

Entrevista a Héctor Hugo Barbagelata y Américo Plá Rodríguez

Hace pocos meses, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social incorporó como socios honorarios a los profesores Dres. Héctor Hugo Barbagelata y Américo Plá Rodríguez.

Los homenajeados son profesores principales de la cátedra de Derecho del Trabajo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Montevideo y autores de importantes obras, así como co-editores de la prestigiosa revista "Derecho Laboral".

Durante su estadía en Lima, además de dictar interesantes conferencias y charlas en el Colegio de Abogados y diversas universidades, los profesores Barbagelata y Plá accedieron gentilmente a compartir con nuestra revista algunos de sus vastos conocimientos.

Es un honor para Thémis presentar la siguiente entrevista, preparada por Martín Mejorada y Mario Pasco Lizárraga.

Thémis.- Dr. Plá Rodríguez:

¿Puede hablarse del Principio de Igualdad de Trato en Derecho del Trabajo junto a los ya reconocidos por la doctrina gracias a su fundamental obra?

Plá.- En realidad yo siempre he sostenido que la enumeración de los principios no es cerrada; no, nunca pensé que eran los seis principios que enumero en la obra, sino que expresamente en el último párrafo yo digo que es una obra inconclusa que tiene que ser continuada, y en ese sentido yo admito la posibilidad de incorporar nuevos principios. Este tema de la equiparación, de la igualdad, es un tema que se ha planteado recurrentemente; yo ya lo conocía, naturalmente, cuando hice mi obra, pero no lo incluí deliberadamente porque me parece que está más en el orden de normas. Y ahora recientemente, por ejemplo, en el Uruguay se han aprobado algunos convenios internacionales que de distintas formas establecen el Principio de No Discriminación. Y el Principio de No Discriminación quizás sea más apropiado que el de Igualdad, porque éste supone una serie de traslaciones o de proyecciones que suponen una cierta igualdad de situaciones que no siempre se dan, en cambio el Principio de No Discriminación es algo que excluye las discriminaciones injustificadas, y desde ese punto de vista creo que tiene más proyección. De modo que llegado el caso, yo me inclinaría a incorporar a la lista de principios que yo proponía el de la No Discriminación.

Thémis.- De los Principios del Derecho del Trabajo, uno de los más importantes es el Principio Protec-

tor; en su opinión, ¿este principio se aplica a cada individuo asalariado en concreto, o, a éstos como sujetos entendidos abstractamente? ¿Podría extenderse incluso a los desempleados?

Plá.- Aquí son dos preguntas.

Con relación a la primera, me parece claro que el Derecho del Trabajo es un derecho concreto; que tiende a proteger en la realidad verdadera y a seres humanos de carne y hueso, no simplemente a figuras abstractas como puede ser a veces el Derecho Civil porque se refiere a conceptos más abstractos. En el caso del Derecho del Trabajo, éste tiene una especial vocación de concreción, por eso es que hay tal diversificación de estatutos, de reglamentos, de consideraciones en función de las características, de los contextos en los cuales se mueve el trabajo. De modo que yo, esa primera pregunta la contesto en forma decidida a favor del asalariado concreto.

En cuanto a la otra pregunta, de si podría extenderse a los desempleados, yo pienso que sí, porque éste es un estado que normalmente tiene el trabajador en un momento particularmente angustioso, difícil, que es el momento en que no tiene trabajo; pero pertenece a un sector, ha estado trabajando y se quedó sin trabajo, etc. No hay ningún motivo para privarlo de protección, al contrario, habría que darle mayor protección.

Thémis.- Es inevitable que en determinados casos se presenten conflictos entre los intereses de un trabajador y los del colectivo; de igual manera en

muchas ocasiones el otorgamiento de beneficios a los trabajadores empleados puede perjudicar las expectativas de los parados al inhibir la creación de nuevos puestos. ¿En estos casos cuál sería una sana aplicación del principio antes mencionado?

Barbagelata.- Como ustedes dicen en la propia pregunta, es inevitable el conflicto entre los intereses individuales y los intereses colectivos en determinadas circunstancias. Gamillscheg, de la Universidad de Göttingen, señala precisamente como una nueva tercera dimensión del Derecho del Trabajo la conflictualidad latente entre los intereses individuales y el interés colectivo. Ahora, evidentemente ambos intereses tienen que ser protegidos; es un problema de equilibrios, y vuelvo a lo que decía Plá recién, que tienen que ser examinados caso por caso, en concreto, no en abstracto. De antemano no podemos decir qué interés habrá que preferir, variará según las circunstancias y según la importancia que tiene el interés en cada caso que se plantee. Por ejemplo, si está en juego una cuestión vital para todo el grupo, evidentemente tiene que ceder el interés individual.

Thémis.- ¿Constituye la estabilidad laboral una manifestación del Principio de Continuidad o es una institución que va mucho más allá en la protección del trabajador?. En este caso, ¿no sería la llamada estabilidad impropia una simple ausencia de estabilidad?

Plá.- Yo pienso que la estabilidad es una forma de expresión del Principio de Continuidad, quizás sea la forma más aguda o más acentuada, más expresiva. No quiere decir que esté fuera del Principio de Continuidad, sino que lo está expresando y representando. Ahora, en cuanto a la otra pregunta no llego a percibir el alcance de la misma; es decir, la estabilidad impropia no es una simple ausencia de estabilidad, porque es mejor tener estabilidad impropia que no tener nada. Supongamos en concreto un país donde no hubiera indemnización por despido o una indemnización mínima, irrelevante, en relación a otro en que haya un buen régimen de indemnización por despido; bueno, evidentemente está más cerca del Principio de Continuidad la estabilidad impropia bien organizada que la falta total. Por eso yo no equipararía la estabilidad impropia con la simple ausencia de estabilidad. Es una forma de estabilidad no completa, no íntegra, no perfecta.

Thémis.- ¿Cómo se compatibiliza la noción de estabilidad absoluta con la existencia de trabajadores que se encuentran en el período de prueba? ¿Cómo tratar la situación de los trabajadores que desempeñan cargos de confianza?

Barbagelata.- Con respecto al primer punto, en general la doctrina (y comparto la posición) acepta que quepa el período de prueba como una excep-

ción al ingreso, como un período previo al ingreso, a la seguridad de empleo; o sea a la estabilidad. El propio Convenio 158 O.I.T. admite entre las causas razonables la consideración de un período de prueba. La cuestión está naturalmente en determinar en primer lugar, con cierta estrictez, situaciones en que es razonable la existencia de una prueba y situaciones en que no lo es, y luego la extensión máxima y mínima de la prueba; así por ejemplo en el Derecho Belga existen esos dos términos, el máximo y el mínimo, e incluso varían según el índole de la actividad o el trabajo; tienen diversa intención. Incluso, como ustedes mencionan, el personal en funciones de confianza puede tener un período de prueba mayor porque se trata de probar no tanto aptitudes sino acomodamiento a esas mismas responsabilidades de confianza; es un problema que habrá que examinar en cada caso.

Desde luego hay también una cuestión sobre la cual discrepamos con Plá desde tiempos remotos; y es que yo entiendo que la prueba no debería ser nunca discrecional en cuanto a la calificación de la misma por el empleador. Yo entiendo que debe haber una cierta amplitud, latitud, para admitir que el empleador pueda considerar insatisfactoria la prueba; pero no creo, como sí lo ha reconocido no sólo la Doctrina sino algunas legislaciones, el Estatuto español por ejemplo, en que reconoce que el empleador es libre de dictaminar sobre el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones de la prueba.

Yo entiendo que dentro de ciertos límites razonables el trabajador tendría derecho a reclamar contra una situación en la cual, o no se le hubiera dado oportunidad para demostrar sus aptitudes o no existieran circunstancias aparentes. Incluso (y aquí toco el tema que mencionará Plá: la cuestión de la discriminación) la aceptación de que la prueba sea discrecional en absoluto, puede dar lugar a que ésta sea utilizada como un "super juicio" y luego, para no dar igual trato en la admisión al empleo a algunos trabajadores, afirmar "yo le di la oportunidad, pero perdió la prueba".

Plá.- Yo entiendo que el período de prueba es una situación excepcional, en la cual se acepta la posibilidad de que unilateralmente el empleador decida si corresponde o no continuar con el contrato en forma estable o permanente. Creo que la esencia del período de prueba es justamente esa posibilidad de decidirlo sin necesidad de invocar causa. Y eso responde a una realidad que, querrámoslo o no, existe en la práctica, y es que hay situaciones de incompatibilidad, de inconveniencia, de inadecuación por muy diversas razones, pero que pueden llevar a que un empleador pueda entender que un trabajador no es adecuado para el trabajo.

A veces hay caracteres de conflictividad, o de

falta de rigor moral, o incluso de falta de salud mental que llevan a una situación de absoluta inconveniencia. No tiene por qué el empleador hacer una afirmación que podrá o no justificar; muchas veces no se puede justificar, pero se puede percibir.

Como son situaciones excepcionales se da la característica que sea corto el período, muy corto, y que se requiera contratación escrita; es decir no es una simple afirmación.

Eso mismo me lleva a discrepar con mi distinguido colega en el sentido de que no debe requerirse un período mínimo. Si yo empleador, descubro que el trabajador al que yo incorporé a la prueba es una persona loca, yo no tengo porqué exponer a los demás compañeros al peligro que significa ese loco, o al riesgo que representa para toda la empresa. Es decir, que puedo decidir inmediatamente después que compruebo su existencia.

Y esa es justamente la característica del período de prueba, el período de prueba es distinto del período de un contrato determinado.

El período de un contrato determinado, no puede uno decidirlo antes de terminar el plazo, y si aún falta hay que esperar hasta el final. En cambio, el período de prueba es distinto. La situación de la no discriminación coincide si yo puedo justificar, pero es el caso excepcional; si por ser negro se me excluye, o si soy de determinada raza, religión o ideología política y no hay ninguna otra razón, ahí habría que estudiar el caso concreto. Pero es muy difícil de probar, porque generalmente cuando hay estos tipos de motivos de discriminación, y el empleador está dispuesto a tomarlos en cuenta, ni siquiera comienza el período de prueba, sino simplemente no lo inicia.

Thémis.- ¿Debería un sistema de seguro de desempleo cubrir tanto a los trabajadores que han perdido su puesto de trabajo como a los que jamás lo tuvieron?. En el primer caso, ¿tutelaría incluso a los despedidos por la comisión de una falta grave?

Barbagelata.- En general todos los sistemas que naturalmente reposan sobre bases contributivas y períodos de cotización, inevitablemente dan sólo amparo al desempleado y no al inempleado, es decir al que no ha tenido empleo por primera vez. Esto se ha tratado de corregir en la mayoría de los países sobre la base de dar al inempleado, que es generalmente un joven que recién ingresa al mercado de trabajo, la oportunidad de contratos especiales, de formación y trabajo, en los cuales tiene durante cierto tiempo la posibilidad de adquirir experiencia y de tener una ocupación, e incluso de cotizar para la seguridad social, etc., con lo cual se salva el problema. Es decir, la solución parece ser facilitar determinados tipos de empleo a los que recién ingresan al mercado laboral, de modo que completen su forma-

ción y que además, ya ingresen de alguna forma al mercado de trabajo y puedan luego eventualmente beneficiarse del seguro de desempleo.

En cuanto a la comisión de falta grave; evidentemente, al margen de que la atribución de la falta pueda ser objeto de revisión, sea por Autoridad Judicial, sea a nivel de los propios servicios de seguro de paro; en general, incluso las normas internacionales, están de acuerdo en que el seguro es para quien teniendo voluntad, disposición de trabajo, inculpablemente ha perdido su empleo.

Pero si es su culpa, y sobretodo si es culpa laboral precisamente, en general no hay motivo ni expectativas de que sea beneficiado con una prestación de seguro por una situación que él mismo ha creado.

Thémis.- Por las Bolsas de Trabajo se crea la obligación para el empleador de cubrir parte de sus necesidades de trabajadores con aquellos que proporciona la oficina de colocación de empleo de un sindicato. ¿Considera que esto implica una violación a la Libertad Sindical?

Plá.- Bueno, probablemente ustedes se están refiriendo a la Bolsa de Trabajo en la construcción civil que se aprobó recientemente aquí en el Perú.

Yo tengo la sensación de que estableciéndose una porción minoritaria por el suministro de la lista procedente del sindicato, no hay en ese sentido una violación de la libertad sindical, podría haberla si se estableciera que la totalidad de los integrantes de la Bolsa de Trabajo fueran indicados por el sindicato. Si es sólo un 25%, quiere decir que los demás pueden incorporarse cuando quieran sin necesidad de estar obligatoriamente incorporados por el sindicato. Es decir, la ley establece que el 25% es obligatoriamente de acuerdo con el orden que establece el sindicato, pero el 75% se puede hacer libremente.

Thémis.- ¿Esa violación no se daría respecto de ese porcentaje que si tiene que acceder a un puesto de trabajo mediante el sindicato?

Plá.- Yo no creo que se pueda considerar que es una violación; en realidad lo que pasa es que es sólo una parte. Por ejemplo si hay, supongamos, 100 puestos de trabajo, que 25 tengan que ser indicados por el sindicato (se supone que es el sindicato más representativo, porque no se va a dar esa posibilidad a cualquier gente que se llame sindicato), no veo que haya una limitación de la libertad sindical en ese aspecto, por esa proporción que es un 25%. Yo leí un trabajo del Dr. Alfredo Villavicencio que me pareció bastante contundente, bastante bien razonado en la justificación de la constitucionalidad o de la no discriminación, o de la no pérdida de la libertad sindical por ese sistema.

Thémis.- ¿Encuentra usted inconvenientes en el establecimiento de un sistema de negociación colectiva articulada impuesta por el Estado?

Barbagelata.- Evidentemente, en el plano de las relaciones colectivas las soluciones impuestas por el Estado generalmente son artificiales. Las relaciones colectivas sanas generalmente son el resultado espontáneo de la autonomía colectiva; presionar sobre ellas excesivamente puede tener efectos negativos y contraproducentes.

Ahora, al margen de eso, tengo la firme convicción que la negociación articulada, y sobretodo, la negociación por rama de actividad, como principio general es más acorde con la filosofía de la negociación colectiva y con el Principio de Igual Trato a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo o trabajo de igual valor, porque se proyecta no sólo a nivel de empresa, sino también a cada rama de actividad. Por otro lado, iguala condiciones de competencia entre las empresas y evita pueda hacerse competencia desleal sobre la base de un trato desigual en el plano de las condiciones de trabajo y salario.

Desde luego, a nivel de la empresa se tiene una mayor proximidad con los problemas de la propia empresa; se tiene la posibilidad que se conozcan particularidades o cuestiones que no son de atinencia del total de la rama de actividad. Por tanto, la articulación de un acuerdo a nivel del establecimiento o de la empresa dentro de un esquema de contratación colectiva a nivel de la rama de actividad puede funcionar. Es un problema práctico que creo que también en la práctica va a tener que ser resuelto mediante negociación.

Thémis.- ¿Qué opinión le merece la intervención estatal en el proceso de negociación colectiva?

Plá.- A mí me merece en general una opinión negativa. Yo creo que la negociación colectiva es una negociación que tiene que efectuarse entre las partes con la mayor amplitud, con la mayor elasticidad y libertad de las partes para concertarse.

Toda reglamentación severa, con determinaciones de mínimo de plazo, con la determinación de la obligación de cumplir todo un trámite y demás, creo que va desfigurando, deformando lo que es la negociación colectiva propiamente dicha. Lo creo mucho más grave todavía si la intervención estatal es para homologar obligatoriamente el convenio colectivo; es decir que se requiera la opinión estatal, o del Ministerio de Trabajo, o lo que fuera, antes de darle validez a un convenio colectivo. El convenio colectivo tiene que tener validez por el simple hecho del acuerdo de ambas partes. La intervención estatal le da al Estado un poder inadecuado, de modo que en ese aspecto, yo soy netamente contrario a la intervención estatal.

Esto no significa una opinión contraria a la concertación social. La concertación social es otra cosa; es un acuerdo trilateral entre el Estado, los Empleadores y los Sindicatos (generalmente al más alto nivel) que intercambian sus posiciones, sus ventajas, sus beneficios, y que desde ese punto de vista han demostrado a través de la experiencia histórica en diversos países que es un instrumento sumamente rico, moderno y actual, para mejorar las condiciones no sólo de los trabajadores, sino también la economía del país. Pero eso no significa que no pueda haber negociación colectiva dentro del "gran marco" o dentro del sistema del "acuerdo marco" que pudiera haber surgido de la concertación.

Thémis.- ¿Qué opina de la flexibilización del derecho laboral en países pobres como el nuestro? ¿Ha tenido manifestaciones en el Uruguay?

Barbagelata.- Yo pienso que no son términos que estén relacionados, el que se trate de países pobres o no para que sea más grave o menos grave el problema de la flexibilización. Pienso que es al contrario, un problema que tiene que ver con el desarrollo del movimiento sindical, con la existencia de un efectivo poder sindical que pueda equilibrar el poder de los empresarios, o eventualmente al del Estado.

En ese sentido pienso que la flexibilización es menos grave cuando existe un poder sindical que está en condiciones de mantener un cierto equilibrio entre las partes. De todas maneras la flexibilización del Derecho del Trabajo no es un mal en sí mismo.

Plá decía que lo que sí es malo, sin ninguna duda, es la desregulación abierta de las relaciones laborales. La flexibilización, en la medida que suponga solamente la atenuación de ciertos requisitos o ciertas rigideces que en un determinado momento ha llegado a tener la norma laboral, puede no ser incompatible con el buen estado de las relaciones laborales.

En cuanto al último punto, la flexibilización sí ha llegado al Uruguay, subrepticamente, lentamente, y aún se ha llegado a consolidar o institucionalizar. Pienso como un ejemplo de esto una ley relativamente reciente, del año pasado o del 88: la ley de horas extras; es un caso típico de flexibilización.

El régimen de horario de jornada máxima de trabajo en el Uruguay fue establecido en 1915, sobre bases muy rígidas, en el sentido que no solamente estaba establecida una jornada máxima para un empleador, sino que el trabajador no podía realizar aún para diversos empleadores una jornada que excediera las ocho horas por día y, eventualmente, las 48 horas semanales que aparecían como un límite complementario.

Eso en la práctica se fue flexibilizando, y los controles que teóricamente debían haberse ejercido para impedir esa doble ocupación no se ejercieron, sobretodo a partir del momento en que la situación económica y los ingresos de los trabajadores forzaron

a éstos a buscar empleos complementarios para llegar a completar un ingreso satisfactorio. Esto se ha generalizado extremadamente, y finalmente por otro camino también se fue hacia la ampliación de los horarios en una forma subrepticia, como les decía a través del régimen de las horas extras. Las horas extras en realidad no estaban autorizadas sino bajo límites muy estrictos. Se empezó a hacer la vista gorda ante el crecimiento de las horas extras, y durante la dictadura eso tuvo un primer grado de institucionalización porque se abatieron los controles y las obligaciones patronales de declarar la motivación de las horas extras, pedir autorizaciones, etc. La dictadura eliminó eso y ahora bajo el régimen democrático se ha llegado a institucionalizar estrictamente un régimen de horas extras que es el fin de la limitación de la jornada de trabajo en el esquema de las 8 horas y 48 semanales. No sé si Plá quiere agregar algo.

Plá: Simplemente que no es una eliminación total de eso, sino una flexibilización.

Thémis.- **¿Es el Derecho del Trabajo una conquista de los trabajadores o un mecanismo de protección del sistema para asegurar su subsistencia?**

Plá.- Yo creo que el derecho de los trabajadores ha sido una conquista de los trabajadores y de los legisladores y políticos que han considerado necesario establecer límites a la libertad irrestricta del mercado laboral.

Todo el Derecho del Trabajo se ha hecho con la intención - me parece a mí clara- de mejorar la situación de los trabajadores, que habrá tenido mayor o menor eficacia en la medida que se haya actuado con mayor o menor acierto, con mayor o menor audacia, con mayor o menor vigor. Pero sustancialmente es un mecanismo de defensa y protección de los trabajadores.

La otra interpretación, de que es un sistema establecido por el régimen capitalista para asegurar su permanencia, es una visión un poco parcial, anticuada, inspirada por criterios marxistas que ya han sido superados.

Thémis.- **Teniendo en cuenta la evolución histórica de las relaciones laborales y la situación mundial**

actual; ¿Cuál es el futuro del derecho laboral y de la seguridad social? ¿Verá acrecentada su importancia el segundo de los campos mencionados en relación al primero?

Barbagelata.- En cuanto a lo primero el año pasado con ocasión del Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo se hizo una mesa redonda sobre este particular, y todos los que participamos en ella coincidimos en que el futuro del Derecho del Trabajo estaba asegurado. Yo estoy convencido de que el futuro del Derecho del Trabajo tiene que ver con una expansión creciente de su campo e inevitablemente va a tener que exceder el campo tradicional de la figura del trabajo subordinado, para cada vez más alcanzar toda forma de manifestación del trabajo humano, incluso la protección del trabajador en el ámbito del trabajo informal, del sector informal de la economía. Y en ese aspecto es posible que la complementación de la seguridad social sea indispensable o sea, tal vez, el aspecto más importante a tener en cuenta, para cubrir esta situación de vacío que actualmente se da para una población marginada de la protección laboral y que representa en nuestros pueblos latinoamericanos un porcentaje creciente, e incluso algunos países -lamentablemente- la mayoría de la población trabajadora.

Plá.- Yo creo que el futuro del derecho del trabajo está asegurado, si se me permite la expresión, en el sentido que siempre van a haber hombres que trabajen y siempre va a haber hombres que necesiten protección como consecuencia de su actividad. Pero creo también que va a haber una permanente necesidad de protección para el hombre que no trabaja o para el hombre que está en condiciones, pero que por diversas circunstancias no pueda trabajar, y eso asegura la persistencia de la seguridad social. Lo que quiero señalar es que quizá la línea del porvenir sea marcada por la independización, por el desligamiento de la seguridad social con el contrato de trabajo. Una de las grandes reformas es buscar una financiación que no se base en el aporte de los propios trabajadores sobre sus ingresos. Este es un sistema superado que sólo se justificaba en aquellos seguros sociales cuando afectaban a determinado sector, un grupo de personas, pero cuando se establecen regímenes más generales no se justifica un sistema con tantos inconvenientes, es un tema vasto, muy largo para exponer en esta última respuesta.