqueda de la verdad material” en AA.VV. Derecho Procesal del Trabajo. Grupo de los Miércoles.

Betti, Emilio.

La interpretación de las leyes y actos jurídicos. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1975

Bidart Campos

Teoría general de los derechos humanos. Ed. Astrea 1991.

Blengio, Juan.

Clase sobre “Pautas de interpretación “ impartidas el 7.8.2006 en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay en el curso sobre “ Responsabilidad desde la perspectiva de las relaciones de consumo y la protección al medioambiente “ 7.8.2006 al 30.8.2006

Bobbio, Norberto

“L analogia nella lógica del diritto” IGUT, Turín , 1938

Boleso, Héctor Hugo

Revista digital Equipo Federal del Trabajo. Setiembre 2014.

Cáceres Paredes, Joel. Hilario Melgarejo, Ana.

Dimensión epistémica del proceso laboral y las pruebas de oficio” II Congreso “Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Piuria, 27,28 y 29 de noviembre de 2013. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, junio 2014

Cajarville, Juan .Pablo.

“Supremacía constitucional e interpretación” en Rev. Derecho Público. N. 1/92

CANARIS, Claus-Wilhelm.

Derechos fundamentales y Derecho Privado. Editorial. Coimbra: Almedina, 2ª reimpresión, 2009.

Capelletti, Mauro.

Proceso, Ideologías, Sociedad. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1974.

Capón Filas Rodolfo.

“Desde dónde, en dónde y para qué juzga el juez” IUSLabor 4/2005

Carnelutti, Francesco.

Funzioni del processo del lavoro” rev. Diritto Processal Civile 1980

Castán Tobeñas, José.

Teoría de la aplicación e investigación del Derecho.

Castello, Alejandro.

“Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia”. VII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Minas 1997. Edición. FCU. 1997

Castro Rivera, Alicia.

“Principio de igualdad y derechos económicos, sociales y culturales”. AA.VV. El principio de Igualdad en la Teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. FCU, 2008.
“Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de las sentencias” en Anuario de Derecho Civil Uruguayo T.XXXIX, 2009. Ed. FCU.

Cassinelli Muñoz, Horacio.

“Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo” en rev. Del Colegio de Abogados del Uruguay T. XXVI, noviembre, 1993
“Régimen jurídico de los trabajadores y estatuto del funcionario” en Rev. Derecho Jurisprudencia y Administración t. 58

Cavas Martínez, Faustino.

El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Editorial. Thomson. Aranzadi. Navarra 2004 pag. 344.

Clamer dos Santos, Ruben Fernando.

Proceso do Trabalho. Uma interpretacao consitucional conteporanea a partir de la teoría dos direitos fundamentais. Livraria DO ADVOGADO Editora. Porto Alegre, 2013

Colotuzzo, Natalia. Panizza, Carolina.

“Regulación legal del acoso sexual. Análisis de la ley 18.561” en AA.VV. Cuarenta Estudios sobre la nueva legislación laboral Uruguay” . Aniversario del Grupo de los Miércoles. FCU, Montevideo 2010

Coviello, Nicolás.

Doctrina General del Derecho Civil. 4ta edición pag. 99.

Couture, Eduardo, J.

Estudios de Derecho Procesal Civil. T. III

Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Bs. As. Depalma 1951

“Proyecto de Código de Procedimiento Civil”, . Montevideo 1945

“Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo” en Tribunales del Trabajo Derecho Procesal del Trabajo, Santa Fé, Argentina 1941

Vocabulario jurídico. pág. 489.

De Buen, Nestor.

“Los principios del derecho procesal del trabajo” en vol. En torno a los principios del Derecho del Trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez. Mario Pasco, coordinador. Editorial Porrúa, 2005

Derecho Procesal del Trabajo. Ed. Porrúa, 1996

De Ferrari, Francisco.

“Los problemas de la prueba en el derecho del trabajo” en Rev. Derecho Laboral. T.V pag. 36

De la Fuente, Horacio

“Responsabilidad laboral y ley civil “ en rev. Derecho Laboral, n. 153

De Midón, Gladys.

“A propósito del onus probandi. La parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo” en Rev. Uruguay de Derecho Procesal n. 1/93

De la Riva Amalia.

“Protección de los derechos humanos fundamentales inespecíficos” en Rev. Judicatura N. 45

De Litala, Luigi,

Derecho Procesal del Trabajo T. I pag. 24 Bs As, 1949

Delgado Soarez Neto, Fernando.

“El proceso laboral en movimiento” en XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed.Fundación de Cultura Universitaria. , 2011

De los Santos Mabel

“Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconvenientes de consagrar legislativamente inversiones probatorias presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar. En Rev. Uruguay de Derecho Procesal n. 1/93

Devis Echandía, Hernando

Compendio de Derecho Procesal Civil T. I.

Dworkin, Ronald

Los derechos en serio. Planeta-Agostini 1993

Editorial

“Protección, igualdad, trabajo y proceso laboral” de rev. Derecho Laboral n. 237

Editorial

Rev. Derecho Laboral n. 239

Ermida Uriarte, Oscar.

Introducción. Derecho procesal del trabajo. AA VV. Ed. FCU, 2005

La flexibilidad. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2001

“Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI.” reportaje publicado por el Instituto de Defensa Legal y la Sociedad Peruana de Derecho del trabajo y de la Seguridad social, Lima 2003

“La constitucionalidad de los procesos laborales autónomos (ley 18.572)” en rev. CADE Doctrina y jurisprudencia. T. VI Montevideo, abril, 2010

“La celeridad del proceso laboral” en Actualidad del Derecho del Trabajo, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2009

“Trabajo decente y formación profesional” Boletín técnico interamericano de formación profesional. Trabajo decente y formación profesional. OIT/CINTERFOR n. 151 Montevideo, 2001

“Derechos Humanos Laborales en el Derecho Positivo Uruguayo” en Investigación sobre aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina regional para América Latina y el Caribe. 2. Año 2006.

“Aplicação das normas internacionais do trabalho” en Revista do Advogado N. 110 pag. 137. Sao Paulo 2010)

“Primera lectura de la ley 17.940 de protección de la libertad sindical “ en Rev. Derecho Laboral n. 221

Protección contra los actos antisindicales”. Ed. FCU . Colección JVS 33. Diciembre de 1987

“El nuevo proceso laboral uruguayo” en IV Encuentro Uruguayo-Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2010, versión digital.

“La recomendación de OIT sobre la relación de trabajo (2006) “ en Rev. Derecho Laboral N. 223.

Meditación sobre el Derecho del Trabajo. Cuadernillos de la Fundación Electra . n. 1

Fábrega P. Jorge.

Derecho Procesal de Trabajo (individual y colectivo) Impresora Panamá, julio 1982

Falero Leticia, Forastero Virginia.

“Algunas reflexiones sobre la distribución de la carga de la prueba en la ley 17.940” en XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 12 y 13 de agosto de 2006. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.

Fernández Brignoni, Hugo.

“Actividad probatoria y presunciones en el nuevo proceso laboral.

“La actividad probatoria en el nuevo proceso laboral” en XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Prof. Oscar Ermida Uriarte. Montevideo, 2011

“La constitucionalidad de la ley procesal laboral n. 18.572” en rev. Derecho Laboral n. 237

“Concurrencia y sucesión de normas laborales” en AA.VV Treinta y seis estudios sobre fuentes de derecho del Trabajo. Grupo de los Miércoles. FCU, 1995.

“La justicia laboral especializada y la protección procesal del trabajador a través de la presunción legal relativa” rev. Derecho Laboral n. 243.

Ferrajoli, Luigi.

El derecho como sistema de garantías. En Rev. Uruguay de Derecho Procesal 1/1999 pag. 210. También, Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, 2004

“Igualdad y diferencias” en Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, 2001

Gallart Foch, A.

Derecho español del trabajo Ed. Labor, Barcelona, 1936

Gamonal Contreras, Sergio.

Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de tutela de derechos laborales. En rev. Laboral Chilena Nov. 2008 N. 171

García, Héctor Omar

“La codificación de la legislación del trabajo y de la seguridad social. ¿Codificar, cómo y qué?” en rev. Derecho Laboral n. 262 Abril-junio 2016.

García Ramirez, Sergio.

“Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 14 año. 2008

Garmendia Mario.

Eficacia práctica de las normas laborales. Cuadernos de Fundación. Ed. FCU, , 2005
“Concepto de materia laboral. Vigencia material de la ley 18.572” en Rev. de la Facultad de Derecho en Homenaje al Profesor Oscar Ermida Uriarte, n. 31

Gascón Abella, Marina.

La prueba de los hechos. en Prueba y verdad en el derecho. Fase Especializada del Programa de Formación y Desarrollo Profesional. Área modular jurídico-política. Bonifaz Alfonso, Leticia. Valle Ochoa, Federico. Romero Flores, Rodolfo. Instituto Federal Electoral. México , 2004.

“ Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos” Doxa 28,2005.

Gauthier, Gustavo

Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1783/1154
“Las resistencias” en XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed. Fundación de Cultura Universitaria,

Gibourg Ricardo Alberto.

Facultad de Derecho. Universidad de la República, Montevideo, 2010

Giglio, Wagner

“Los procesos laborales: su autonomía dogmática y normativa” en rev. Derecho Laboral n. 134

Direito Porcessual do Trabalho. 9na edicao revista e ampliada Eitorial. LT r Sao Paulo, 1995

Godinez, Vargas, Alexander.

“La carga de la prueba y la prueba de indicios como medidas compensatorias e equilibrio procesal en juicios de discriminación” en rev. Derecho Laboral n. 264.

Goldstein, Eduardo. Mariezcurrena, Patricia.

“Algunas reflexiones sobre los poderes de instrucción en el proceso laboral” en Derecho Procesal del Trabajo. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Año 2005

Goldstein, Eduardo.

“Acoso moral y sexual en el trabajo en Uruguay. Balance de su tratamiento al finalizar la primera década del Siglo XXI” en Rev. Derecho Laboral n. 241

Graciela Barcelona, Margarita de Hegedus, Gloria Fressia, Raquel Landeira, Gonzalo Uriarte.

Rev. U.D.P. n. 3/1990

Guastini, Riccardo.

Interpretar y argumentar. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2014

“La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” pág. 49 en Neoconstitucionalismo(s). Ed.Trotta. Madrid 2003

Guerra Pérez, Walter.

“Reflexiones sobre las cargas de la prueba dinámicas “ en Rev. Uruguay de Derecho Procesal, 1996

“El nuevo proceso laboral. Fundabilidad y su constitucionalidad y convencionalidad” Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral. Ed. FCU, feb. 2010

Hart, Hebert

El nuevo desafío del positivismo jurídico (mayo 1980) . El debate de Hart-Dworkin, www.usergioarboleda.edu.com.

Hernández Álvarez, Oscar

“Unidad del Derecho Procesal y autonomía del Procedimiento Laboral” en Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Anuario 2012

Hernández Rueda, Lupo.

Derecho Procesal del Trabajo. Editorial IET, Santo Domingo 1994 pag. 53.; **De Buen L, Néstor.** Derecho Procesal del Trabajo. Editorial Porrúa SA México 1966

Humeres Noguera, Héctor.

“La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo” en rev. Actualidad Jurídica n. 14. Julio 2006

Jimenez de Aréchaga, Eduardo

Introducción al derecho. Ed. FCU abril 1999

Kelsen, Hans.

Teoría general del Derecho y del Estado. Edit. Universitaria. México 1949

Klett, Selva

“El proceso ordinario” en Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral. Ed. FCU , feb. 2010

Klett Selva, Pereira Santiago.

“Valor de la conducta endoprocesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el CGP” en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal. N. 1/97 pag. 76.

Klett, Selva. Álvarez, Federico. Castillo, Juan.

“Principios de la prueba en el sistema procesal civil” en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/2000

Landoni, Ángel.

“Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba” en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal n. 1/97

Lousada Arochena, José Fernando.

Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres. Ed. Tirant lo Blanch. México 2015.

Lifante Vidal, Isabel.

Interpretación Jurídica y teoría del Derecho. Ed. Palestra, Lima 2010.

Loustaunau, Nelson.

La jurisdicción del trabajo. Ed. FCU, 2007.

Mangarelli, Cristina.

“La autonomía del derecho Procesal del Trabajo y el Código General del Proceso” AA.VV. Derecho procesal del trabajo. FCU,

“Competencia material de la justicia del trabajo” en Veinte Estudios Laborales en memoria de Ricardo Mantero Álvarez. Grupo de los Miércoles. Ed. FCU, 2004

“Impacto de la ley 18.572 en el derecho laboral sustantivo

“Principios del Proceso Laboral. Interpretación e integración de la norma”. El nuevo proceso laboral. Ley 18.572. Enfoque interdisciplinario. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, noviembre 2010.

Mantero Álvarez, Ricardo.

“Apuntes críticos en torno a la autonomía del Derecho del Trabajo y sus relaciones con el Derecho Civil” en rev. Derecho Laboral n. 190

Límites al derecho huelga. Ed. Amalio Fernández Montevideo 1992 ,

“ La protección del militante sindical en el Derecho Uruguayo” en rev. Derecho Laboral n. 134 pag. 382.

Mantero de San Vicente, Osvaldo.

Protección y promoción de la libertad sindical. Curso sobre la ley 17.940 Ed. FCU. Setiembre 2006,

Mariño López, Andrés.

“La interpretación judicial del contrato en el derecho uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil.” en ADCU T. XXXVIII

Márquez Garmendia, Martha- Russo Carballa, Rosario.

“Las normas constitucionales como fuente de Derecho individual del Trabajo” en op. Cit AA.VV. Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo. FCU. 19995.

Márquez Garmendia, Martha.

“Notoria mala conducta configurada por acoso sexual” en Rev. Derecho Laboral n. 170.

“El acoso sexual como motivo de despido indirecto y abusivo” en Rev. Derecho Laboral n. 196

“Acoso sexual” en Temas prácticos de Derecho Laboral. T. 2 .FCU

“El acoso sexual en el trabajo y en la enseñanza” en Rev. Derecho Laboral n. 225

Minvielle, Bernardette.

“La convención americana sobre derechos Humanos.” Rev. UDP N. 2/87

Monereo Pérez, José Luis.

La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales. Ed. Tirant lo Blanch. Colección Laboral 38. Valencia 1996

Morello, A. M.

“Hacia una visión solidarista de la carga de la proueba. La cooperación del órgano sin refugiarse en el solo interés de la parte. “en El Derecho. T. 131

Murgas Torraza, Rolando

“El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derecho sociales como derechos humanos” rev. Derecho Laboral n. 250

“Las nuevas tendencias del Derecho Laboral Procesal en Iberoamérica” en Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Anuario 2012

Nicoliello, Nelson.

Apuntes para un posible Derecho Procesal del Trabajo. Montevideo.

Nicoliello, Ariel. “La derogación del art. 178 de la ley 16.713 (empresas unipersonales) en Rev. Derecho Laboral n. 244

Olivera Rangel, Germán . “La regulación legal de la competencia laboral y su relación con la estructura procesal aplicable en caso de procesos en que sea parte una Administración estatal” en Rev.Uruguaya de Derecho Procesal n. 2/2011

Orellana Torres, Fernando.

Comentarios al nuevo proceso laboral. 3ra. Edición Librotecnia. Mayo 2009

Panizza, Carolina.

Los Derechos laborales inespecíficos. Cuadernillos de la Fundación Electra. N. 11, pag. 5. Montevideo, 2012. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Los Derechos Laborales inespecíficos

“La ley 18.561 sobre acoso sexual” en Rev. Derecho Laboral n. 235

Pasco Cosmópolis, Mario.

“El principio protector en el proceso laboral” en Estudios de Procedimiento Laboral en Iberoamérica, Homenaje a Don Rafael Alburquerque. Tomo I. Editorial Librería Jurídica Internacional. República Dominicana, 2007

“Comentarios a la nueva ley procesal del trabajo” Conferencia magistral. Sala Mixta Descentralizada de Tarma. Publicación on line. You tube.

“La desigualdad de las partes en el derecho procesal del trabajo” en Rev. Derecho Laboral n. 141

Peirano Facio, Jorge.

Curso de Obligaciones T. V. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 1974 pag. 206.

Peyrano, Jorge Walter.

“Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” . E. D. 153

Pereira Campos, Santiago.

“Inconstitucionalidad del proceso laboral de Menor Cuantía en única instancia” en El nuevo Proceso Laboral. Ley 18.572. Enfoque interdisciplinario. Universidad de Montevideo, 2010,

“Valoración de la prueba” en X Jornadas nacionales de Derecho Procesal pag. 516.

Perez Amorós, Francisco.

“Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: por un Derecho del trabajo procesal” Rev. Derecho Laboral N. 237

Pérez del Castillo, Santiago.

“El nuevo proceso laboral y los principios” en El nuevo proceso laboral Ley 18.572. Montevideo Universidad de Montevideo, 2010

Plá Rodríguez, Américo.

Los principios del Derecho del Trabajo. Edición al cuidado de Hugo Barretto Ghione. 2015. Ed. FCU

Curso de Derecho Laboral. Ed. Acali, 1979. T.1 Vol I

“Los conflictos del trabajo, necesidad de crear para ellos una justicia especializada” LJU T XV pag. 38;

“ Las líneas directrices del nuevo régimen procesal laboral “ en rev. Derecho Laboral n. 94

“Visión crítica del Derecho Procesal del trabajo” en Rev. Derecho Laboral N. 163

Prieto Sanchis, Luis.

“Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en Neoconstitucionalismo(s) Editorial Trotta, 2003

Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho. Ed. Palestra. Temis. Lima – Bogotá, 2007

Puntriano Rosas, César.

“La presunción de laboralidad en la nueva ley procesal del trabajo” en Academia de la Magistratura del Perú. Documentos y análisis de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Quintana Alfaro, Betiana. Rodríguez Gustá, Rafael

“La prueba en los despidos discriminatorios” en Rev. Derecho Laboral n. 243 pag. 525.

Raciatti, Octavio.

“Los principios del Derecho Laboral en el Derecho Procesal del Trabajo.” Op. Cit Derecho procesal del trabajo. AA VV...,

“Los principios del derecho procesal del trabajo en la ley 18.572” en XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, diciembre 2009,

“Trascendencia procesal de los principios del Derecho del Trabajo” en rev. Derecho Laboral n. 196 pag. 845.

“Aspectos procesales de la protección de la libertad sindical en la ley 17.940” XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vol. 2 Ed. F.C.U. Año 2006

Radbruch, Gustav.

Introducción a la filosofía del derecho. FCE México, 1951.

en op. Cit. Pag. . 95-96.

Raso Delgue, Juan.

“El principio protector en el proceso del trabajo” en AA.VV. Derecho Procesal del Trabajo. Treinta estudios Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005

Rentero Jover, Jorge. Aparicio Tovar, Joaquín.

“El juez laboral imparcial pero no neutral” en Revista Derecho Social n. 4 . Albacete, 1998 pag. 53.

Reyes Oheninger, Alberto.

“La flexibilización de la carga de la prueba (art. 139 CGP) es ley “ en Revista Uruguay de Derecho Procesal. N. 3/2007

“Protección sindical y carga de la prueba” en Rev. Derecho Laboral n. 222

Risso Ferrand, Martín.

“Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia” en rev. De Derecho. Universidad Católica. N. 05/2010

“Interpretación desde la constitución” en Rev. De la Universidad Católica N. VI pág. 242.Ed. AMF.2004

¿Qué es la constitución? Universidad Católica pag. 34, del mismo autor Derecho Constitucional

Rivas, Ana Gabriela.

“Proceso laboral autónomo como aplicación del principio protector” en XXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Maldonado 27 y 28 de noviembre de 2010. FCU

“Poderes inquisitivos del juez en el proceso laboral” en XX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Rodríguez Grez, Pablo.

Teoría de la interpretación jurídica. Ed. Jurídica de Chile. Colección Manuales Jurídicos n. 99 , Santiago de Chile, 2012

Rodríguez Gustá, Rafael

“Codificación, descodificación y neoconstitucionalismo”. En rev. Derecho Laboral n. 262

Rodríguez Pereyra, José Pedro.

“Acoso sexual en el ámbito laboral (ley 18.561)” en Rev. Derecho Laboral n. 239

Rodríguez – Piñero y Baravo-Ferrer

“Los principios informadores del proces de trabajo” en Derecho Procesal del Trabajo. Editora Dalis, Moca R.D., 2002. Instituto de Estudios del Trabajo (iet) y Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Rodríguez Russo, Jorge.

“Código Civil y dispersión legislativa” en rev. De la Facultad de Derecho n. 29, pag. 230

Rosenbaum Carli, Federico.

“La interpretación e integración en la ley 18.572” en rev. Derecho Laboral n. 245

Rosenbaum Rímolo, Jorge.

“La recreación de un proceso laboral autónomo” en rev. Derecho Laboral n. 236

“Los problemas actuales de la justicia del trabajo en América Latina” en ponencia al VI Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo

“Las vicisitudes de un proceso laboral autónomo en Uruguay” en revista de Direito do Trabalho, São Paulo, SP, v. 36, n. 140, p. 331-354, out./dez. 2010

“No a la discriminación laboral: la aplicación inmediata de un derecho humano fundamental. “en rev. Derecho Laboral n. 248

Rossal de Araújo, Francisco.

“O principio da oralidade no preceso do trabalho (una análise comparativa dos sistemas normativos no Brasil e da Espanha) Cuadernos de AMATRA IV num. 9

Rosenberg , Leo.

Tratado de derecho procesal civil. Tomo II. Libro Segundo. Cap. IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, ps. 202-203.

Rossi Albert, Maria Rosina.

Derecho laboral procesal uruguayo: breve reseña de su consolidación = Uruguayan labour procedural law : brief review of its consolidation. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 62, n. 93, jan./jun. 2016.

“La Recomendación número 198 de OIT sobre determinación de la relación de trabajo; impacto en la jurisprudencia uruguaya” en rev. Derecho Laboral n. 256

“Primera lectura de la ley 18.572 sobre abreviación de los procesos laborales” en Rev. Derecho Laboral n. 235.

“Pensando modificaciones a la ley 18.572” en XXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Maldonado, noviembre 2010 “Qué hacer con lo no dicho por la ley 17.940” en XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 2

“Ámbito de aplicación del nuevo sistema laboral procesal” en Revista de la Facultad de Derecho. En homenaje a Oscar Ermida Uriarte. n. 31.

“Hechos, derecho y congruencia en situaciones de comunicación de la responsabilidad en el proceso laboral uruguayo” en rev. Derecho Laboral n. 263

“Comunicación de la responsabilidad laboral. Proceso jurisdiccional: hechos del proceso y congruencia” en AA.VV. Estudios de Derecho Laboral en Homenaje al Profesor Octavio Raciatti. Fundación de Cultura Universitaria, mayo 2017.

Rossi, Rosina. González, Gustavo.

Integración y analogía. En Treinta y seis estudios sobre fuentes del Derecho del Trabajo. FCU.

Russomano, Víctor Mozart.

Direito procesual do trabalho. Edicoes LTr. Sao Paulo 2da. Edición 1977,

Sagues Néstor.

“Los límites de los derechos y los roles del Poder Judicial ante el estado de necesidad” en Rev. Universidad Católica N. III. Pág. 193.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo.

Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección informes y estudios. N. 2. 1993 España.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Carballo Mena, Augusto.

Derechos Fundamentales del Trabajador y Libertad de Empresa. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2014

Sarthou, Helios.

“Los principios de Derecho Laboral y el nuevo procedimiento para la solución de controversias del trabajo” en Nuevo Proceso Laboral Uruguayo. Colegio de Abogados del Uruguay. FCU, 1974

“Proposiciones para un Derecho Procesal Laboral autónomo” en rev. Derecho Laboral n. 104

Derecho Procesal del Trabajo. En Trabajo, Derecho y Sociedad. Tomo II. Estudios de Derecho Individual del Trabajo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, setiembre, 2004

Hacia una teoría pura del Derecho del Trabajo. Cuadernillos de Fundación Electra. N. 7. Editorial Fundación de Cultura Universitaria,

“Facultades judiciales inquisitivas en el proceso laboral uruguayo” en Trabajo, Derecho y Sociedad. T. II . Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004

Scavone, Verónica. Rivas, Ana Gabriela.

“La prueba indiciaria en el proceso laboral. Rev. Derecho Laboral n. 268

Schiavi, Mauro.

“O proceso do trabalho e o principio protetor” en Trabalho e justiça social. Um tributo a Mauricio Godinho Delgado. Ed. LTr Sao Paulo, 2013

Simón Luis.

“Potestades del Tribunal en el nuevo proceso laboral” en op. Cit El nuevo proceso laboral. Ley 18.572. pag. 81-83.

Souto Severo, Valdete

Almiro Eduardo de Almeida Valdete, DIREITO DO TRABALHO AVESDO DA PRECARIZAÇÃO. A especificidade da prova no processo do trabalho: a questao dos deveres do empregador. <http://www.ltr.com.br/loja/folheie/4950.pdf> on line

Stafforini Eduardo.

Derecho Procesal Social. Ed. Tea 1956, Bs. As. ,

Stephanicic, Emma. Valentín, Gabriel

Proceso Laboral. Ediciones del Foro S.R.L., 2000.

Tarigo, Enrique.

“Estructura y desarrollo del nuevo proceso laboral” en op. Cit. Nuevo Proceso... pags. 90-91.

Taró Pablo, Olivera Germán.

“Límite normativo a la aplicación de las estructuras procesales previstas por la ley 18.572. El Estado como demandado” en Rev. Uruguay de Derecho Procesal n. 1/2016

Tapia Guerrero, Francisco. J.

“El juicio de hecho en las reformas procesales de la América Latina” en rev. Derecho Laboral n. 245

Taruffo, Michele.

La prueba de los hechos. Ed.Trotta. 2009 pag.74-76.

La Prueba. Ed. Marcial Pons, Madrid 2008, pag. 19)

“Investigación judicial y producción de prueba por las partes “ en Revista de Derecho (Valdivia) V 15 N. 12 diciembre de 2003

Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Ed. Marcial Pons 2010 pag. 259.La prueba. Ed. Marcial Pons 2008.

“Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal n. 10 Rubinzal Culzoni Santa Fe 2007

Trezza de Piñeyro, Alicia. “

“La ejecución de sentencia y el principio de gratuidad en el procedimiento laboral” en Rev. Derecho Laboral. N. 210

Toselli, Carlos. Ulla Alicia Graciela.

Código Procesal del Trabajo Ley 7987. Comentado y anotado con jurisprudencia. Ediciones Alveroni .Cordoba, 205

Trueba Urbina, Alberto.

Nuevo Derecho Procesal del Trabajo. Ed. Porrúa, 1978

Toledo Toribio, Omar.

Derecho Procesal Laboral. Principios y competencia en la nueva ley procesal del trabajo, ley 29.497. Ed. Grijley. Agosto 2011

Ugarte, José Luis.

“La rehabilitación de los principios del Derecho del Trabajo y el concepto del Derecho.” En rev. Derecho Laboral n. 252 pag.

“Tutela laboral de los derechos fundamentales y carga de la prueba” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII 2do semestre de 2009

Valdés dal Re, Fernando

“Los derechos fundamentales en la persona del trabajador “ en rev. Derecho Laboral num.212.

Valentín Gabriel.

Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo. Ed. FCU , agosto 2013 pag. 141;

Reforma al Código General del Proceso. Ed. FCU

“Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”. El mundo procesal rinde homenaje al maestro Adolfo Alvarado Velloso.

“La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba.” Revista de Derecho. Segunda época. Año 9. N.º 10 (diciembre 2014), 249-277 - ISSN 1510-3714

Van Rompaey, Leslie.

“Hacia una jurisprudencia principialista” en Rev. 1 Judicatura, N° 43.

“La teoría de las cargas dinámicas en el derecho procesal uruguayo” en Rev. La Justicia Uruguaya. T. III

Varela Méndez, Edgar.

“Los principios aplicables a los procesos laborales” en Nuevas Especialidades del Proceso en Materia Laboral. FCU, Montevideo, 2010 AA.VV. Procesos Laborales. Leyes 18.572 y 18.847 FCU, 2016

“Principios aplicables a los procesos laborales” en Nuevas Especialidades del Proceso en materia laboral, AAVV Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010

“La carga de la prueba. Relato general Tema I, XVas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal” en re. Uruguaya de Derecho Procesal 2/2010

Vargas, Abraham Luis.

“Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos” en Activismo y garantismo procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2009. (publicación on line; texto ampliado : www.acaderc.org.org.)

Vázquez Cristina.

Manual de la función pública. FCU Montevideo 1988

Véscovi, Enrique.

Teoría General del Proceso. Temis Bogot

“La carga de la prueba” en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Ed. Universidad.

Vescovi, Enrique y colaboradores.

Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado. Editorial Ábaco. T.4

Vitantonio, Nicolás J. R.

Las costas en el procedimiento laboral. Litoral 2012.