

D

Número 5/1990 **Morgado, Forero, Raso, Verge-Heenan**, La solución de los conflictos colectivos de trabajo en el sector y servicios públicos • **Pittamiglio, Willborn, Altamira, de Buen**, La protección social frente a los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte • **Bronstein, Fernández, Bueno, Hernández**, Conflictos laborales individuales: soluciones procesales y convencionales

Precio por ejemplar U.S.\$15

D
E
B
A
T
E

L
A
B
O
R
A
L

D

6
•
1
9
9
0

DEBATE LABORAL

REVISTA AMERICANA E ITALIANA DE DERECHO DEL TRABAJO AÑO III. No. 6/1990

D

Morgado, Pla Rodríguez, Derecho del Trabajo y derechos humanos • **Ghera**, Italia: nuevas relaciones laborales • **Van der Laat**, Tutela del trabajador en Centroamérica • **Cuevas**, Chile: movimiento sindical y partidos políticos • **Ermida**, Libertad sindical, normas internacionales, regulación estatal y autonomía • **Hernández**, Organizaciones de los trabajadores rurales en A.L. • **Olivelli**, Seguridad social en Italia • **Santoro**, Institucionalización de la representación sindical • **Rojas y Tapia**, Chile: el sindicato en el código del trabajo de 1987 • **Avanzi**, Formação profissional no contexto da Cee • **Crivelli**, Brasil: emprego publico e negociação coletiva • **Balandi**, Las enfermedades profesionales en Italia • **Blanco**, Negociación colectiva en la administración pública costarricense

DEBATE LABORAL

Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo
Publicada en Costa Rica en el marco del Proyecto "Universidad de
Costa Rica • Iscos Cisl • Ministerio de Relaciones de Italia

Editor: Iscos Cisl, Via Boncompagni 19, Roma 00187
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Directores: Gianni Arrigo, Gino Giugni, Rosario Guido
Nicosia, Tiziano Treu, Bernardo Van der Laat.

Comité Científico: Edgar Alfaro, Edgardo Cáceres Castellanos,
Oscar Ermida, Mario Foresti, Edoardo Ghera, Mario Grandi, Gianni
Loy, Emilio Morgado, Rolando Murgas, Pietro Merli Brandini,
Roberto Pessi, Silvia Portella de Castro, Massimo Roccella, Carmine
Russo, Carlos Sacalxot Valdez, Bruno Veneziani, Leôncio Martins
Rodrigues, Melvin Wallace Simpson, Jorge E. Romero.

Redacción: • José Fco. Román Z.
Jefe de Redacción
• Maryleana Méndez
Redactora

Correspondencia: • Gianni Arrigo, Iscos-Cisl Via Boncompagni
19, Roma 00187 Italia
• Silvia Portella de Castro, Cut-Rua Ouvidor
Peleja, 112. Bosque Da Saúde 04128 - São
Paulo - SP - Brasil
• Daniel Lara S., P.O.Box 1119-1002
San José, Costa Rica

Suscripción anual: • U.S. \$30
(ver boleta última página)

Proyecto Gráfico
y Publicidad • Daniel Lara S.
LASER S.A.,
Tel.: (506) 55-0816, Fax:(506) 22-1369
P.O.Box 1119-1002
San José, Costa Rica.

DEBATE LABORAL

REVISTA AMERICANA E ITALIANA DE DERECHO DEL TRABAJO

Número 6, Año 1990

Sumario

Emilio Morgado Valenzuela <i>Los derechos humanos y el derecho del trabajo</i>	5
Américo Plá Rodríguez <i>Los derechos humanos y el derecho del trabajo</i>	11
Edoardo Ghera <i>Las nuevas relaciones laborales: de la contratación reivindicativa a la contratación participativa</i>	25
Bernardo Van der Laat Echeverría <i>La tutela del trabajador contra el despido ilegítimo en el sector privado en C.A.</i>	37
Alberto Cuevas <i>Movimiento sindical y partidos políticos en Chile</i>	75
Oscar Ermida Uriarte <i>Libertad sindical: Normas internacionales, regulación estatal y autonomía</i>	91
Oscar Hernández Álvarez <i>Las organizaciones de los trabajadores rurales en América Latina</i>	111
Paola Olivelli <i>La seguridad social en los principios de la constitución italiana</i>	137
Giuseppe Santoro Passarelli <i>¿Institucionalización de la representación sindical?</i>	147

Irene Rojas Miño y Francisco Tapia Guerrero
El sindicato en el código chileno del trabajo de 1987 165

Enzo Avanzi
Formação profissional: a experiência italiana no contexto da comunidade européia 179

Ericson Crivelli
Emprego publico e negociação coletiva no Brasil 191

Gian Guido Balandi
Las enfermedades profesionales: un cuadro normativo en evolución 205

Mario A. Blanco Vado
La negociación colectiva de facto en la administración pública costarricense 217

Abreviaciones utilizadas por los autores italianos

Cig	• Cassa Integrazione Guadagni: Caja estatal que subsidia al trabajador en caso de reducción horaria o de suspensión temporal de la actividad por parte de la empresa, en una proporción de aproximadamente el 80% con respecto al salario en actividad.
Contr	• Contrattazione
Dbl	• Debate Laboral
DI	• Il diritto del lavoro
Diri	• Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
Do	• Droit ouvrier
Dpl	• Diritto e Pratica del lavoro
Ds	• Droit social
El	• Economia e lavoro
Enc dir	• Enciclopedia del diritto
Fi	• Foro Italiano
G.Cost	• Giurisprudenza Costuzionale
Gu	• Gazzetta Ufficiale
Is	• Industria e sindacato
Ld	• Lavoro e diritto
Li	• Lavoro informazione
L80	• Lavoro'80
Mgc	• Massimario giustizia civile
Mgl	• Massimario giurisprudenza del lavoro
Mo	• Mondoperaio
Ndi	• Novissimo digesto italiano
Nlcc	• Le nuove leggi civili commentate
Ngl	• Notiziario di giurisprudenza del lavoro
Ogl	• Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
Pd	• Politica del diritto
Qg	• Questione Giustizia
Qis	• Quaderni di industria e sindacato
Qrs	• Quaderni di Rassegna sindacale
Rdc	• Rivista di diritto civile
Rgl	• Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
Ri	• Relazioni industriali
Ridl	• Rivista italiana di diritto del lavoro
RSoc	• Rivista delle Societa
Rtdpc	• Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Sm	• Stato e mercato

Los derechos humanos y el derecho del trabajo*

Emilio Morgado Valenzuela**

1. El tema que nos convoca es de una importancia vital y también presenta grandes dificultades para abordarlo, porque resulta casi obvio señalar que entre derechos laborales y derechos humanos hay una muy cercana afinidad, rara vez existen algunos matices que deben ser precisados. Es lo que intentaré hacer en los minutos que se nos han señalado, aproximadamente veinte, a cada uno de los expositores.

En primer lugar, quisiera referirme al concepto y alcance de los derechos humanos. Los derechos humanos o fundamentales del hombre, se basan en ciertos principios que constituyen el núcleo de los valores permanentes del ser humano. El trabajo a su vez, es una expresión de la personalidad humana, por lo que todo lo concerniente forma parte de los derechos humanos. Entre tales derechos humanos, los principios que rigen su formulación y protección son a nuestro juicio los valores de la justicia, la libertad y la dignidad, con lo que se pretende proteger al ser humano de la arbitrariedad, de la opresión y de la insatisfacción de sus necesidades básicas. Como señalan las normas internacionales acerca de los derechos humanos, la libertad, la justicia y la paz se fundamentan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca del hombre y en la protección de sus derechos iguales e inalienables. Con todo, en esas mismas normas internacionales se expresa que en el ejercicio de sus derechos y disfrute de sus libertades, el ser humano está sujeto a limitaciones y que esta semana del respeto de los derechos y de las libertades de los demás seres que integran la comunidad social, en la cual vive el hombre.

Además, esas limitaciones reconocen como necesidad la de satisfacer las justas exigencias de la moral del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Más aún, las normas internacionales sobre derechos humanos señalan que en casos excepcionales, como por ejemplo una guerra, o como señala la Convención Americana de Derechos

* Intervención en la mesa redonda sobre derechos humanos organizada en el ámbito del "Segundo Congreso - Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social"; San José, Costa Rica, 5 - 8 Marzo 1990.

** Profesor Extraordinario de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad de Pisa

Humanos, en casos de peligro y de alteraciones del orden público y otros que indica, se pueden adoptar disposiciones que restrinjan, que suspendan la vigencia de alguno de los derechos humanos; en la medida en que tales disposiciones sean absolutamente necesarias y por el tiempo en que aquellas restricciones y suspensiones debieran cursar sus efectos a fin de salvar la causa que les dio origen.

En cuanto a su contenido, dichas normas internacionales apuntan a dos grandes categorías de materias: los derechos civiles y políticos por una parte, y los derechos económicos, sociales y culturales de otra.

Los primeros, junto con declarar derechos humanos fundamentales, establecen también las garantías de esos derechos mediante las obligaciones del Estado a no entorpecer el acceso y disfrute de estos. Vale decir importan una obligación de hacer al Estado. En cambio, los derechos económicos, sociales y culturales junto con garantizar y declarar para los seres humanos el acceso y disfrute a esos bienes jurídicos, imponen al Estado la necesidad de promover, de asegurar las condiciones necesarias para que esos derechos se manifiesten, se desarrollen y se apliquen en la generalidad de los casos.

Los derechos humanos así presentados y conceptualizados están contenidos en cuatro textos internacionales fundamentales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año, estos tres emanados de la Organización de las Naciones Unidas y adoptados por su Asamblea General. En el ámbito americano, la Convención Americana de los Derechos Humanos adoptada por la Oea en su Asamblea General en 1969, a la que ha seguido un protocolo de San Salvador de 1988, que aún está en trámite de ratificación. La Convención Americana de Derechos Humanos es también conocida como el Pacto de San José por haber sido ésta, la ciudad en donde se adoptó la decisión correspondiente.

2. Conviene destacar cuál es el contenido de derechos laborales que están enmarcados dentro de estos textos internacionales a los que recién me he referido. No voy a entrar en el enunciado del articulado correspondiente, sino más bien a los grandes temas que comprenden estos textos internacionales sobre derechos humanos.

¿Cuáles son los grandes principios laborales, los derechos laborales que están contenidos en los textos internacionales sobre derechos humanos? El orden en que los voy a señalar no indica prioridad, sino simplemente el orden en que aparecen en los distintos textos internacionales partiendo por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estos principios son: el derecho a la no discriminación; el derecho a evitar el trabajo forzoso, es decir, la garantía del trabajo libremente aceptado o

buscado; el derecho de reunión pacífica; el derecho de asociación; el derecho de sindicación; la seguridad social; el derecho al trabajo libremente elegido o aceptado; el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; la protección contra el desempleo; la remuneración equitativa y satisfactoria que asegure a la persona, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana; el derecho al descanso; el derecho al disfrute del tiempo libre; el derecho a una limitación razonable del trabajo; el derecho a vacaciones periódicas; el derecho a un nivel de vida que asegure a la persona, así como a su familia, el bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y vejez y en todos los otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de la persona. El derecho a la maternidad, a cuidados y asistencia especiales para la mujer en esa condición; el derecho a la instrucción técnica y profesional generalizada; el derecho a la protección de la familia, como núcleo esencial de la sociedad y también como derecho a la protección del Estado para las distintas necesidades que surgen de la relación familiar; derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren, en especial, la seguridad e higiene en el trabajo; la remuneración de los días festivos.

Como ustedes pueden ver, es muy amplio el repertorio de temas laborales, de derechos laborales incluidos en estos tratados y declaraciones sobre Derechos Humanos concertados en el seno de las Naciones Unidas y de la Oea respectivamente.

3. Los derechos laborales, esto es, los atinentes al trabajo humano dependiente, tienen su expresión internacional fundamentalmente en la constitución de la Oit de 1919 y en los convenios y recomendaciones adoptados a partir del mismo año. La constitución de la Oit y, en particular, la Declaración de Filadelfia acerca de los fines y objetivos de la Organización contienen los principios rectores de las normas internacionales sobre derechos laborales. Estos principios son los siguientes: el trabajo no es una mercancía, la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante, la pobreza en cualquier lugar constituye un peligro para la libertad de todos. La lucha contra la necesidad requiere de esfuerzos nacionales e internacionales, constantes y concertados, y con participación de representantes de los trabajadores, de los empleadores y de los gobiernos, con el fin de promover el bienestar común. La paz permanente sólo puede basarse en la justicia social. Todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar natural y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad de seguridad económica y en igualdad

de oportunidades. Estos principios están contenidos y desarrollados en los numerosos convenios y recomendaciones adoptados por la Oit desde su fundación en 1919. Una agrupación de ellos en grandes temas permite señalar la existencia de un primer grupo de convenios de la Oit que han sido señalados como propios de los derechos humanos fundamentales. Vale decir de lo que se considera los derechos humanos en general en los textos internacionales referidos anteriormente. Cuáles son estos derechos contenidos en los convenios y recomendaciones de la Oit que conciernen a los derechos humanos fundamentales? Primero la libertad sindical, segundo las normas sobre trabajo forzoso y tercero la igualdad de oportunidades y de trato. Junto a estos convenios se encuentran todos los demás que conciernen al empleo y a la formación profesional: los atinentes a la política social, lo relacionado con la administración del trabajo, los propios de las relaciones laborales, lo referido respecto a las condiciones de salariales, condiciones generales de empleo, seguridad e higiene en el trabajo, lo que concierne a la seguridad social y lo que se refiere, en forma específica, al trabajo de las mujeres, de los menores, de los migrantes, de los indígenas y poblaciones tribuales y de categorías especiales de trabajadores, como por ejemplo, la gente de mar, los portuarios, los pescadores, los trabajadores de plantaciones y otros grupos.

Las normas internacionales de la Oit, por su contenido temático, comprenden tanto derechos humanos clasificados como civiles y políticos en las normas internacionales correspondiente, como también conciernen a los derechos humanos que responden a la denominación de derechos económicos, sociales y culturales. De los puestos fluye, entonces, que los derechos laborales son objeto de dos tipos de normas internacionales, las relativas a los derechos humanos y las concernientes al trabajo. Sobre el particular surgen por lo menos dos grandes interrogantes: ambos tipos de normas internacionales son complementarias o son excluyentes, en caso de conflicto, ¿cuál norma debe prevalecer? Sobre el particular, conviene tener presente dos circunstancias. En primer lugar, la existencia en relación con la declaración de los derechos humanos y los dos pactos aprobados por Naciones Unidas, la Asamblea de Naciones Unidas, la existencia de un convenio, de un acuerdo entre la Oit y la Onu de 1945, en donde se preveen las relaciones de complementariedad y de especialidad que corresponden a las normas, actividades y procedimientos, de una y otra organización así como a la preferencia que debe darse, en ciertos casos, a las normas emanadas del organismo especializado. Esta afirmación de tipo general aparece, por lo demás, reiterada en forma expresa respecto de uno de los derechos laborales que está contemplado, tanto en las normas internacionales de la Oit como en las normas internacionales sobre derechos humanos. Me refiero a las

normas sobre el derecho de sindicación, sobre la libertad sindical en su sentido amplio.

4. Sobre el particular, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en su art. 22, que es donde se consagra el derecho de sindicación, señala expresamente que: "toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias de una sociedad democrática, el interés de la seguridad nacional, de la seguridad el orden público, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos y libertad de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía."

El enunciado del artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos presenta algunas diferencias en el enunciado del concepto de libertad sindical contenido en los textos normativos emanados de la Oit. ¿Cómo se soluciona el problema? El art. 23, en su numeral, tercero, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice lo siguiente: ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados partes en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni aplicar la ley de tal manera que pueda dañar esas garantías.

Vale decir además del acuerdo general, que establece una preferencia en caso de conflicto a las normas especiales surgidas de organismos especializados, el sistema de las Naciones Unidas en el caso de la libertad sindical, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, se hace una salvaguarda específica.

Lo mismo ocurre respecto del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en el artículo pertinente indica una salvedad prácticamente igual a la recién leída.

En el caso de la Convención Americana sobre los derechos humanos, las normas aplicables al posible conflicto de intereses que pudiera surgir entre unos y otros cuerpos normativos internacionales, aparecen, a nuestro entender en el artículo 29, literales b y d, el cual consagra el derecho a la libertad sindical. Este indica que el derecho de libertad sindical está consagrado en el artículo 16 que dice: "todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto

a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, el interés de la seguridad nacional, de la seguridad del orden público o para proteger la salud o la moral pública, o los derechos y libertades de los demás”.

El artículo 29, que soluciona el posible conflicto entre este enunciado y los enunciados del Convenio 87 de la Oit, dice lo siguiente en su literal b): ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. Y el literal d) dice que: la aplicación de las normas de la Convención no puede excluir o limitar el efecto que pueda producir la declaración americana de derechos humanos y deberes del hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Vale decir, en un caso concreto, el de la libertad sindical, el derecho de asociación. Aparece contestada la segunda de las interrogantes que planteábamos en cuanto a cuál de las dos normativas debía prevalecer si las relativa a los derechos humanos o las concernientes relativas al trabajo.

En resumen y para concluir, quisiera señalar que el tema de las relaciones entre los derechos humanos y los derechos laborales es un tema que no ha sido convenientemente agotado en la doctrina internacional. Son muchos y muy valiosos los aportes que existen, pero falta una sistematización de este tema y quizás esta intervención pueda provocar el interés de alguien, en estudiar a profundidad esta importante relación entre ambos derechos.

Los derechos humanos y el derecho del trabajo*

Américo Plá Rodríguez **

1. Introducción. 2. Concepto de los derechos humanos. 3. Evolución de los derechos humanos. 4. Los derechos humanos y el derecho del trabajo. 5. Derechos humanos protegidos por el derecho del trabajo.

1. Nos proponemos intentar la explicación de la noción que nos parece correcta de los derechos humanos, describir luego la evolución que ella ha sufrido y exponer la vinculación de nuestra disciplina con el tema de los derechos humanos y cuáles son los derechos humanos que son protegidos por el derecho del trabajo. Estas serán las cuatro partes en que dividiremos nuestra exposición.

2. En su sentido literal y superficial podría entenderse por derecho humano, cualquier derecho que posea una persona. Equivaldría a todo derecho subjetivo cuyo titular fuera una persona física. Sólo los derechos de las personas jurídicas quedarían fuera de esa noción. Pero una concepción tan amplia no tendría utilidad alguna porque se confundiría casi con la noción de derecho subjetivo. En la medida en que ella se extiende, pierde consistencia y funcionalidad. De todos modos, no es la noción que más o menos imprecisamente, pretende evocarse cuando se habla de derechos humanos.

En un sentido más profundo -y creemos más acertado- podemos definir a los derechos humanos como *los derechos que posee todo hombre por el solo hecho de ser hombre*.

Creemos que ésta sea la noción adecuada, ella supone la presencia de dos componentes:

* Intervención en la mesa redonda sobre derechos humanos organizada en el ámbito del "Segundo Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social"; San José, Costa Rica, 5-8 Marzo 1990.

**Profesor de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de Montevideo. Profesor de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

a) Es un derecho que pertenece a todos los hombres, o sea, que todo hombre posee por el solo hecho de ser hombre, sin necesidad de ningún calificativo, condicionante o exigencia adicional. Y que debe reconocérsele a todos los hombres sin ninguna excepción.

b) Es un derecho que deriva de la condición de hombre por lo que debe ser reconocido y respetado por el propio legislador.

De alguna manera, la idea de derecho humano tiene un fondo iusnaturalista que lleva a situarlo, en cierta manera, por encima del derecho positivo.

Ello explica que los dos grandes caminos de expresión y de expansión de los derechos humanos hayan sido su incorporación al texto constitucional y su inserción en instrumentos internacionales.

La constitucionalización del reconocimiento de los derechos humanos importa una manifestación propia del llamado fenómeno de racionalización del poder que Mirkine-Guetzevich destacó en las constituciones posteriores a la primera guerra mundial.¹

Pero, al mismo tiempo, revela la jerarquización, la importancia y la trascendencia que la conciencia jurídica universal le ha dado a estos derechos, que se han querido poner a salvo de cualquier limitación, desconocimiento o desvirtuación cometida o intentada por el legislador común. Constituyen vallas que la legislación ordinaria debe respetar. Pero representan también mandatos potenciales que el legislador común debe cumplir. Por eso, más que límites constituyen programas que el legislador debe desarrollar o metas que el legislador debe perseguir.

La protección internacional de estos derechos constituye otra forma de revelar la importancia que la conciencia jurídica universal le atribuye a estos derechos. Esta incorporación a textos internacionales vinculantes, además de significar un compromiso recíproco entre los Estados signatarios -que en algunos casos está respaldado por mecanismos de control y regímenes de sanciones- que refuerzan el mandato constitucional, contribuye a extender el ámbito de su reconocimiento formal por la fuerza expansiva de esos documentos internacionales que atraen constantemente nuevas ratificaciones.

El compromiso internacional concurre también a ejercer la doble función que se le asignaba al texto constitucional: servir de límite por una parte y de estímulo y de impulso, por la otra. Y lo que es muy importante, por lo general, abre la posibilidad de recurrir a nuevos instrumentos de protección que, por situarse en el ámbito internacional, están por encima de las contingencias y vicisitudes políticas o institucionales por las que atraviesa cada Estado.

El legislador debe respetar estos derechos y procurar facilitar su ejercicio y efectividad porque no son temas que pueda resolver a su arbitrio. Se trata de criterios o valores que se le imponen al propio

legislador como consecuencia de un estado de conciencia colectivo que atribuye al hombre -a todo hombre- determinados derechos inalienables e imprescriptibles.

3. Hemos hecho hincapié en esa doble misión del texto superior o exterior que gravita sobre el legislador: límite y estímulo.

Pero ellas responden a una concepción actual de los derechos humanos. Suponen una profundización y evolución del concepto que, en líneas generales, se simboliza en la expresión de que a los derechos individuales se les han agregado los derechos sociales.

Y esta evolución no se traduce en un simple aumento cuantitativo sino que representa un cambio cualitativo. En efecto, junto a los derechos humanos individuales surgen los derechos humanos sociales.

Para caracterizarlos reproduciremos el paralelo trazado por Fernández Gianotti²: La mayoría de los derechos que se ubican en la línea individual o política (vida, libertad y seguridad de la persona, libertad de creencia y culto, de conciencia y prensa, etc.) tienden a no interferir en el obrar del individuo. Se presentan como un dejar hacer, una abstención del Estado, de particulares y de los grupos para el desenvolvimiento espontáneo de la personalidad. De ahí que se los haya calificado de negativos. Su violación es palpable, de fácil verificación.

En el campo social se ha observado que suele mediar un reclamo a satisfacer por el Estado o la comunidad a favor del individuo o grupos humanos. Se impone una acción de promoción, para la obtención de un resultado satisfactorio derivado de actitudes positivas. Vamos a determinar un nivel salarial suficiente para el trabajador y su familia, brindarle condiciones de higiene y seguridad en el trabajo. Se protegerá en especial a la familia, la mujer y el niño, proporcionándoles determinados elementos con esa finalidad, etc. En una palabra parecen más bien políticas a seguir que verdaderos derechos garantizados."

En esa misma línea de pensamiento, Wilfred Jenks³ había dicho que estos derechos sociales "no están relacionados directamente con la libertad personal en la acepción primera de la libertad, de restricción arbitraria de la acción y las oportunidades del individuo. En forma mucho más amplia se refieren al derecho a vivir libre del miedo y del hambre y tener acceso a oportunidades más completas. En su esencia son programáticos más bien que auto-ejecutorios. Las prerrogativas concretas necesarias para darles contenido tangible están aún a la espera de las leyes y legislaciones, los acuerdos colectivos, los laudos arbitrales, la práctica generalizada en la industria, las condiciones de contratación de la persona del caso o los beneficios ofrecidos por el programa de seguridad social al cual la persona pertenece.

"Su carácter programático lleva implícito el hecho que estos derechos sean relativos más bien que absolutos. Como lo reconoce explícitamente el Pacto Universal de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se debe suponer que su logro será progresivo y no inmediato.

Estos pasan a ser aplicables por la ley únicamente en la medida en que queden expresados progresivamente en prerrogativas concretas. También queda implícito en su carácter programático el hecho que la prerrogativa necesitada para llevarlos a la práctica puede cambiar con las circunstancias económicas y las condiciones sociales del momento."

"La norma pasa a ser un derecho cuya aplicación puede ser exigida únicamente en la medida en que adquiere forma concreta, por ley o de acuerdo con ella, o es la práctica aceptada en la vida industrial. Pero la legislación laboral y los acuerdos colectivos están constantemente transformando los conceptos generales y haciendo de ellas prerrogativas concretas."

"Cuando y cómo un derecho ha de ser humano y fundamental es algo que debe quedar resuelto por la evaluación de su importancia en la sociedad y no por la índole de los procedimientos técnicos y jurídicos necesarios para su aplicación." "La función de la ley es hacerlos efectivos; nacen en la conciencia social de la humanidad y adquieren legitimidad al ser reconocidos por la sociedad." "Un derecho humano fundamental no deja de ser fundamental porque las modalidades de su aplicación deban transar con asuntos de orden práctico".

Advirtamos que no se trata de derechos antagónicos aunque para facilitar su descripción y comprensión los hayamos presentado en forma de parangón.

Hesse los llama "derechos que se desprenden de las libertades positivas"⁴. Y un pensador político tan agudo como Raymond Aron escribe: Las sociedades democráticas "sin haber llegado a una reconciliación siempre imperfecta, de los derechos políticos que son libertades y de los derechos sociales que son capacidades, muestran el camino al final del cual se perfila esa reconciliación."⁵

Más recientemente, Patrick de Laubier⁶ señala que contrariamente a la Declaración Universal que no separa formalmente los derechos civiles y políticos de los derechos económicos y sociales, los dos pactos de 1976 introducen una separación de hecho entre estas dos categorías de derechos. Las razones aportadas para explicar este dualismo son de orden ideológico o práctico, ya que ciertos derechos son considerados como absolutamente imperativos (libertades) y otros como el fruto de un cierto desarrollo socio económico. En ciertos casos, el Estado tendría un papel negativo (no intervenir), en otros se requiere una acción positiva (asegurar condiciones de vida). En fin, algunos derechos se refieren más específicamente a los individuos mientras que otros a los grupos o colectividades.

Y termina afirmando que los derechos del hombre relativos a la familia y al trabajo son indisolublemente civiles y sociales, políticos y económicos.

Lo importante es que esa incorporación de los derechos sociales en el elenco de los derechos humanos representó un avance considerable en la evolución de los conceptos. Supuso que en la conciencia de la gente no sólo se le debe garantizar su libertad y su seguridad individual, sino también debe asegurarse un nivel mínimo de bienestar.

Waugh lo dice con acierto: "Lo que es más sorprendente con relación a las actitudes populares corrientes es que ha surgido una convicción generalizada de que la humanidad puede ahora crear las condiciones necesarias para colmar las necesidades esenciales de cada ser humano. Todavía, algo más importante: se reconoce generalmente que cada ser humano tiene derecho a tal satisfacción. Claramente un cambio paradigmático ha tenido lugar. La pobreza extrema ya no es mirada como la condición normal de la mayoría de la humanidad; la gente cree ahora que los individuos, los grupos colectivos, las instituciones y los Estados tienen finalmente la capacidad de dispensar cierta dignidad humana a toda persona de sentirse libre de temor y de necesidades. Las condiciones que originaron ese cambio fueron produciéndose durante un largo período de tiempo, pero parece importante destacar que virtualmente todo el progreso hacia la aceptación contemporánea de una visión expandida de los derechos humanos ha ocurrido durante el transcurso de la vida de aquéllos que leen estas páginas."⁷

Contemporáneamente con esa evolución surgió una institución internacional que, de algún modo, está fundada, organizada y encaminada hacia la protección de los derechos humanos. Es, al mismo tiempo, resultado y causa de ese cambio de las ideas. Nos referimos a la Organización Internacional del Trabajo que al decir de U Thant -el famoso Secretario General de las Naciones Unidas- ha estado en la vanguardia de los esfuerzos por la protección internacional de los derechos del hombre.⁸

En efecto, su preocupación por los derechos humanos se advierte desde su propio nacimiento a través del Tratado de Versalles ya que en el Preámbulo de la Parte XIII -que ahora es el preámbulo de la Constitución- se contienen referencias inequívocas al concepto de derechos humanos aunque no se hayan empleado exactamente estas palabras. Así el segundo párrafo empieza con esta frase: "Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañarían tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones..." Y el tercer párrafo está redactado en la siguiente forma: "Considerando que si

cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países.

Esa preocupación se manifiesta en forma todavía más ostensible en la Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1944 que explicita los fines y objetivos de la Oit y que ha pasado a formar parte de su Constitución. En el capítulo II se afirma que "a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades."

Recién el 10 de diciembre de 1948 -o sea, cuatro años y medio después- la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba en París la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la que encontramos varias disposiciones referentes al trabajo y la seguridad social. Son cuatro en un total de treinta:

Art. 22: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Art. 23: 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será complementada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Art. 24: Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Art. 25: 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social.

El 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General de las Naciones

Unidas aprueba dos pactos internacionales: uno llamado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otro denominado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Responden, en general, a la distinción que hemos hecho entre derechos individuales y sociales aunque la correspondencia no sea exacta. En el segundo de ellos, encontramos en su parte III, siete extensos artículos que se relacionan con los temas propios de la Oit. Los primeros son los que se defienden frente a regímenes autoritarios. Los segundos los que hay que conquistar en cualquier régimen.

En la Memoria del Director de la Oit a la 52a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio de 1968, dedicada al tema de los derechos humanos con motivo del año internacional de los derechos humanos, el entonces Director Sr. David Morse afirma que "la adopción de la Declaración Universal y de los Pactos consagra una tendencia general a incluir entre los derechos humanos el conjunto de garantías que pueden liberar al hombre del temor y de la necesidad, es decir, las libertades civiles y políticas y los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, tal adopción ha conferido relieve particular al conjunto de las actividades de la Oit desde el punto de vista de los derechos humanos. Si los derechos económicos y sociales han sido inequívocamente reconocidos en la Declaración Universal como corolario de las libertades civiles, ello se debe en buena parte a que la Declaración había sido precedida en casi treinta años por la Constitución de la Oit y en cerca de cinco años por la Declaración de Filadelfia. De los Pactos Internacionales, en cuya elaboración la Organización participó activamente, puede decirse lo mismo. Pero el interés esencial de los Pactos reside para nosotros en que reúnen en una enumeración detallada el conjunto de los derechos y garantías que la opinión mundial considera indispensables para la dignidad humana."⁹

Hemos transcrito este largo párrafo para demostrar la estrecha vinculación de la Oit con la proclamación de los derechos humanos a nivel universal, que denota una acentuada influencia recíproca.

Se confirma así lo que hemos expuesto en el sentido de que la Organización ha sido factor de avance en la formación de la conciencia universal en torno a este tema y, a su vez, ha sufrido la influencia de la misma para intensificar y profundizar la labor en esta área.

Cabe señalar que al margen de ese proceso de declaraciones de carácter universal, existieron contemporáneamente declaraciones regionales inspiradas en la misma concepción.

Destacaremos las americanas que tienen, a la vez, el mérito de ser las primeras.¹⁰

En ese sentido, debe recordarse la Carta Interamericana de Garantías Sociales aprobada en Bogotá en abril de 1948 por la IX Conferencia Internacional Americana que fue la misma que creó la Oea.¹¹

Y, sobre todo, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica) suscrita el 22 de noviembre de 1969 y entrada en vigencia el 18 de julio de 1978.

Ambos documentos son posteriores al nacimiento de la Oit y a la Declaración de Filadelfia por lo que conservan validez las precisiones que acabamos de efectuar.

4. La exposición anterior sirve de introducción al estudio del tema de la vinculación del derecho del trabajo con los derechos humanos.

Diríamos que es una vinculación esencial y entrañable por cuanto corresponde a la propia razón de ser de nuestra disciplina que es la protección del ser humano que trabaja.

Ha dicho Jenks, refiriéndose a los convenios internacionales de trabajo, que todos estos textos básicos buscan la promoción y la protección de los derechos del hombre.¹² Lo mismo podría decirse de toda o casi toda la legislación del trabajo.

A diferencia de otras disciplinas jurídicas que versan sobre bienes o sobre actividades, el derecho del trabajo y de la seguridad social busca la protección del ser humano en cuanto tal, o sea, en último término, ha surgido con la finalidad de proteger los derechos humanos, cualquiera sea la fórmula verbal que se utilice.

Justamente una de las notas peculiares del derecho del trabajo es su preocupación por el ser humano como lo han destacado muchos juristas. Así De Ferrari, en el primer artículo del primer número de la revista *Derecho Laboral*, nos habla del neo-humanismo en el derecho del trabajo, señalando que a la noción abstracta de persona opone el concepto del hombre concreto. El trabajo es una actividad esencialmente humana a la que el hombre se siente impulsado.¹³ Herschel afirma que "el derecho del trabajo tiene un color especial por la fuerte acentuación de lo humano en estrecho contacto con lo técnico y económico".¹⁴ Otro jurista alemán, Franz Bohm, expresa: "Lo especial y esencial del trabajo dependiente consiste en el hecho de que el trabajador para poder cumplir con su prestación adeudada está obligado a hacer a su propia persona y a su propia individualidad objeto de esta deuda; a someterlas al poder de disposición de otro durante el horario de trabajo; y a permitir su enganche en el ritmo de un procedimiento de trabajo colectivo que está organizado, determinado y disciplinado por otro. Por su naturaleza, y a diferencia de las prestaciones de otros deudores, la prestación del trabajo dependiente no puede ser separada de la persona del trabajador. El trabajador dependiente no debe solamente el trabajo de sus manos o de su cerebro; debe además una parte de su personalidad".¹⁵ Esto explica que ya desde el comienzo, Lotmar -el primer gran teórico del derecho del trabajo- señalara que uno de los elementos diferenciadores del derecho laboral era

de carácter ético y tenía relación con el aspecto humano del que no puede desprenderse".¹⁶

A través del derecho del trabajo se busca la protección del trabajador como ser humano, que es titular de una serie de derechos fundamentales, en ocasión del desarrollo de su actividad laboral. Es el amparo del hombre durante el tiempo que se dedica al trabajo, o sea, la parte mayor de su existencia desde el punto de vista de la duración. Y es un amparo que protege al mayor número de personas que son las que se dedican a ganar su sustento a través de una actuación laboral subordinada. Lo que se relaciona con el trabajo afecta al mayor número de personas por el período más prolongado de su vida.

A través de la seguridad social, se busca la protección integral de todos los hombres ante las circunstancias más difíciles que puede atravesar en su vida, o sea, cuando debe afrontar riesgos.

Esa estrecha vinculación del derecho laboral con los derechos humanos se evidencia también, a través de la aparición de diversas semejanzas o similitudes con los rasgos que hemos expuesto como propios de los derechos humanos.

En primer término, también el derecho laboral posee un fondo iusnaturalista que de algún modo, limita e influye al legislador.

Cuando un legislador se acerca al tema del derecho del trabajo, no tiene libertad para regularlo como se le ocurra. Se encuentra con una realidad que no puede desconocer: es el ser humano que trabaja y que debe ser contemplado en toda su dignidad. Debe optar por soluciones que respondan a esa realidad. A su vez, esa realidad no opera sólo como freno o como límite: actúa como estímulo porque no puede permanecer indiferente a la explotación del ser humano, ya sea por la dimensión del esfuerzo que se le exige o por las condiciones de inseguridad o de insalubridad en que debe desempeñarse o por la insuficiencia de la remuneración que se le abona.

Esto se vio más claramente en la etapa histórica del surgimiento de nuestra disciplina, aunque el vocabulario empleado fuera distinto.

Pero está implícito o latente a lo largo de todo su desarrollo. Si rastreamos las normas que integran el derecho del trabajo y sobre todo si recorremos las discusiones legislativas previas a su aprobación, encontraremos continuas y frecuentes referencias a la dignidad del trabajador o las exigencias de la persona humana a la satisfacción de sus necesidades físicas, intelectuales y morales.

En segundo término, también el derecho del trabajo ha recurrido a las dos palancas instrumentales que han asegurado el reconocimiento de los derechos humanos: la incorporación a la norma constitucional y la protección internacional.

El proceso de constitucionalización del derecho del trabajo comenzó

casi contemporáneamente con su nacimiento. Puede citarse, en América Latina, la constitución mexicana de Querétaro aprobada en 1917, con su famoso artículo 123. En Europa, la constitución alemana de Weimar de 1918 y la española de 1931 ya incorporaron textos sobre la materia laboral. En Uruguay, esa incorporación se hizo en 1934, o sea, muy poco después. Y posteriormente, no hay Constitución que no haya recepcionado en su texto algunas normas básicas de derecho del trabajo.

El proceso de internacionalización tuvo como protagonista a la Oit en su doble esfuerzo de incentivar la aprobación de normas protectoras y de controlar la aplicación efectiva de las normas internacionales ratificadas por cada país.

Ya hemos aludido a la influencia de la Oit en el surgimiento de las declaraciones de los derechos humanos y a las repercusiones que ellas tuvieron en la obra de la organización.

Queremos ahora destacar dos elementos que contribuyeron a la efectividad y eficacia de la acción de la Oit en esta materia.

El primero es la funcionalidad del sistema montado por la Organización para la concreción de los compromisos internacionales a través de los convenios. Por medio de los mismos, se ha ido formando un cuerpo completo de obligaciones, transformando así las normas jurídicas fijadas por la Declaración Universal en reglas de cumplimiento obligatorio de los Estados. Y éste es un mecanismo abierto y en funcionamiento que continúa operando y que constantemente incorpora nuevas normas, perfecciona las anteriores y amplía su órbita de influencia.

El segundo es la eficacia del contralor internacional del cumplimiento de los compromisos contraídos en los convenios, que es lo mismo que decir la efectividad de los derechos humanos consagrados en ellos.

Por medio del control recíproco que obliga a enviar informes periódicos a la Oficina, que son examinados por una Comisión de Expertos independientes de alto nivel técnico y luego por la Comisión de Aplicación de Normas de cada Conferencia Internacional, la cual es de carácter tripartito, se ejerce una presión moral indudable que lleva a los países a cumplir los compromisos contraídos.

Por medio de los recursos de queja y de reclamación -sistemas de contralor jurisdiccional- se logra que aquellos países más reacios o indiferentes sufran también una presión específica que los lleve a cumplir las normas internacionales ratificadas.

Estos dos factores han contribuido de manera muy significativa a la vigencia efectiva de los derechos humanos en el área correspondiente a los temas de competencia de la Oit. Waugh ha señalado que si bien se cree que la obra de la Oit se reduce a los aspectos meramente laborales, su preocupación por asegurar la vigencia efectiva de los mismos, la ha llevado a perseguir un espectro más ancho de derechos humanos.¹⁷

Valticos -uno de los más eminentes conocedores de la acción normativa de la Oit- señala que la obra de la Organización no se ha limitado a reglamentar las condiciones materiales de trabajo. Ha buscado también proteger ciertos valores fundamentales de libertad y de igualdad y asegurar, al mismo tiempo el bienestar material y la dignidad de la persona de los trabajadores.¹⁸

Pero, además de todo lo anterior, ha ejercido una influencia indirecta en otros ámbitos por medio del ejemplo y de la transmisión de su vasta y rica experiencia.

Richevaux¹⁹ destaca que el reconocimiento de los derechos de los trabajadores como derechos humanos no se limita a la Oit, sino que también se extiende a otros documentos fundamentales como el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, lo que significa la posibilidad de recurrir a la Corte Europea de Derechos Humanos. Esto quiere decir que no sólo es objeto de un nuevo reconocimiento que eleva su jerarquía e incrementa su trascendencia, sino que también le concede nuevos instrumentos y métodos de protección.

Desde la perspectiva americana podemos decir otro tanto, en atención a la existencia del Pacto de San José de Costa Rica firmado el 22 de noviembre de 1969 y a la presencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevista en el Capítulo VIII de aquel Pacto y que justamente tiene su sede en esta misma ciudad que nos hospeda.

5. No cabe duda de que el derecho del trabajo procura la protección de un grupo muy extenso de derechos humanos.

La especialidad temática de la disciplina -por más amplia que sea- obliga necesariamente a limitarse a algunos derechos. Difiere en esto del derecho constitucional o del derecho internacional, cuyos contornos están determinados por la índole de la norma y no por la naturaleza del tema que se aborda.

Pero, como veremos, no es una lista pequeña.

Hasta ahora, no hay un acuerdo generalizado sobre la forma de la enumeración y especialmente, sobre la clasificación de los derechos humanos en el ámbito laboral.

Algunos autores siguen el mero criterio enunciativo reproduciendo las referencias contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 o en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966.

La Memoria del Director de la Oit enviada a la Conferencia Internacional de 1968 sobre el tema, los encuadra dentro de cuatro grandes sectores de derechos fundamentales, titulados "los grandes objetivos de la Oit en la perspectiva de la Declaración de Filadelfia."²⁰

Siguiendo el enunciado del numeral 1 del Capítulo II de la Declara-

ción de Filadelfia, que ya transcribiéramos, se distinguen cuatro grandes capítulos: libertad, igualdad, seguridad económica y dignidad.

Dentro del rubro libertad, se incluye la libertad sindical y la libertad del trabajo, la cual se subdivide en política de empleo y en el combate al trabajo forzoso.

Dentro del rubro igualdad, se enumera la eliminación de medidas discriminatorias y la igualdad de oportunidades.

Dentro del rubro seguridad económica, se distingue: derecho al trabajo, derecho a la seguridad social y derecho a ingreso mínimo.

Dentro del rubro dignidad se menciona el derecho a condiciones satisfactorias de trabajo y de vida el cual, a su vez, se subdivide en duración del trabajo, derecho al descanso, derecho a disfrutar del tiempo libre, protección de la integridad física del trabajador, alojamiento y servicios sociales para los trabajadores y remuneración) y el derecho a la defensa y promoción de los derechos y libertades de los propios interesados.

En el marco de ese esquema se mencionan los distintos beneficios y derechos que se le reconocen a los trabajadores por los distintos convenios internacionales de trabajo.

Pero debemos puntualizar que en el lenguaje habitual de la Oit, cuando se habla de derechos humanos se alude normalmente a estos tres temas: abolición del trabajo forzoso, igualdad y no discriminación y libertad sindical.²¹

Por nuestra parte, nos permitimos proponer otra clasificación que nos parece más sistemática.

Empezaremos por distinguir los derechos individuales y los derechos colectivos.

En la dimensión individual incluimos:

a) El derecho a la intimidad (que subdividimos en el derecho a la adopción de decisiones personalísimas; el derecho a disponer del comportamiento extralaboral y el derecho a ser protegido frente a los avances de la técnica).²²

b) El derecho a la libertad de trabajo mediante la abolición de toda forma de trabajo forzoso.

c) El derecho a no sufrir discriminación en el empleo por razones de raza, credo, sexo, opinión política, ascendencia nacional u origen social.

d) El derecho a la protección de la persona en el orden biológico (que comprende el derecho a la limitación de la jornada, el derecho a descansos y vacaciones, el derecho a mejores condiciones de trabajo, el derecho a estar protegido contra los riesgos y la insalubridad).

e) El derecho a la protección de la persona en el orden económico (que abarca el derecho al trabajo, el derecho a obtener una retribución que le permita al trabajador y su familia llevar una vida digna y el derecho a estar

protegido contra los riesgos que le significan un desequilibrio económico).

En la dimensión colectiva, consideramos el derecho a la agremiación con todo lo que significa en un triple plano: libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y derecho a la huelga.

Hemos agregado este intento de clasificación, no porque tengamos la pretensión de que sea compartida por todos, sino porque contribuye a dar una idea de la amplitud y vastedad de los derechos humanos relacionados directamente con nuestra disciplina.

Terminamos con estas dos ideas.

La primera es que dentro de la lucha por los derechos humanos, los laboristas debemos desempeñar un papel de primera fila. Curiosamente es una reivindicación que debemos efectuar ante quienes tratan estos temas y que muchas veces olvidan los derechos laborales o los relegan a un segundo plano. Cuando en realidad constituyen derecho humanos de mucha gente que cotidianamente pueden ser desconocidos o violados.

La segunda es evocar una idea de Guy Perrin que nos recuerda que así como se necesitó el esfuerzo de varias generaciones durante más de dos siglos para pasar de la idea a la concreción en normas, podrá necesitarse más de una generación para pasar del derecho a la realidad práctica.²³ Depende de la lucidez, de la militancia y del esfuerzo de la actual generación que este segundo período de espera y transformación sea lo más corto posible.

Notas

¹B. Mirkin Gietzevich, (1939). *Las nuevas constituciones del mundo*. Madrid, pág. 37.

²Fernández Gianotti, E. (1979). *Derechos Humanos Sociales en Enciclopedia Jurídica Omeba*. Apéndice III, Buenos Aires, pág. 290.

³C. Wilfred Jenks, (1968). *El trabajo, el disfrute del tiempo libre y la seguridad social como derechos humanos en la comunidad mundial* en Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Ginebra, pág. 60.

⁴S. I. Hesse en Unesco, (1949). *Autour de la nouvelle declaration universelle de droits de l'homme*. Sagittaire, págs. 90 y ss.

⁵Raymond Aron, (1968). *Ensayo sobre las libertades*. Madrid, pág. 205.

⁶Patrick de Laubier, (1985). *Sociologie des Droits de l'homme en Travail et Société*. Geneve (Vol. 10, n 2) pág. 279.

⁷David A. Waugh, (1982). *The Ilo and human rights in "Comparative Labor Law"*. Los Angeles, California. Vol. 5 No. 2. Pág. 187.

⁸Declaración del Secretario General de las Naciones Unidas ante la Conferencia Internacional del Trabajo pronunciada el 18 de junio de 1969.

⁹*La Oit y los derechos humanos*. Memoria del Director General (parte I) a la Con-

ferencia Internacional del Trabajo, Quincuagésima segunda reunión, 1968. Ginebra, pág. 3.

¹⁰Véase, al respecto, Héctor Gros Espiell, (1978) *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en la América Latina*. México y Luis E. Agudelo Ramírez, (1984) Realidad jurídica de los derechos humanos. Bogotá pág. 67 y ss.

¹¹Esta Carta Internacional de Garantías Sociales tiene la particularidad de contener disposiciones exclusivamente laborales. Fue publicada en uno de los primeros números de la revista Derecho Laboral con las concordancias formuladas por De Ferrari, con las disposiciones del derecho uruguayo vigente de ese entonces. Véase T. I. pág. 186. Corresponde a junio de 1948.

¹²C. Wilfred Jenks, (1968). *Human rights, social justice and peace the broader significance of the ILO experience in International protection of human rights. Proceedings of the 7th. Nobel Symposium*. Estocolmo, pág. 238.

¹³Francisco De Ferrari. (1948). *El neo humanismo en el derecho del trabajo*, revista Derecho Laboral. Montevideo, T. I., pág. 3.

¹⁴Contribución de Wilhelm Herschel en el volumen de homenaje a Nipperdey, citado por Ernesto R. Katz en *El destino del derecho del trabajo*, revista Derecho del Trabajo, (1960), pág. 16.

¹⁵Prólogo a la obra de Sinzheimer, citado por Katz, (op. cit., pág. 10).

¹⁶Véase la obra de Lotmar, Der Arbeitsvertrag, T. I., págs. 7 y 8, citada también por Katz (op. cit., pág. 11).

¹⁷David A. Waugh, op. cit., pág. 185.

¹⁸Nicolás Valticós, (1979). *Droit international du travail*, Dalloz Paris, (1979), pág. 255 (T. VIII del Traité de Droit du Travail dirigido por G. H. Camerlynck).

¹⁹Marc Richevau, (1988). *Droits de l'Homme et protection des droits travailleurs. Droit Social*. Paris, pág. 854.

²⁰La Oit y los derechos humanos, pág. 31 y ss.

²¹Valticós en su obra clásica *Droit International du Travail* sostiene que en tres puntos principales, las normas internacionales de trabajo han versado sobre derechos fundamentales: libertad sindical, trabajo forzoso y discriminación en el empleo y la profesión. Y, luego, sólo expone las normas existentes sobre estos tres temas (op. cit., pág. 255 y siguientes). También lo hace así en la colaboración titulada *Organisation internationale du travail* en la obra colectiva *Les dimensions internationales des droits de l'homme* publicada por la Unesco bajo la dirección de Karel Vasak. París, (1978) pág. 442 y ss. De igual manera, Ennio Triggiani en *La tutela internazionale dei diritti fondamentali in materia di lavoro* publicada en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*. Roma, (1981), n 10, expone con ese título los tres temas referidos. Podrían mencionarse también las reseñas de la obra de la Oit contenidas en las memorias del Director que año a año presenta a las Conferencias, donde bajo el rubro derechos humanos se alude únicamente a esos tres rubros.

²²Hemos desarrollado este punto en nuestro artículo *El derecho laboral y la protección de la intimidad del trabajador en la revista Derecho Laboral*. Montevideo, (1986), T. XXIX, pág. 587.

²³Guy Perrin, (1985). *La reconnaissance du droit a la protection sociale comme droit de l'homme* en *Travail et Societe*. Geneve. Vol. 10, n. 2, pág. 256.

Las nuevas relaciones laborales: de la contratación reivindicativa a la contratación participativa

Edoardo Ghera*

1. Después del importante cambio de los años 1983-1984, indicado por los acuerdos trilaterales de concertación social, nuestro sistema de relaciones industriales ha visto desarrollarse varios acontecimientos. Se puede recordar, en particular, los dos encuentros de renovaciones contractuales (1983-1984, 1986-1987), el acuerdo sobre la adecuación salarial automática (1985), la reactivación de la negociación interconfederada (1986) y la reanudación de la contratación integrativa empresarial, que culminó por último, en los acuerdos de productividad de 1988. Estos acontecimientos, en su conjunto, han puesto de relieve una vivaz reactivación de la actividad contractual frente al prolongado período de estancamiento que siguió a la gran etapa del igualitarismo y de la contratación permanente y dominado por el tema de la adecuación salarial automática y por el peso de los automatismos salariales.

Las problemáticas que emergen de esta reactivación de la actividad contractual se pueden visualizar, fundamentalmente, en dos áreas: el tema salarial y el tema de la racionalización del sistema contractual.

a) El tema salarial tiene sus orígenes en el crecimiento de las expectativas y en el reclamo de redistribución de las utilidades en favor de los trabajadores (y, por lo tanto, de ganancia a salario) para que éstos participaran de los beneficios del crecimiento de la productividad del trabajo y rentabilidad de las empresas. Se trata, por lo tanto, de un efecto fisiológico, al que se agrega y acompaña el efecto de arrastre del sector público, por la brecha de las expectativas y de las reivindicaciones salariales llevadas adelante en el sector garantizado, con respecto al sector expuesto a la competencia.

En todo caso, la demanda de aumentos salariales plantea el problema de la relación salario-organización del trabajo no sólo bajo el perfil de la productividad, sino también de las diferenciaciones ligadas a la profesionalidad, por un lado y, por otro, de las diferenciaciones salariales entre

* Jefe, Sección de la Legislación del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

sectores fuertes y sectores débiles y también entre pequeñas y grandes empresas.

b) El tema de la racionalización está ligado al reacomodo del sistema contractual.

No sólo tres niveles -y por lo tanto tres sujetos- de contratación colectiva necesitan una coordinación, sino que, sobre todo, hay un difuso pedido de gobernabilidad -por lo tanto, de certeza de las relaciones industriales: por parte de las empresas, el pedido de certeza concierne sobre todo al costo del trabajo; pero también por parte de los trabajadores y del sindicato hay un pedido de certeza dirigido tanto a satisfacer la solicitud de modificación de la remuneración de las distintas figuras sociales y profesionales en el mercado de trabajo (reaccionando en particular ante la fragmentación e introduciendo reglas aptas para la valorización de la profesionalidad y para la estabilización de los correspondientes status), como a satisfacer la solicitud de participación, no sólo en la utilidad producida, sino también en el poder de la empresa: las opciones económicas, las decisiones sobre la ocupación y la organización del trabajo, los procesos de reestructuración productiva y de innovación tecnológica. Este reclamo de participación no puede ser satisfecho sólo a través del conflicto -o sea el mero choque- sino, mejor aún, necesita de la transformación del conflicto en "poder" y, por lo tanto, de la fijación de reglas para garantizar el ejercicio.

De ahí la exigencia de la definición de los niveles de competencia y de los sujetos de la actividad contractual y, además, de verificar la misma actitud del sindicato a representar -se entiende en el ámbito de la más amplia solidaridad colectiva de la categoría o de la clase de los trabajadores dependientes- los intereses específicos y, por lo tanto, también diferenciados, de los distintos grupos productivos y/o profesionales de trabajadores. Ambos temas, a. y b., están íntimamente ligados; en efecto, aún en el terreno de las reivindicaciones económicas se expresa una fuerte demanda de participación en los resultados y, por ende, indirectamente en los asuntos de la empresa.

2. Con la expresión de valor descriptivo "contratación participativa", nos queremos referir no a la participación del sindicato en la formación de las decisiones empresariales o cogestión, sino a la integración del sindicato, a través de procedimientos de negociación y de consulta o aún de administración conjunta, en los procesos de puesta en acto de las decisiones políticas y empresariales.

Esto incluye, por lo tanto, una vasta y variada tipología de acuerdos colectivos, caracterizados según los casos:

a) por la presencia, en calidad de parte del intercambio negociador, de un sujeto público que pone a disposición sus propios recursos en

materia de política económica, fiscal, social (los llamados acuerdos triangulares o de concertación).

b) por finalidades participativas realizadas a través de la inserción del sindicato -o de otros organismos representativos de los trabajadores- en organismos o instituciones de composición mixta, con función de gestión, consultiva, de control, conciliativa, arbitral (participación orgánica);

c) por finalidades participativas realizadas a través de la inserción del sindicato en procedimientos de negociación o consulta (participación de procedimientos: acuerdos-marco o generales que remiten a ulteriores niveles de negociación; códigos de comportamiento de naturaleza contractual; procedimientos de información y consulta);

d) por el involucramiento sindical en los objetivos de la empresa, a través de un modelo de contratación administrativa que, con respecto a la contratación adquisitiva del pasado decenio -resultante, por lo menos tendencialmente, de la confrontación entre las capacidades de lucha del movimiento sindical y la capacidad de resistencia de las contrapartes- se caracteriza, en cambio, por la aceptación por parte del sindicato del terreno de discusión planteado por las compatibilidades de empresa y por las transacciones que las partes logran, de esta manera, realizar.

Bajo el perfil del contenido se pueden, por lo tanto, incluir, a título de ejemplo, (sub a) - los acuerdos entre el gobierno y las partes sociales en materia de política de las utilidades y de política de la ocupación; (sub b) - la institución, por vía contractual, de organismos mixtos paritarios, como comités consultivos sobre las políticas industriales y las innovaciones tecnológicas, comisiones para el control de las calificaciones, comisiones conciliadoras, etc.; (sub c) - la institución de procedimientos de información y consulta periódica; (sub d) - los acuerdos de racionalización/reestructuración, los acuerdos tecnológicos, los acuerdos de solidaridad, los acuerdos en materia de flexibilidad en la utilización de la fuerza de trabajo, los acuerdos de productividad y de flexibilidad del salario, etc.

3. Una vez que quedó, por lo menos temporariamente, en la sombra, la idea gufa -en verdad bastante rígida y abstracta- de una concertación trilateral tendencialmente omnicompreensiva y centralizada y, además, basada en el rol activo y preponderante del gobierno, el análisis se dirigió, entonces, a considerar las experiencias concretas de "contratación participativa".

Dichas experiencias se desarrollan en el período sucesivo al acuerdo tripartito del 23 de enero de 1983, en el cual la suspensión temporal -por 15 meses- de la contratación empresarial, estaba acompañada por importantes compromisos en cuanto a la racionalización del sistema contractual (entre los cuales es ejemplar la cláusula relacionada con la

llamada "no repetibilidad de la negociación", tendiente a evitar la superposición de los niveles y de los agentes de la negociación sobre la misma materia) y por la indicación de líneas-guía para la dinámica salarial y del costo del trabajo. En dicho contexto, las etapas más importantes de la contratación participativa están representadas por el encuentro contractual inmediatamente posterior al acuerdo tripartito de enero de 1983, por la contratación a nivel de empresa (o de grupo) del período posterior y, finalmente, por las últimas renovaciones 1986-1987 de la contratación nacional de categoría.

4. Los sectores considerados en el presente análisis conciernen a la industria -metalmecánica pública y privada, textil, química pública y privada, alimenticia- pero también a algunos sectores significativos en el área de los servicios: gran distribución, telecomunicaciones (Sip-Italcable), carreteras, transporte aéreo. Fueron examinados, además, en modo específico, algunos acuerdos -nos referimos por ejemplo al llamado protocolo Iri- que pueden ser considerados como indicadores de la tendencia hacia la contratación participativa. En efecto, la tendencia a la reactivación de la contratación colectiva de tipo bilateral se insertó en una tendencia más amplia hacia la cooperación, no sólo entre las partes sociales (por ejemplo el acuerdo interconfederado del 8 de mayo de 1986 y el acuerdo posterior de diciembre de 1988 en cuanto al contrato de formación y trabajo), sino también con los poderes públicos aún bajo formas implícitas (véase la intervención legislativa de 1985 sobre el reordenamiento de la adecuación salarial automática en la que básicamente se acogió un acuerdo informal para extender al sector privado el sistema previsto para el empleo público) y ya no bajo forma de acuerdos explícitos. Esta tendencia coexiste con aquella a la "rereglamentación" de las relaciones industriales sobre bases autónomas y consensuales. Excluyendo el hecho de que en el período considerado han tenido una difusión particular formas avanzadas de individualización o desreglamentación total de las relaciones de trabajo, se registra -junto con la extensión de los contenidos de la contratación colectiva- una tendencia, bastante difundida, hacia la racionalización de la propia contratación colectiva y de la acción sindical.

El protocolo Iri constituye un momento significativo de la "rereglamentación" de las relaciones industriales en el sector de las empresas públicas. Pero también el acuerdo interconfederado del 8 de mayo de 1986 se coloca en el sector privado en una perspectiva apreciable en términos de compromisos programáticos -y, por lo tanto, básicamente de vínculos a la acción contractual futura- en materia de dinámica salarial, de productividad y utilización de las instalaciones, de flexibilidad de la prestación y de los horarios de trabajo.

En definitiva, en lo que respecta a la estructura contractual, la "rereglamentación" parece tender a un modelo de relaciones industriales bipolar -o sea, basado en la coexistencia entre contrato colectivo de categoría o, para algunas materias, acuerdo interconfederado y contrato colectivo de empresa-, pero al mismo tiempo coordinado en las competencias por materia y en los tiempos de desarrollo de la negociación.

El análisis de los acuerdos de empresas evidencia cómo, en la praxis, se puede encontrar una adecuación de la contratación a un modelo de coordinación implícito o aún sólo temporal (a través de la fijación previa de períodos -por ejemplo 18 meses- para la contratación suplementaria) entre dos niveles de negociación; en particular, parece emerger un rol suplementario y especializado del nivel descentrado de contratación, al que corresponde una reglamentación flexible a nivel nacional de categoría.

Una segunda veta contractual -presente en todos los sectores considerados- concierne a la extensión de las formas de "participación" del sindicato hacia las opciones empresariales que se manifiestan a nivel de empresa o de grupo.

Usualmente, se remiten a esta veta principalmente los protocolos de acuerdo (Iri, Efim, Gepi, Eni) sobre las nuevas relaciones industriales. Pero tampoco faltan en el sector privado indicaciones significativas en la misma dirección.

Elementos similares emergen no sólo de los contratos de categoría estipulados en el encuentro 1986-1987, sino también de la contratación descentrada. En muchos casos, no sólo los acuerdos a nivel de empresa son el resultado de entendimientos alcanzados sobre la base de los escenarios obtenidos de las informaciones proporcionadas por las empresas, aplicando los procedimientos previstos por los contratos de categoría; no es raro, además, que en los mismos acuerdos de empresas esté presente la tendencia a enriquecer y perfeccionar luego el sistema informativo, previendo desarrollos del mismo en determinadas materias y, además, a introducir organismos mixtos de cooperación entre empresas y representaciones sindicales.

5. En el ámbito del modelo participativo, las distinciones conciernen al grado de formalización e institucionalización del mismo en los varios sectores. Así, por ejemplo, algunos sectores públicos (Sip y químicos Eni) se mueven decididamente por el camino de la integración entre información y negociación de los cambios organizativos y de la calidad profesional del trabajo, evolucionando hacia formas de contratación continua.

De todas maneras, ha trascendido los límites de las empresas públicas la tendencia a prever organismos ad hoc -denominados y estructurados de distintas maneras- como destinatarios de las informaciones y con

competencias que van desde la elaboración de las informaciones mismas para poner a disposición de las partes contractuales (es el caso del "banco de datos sobre las nuevas tecnologías" en el Contrato Colectivo Nacional de Trabajo para la industria metalmeccánica privada) hasta un verdadero poder consultivo (como los comités del protocolo Iri). Pero se pueden recordar otros institutos bilaterales del mismo tipo: desde los observadores comunes sobre el mercado de trabajo, a las comisiones paritarias sobre las clasificaciones profesionales, previstas por varios contratos de categoría. Por lo menos, algunas de estas soluciones contractuales también son apreciables -además de como momento de perfeccionamiento del sistema participativo- como indicador de una tendencia a un mínimo de especialización dentro de la representación de los trabajadores.

No puede decirse que se hayan presentado opciones tendientes a duplicar el "canal" de representación.

Sin embargo, fue posible constatar cómo una previsión de prerrogativas participativas más amplia y articulada, va acompañada de una articulación de la representación, como justamente se da a través de la institución de los organismos comunes recordados anteriormente (aún cuando, en aquellos lugares donde se verifica una diferenciación del organismo insertado en el sistema participativo, el sindicato ha tendido a concebir su presencia en éste como estrictamente dirigida a sostener la acción de la estructura sindical tradicional: consejos de fábrica o de los delegados). El rendimiento de los sistemas participativos, en términos de racionalización del conflicto, además de multiplicación de los niveles de encuentro y de cooperación entre las partes, es -por lo menos a juzgar por las disciplinas sustanciales dadas a algunos institutos característicos de la relación y de la organización del trabajo-, indudablemente, bueno.

En particular, las verificaciones efectuadas con respecto a la contratación empresarial, contribuyen a confirmar que ésta fue capaz de renovarse profundamente, pasando de la reglamentación de la rigidez a la reglamentación de la flexibilidad en el empleo del factor trabajo.

En efecto, justamente la especialización y la flexibilización de los procesos productivos, está en el origen de la solicitud del consenso sindical como recurso para la gestión, como alternativa a los tradicionales sistemas unilaterales (contratación individual) basados en la exclusión del sindicato de los nuevos sistemas participativos de control de la fuerza de trabajo y de la retribución. En muchas situaciones en las empresas, significativos ajustes de los ordenamientos productivos y organizativos pasaron a través de la contratación de la empresa; por eso, puede decirse que el mejoramiento de los equilibrios en las empresas no se produjo contra las relaciones sindicales empresariales, sino también gracias a las mismas.

6. En el ámbito de los estudios de relaciones industriales -que en los últimos años se concentraron preponderantemente en el análisis de los acuerdos centralizados de concertación social, presentándolos como la respuesta más innovativa dada a los problemas de la crisis económica- los análisis realizados evidencian que también, a nivel descentrado, se llevó a cabo una fuerte innovación. Las innovaciones conciernen, en primer lugar, a las mismas características formales -pero con evidentes efectos prácticos- de la contratación descentrada.

Se trata, en efecto, de una contratación en la cual el aspecto preceptivo es redimensionado en favor del aspecto referido al procedimiento: los acuerdos contienen, más que normas de orden vincular bajo el perfil sustancial, cláusulas de fin que fijan objetivos a lograr y prevén acciones tendientes a esto, introduciendo, en definitiva, elementos de procedimentalización de la actividad del mismo poder contractual (por ejemplo, a través de la previsión de términos temporales o la institución de órganos mixtos). Bajo este último perfil, deben ser consideradas, en particular, las "premisas" que habitualmente abren los acuerdos descentrados examinados.

Se está ante enunciados en los que las partes declaran convenir sobre una serie de objetivos de empresa -y, por lo tanto, sobre los consiguientes procesos- hacia los cuales dirigir la organización de la empresa y los ordenamientos normativos de las relaciones de trabajo.

En términos inmediatamente preceptivos, tales "premisas" tienen un valor escaso y hasta nulo.

Pero no por esta circunstancia deben ser consideradas carentes de interés.

En particular, no parece que se pueda interpretar la disponibilidad del sindicato a convenir sobre los mencionados objetivos, como una estrategia tendiente a facilitar la conclusión de los acuerdos, sin que esto haya sido acompañado por un convencimiento efectivo.

Se puede, en efecto, suponer que el sindicato -habiendo experimentado los efectos negativos, aún para sus representantes, de las situaciones de crisis o reestructuración empresarial- ha evaluado positivamente la previsión de objetivos que permitan la salida o, por lo menos, el alejamiento de semejantes situaciones.

En dicha perspectiva, las "premisas" en cuestión pueden ser vistas, por un lado, como una suerte de consenso preventivo-aunque sea de principio- en orden a opciones que las empresas se reservan llevar a cabo y, por el otro, como el cuadro general dentro del cual colocar las disciplinas dictadas por los acuerdos mismos en sus partes sucesivas.

7. Esta clave de lectura encuentra confirmación particularmente en los resultados que emergen de cada relación, en lo que concierne a los

contenidos de la contratación descentrada en materias como el horario de trabajo y el salario.

Las reivindicaciones sobre el horario han representado en los últimos años, un tema cargado de significados aún ideológicos: prospectado por la parte sindical como una palanca a utilizar para incidir profundamente sobre los comportamientos de las empresas bajo el perfil ocupacional y, por la parte empresarial, mirado con sospecha como causa de una posible alteración de los equilibrios empresariales. Pues bien, la investigación documenta ampliamente cómo, a partir del acuerdo del 22 de enero de 1983, el horario y los regímenes de horario representaron un terreno de intenso intercambio entre las partes, con un amplio reconocimiento de las exigencias de las empresas.

La flexibilidad prevista -con retoques a las normativas sobre las horas extra y la articulación del horario- se propuso sobre todo, responder a la necesidad de las empresas de adecuar sus actividades a la marcha del mercado. Este es el caso de las difundidas experiencias de combinación entre la reducción del horario y la llamada flexibilización de la duración de la prestación, aún en las formas del trabajo part-time y de los turnos, vastamente adoptadas a nivel empresarial, con el fin de favorecer la utilización óptima de las instalaciones: a través de la fijación de límites elásticos al trabajo extra y la administración flexible de las pausas (permisos, vacaciones, suspensiones de la actividad), hasta la determinación de horarios promedio plurisemanales.

La misma práctica de la negociación de los "calendarios anuales", si bien ha permitido al sindicato alcanzar objetivos ocupacionales propios, se revela como posibilidad ofrecida a las empresas de programar con anticipación el ritmo de sus actividades, según las exigencias advertidas, tanto bajo el perfil de una mejor organización interna, como de la adaptación a los flujos del mercado.

No resulta menos significativa la evolución que se registró en materia salarial.

Siendo el objetivo salarial de naturaleza típicamente reivindicativa, resulta muy significativo que en la contratación descentrada analizada -y no sólo en ésta- se haya cumplido un esfuerzo para definir, también en el terreno salarial, soluciones de conveniencia recíproca. Se alude a la previsión de términos salariales variables, ligados a parámetros empresariales, tales como la productividad, la cantidad y/o la calidad del producto, la facturación o el margen operativo bruto y cosas semejantes. No se trata sólo de mecanismos salariales de tipo más tradicional -como el trabajo a destajo y los premios colectivos de producción- tendientes a incentivar el rendimiento de los trabajadores, sino también de formas de salario variable, ligadas al logro de objetivos de eficiencia empresarial o también de retributividad de la empresa o de racionalización y reorga-

nización del trabajo en el marco de programas de innovación tecnológica y reestructuración productiva (los incrementos salariales pueden ir acompañados de previsión de formas de movilidad concordada y de recalificación de la mano de obra).

Con el objeto de incentivar el interés de los trabajadores en la marcha de las empresas, la introducción de estas fórmulas retributivas fue, por sí misma, un factor de fortalecimiento de la cooperación y de la misma institucionalización de las relaciones entre las empresas y el sindicato (frecuentemente, a través de la previsión de organismos mixtos, cuya tarea era verificar los parámetros a los que fue ligada la retribución).

En una análoga perspectiva, pueden también ser leídos otros resultados de la contratación colectiva examinada durante este estudio.

Téngase presente la experiencia de los "círculos de calidad" que se registra en algunos sectores (alimentario y químico) y grupos empresariales; la tendencia a valorizar la formación profesional como instrumento para adaptar el factor trabajo a los cambios organizativos y tecnológicos; el modo mismo de enfrentar los problemas del ambiente de trabajo que -por lo menos en algunos acuerdos- también son vistos en términos de cooperación entre las empresas y los sindicatos (y ya no de contraposición antagónica, según los esquemas predominantes en la primera mitad de la década de los Setenta).

Aún cuando no resulta particularmente relevante la producción contractual en materia de encuadre profesional (y esto parece confirmar la buena capacidad de adaptación de los sistemas de encuadre vigentes), el análisis realizado evidencia un significativo impulso hacia la revisión de algunos aspectos de los actuales niveles y perfiles profesionales, para tomar las clasificaciones-encuadre más sensibles a las modificaciones organizativas que se están produciendo.

8. Surge, además, una pregunta: ¿En la fase de incertidumbres que las relaciones industriales parecen actualmente atravesar, sobre todo a causa de las evidentes dificultades del sindicato para mantener la efectiva representatividad de los distintos grupos de trabajadores, las fórmulas participativas-cooperativas tienen la posibilidad de ofrecer -oportunamente perfeccionadas- una perspectiva de evolución futura de las relaciones industriales? La respuesta -aún sobre la base de las indicaciones provenientes del análisis- puede ser cautelosamente positiva.

Debe destacarse sobre todo, al respecto, la circunstancia de que -como confirmación de una difundida madurez- la contratación descentrada no fue en absoluto un mero reflejo de las experiencias concertativas practicadas en el nivel central, al punto de que las superó en cuanto a los resultados relevantes justamente bajo el perfil de la participación y de la cooperación.

No obstante, con esto no hay que excluir -y de allí probablemente surgen las mencionadas incertidumbres- que todavía se debe recorrer una distancia bastante grande en el camino de la contratación cooperativa, con el fin de reubicar sus contenidos sustanciales y de procedimiento y los objetivos de participación, en contextos económicos y, por lo tanto, empresariales, distintos de aquéllos de los años inmediatamente anteriores. Es indudable, en efecto, que el contexto de la crisis, sobre todo bajo el perfil ocupacional, ha condicionado en una medida hasta aquí excesiva las fórmulas participativas, anclándolas. Y, por lo mismo, limitándolas a los procesos de reducción del trabajo y de la ocupación; la contratación llamada "conexiva" y gestional de dichos procesos fue, de esta manera, el canal para la intervención del sindicato en el control de la flexibilidad, sobre todo numérica o externa, de la ocupación y del trabajo y para la institución y la puesta a punto de instrumentos de consulta y negociación participativa idóneos.

Además, en el actual contexto expansivo de las inversiones de la racionalización productiva, caracterizada por la innovación tecnológica y por el desarrollo de los nuevos sectores productivos y de servicios (por ejemplo, la telecomunicación), las fórmulas participativas y el método de la contratación cooperativa ven acrecentado su valor: aún cuando las tradicionales problemáticas ocupacionales de tipo cuantitativo (niveles y movilidad de la mano de obra) ven decrecer su importancia, mientras adquieren un peso creciente los temas ligados a la flexibilidad llamada interna o funcional del trabajo: horario y calidad profesional de la prestación, productividad y utilización óptima de las instalaciones. El sindicato -y con él las empresas-, está, en efecto, frente a la alternativa entre la cooperación para una gestión bilateral, aún a nivel microcolectivo, de estos procesos, y una gestión individualizadora delegada a las empresas, pero acompañada del uso del poder contractual de reivindicación o hasta de veto de las representaciones de los trabajadores en las empresas.

En semejante contexto, es necesario saber encontrar nuevas razones de conveniencia recíproca para continuar en el camino emprendido de la contratación cooperativa: la internacionalización de la economía, la creciente introducción de las nuevas tecnologías, el cambio progresivo de la calidad socio-cultural de la fuerza de trabajo, requieren una consolidación y un posterior desarrollo de las tendencias más innovadoras, que emerjan a nivel de empresa y de sector.

La misma reflexión teórica en los modelos y su comparación, tiende a poner en evidencia, cómo la estrategia de los actores se plantea como factor relativamente autónomo en la determinación de los ordenamientos concretos de relaciones industriales. Esto aumenta la responsabilidad de los actores -sindicato, empresas, poderes públicos- llamándolos a ulteriores y comprometedoras tareas de experimentación y de innovación en

el terreno de la reglamentación conjunta de los procesos de racionalización y transformación de la organización productiva y del mercado de trabajo y no sólo de las condiciones de trabajo: acuerdos de productividad y de racionalización, políticas de la organización y del horario de trabajo, contratos de gestión.

Se trata de una meta obligada, pero no necesariamente alcanzable y, por lo tanto, de un desafío que podría perderse si los sujetos sindicales y empresariales se recostaran pasivamente en lo existente. En tal caso, en efecto, lejos de promover la evolución definitiva del sistema de relaciones industriales hacia fórmulas de participación contratadas, se favorecería su regresión hacia formas de contratación reivindicativas y de conflictualidad corporativa.

La tutela del trabajador contra el despido ilegítimo en el sector privado en C.A.

Bernardo Van der Laat Echeverría*

1. Introducción. 2. La terminación de la relación laboral. 2.1. Terminación sin responsabilidad para ninguna de las partes. 2.2. Terminación sin responsabilidad para el trabajador por causas no imputables al empleador. 3. La terminación de la relación laboral, continuación: El despido. 3.1. El despido legítimo. 3.1.1. Causas justas y falta grave. 3.1.2. Las faltas graves del trabajador tipificadas en la legislación de los seis países. 3.2.1. Las faltas graves del empleador tipificadas en la legislación de los seis países. 3.2.2. Despido ilegítimo por incumplimiento de formalidades. 4. La protección contra el despido ilegítimo. 4.1. La estabilidad. 4.2. La estabilidad temporal. 4.2.1. Situaciones propias del trabajador. 4.3. Uso restrictivo de los contratos a plazo fijo. 4.4. Imposibilidad material de dar por terminado un contrato de trabajo aún con causa justa. 5. Consecuencias del despido ilegítimo. 5.1. Cuando hay estabilidad. 5.2. Cuando no hay estabilidad. 5.3. Otros pagos con ocasión de la terminación de la relación laboral. 5.4. Daño moral. 5.5. Protección de las indemnizaciones derivadas de un despido. 5.6. Prescripción. 7. Consideraciones finales.

1. Se encuentran en la doctrina muchos planteamientos respecto de lo que debe entenderse como despido justo o despido legítimo, pero no sucede igual respecto del que resulta injustificado ilegítimo. Estos vendrían a ser el que no es legítimo o el que no es justificado. Por este motivo hemos debido hacer en primer lugar el análisis de lo que es legítimo, el estudio del despido legítimo, para tener luego el marco de referencia adecuado que nos permitirá determinar qué es lo ilegítimo.

No obstante la ayuda recibida de algunos colegas siempre queda duda, a quien emprende el análisis de legislaciones y prácticas nacionales que no son la suya, sobre el verdadero alcance y la forma de aplicación de una

* Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (ver notas)

determinada disposición pues como ha sido destacado tanto por Plá¹ y por Barbagelata² es muy usual en nuestro continente la existencia de códigos o leyes técnicamente muy elaborados en su contenido y desarrollo pero que después no se cumplen, fenómeno que ha sido identificado por Plá como la "crisis de autenticidad" del derecho del trabajo latinoamericano³ o en lo que Córdoba, citando a Efrén Borrajo y a Mario Grandi, llama el espejismo normativo o la ilusión normativa, sea el fenómeno de creer que la inclusión de una norma en el ordenamiento de un país equivale a su aceptación social⁴.

Por dificultades prácticas en la obtención de la información necesaria, pero también por la certeza de que en donde se generan problemas en el ámbito del despido es en el sector privado, el presente estudio se ha limitado a ese sector, y por lo tanto, no ha incursionado en el estudio de cuál es la situación en el empleo público.

Dada la índole del Congreso consideré oportuno fundamentar mi ponencia solamente en la doctrina latinoamericana.

2. Como ha sido señalado por Giglio⁶, en una afirmación relativa a la doctrina brasileña, pero que creemos que tiene validez más amplia, la terminología sobre la terminación de la relación de trabajo no se ha consolidado y señala que se utilizan expresiones como cesación del contrato de trabajo, resolución, rescisión, caducidad, resiliación, revocación, extinción, terminación, término⁷. En la doctrina centroamericana Rodríguez⁸ distingue entre rescisión, o sea, "la disolución de la relación de trabajo efectuado por uno de sus sujetos cuando el otro incumple gravemente sus obligaciones" y "terminación que es una forma de finalización natural del contrato de trabajo que rompe automáticamente el vínculo laboral"⁹. Sin embargo, como él mismo admite, en relación con el caso de Honduras¹⁰, la legislación utiliza indistintamente la palabra terminación para referirse a todas las formas de conclusión del contrato de trabajo. Lo observado también tiene validez respecto de las legislaciones de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Panamá^{**}. Coincide lo anterior con la acepción que le ha dado Plá^{10 bis} a ese vocablo.

La terminación de la relación laboral puede ocurrir sin responsabilidad para ninguna de las partes. Puede terminar con responsabilidad, sea por hechos no imputables a las partes o a una de ellas o por hechos imputables a ellas como el despido ilegítimo sea directo o indirecto.

2.1. Las legislaciones de los países objeto de estudio tipifican una serie de hechos que producen la terminación del contrato de trabajo sin responsabilidad para ninguna de las partes. Así tenemos el cumplimiento del plazo o la realización de la obra en Costa Rica, El Salvador,

Guatemala y Nicaragua; las causas expresamente estipuladas en el contrato en los casos de Costa Rica, Guatemala y Honduras, aunque en el caso de Guatemala se aclara que son las causas legales y en el caso de Honduras de que no fueren contrarias a la ley; el mutuo consentimiento en Costa Rica, El Salvador, Honduras y Guatemala; la muerte del trabajador, la incapacidad física o mental de éste que haga imposible el cumplimiento del contrato, la enfermedad, el caso fortuito y la fuerza mayor; la pérdida de confianza cuando se desempeña un puesto de vigilancia, fiscalización o decisión en Honduras.

2.2. Las causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y por lo tanto, con derecho a percibir las indemnizaciones correspondientes son las siguientes: la muerte del trabajador en Costa Rica, Guatemala y Nicaragua; el cumplimiento de obligaciones legales como el servicio militar en Costa Rica¹¹; la fuerza mayor o caso fortuito en Costa Rica, Guatemala y Nicaragua; la insolvencia concurso o quiebra en Costa Rica, y Guatemala; la incapacidad o muerte del patrono en Costa Rica, Guatemala y Nicaragua.

3. Siguiendo a Plá consideramos al despido como "toda forma de terminación imputable al empleador"¹². Es importante tener presente la observación que hace el referido autor que en Chile, República Dominicana y Ecuador tiene un sentido más restringido pues se configura por la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador debido a falta grave imputable al trabajador. Y llaman deshaucio a la terminación unilateral del contrato decidido por el empleador sin obligación de indicar causa pero con obligación de dar preaviso¹³.

Examinaremos en las legislaciones que nos ocupan, el despido legítimo y el ilegítimo.

3.1. Es necesario, aunque sea en forma breve, hacer una referencia a la cuestión terminológica pues, como bien ha sido señalado, "lo semántico incluye por lo general lo jurídico"¹⁴. Costa Rica, Guatemala y Nicaragua utilizan la terminología de causas justas como sinónimo de falta grave, lo que no hace la legislación de El Salvador que únicamente hace referencia a "las siguientes causas" (Art. 50 y 53). En Panamá se habla de causa justificada pero es una noción que tiene un sentido más amplio que el de causa justa de las legislaciones referidas, toda vez que comprende las de carácter disciplinario y también aquellas de naturaleza no imputable al trabajador y las de tipo económico, siguiendo en este sentido la recomendación número 119 de la Organización Internacional del Trabajo, pues como lo señala Von Potobsky el término "causa justificada" debe entenderse en el sentido de motivo válido¹⁵. Igual observación

es válida en relación con el convenio 158 que, en su artículo cuarto mantiene ese término.

3.1.1. La determinación de los motivos que pueden justificar un despido adquiere relevancia en función de la protección contra esta forma de terminación de la relación laboral pues en el tanto sea mayor el ámbito de las causas justas menor será el de aplicación de la protección, o en su caso, del derecho a la estabilidad ¹⁶. La importancia que tiene la causa justa lleva a que en los ordenamientos se adopten requisitos especiales en su tipificación, como el que sea determinada por ley lo que ha sido llamado como el principio de la legalidad ¹⁷. En Panamá dicho principio está reconocido por mandato constitucional, pues como señala Murgas, el artículo 70 de la Constitución Política indica que la ley establecerá las causas justas por lo que no es posible pactar otras en forma individual o colectiva ¹⁸. No obstante lo expuesto el principio encuentra un límite en los casos de las legislaciones que tienen un sistema enunciativo de las causas justas pues ha sido sostenido por Carro Zúñiga ¹⁹, que si bien en principio "resulta legalmente inaceptable el que se creen nuevas causas de despido injustificado en los contratos de trabajo o en los reglamentos internos, es posible incluir causas diferentes a las expresamente estipuladas en la ley en el tanto reúnan la condición de falta grave", lo que corresponderá hacer obviamente al juzgador.

No obstante lo señalado, es posible determinar en América Latina, ejemplos del llamado sistema convencional esto es, legislación en la que se permite considerar como falta cualquier violación grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas ²⁰.

Por lo expuesto resultan de interés los criterios que señala la doctrina para la calificación de grave respecto de un hecho como justificativo del despido. Así, Carro ²¹ nos dice que la causa de despido para que sea justa "debe de ser de entidad notable y suficiente, capaz de generar en equitativo equilibrio y correspondencia, el serio acto potestativo de desvinculación unilateral del empleador", y agrega que son muchos los factores objetivos y subjetivos que inciden en la calificación señalando que entre ellos tienen que tomarse en cuenta los siguientes: "el tipo de contrato de trabajo, la índole del cargo, la jerarquía y el deber de lealtad del empleado, la especialidad laboral y el uso de ciertas clases de materias primas, el grado de confianza, orden y moralidad, y las razones de disciplina y obediencia que demanden las funciones; el acatamiento a disposiciones legales inherentes a éstas; el riesgo en potencia, no necesariamente efectivo, que pueda llegar a lesionar el prestigio, la seriedad o la solvencia moral de la empresa, para no citar el económico; la antigüedad en la prestación de los servicios; los antecedentes disciplinarios del empleado, etcétera" ²².

La falta grave, según la definición de Pasco, sería "el incumplimiento contractual imputable al trabajador, a tal punto grave que no permite la continuación de la relación laboral" ²³ aclarando que la gravedad puede provenir de la naturaleza intrínseca del hecho o de una reiteración de la infracción.

Los dos sistemas utilizados en la determinación de las causas justas de despido en las legislaciones examinadas son el taxativo y el enumerativo-ejemplificado o mixto ²⁴.

El taxativo es el que utiliza la legislación panameña en la cual se establecen un número cerrado de causas justas de despido.

El sistema mixto lo utilizan las legislaciones de Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua. Se caracteriza por incluir un determinado número de incisos que tipifican una o varias causas justas de despido en un determinado artículo, así 11 en Costa Rica y Honduras, 8 en Nicaragua y 19 en el Salvador, y usualmente agregan al cierre de ese artículo una disposición general indicando que se considerará causa justa de despido cualquier otra falta grave del trabajador (Costa Rica) encontrando algunos matices en relación con esta disposición como es el caso de El Salvador que la refiere a las obligaciones o prohibiciones emanadas de las fuentes del derecho laboral o de Honduras que las refiere a las obligaciones o prohibiciones que tiene el trabajador o ampliando también a cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos siempre que en la aplicación de esa sanción se observe el respectivo procedimiento reglamentario o convencional. Observamos en la legislación Hondureña en realidad un sistema mixto-convencional.

3.1.2. Una clasificación de las causas justas tipificadas en las legislaciones de los seis países examinados, resulta sumamente compleja así que intentaremos sistematizarlas, en la siguiente forma.

a) *Los actos delictivos y los inmorales.* Son de las faltas graves que reúnen mayor unanimidad en la legislación del área. Así, la conducta inmoral está contemplada en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, y Panamá. La injuria, calumnia o vías de hecho contra el patrono o contra compañeros de trabajos si altera la buena marcha de las labores, en Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Los daños a máquinas, herramientas, materias primas y productos en Costa Rica, Guatemala, Honduras y Panamá. Los delitos o faltas contra la propiedad en perjuicio del patrono en Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Panamá, y también en Guatemala que lo extiende a la concreción de esos hechos contra compañeros o terceros.

b) *Actos contrarios a la disciplina e incumplimiento de deberes.* El incumplimiento del deber de asistencia: las ausencias: dos consecutivas o tres alternas en un mismo mes en Costa Rica, El Salvador y Honduras; dos consecutivas o seis medios días en Guatemala, tres días en Nicaragua; y dos lunes en un mes, seis lunes en un año o tres días consecutivos o alternos en un mes en Panamá.

La desobediencia de órdenes dictadas para prevenir accidentes o enfermedades laborales en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá. La desobediencia a órdenes para el logro de mayor eficiencia y rendimiento en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá. El abandono del trabajo, en horas laborables, en el caso de Nicaragua; y cuando ha habido reincidencia en los casos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá. El trabajar en estado de embriaguez o en condiciones análogas en El Salvador y esa misma conducta, cuando ha mediado reincidencia, en Costa Rica, Guatemala y Panamá. El uso de útiles y herramientas para fines distintos de los que les fueron entregados, cuando ha habido reincidencia, en Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá. La portación de armas cuando ha habido reincidencia en tal conducta en Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá. Los actos de irrespeto contra el patrono, un jefe o sus parientes en El Salvador. Actos que perturben el orden en El Salvador. La no presentación en la fecha convenida a iniciar las labores o reiniciar las labores en El Salvador.

c) *Actos contra la buena fe.* Así, la revelación de secretos en los casos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. El haber inducido en error al patrono, al celebrar el contrato, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee o presentando referencias o atestados personales, cuya falsedad luego se compruebe: Costa Rica, Guatemala, Honduras y Panamá; en el caso de Honduras se extiende a la situación en que quien haya inducido al error o presentado los atestados falsos haya sido el sindicato.

d) *La imprudencia o negligencia.* La imprudencia o descuido que comprometa la seguridad en los casos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Panamá. La negligencia o impericia manifiesta en los casos de Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua. Poner en grave peligro, por malicia o negligencia grave, la seguridad de los edificios, maquinaria, materias primas sobre instalaciones y demás objetos relacionados con el trabajo en El Salvador y Panamá.

e) *Por hechos ajenos a la relación laboral.* La prisión por sentencia ejecutoriada en los casos de Costa Rica, Guatemala, Honduras y Panamá. La enfermedad infecciosa o mental del trabajador en los casos de Honduras y Panamá.

También está contemplada la pérdida de confianza en el caso de El

Salvador aunque relacionada con el ejercicio de determinados cargos como son los de dirección, vigilancia, fiscalización u otros de igual importancia y responsabilidad; y queda a criterio del Juez la apreciación prudencial de los hechos que motivan la pérdida de confianza. Similar disposición está contemplada en la legislación de Honduras, en donde se prevee que, si la situación lo permite, esto es, que si no hay un motivo justificado para el despido, pueda el trabajador volver al puesto de escalafón anterior que no tenga el carácter de confianza. En Panamá también está prevista la pérdida de confianza como causal justa de terminación de la relación de trabajo.

f) *Otras faltas graves previstas en los Códigos* Se caracterizan todas las legislaciones referidas porque además de que existe un artículo específico en que el que se tipifican las causas justas de despido como lo indicamos en el párrafo anterior, es posible encontrar tipificadas otras sean estas generales o relacionadas con contratos especiales de trabajo.

i) *Casos generales.* El ejemplo típico de este caso es el de la huelga ilegal que está contemplado como una causa justa para rescindir el contrato de trabajo sin responsabilidad para el empleador, en varias de las legislaciones, así: Costa Rica, Panamá, Nicaragua, Honduras; en el caso El Salvador antes de proceder al despido, debe mediar una prevención hecha a los huelguistas para que se reincorporen a sus labores dentro del plazo que señala el tribunal que no podrá exceder de 5 días.

ii) *En contratos especiales de trabajo.*

Aparte de las causales generales que permiten al empleador dar por terminada la relación laboral sin responsabilidad de su parte, encontramos en las diferentes modalidades de contratos especiales de trabajo, causales específicas para algunos de esos tipos de contrato.

Respecto de los trabajadores domésticos, la falta notoria de respeto para las personas a las que se les deba en razón de su trabajo, en Costa Rica, Guatemala y Honduras, en donde se agrega también como causal la desidia del trabajador; asimismo el tener el trabajador malos hábitos o vicios que pongan en peligro el orden doméstico o alteren la condición moral del lugar o cometer graves actos de insubordinación o infidelidad contra el patrono o sus familiares.

Para los maestros y profesores: Una evaluación deficiente del profesor hecha con sistemas y reglamentos previamente aprobados es causal de despido en Panamá.

En cuanto a los agentes vendedores: La disminución importante y reiterada del volumen de las operaciones por circunstancias imputables al trabajador, en el caso de Panamá.

En el trabajo en auto-transportes: La negativa a efectuar el viaje contratado o su interrupción sin justa causa, en Panamá, o recibir carga y pasajeros fuera de los lugares señalados por la empresa para ese fin en Nicaragua y Honduras.

Trabajo en mar y las vías navegables: el retraso grave o la inasistencia a la hora de la salida, en Panamá; la insubordinación o desobediencia grave al capitán o al armador en Honduras y Panamá; la violación de las leyes de importación o exportación en el desempeño de sus servicios, en Guatemala y Panamá; el abandono de la guardia de la nave así como la falta de respeto a los pasajeros, en Guatemala y Honduras.

En el contrato de aprendizaje: la incapacidad manifiesta para el arte, profesión u oficio que pretende aprender el trabajador, en Guatemala y Nicaragua.

Respecto del trabajador ferrocarrilero: el recibir carga y pasajeros en lugar distinto al señalado, en Honduras.

g) *El período de prueba.* En todos los países de la región estudiada, con excepción de Nicaragua, encontramos el reconocimiento del período de prueba entendiéndose por tal, aquel durante el cual las partes, sin necesidad de justificar motivo, pueden dar por terminada la relación laboral sin responsabilidad alguna de su parte²⁵. Por eso lo hemos considerado como una posibilidad de despido legítimo. Sin embargo Murgas estima que no se trata de una causa justificada "pues una decisión puramente subjetiva del empleador nunca podría alcanzar esa categorización"²⁶.

La existencia del período de prueba, sobre todo en países en que se reconoce la estabilidad, provoca gran discusión precisamente porque se considera que su existencia puede ser incompatible con el de la estabilidad²⁷.

Su regulación presenta algunas diferencias que es necesario destacar. En El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá está expresamente reconocido, en tanto que en el caso de Costa Rica, su existencia se deriva de la interpretación de los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo que regulan el preaviso y el auxilio de cesantía, protección que comienza a operar a partir de la terminación del tercer mes.

En los casos de Costa Rica y Guatemala es implícito a todo contrato de trabajo en el tanto que, en El Salvador, Honduras y Panamá, tiene que ser pactado expresamente, aunque en este último país hay una excepción y es el caso del trabajo doméstico, contrato en el que se tiene tácitamente incorporado un período de prueba de dos semanas²⁸.

En realidad respecto del servicio doméstico la excepción es bastante generalizada sea porque se reconozca el período de prueba en casos en que normalmente no existe como ocurre en Nicaragua y donde conceden quince días o de países en los cuales este período es menor que el general indicado, así en Honduras quince días y de treinta días en Costa Rica y El Salvador. Otro caso de excepción es el del contrato de aprendizaje en Costa Rica ya que se reconoce un período menor de solo un mes.

Su duración varía, tres meses en Costa Rica y Panamá, sesenta días en

Honduras y treinta días en El Salvador; en el caso de Honduras se prevee que siempre que sea dentro del límite de sesenta días pueden producirse prórrogas.

Honduras y El Salvador establecen que si transcurrido un año se celebra un nuevo contrato entre las mismas partes, en éste no se podrá pactar período de prueba.

Después de Nicaragua, que no reconoce período de prueba, Panamá es el que tiene una regulación más restrictiva, toda vez que únicamente la permite en aquellos casos en que se requiera una habilidad o destreza. Sin embargo, dado que antes la ley calificaba que la habilidad o destreza debían ser "especial", tal modificación ha sido calificada por Murgas, como una regresión²⁹.

Puede existir duda si el período de prueba seda en los contratos a plazo fijo o por obra determinada. En Guatemala y Honduras, en forma expresa, y en Costa Rica en forma tácita, se limita el período de prueba a los contratos a plazo indefinido. En Panamá, según refiere Murgas,³⁰ los tribunales y las autoridades de trabajo reconocen que la cláusula del período probatorio puede incluirse en contratos por tiempo definido. Dado que en ese país el período de prueba puede ser hasta de tres meses nos interrogamos sobre los múltiples conflictos o dudas que pueden surgir en contratos a plazo fijo por obra determinada de plazos iguales o similares al período de prueba.

3.2. En cuanto al despido ilegítimo analizaremos tres supuestos, primero, el despido por iniciativa del empleador, segundo, la terminación de la relación laboral por iniciativa del trabajador y tercero el despido ilegítimo por incumplimiento de formalidades.

El despido del trabajador sin causa justificada es la manifestación más común del despido ilegítimo. Su importancia varía en función de que exista o no estabilidad en un determinado ordenamiento jurídico. Es por lo tanto, como veremos, amplia la posibilidad de despido ilegítimo en Costa Rica, El Salvador y Guatemala, y menor, limitada a los casos en que no se reconoce la estabilidad sea en Honduras, Nicaragua y Panamá.

Utilizando la terminología actual diremos que las legislaciones de Costa Rica, El Salvador y Guatemala son "flexibles" pues la estabilidad es una de las principales rigideces del mercado de trabajo según lo ha señalado Bronstein³¹. Costa Rica es la legislación que más claramente reconoce la posibilidad del despido "ad-nutun". En efecto, el artículo 85 del Código de Trabajo determina que el contrato de trabajo puede terminar sin responsabilidad para el trabajador y con derecho para éste de percibir las indemnizaciones derivadas del despido por "la propia voluntad del patrono". Es más se afirma que existe un derecho del empleador para despedir sin justa causa³². El fundamento de la afirmación es el

artículo 63 de la Constitución Política de 1949 que dice: "los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación". Con base en esa norma es que se alega que existe un derecho constitucional reconocido al empleador para despedir sin justificado motivo, argumento que se utiliza cada vez que se ha discutido un proyecto de fuero sindical y más recientemente, el reglamento sobre libertad sindical. Creemos que esa interpretación no es correcta. El artículo trata de establecer una protección a favor de los trabajadores despedidos injustificadamente. No está reconociendo en forma expresa como un derecho constitucional de los patronos el poder despedir sin fundamento.

También se tiene la posibilidad de despedir en forma injustificada en El Salvador y Guatemala. En El Salvador se presume la ilegalidad del despido lo que tiene mucha importancia para efectos de la carga de la prueba.

El despido indirecto es definido como todo "acto recisorio que pone fin a la relación laboral por decisión unilateral del trabajador, basada en que empleador con sus actos u omisiones ha hecho imposible la prosecución del contrato de trabajo"³³. La definición anterior nos permite aclarar una situación que no queda plenamente dilucidada en algunos códigos. En efecto en varios de los países, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua, se hace referencia al despido indirecto y se le liga con las causas que facultan al trabajador para dar por terminada, sin responsabilidad de su parte, la relación laboral. En tres de esos países, Guatemala, Honduras y Nicaragua, se indica en términos más o menos similares, que por cualquiera de las causas indicadas en el artículo que establece la justas causas de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del trabajador, que constituyan despido indirecto, el trabajador puede separarse de la relación. Por lo tanto surge la duda si es que únicamente algunas de ellas constituyen despido indirecto. En El Salvador, no obstante que no se diga expresamente, con el término despido indirecto se hace referencia a que cuando se produzca reducción de salario o traslado a un puesto de una categoría inferior o a realizar labores de una naturaleza diferente a las contratadas; cuando se realicen actos que lesionen la dignidad del trabajador, cuando haya maltrato de parte del patrono, actos que lesionen gravemente su dignidad, sentimientos y principios morales o cualquier otro acto vejatorio o depresivo el trabajador podrá estimarse despedido y retirarse de su trabajo. Limita así la legislación salvadoreña el concepto de despido indirecto a determinadas causales. Creemos, siguiendo a Plá³⁴ que el despido indirecto se configura siempre que el empleador viole el contrato de trabajo" y que por lo tanto cualquier falta grave del empleador autoriza al trabajador a retirarse sin responsabilidad de su parte³⁵. No obstante lo expuesto y lo clara que parece ser la letra del texto

de la ley, debe actuarse con cautela de parte del trabajador, toda vez que ha habido interpretaciones jurisprudenciales, en el caso de Costa Rica, que imponen al trabajador el deber de instar al empleador de previo a dar por terminada su relación de trabajo a cumplir con la obligación o el deber que se considera violado, esto con fundamento en la buena fe que debe mediar en la relación laboral³⁶.

Si el trabajador da por terminada la relación de trabajo, alegando un despido indirecto y en el juicio respectivo no logra demostrar la causa justa que tuvo para dar por terminada la relación laboral con responsabilidad para el empleador se ve obligado a pagar el preaviso a su empleador y además los daños y perjuicios que le haya ocasionado, según estimación prudencial de los tribunales. Así está establecido en Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Honduras.

3.2.1. Creemos que la clasificación que se ha utilizado para sistematizar las causas justas de despido es válida, para el mismo propósito, respecto de la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del trabajador y por eso la adoptamos. Siguiendo tal criterio consideramos que las legislaciones en estudio tipifican en su tratamiento de las causas justas que facultan al trabajador a abandonar su trabajo sin responsabilidad, el sistema mixto o enunciativo ejemplificador.

La regulación en los seis países en examen generalmente usa la siguiente técnica: encontramos, por lo general un artículo con varios incisos que contiene cada uno una o varias causas justas, como la llaman la legislación de Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Guatemala o justas causas según la terminología del Código panameño; dentro de ese artículo encontramos también una referencia genérica a cualquier otra falta grave a las obligaciones que impone el contrato o las obligaciones o prohibiciones que tiene el empleador sean éstas impuestas por ley o por contrato. Además, frecuentemente, así ocurre en los casos de Costa Rica, Honduras, Panamá y Guatemala, incluyen como causa justa o en su caso justa causa, la violación a las prohibiciones que tiene el patrono, y en el caso de Honduras se extiende también a las obligaciones.

Con el riesgo que implica cualquier clasificación sistematizamos dichas causas en la siguiente forma:

a) Diferentes son las figuras que procuran la protección del ingreso y el status del trabajador, así, el no pago del salario completo en las fechas y lugares convenidos, salvo las autorizaciones hechas por ley en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá. El traslado del trabajador a desempeñar un puesto de naturaleza distinta o a uno de menor categoría en El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, y Panamá, aclarándose en el caso de El Salvador, que la posibilidad de reclamar prescribe al mes; en el caso de Honduras se indica que queda a

salvo la situación de funciones nuevas. Inducir u obligar al trabajador a comprar en determinados establecimientos, en el caso de Costa Rica, de Guatemala y de Panamá. Exigir o aceptar dinero del trabajador para ser admitido al trabajo o por cualquier otra concesión o privilegio relacionado con las condiciones de trabajo, en Costa Rica, Guatemala y Panamá. Hacer colectas o suscripciones obligatorias en los casos de Costa Rica, Guatemala y Panamá. Hacer deducciones del salario en beneficio propio o para cubrir los costos sociales, por ejemplo, de las vacaciones o del seguro de riesgos profesionales, en el caso de Panamá.

b) La falta de probidad u honradez contra el trabajador durante el trabajo en Costa Rica, Guatemala y Nicaragua. La actuación del patrono o su representante en forma reñida con la moral contra el trabajador en Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y Panamá. Recurrir el patrono o su representante a la injuria, calumnia, o vías de hecho contra el trabajador durante el trabajo y aún fuera de él, en los casos de Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y Panamá. El hecho de que el empleador, un familiar o dependiente cause maliciosamente un perjuicio material a herramientas o útiles del trabajador en Costa Rica, Guatemala, Honduras, Panamá y El Salvador, país éste último en que la protección se extiende a los bienes propiedad de terceros que estén bajo la responsabilidad del trabajador.

Retener el empleador, por su sola voluntad, útiles o herramientas del trabajador a título de indemnización o otro no traslativo de dominio, en Costa Rica, Guatemala y Panamá.

c) Cuando el empleador, un miembro de su familia o un representante patronal está atacado por una enfermedad contagiosa, si el trabajador debe permanecer en contacto con ellos, en el caso de Costa Rica, Guatemala, Honduras y Panamá. Peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia por carecer de condiciones higiénicas el lugar de trabajo, por la excesiva insalubridad o incumplimiento de medidas de previsión y seguridad en Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá. La portación de armas por parte del patrono en lugares de trabajo, excepto en los casos autorizados por la ley, en Costa Rica y Panamá o dirigir el empleador los trabajos en estado de embriaguez o en alguna condición análoga, en Costa Rica, Guatemala y Panamá. Los malos tratamientos de palabra u obra contra el trabajador o sus parientes en Honduras, Nicaragua o El Salvador. Por actos del patrono o de sus representantes que pongan en peligro la vida o salud del trabajador en Honduras, Nicaragua, El Salvador y Panamá. Exigir la realización de trabajos que pongan en peligro la vida o salud del trabajador en Panamá.

d) El obligar al trabajador a retirarse de sindicatos u otro tipo de grupos o influir en sus decisiones políticas o religiosas en los casos de Costa Rica, Guatemala, Honduras y Panamá así como el establecer listas negras, índices o prácticas que puedan restringir la colocación o afectar la reputación del trabajador en Panamá.

e) Por engañar el patrono al trabajador al celebrar el contrato de trabajo sobre las condiciones en que deben realizarse las labores en Honduras, El Salvador y Panamá; aunque en El Salvador y Honduras prescribe a los 30 días el derecho del trabajador a dar por terminado su contrato de trabajo en base a ésta causal.

f) Inducir al trabajador a cometer un acto ilícito en El Salvador. En caso de fincas rurales omitir el empleador el plazo que establece la ley para que el trabajador desaloje la propiedad en Costa Rica. Y en general ejecutar cualquier otro acto que restrinja los derechos del trabajador conforme a la ley en Costa Rica, Guatemala y Panamá.

g) Aparte de las causales generales enunciadas están previstas otras en las diferentes modalidades de contratos especiales que facultan al trabajador a dar por terminada la relación laboral con responsabilidad para el empleador. Así: trabajadores domésticos: el traslado del empleador a otro domicilio es justa causa en el tanto tenga como consecuencia poner en peligro real y efectivo al trabajador, en Nicaragua. El maltrato para el trabajador o inducirlo a la realización de hechos criminales o inmorales, en Honduras. En el trabajo del mar y las vías navegables la variación del destino de la nave está contemplada como causal en Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, y también el cambio de capitán por otro que no sea garantía de seguridad y dirección, en Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua. La declaración de guerra entre el país de que se trate y al que está destinado la nave, en Guatemala y Honduras. La muerte del capitán en Honduras. Y cuando se tengan noticias seguras, antes del inicio del viaje, de la existencia de una epidemia en el puerto de destino, en Guatemala y Honduras.

3.2.2. La falta del cumplimiento de requisitos relativos al despido puede provocar su nulidad y consecuentemente ilegitimidad. Encontramos un caso específico en que está prevista esa posibilidad para una determinada situación; otros los determinamos por interpretación.

En Panamá, cuando la causa de despido tenga naturaleza económica, entendiéndose por tal, el concurso o quiebra del empleador, la clausura de la empresa o la reducción definitiva de los trabajos por imposibilidad de continuar la operación, incosteabilidad de los costos o el agotamiento de la materia prima o cuando se produzca la suspensión definitiva de las labores inherentes al contrato del trabajador o una disminución de las actividades del empleador debido a crisis económicas graves, incosteabilidad parcial de las operaciones o por innovaciones en los procedimientos y equipo de fabricación o revocación a caducidad de una concesión administrativa o una causa análoga debidamente comprobada, se debe comprobar tal causa ante la autoridad administrativa. El no observar este procedimiento es motivo suficiente para considerar el despido injustificado. Dado que en dicho país existe un sistema de estabilidad si no se trata

de un caso de excepción a ésta, la consecuencia lógica de la violación es la reinstalación.

Otra situación es la siguiente que se presenta en relación con los ordenamientos de Honduras y Panamá. Según ellos el despido debe reunir varios requisitos: debe comunicarse previamente, por escrito al trabajador, y debe ser motivado. Dado que el despido que no reúne estos requisitos no surte efecto consideramos que faculta al trabajador para pedir su reinstalación como si el despido no se hubiere producido ³⁷.

El sistema costarricense ofrece una situación totalmente diferente, toda vez que no es necesario puntualizar las causas de despido en la comunicación que de éste se haga y por lo tanto, en la práctica se acostumbra utilizar el plural "por haber incurrido en faltas graves" por lo que se le dificulta al trabajador la defensa, toda vez que hasta que el patrono conteste el emplazamiento sabrá en forma precisa cuáles son los motivos que se le imputan como justificativos de la terminación de la relación laboral.

4. Se ha señalado que el despido ha tenido una evolución que ha pasado por tres etapas: de libre terminación del contrato mediante preaviso al establecimiento de limitaciones al libre despido, especialmente mediante el mecanismo de las indemnizaciones y prohibiciones del despido en períodos determinados y finalmente, el reconocimiento de que toda terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador debe basarse en una causa que lo justifique ³⁸. En este estadio de la evolución del despido estaríamos en presencia de la estabilidad.

4.1. Esta institución ha sido descrita por De la Cueva como "un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo ya sea por depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y solo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hacen imposible su continuación". ³⁹

O, como ha señalado Barbagelata "es la seguridad del trabajador de permanecer en su puesto a menos que existan razones válidas para que, contra su voluntad, se dé por terminada la relación de trabajo". ⁴⁰

La doctrina mexicana reclama la paternidad de la institución para la Asamblea Magna de 1917 en Querétaro y estima que no tiene ningún precedente en otras legislaciones ni en la doctrina ⁴¹.

Encontramos en la región diversos grados de estabilidad en Honduras, Nicaragua y Panamá. No existe en Costa Rica, El Salvador y Guatemala.

Panamá es el país de la región que nos ofrece una regulación más desarrollada aunque difícilmente pueda considerarse un régimen autén-

tico de estabilidad al decir de Murgas ⁴². Las características del sistema panameño son las siguientes: a) opera respecto de los contratos por tiempo indefinido; b) el ámbito de aplicación subjetivo ofrece muchas excepciones en función de la antigüedad o de la realización de determinadas funciones pues no se reconoce respecto de los siguientes tipos de trabajadores: primero: trabajadores con poder legal para actuar como representantes del empleador y cuya antigüedad de servicios fuera inferior a cinco años; segundo: trabajadores eventuales, ocasionales o sustitutos; tercero: trabajadores que tuvieran menos de dos años de servicios continuos; cuarto: trabajadores domésticos; quinto: trabajadores en naves dedicadas al servicios internacional; sexto: los aprendices; sétimo: los trabajadores permanentes o de planta de pequeñas empresas agrícolas, pecuarias, agroindustriales o manufactureras, considerándose como tales respecto de las agrícolas las que tengan diez o menos trabajadores, las agroindustriales con veinte o menos trabajadores y las manufactureras con quince o menos trabajadores; octavo: trabajadores de empresas cuya actividad principal consista en la transformación de materia prima para su exportación; noveno: trabajadores de establecimientos de ventas al por menor de mercancías y empresas de servicios con cinco o menos trabajadores salvo el caso de establecimientos bancarios financieros, de ahorro y crédito, de póliza de seguros y reseguros; de publicidad, lo mismo que la dedicada a la venta de mercancías al por mayor, bienes y raíces y administración de muebles, de informática ⁴³.

Además el empleador tiene la posibilidad en otros casos de proceder al despido pero en estos casos reconociendo una indemnización mayor al trabajador así: según lo establece el artículo 219, en sustitución de la reinstalación y reconociendo una indemnización con un recargo del veinticinco por ciento, respecto de los siguientes trabajadores: los de confianza y aquellos que por razón de las características de las labores desempeñadas se encuentren en contacto permanente y directo con el empleador haciéndose imposible o sumamente difícil el desarrollo normal de la relación de trabajo.

También el empleador tiene la facultad de dar por terminada la relación laboral de un trabajador que ha obtenido la reincorporación por mandato de la Junta de Conciliación y decisión o de un Juez, pagando a dicho trabajador las indemnizaciones correspondientes con un recargo de un cincuenta por ciento. Esta posibilidad la tiene el empleador siempre que el número de trabajadores así despedidos no exceda anualmente del diez por ciento del total de los que trabajen por tiempo indefinido en su empresa; en los casos de empresas con menos de diez trabajadores esta alternativa la puede utilizar el empleador frente a un trabajador anualmente.

En el caso de Nicaragua, la estabilidad creemos que es bastante más restringida que la de Panamá porque no obstante que las exclusiones subjetivas, como veremos, son menores, el ámbito de validez es mucho más limitado toda vez que se reconoce cuando el despido se verifique con violación de las disposiciones prohibitivas de la legislación laboral o en casos en que restrinja el derecho del trabajador o tenga carácter de represalia contra éste o por haber ejercido o intentado ejercer sus derechos laborales o sindicales salvo en esos casos el empleador conserva la posibilidad, establecida en el artículo 116 del Código de Trabajo de Nicaragua, de dar por terminados los contratos a tiempo determinado dando el respectivo preaviso. En el ámbito de aplicación subjetiva, en Nicaragua, encontramos dos tipos de exclusiones. Unas en las que del todo no hay estabilidad que son el caso del trabajador que por razón del cargo que desempeña o por las características de sus labores esté en contacto directo con el empleador y el otro caso es el de los trabajadores de servicio doméstico. La segunda situación que se puede presentar es el de los trabajadores de confianza que la ley define como aquellos que desempeñan funciones de dirección, supervisión y fiscalización cuando tenga responsabilidades administrativas de carácter general. En este caso queda a criterio del Juez conceder la readmisión.

El caso de Honduras, llama la atención porque si nos atenemos a las disposiciones legales, resulta ser el sistema más completo de estabilidad, aún mejor que el del Perú que se tiene como el más riguroso en la materia ⁴⁴. Ha sido calificado este caso como de estabilidad absoluta. ⁴⁵

Las características de este sistema son la imposibilidad del rompimiento unilateral del contrato de trabajo que no esté fundamentado en un justificado motivo y no se prevee ninguna excepción subjetiva. Por lo tanto, todos los trabajadores, superado el período de prueba cuando este sea pactado y que no exceda de sesenta días, adquiere, el derecho al reintegro o en su defecto a su elección al pago de las indemnizaciones correspondientes al despido injustificado, cuando esto ocurre.

Un aspecto que puede presentar duda si es procedente la reinstalación en los casos de despido indirecto. La cuestión es importante, toda vez que, en los sistemas que se reconoce la estabilidad el despido indirecto sería un camino que tendría el empleador que desea una relación de trabajo protegida por la estabilidad de lograrlo a través del acoso permanente del trabajador ⁴⁶. No obstante lo anterior, resulta extraño que el trabajador que ha dado por terminada su relación laboral plantee la reincorporación. Por eso coincidimos con Plá ⁴⁷ en que deberían existir mecanismos que permitan hacer cesar el acoso o violación sin necesidad de tener que dar por terminada la relación laboral.

Es importante hacer la observación de que, de conformidad con lo dispuesto en la legislación hondureña, la reinstalación sería procedente aún en los casos del despido indirecto ⁴⁸.

De las disposiciones dichas y de lo expresado en relación con el período de prueba, ⁴⁹ determinamos que la protección de la estabilidad comienza en Panamá luego de dos años de servicio continuo salvo el caso de los representantes del empleador con poder legal para actuar en su representación que la adquieren a partir del quinto año. En esto apreciamos una posición intermedia de la legislación panameña en relación con otras del continente, puesto que en el Perú, ⁵⁰ que se considera el sistema más perfeccionado de estabilidad laboral, ésta se adquiere a partir de la conclusión del tercer mes ⁵¹. En México, la Ley Federal de Trabajo en su artículo 49 reconoce la estabilidad a los trabajadores con una antigüedad mayor a un año. En Brasil se la adquiere a los diez años. Lo mismo que en Colombia aunque en definitiva en este país queda a discreción del Juez otorgar la reinstalación y el pago de los salarios dejados de percibir o una indemnización tomando en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio y el hecho de que no fuera aconsejable, en razón de incompatibilidades creadas por el despido ordenar la reinstalación. También es de diez años en el caso del Paraguay.

De lo expuesto vemos que la norma general es que la protección de la estabilidad comienza a partir de determinado momento hacia el futuro; sin embargo, se han dado casos, que el autor no puede verificar si se mantienen, en el que la estabilidad se reconoce hasta determinado momento. Tal es el del artículo 14 del Código de Trabajo del Ecuador que establece una estabilidad durante el primer año a partir del período de prueba de tres meses ⁵². No obstante la reacción inicial que esa norma provoca, analizándola con mayor detenimiento podría resultar más sabia que aquellas que establecen una estabilidad luego de muchos años de vigencia del contrato de trabajo, toda vez que, durante el inicio de la relación laboral es cuando suele producirse la mayor inestabilidad, situación que una vez que el trabajador demuestra su valía puede atemperarse.

Entre mayor sea el plazo que se requiere para adquirir el derecho a la estabilidad más nos alejamos de un verdadero reconocimiento de ésta pues, como fue señalado por Rusomano ⁵³ de hecho se observa que se obstaculiza el acceso a la estabilidad a través de despidos injustificados. En el Brasil, según detalla el mismo autor, se recurrió a la teoría del abuso del derecho y en base a una interpretación jurisprudencial llegaron a establecer lo que denomina Rusomano "estabilidad anticipada" ⁵⁴. La jurisprudencia brasileña consideró que se presumía la intención patronal de atentar contra el derecho de la estabilidad cuando el despido se producía en una época cercana al momento en que el trabajador adquiría la estabilidad; posteriormente fue ampliado ese criterio hasta llevarlo a el último año ⁵⁵. Claro está que el aumento de la protección logrado a través de este procedimiento es muy relativo pues en la práctica la

situación es la misma pues lo que sucede es que se adelanta el momento en que se produce el despido ⁵⁶.

4.2. La protección contra el despido ilegítimo presenta características más generales y definidas cuando nos referimos a períodos o momentos determinados, sea en función de situaciones generales que se refieren a una colectividad de trabajadores, sea que se refieran a situaciones propias del trabajador.

En varias de las legislaciones estudiadas (Costa Rica, Guatemala, Nicaragua) dentro de lo que denominan conflictos colectivos de carácter económico social, existe un procedimiento de conciliación el cual, por lo general, es requisito previo y necesario para poder recurrir a la huelga legal. Se ha tenido en cuenta que en esas épocas son especialmente tensas las relaciones entre las partes de la relación laboral y, por lo tanto, propicias para las represalias y presiones de todo tipo. Consecuentemente se ha querido brindar protección al trabajador, y es así que se prevee que desde el momento en que se tiene por iniciado ese procedimiento de conciliación toda terminación de los contratos de trabajo debe ser previamente aprobada por una autoridad que debe ser el respectivo Juez de trabajo (Costa Rica, Guatemala) o el inspector de trabajo o en su caso la junta de conciliación (Nicaragua). También debe tomarse en consideración que esta protección aparte de la razón expuesta tiene un significado práctico importante, toda vez que en estos países entre los requisitos para que una huelga sea legal se incluye el de que tenga el apoyo de un determinado número de trabajadores. Por lo tanto, sino existiera una protección temporal contra el despido ilegítimo durante este período fácilmente podría recurrirse al despido de los trabajadores como medio de evitar que reúnan el apoyo mínimo necesario para ir a una huelga legal.

No obstante que las legislaciones no lo indiquen expresamente, el sentido de la norma indicaría que si se produce un despido sin obtener de previo la autorización requerida, este sería nulo y, por lo tanto, debería reinstalarse al trabajador y pagársele los salarios caídos. Sin embargo, debe tenerse cuidado con esta interpretación toda vez que por lo menos, en el caso de Costa Rica, los tribunales han determinado que al no existir en su criterio un reconocimiento legislativo para la reinstalación ésta no se le puede imponer al empleador ⁵⁷, y únicamente de violarse la disposición lo que da origen es a una acción en la vía penal laboral que tendría como consecuencia una multa poco significativa, toda vez que la tipificación de esas sanciones está hecha desde 1943, año en el que se promulgó el Código de Trabajo, sin que hasta la fecha se haya hecho ningún ajuste al monto establecido, por lo que, en la mayoría de los casos las sanciones pecuniarias resultarán ridículas. La legislación de Panamá prevee similar protección durante el procedimiento de conciliación: en

forma expresa se indica que alcanza hasta el momento en que venza el plazo para declarar la huelga; además es importante destacar que en el caso de Panamá todo despido que se produzca del trabajador que haya apoyado el pliego de peticiones se presume que fue hecho como represalia. En El Salvador la protección se otorga no a partir del momento en que se inicia el procedimiento de conciliación sino a partir de la notificación del acuerdo de ir a la huelga.

El fuero sindical, término muy criticado en la doctrina ⁵⁸, pero que es el que se usa comúnmente y podríamos considerar el más generalizado; sin embargo, más que fuero sindical coincidimos con Morgado que en realidad es el "fuero de los dirigentes sindicales" pues "si bien en un sentido lato el fuero sindical ampara a todos los trabajadores, incluidos los dirigentes y militantes sindicales, según lo dispone el artículo primero del convenio número 98, en la legislación latinoamericana generalmente, tal protección ha sido establecida en favor de los dirigentes, ex-dirigentes y candidatos a dirigentes sindicales, con las modalidades que en cada una se expresan. En algunas oportunidades favorese también a los miembros de un sindicato en formación" ⁵⁹.

Esta institución está ampliamente reconocida en la región centroamericana, dado que a excepción de Costa Rica, todos los demás países la contemplan. En el caso de Nicaragua, su reconocimiento se hace a nivel constitucional pues el artículo 87 de la Constitución Política de 1987, expresamente dispone "se reconoce la plena autonomía sindical y se respeta el fuero sindical".

Dentro de la "concepción amplia" del fuero sindical se otorga protección a todos los trabajadores miembros del sindicato ⁶⁰.

En los países indicados encontramos una concepción restringida, toda vez que se limita la protección a categorías de trabajadores. En efecto, se les otorga protección en forma generalizada en esas legislaciones a los miembros de las juntas directivas (Panamá, Honduras, El Salvador, Guatemala, Nicaragua). La legislación panameña es la que reconoce una protección en el aspecto subjetivo más amplia, toda vez que la extiende aún a los directivos suplentes, establece un mecanismo para la determinación del número de éstos y extiende la protección a los miembros de las juntas directivas de las federaciones y confederaciones sindicales.

En relación con los trabajadores que intervienen en la fundación de un sindicato la protección se otorga en forma amplia a todos los miembros del sindicato en formación en Panamá, en tanto que El Salvador se la otorga a los promotores de la fundación del sindicato en número de quince y en Nicaragua se limita a tres de los encargados de la organización. Finalmente, la legislación panameña protege también a los representantes sindicales.

La protección que otorga el fuero sindical se manifiesta en dos aspectos: el primero es que el trabajador cubierto no podrá ser despedido sin una autorización previa, que generalmente deben dar los tribunales de trabajo, y con fundamento en una causa justa prevista en la ley (Panamá, Nicaragua); en el caso de Nicaragua la autorización la debe dar la Inspección General de Trabajo. Pero además se protege al trabajador contra la alteración unilateral de las condiciones de trabajo o del traslado a otro establecimiento o centro de trabajo (Panamá). Aparte de las indicadas la legislación salvadoreña también comprende las sanciones disciplinarias.

La protección en el tiempo que se otorga a los trabajadores que tienen el fuero sindical, varía según los diferentes supuestos: a) los trabajadores que están organizando un sindicato lo tienen por un corto período, así, 30 días a partir de la notificación que se haga a la Dirección General del Trabajo en Panamá y 60 días en El Salvador a partir de la notificación que el Departamento Nacional de Organizaciones Sociales haga al patrono. Sin embargo en este caso, la protección se limita a 15 miembros. En el caso de Panamá una vez admitida la inscripción la protección se extiende por 3 meses; b) los miembros de la directiva hasta un año después de que terminen sus funciones (Panamá, El Salvador). La protección en el caso de Honduras es de 6 meses; c) el Código de Trabajo de Panamá otorga protección también a los candidatos que no fueren designados, quienes tendrán el fuero hasta un mes después de verificadas las elecciones; d) aparte de la protección propiamente del fuero, algunas de las legislaciones preveen sanciones contra el patrono que lo viole, tal es el caso de Panamá, cuya legislación tipifica como práctica desleal el despido con conocimiento de uno o varios trabajadores amparados por el fuero sindical imponiendo al infractor sanciones de multa de 100 a 2.000 balboas según la gravedad de las circunstancias, multa que se duplicará sucesivamente cada vez que el empleador reincida en la falta. En el caso de Honduras la violación del fuero sindical obliga al patrono al pago a la organización sindical respectiva de una indemnización equivalente a 6 meses de salario del trabajador, sin perjuicio de los derechos que a éste le correspondan.

4.2.1. La protección al estado de embarazo de la mujer se encuentra en la generalidad de las legislaciones; en el caso de Costa Rica y Honduras la protección también se tutela al período de lactancia. La protección comprende que la trabajadora no podrá ser despedida por el hecho del embarazo o en su caso de la lactancia, salvo por justificado motivo; sin embargo, en este aspecto la legislación salvadoreña contempla una protección total porque no es posible el despido durante ese período y es tan extensa la protección que se extiende aún al caso de faltas

pla una protección total porque no es posible el despido durante ese período y es tan extensa la protección que se extiende aún al caso de faltas cometidas antes del estado de embarazo, en cuyo caso habrá que esperar que se produzca el parto y termine el período post-natal de seis semanas para proceder al despido.

El período durante el cual se otorga la protección varía: así, es de 6 semanas en Nicaragua y El Salvador, de 4 meses en Costa Rica, de 3 meses en Honduras. En Panamá es donde es mayor porque comprende el período del embarazo más 8 semanas y los 3 meses posteriores a partir de la terminación de esa octava semana.

En los países en que es posible el despido de la mujer embarazada con justa causa (Honduras, Costa Rica, Panamá y Nicaragua) se requiere obtener de previo una autorización que es de la Inspección del Trabajo en Costa Rica, Honduras, Nicaragua y de la Autoridad Judicial en Panamá.

En los países en que existe estabilidad tienen las trabajadoras embarazadas por norma general una doble protección; en aquellos en que no la hay y en los que existe una norma la que establece una prohibición de despedir por el hecho del embarazo o la lactancia hay que interpretar que si se viola esa prohibición la consecuencia sería la nulidad del despido, la consecuente reinstalación y el pago de los salarios caídos. Sin embargo en la práctica, al menos en el caso de Costa Rica, tal situación no se da, pues se ha interpretado que al no existir reinstalación reconocida expresamente por ley no es posible ordenarla en estos casos y por ello la sanción que conlleva la violación de la prohibición sería de las indemnizaciones generales que se pagan cuando se produce la terminación de la relación laboral sin justificado motivo, el pago del auxilio del pre y post-natal sea, un total de 4 meses de salario.

Creemos que seguramente por proteger instituciones íntimamente relacionadas, en algún ordenamiento, aunque no de la región estudiada, se ha dado protección temporal a la mujer que contrae matrimonio. La situación, que refiere Podetti⁶¹ es la prevista en los artículos 180, 181 y 182 de la Ley de contrato de trabajo argentina que declara nulos los actos o contratos que establezcan el despido por causa de matrimonio. Además presume que el despido tiene tal origen cuando fuere hecho, sin invocación de causa o no se probare la alegada y se produjere dentro de los tres meses anteriores o los seis posteriores al matrimonio. La violación de la prohibición causa una indemnización equivalente a la remuneración de un año.

La enfermedad del trabajador está reconocida como motivo de suspensión de la relación laboral en todos los países del área, excepción hecha de Nicaragua, que solo reconoce este motivo cuando la enfermedad es contagiosa.

En varios de ellos se paga, durante un determinado período, medio

salario (tres meses en Costa Rica y Guatemala, seis meses en Honduras). En El Salvador y Nicaragua la suspensión es sin pago. Pasado el período indicado el empleador puede dar por finalizada la relación laboral reconociendo al trabajador el importe del preaviso y el auxilio de cesantía (Costa Rica y Honduras).

La terminación de la relación laboral sin justa causa no podría hacerse válidamente durante esta suspensión. Sin embargo, en el caso de ocurrir tiene interés analizar lo que sucede.

Si se produce el despido y se reconoce la estabilidad con posibilidad de readmisión, ésta será la consecuencia lógica. Cuando la regulación es flexible (Costa Rica) la consecuencia será el pago de las indemnizaciones correspondientes al despido ilegítimo más el medio salario de los tres meses que reconoce la ley por enfermedad.

4.3. Un sistema que consagre la estabilidad sería incompatible con uno en el cual se permita un uso irrestricto de los contratos a plazo fijo y para obra determinada, pues a través de ellos vendría a dejarse sin efecto cualquier protección para los contratos a plazo indefinido⁶². Por lo tanto, resulta necesario examinar cuál es el tratamiento que se da a esta materia en las legislaciones en estudio.

En general, y salvo pequeñas diferencias o aclaraciones que hacen una u otra legislación, en Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Panamá, se reconoce claramente que los contratos para obra determinada y a plazo fijo únicamente proceden en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar. El caso de Nicaragua provoca mucha duda por lo confuso de sus disposiciones, toda vez que, en general, de la letra de los artículos 42 y 43 del Código de Trabajo parece que todos los contratos tienen un plazo que se establece por norma general en dos años y en casos que se requieran conocimientos técnicos especiales en cinco años pero, aclara más adelante el artículo 45, que si no se hubiera establecido por escrito el plazo entonces el contrato se considerará a plazo indeterminado, salvo que se justifique, en función de la naturaleza del trabajo que es de obra o tarea determinada.

Los diferentes códigos salvo los de El Salvador y Panamá, no hacen otra distinción que la de contratos a plazo fijo o para obra determinada. El de El Salvador se refiere a labores transitorias, temporales o eventuales, pero no las define, lo que si hace la legislación de Panamá, que conceptúa como trabajo eventual aquel "que no pertenece a la categoría de planta, pero que se refiere a tareas relacionadas directamente con la actividad típica de la empresa, negocio o explotación", en tanto que el artículo 81 define el trabajo ocasional o accidental como aquel "que es de corta duración, que corresponde a una prestación de servicios derivada de

una exigencia momentánea del empleador, accesoria o no, relacionada directamente con el giro de sus actividades normales".

A los contratos a plazo fijo la ley les establece un plazo máximo, que es de un año por norma general y puede serlo hasta por cinco años en los casos de labores que requieran una preparación técnica especial, en Costa Rica, Honduras y Panamá; sin embargo en este país en el segundo caso contemplado, sea, las labores especializadas, el plazo máximo del término permitido en dicho país es de tres años aunque si los estudios han sido pagados por el empleador se permiten hasta dos prórrogas consecutivas.⁶³

4.4. Encontramos en las legislaciones de los países en examen algunas situaciones bastante particulares que vienen a significar una forma de estabilidad temporal toda vez que ni aún con justificado motivo podría darse por terminada la relación laboral. Tal es la situación prevista en los Códigos de Costa Rica, Honduras, Guatemala y Panamá en el contrato de embarque dado que está establecido que la terminación no es posible mientras la nave está en viaje, aclarando alguna de ellas (Panamá) que se entiende que la nave lo está, cuando permanece en el mar o en algún puerto nacional o extranjero que no sea de los indicados para la restitución del trabajador.

Una situación similar es la que se da en El Salvador y Honduras respecto de la trabajadora embarazada que fue analizada atrás⁶⁴.

5. Las medidas de reparación ante un despido ilegítimo, como ha reconocido Plá, son muy limitadas en número y son las siguientes: a- la readmisión; b- el pago de los salarios caídos y c- la indemnización tarifaria de la reparación de los daños y perjuicios⁶⁵. Examinaremos esas medidas de reparación en relación con los diferentes supuestos de despido injustificado.

5.1. La consecuencia de que se produzca un despido injustificado en ordenamientos jurídicos en los que se reconoce la institución de la estabilidad, conlleva dos consecuencias: a) la readmisión y b) el pago de salarios caídos; eventualmente también podría haber otras indemnizaciones.

a-) Entendemos por readmisión el hecho de que el trabajador que ha sido despedido injustificadamente vuelva a su puesto de trabajo en el pleno disfrute de todos sus derechos, como si el despido no hubiere ocurrido y, por lo tanto, con la recuperación de cualquier ventaja que de haber estado trabajando le hubiere podido beneficiar incluyendo, por lo tanto, la antigüedad.

No hay uniformidad en el término que se usa para describir esta

término reincorporación es criticado por Vázquez Vialard porque considera que si ha habido declaración judicial de la nulidad del despido, no se produjo la extinción del contrato y por lo tanto, el trabajador no quedó desincorporado, por lo que se considera impropio hablar de reincorporación ⁶⁷.

En Honduras y Panamá es facultativo para el trabajador que ha sido despedido en forma ilegítima solicitar la reinstalación o alternatively se le pague una indemnización y los salarios caídos. En el caso de Nicaragua el Código de Trabajo no da alternativa; sin embargo, suponemos que de hecho si se puede producir.

En el supuesto que se ordene la reinstalación y el empleador no acate la orden se prevee en las legislaciones de los tres países el apremio corporal contra éste, pero en Nicaragua, de previo a la declaración del apremio, se le impone al empleador una multa equivalente a un máximo de seis meses del salario del trabajador y pasados diez días de la imposición de esta multa, si la orden de reincorporar no fuera acatada se procede a ordenar el arresto hasta por seis meses, aclarándose que se suspenderá en el momento que se cumpla la resolución de reintegro o se llegare a un arreglo de las partes.

b-) La segunda consecuencia de que se ordene la readmisión del trabajador es el pago de los salarios caídos, los cuales se reconocen desde el momento en que ocurrió el despido hasta que se cumpla con la reinstalación en el caso de Honduras, Nicaragua y Panamá. Se entiende que tal pago debe producirse de tal forma que el trabajador resuma una suma igual a aquella que hubiere recibido de haber estado efectivamente prestando sus servicios por lo que debe incluir cualquier aumento salarial que se haya producido o cualquier otra ventaja económica.

Un aspecto que se ha destacado como muy importante, en relación con los salarios caídos, es el hecho de que la tramitación de las causas en que se discute la readmisión debe ser rápida, toda vez que, de lo contrario, se acumularían sumas muy cuantiosas en tal concepto lo que puede atentar contra el prestigio de la institución de la estabilidad, y además, poner en grave dificultad económica a las empresas ⁶⁸.

Por eso, en acierto, esta cuestión ha sido calificada como "el talón de Aquiles del derecho a la estabilidad" ⁶⁹.

5.2. En general las legislaciones centroamericanas reconocen que cuando se va a producir el despido injustificado de un trabajador éste tiene derecho a un preaviso. La modalidad de éste es bastante similar, es de un mes en Nicaragua, treinta días en Panamá, un mes en Costa Rica. Para antigüedades superiores al año y menores en caso de períodos más cortos así, una semana cuando la antigüedad es de tres a seis meses y de quince días en antigüedades de seis meses a un año, la legislación

cortos así, una semana cuando la antigüedad es de tres a seis meses y de quince días en antigüedades de seis meses a un año, la legislación hondureña es la que prevee un plazo mayor de preaviso, toda vez que en situaciones de trabajadores con una antigüedad superior a dos años se le reconocen hasta dos meses de preaviso y, en términos menores, un preaviso escalonado así: menos de tres meses 24 horas; de tres meses a seis meses, quince días; de seis meses a un año, dos semanas y de uno a dos años, un mes. Durante el término del preaviso también generalmente se reconoce el derecho al trabajador de obtener permisos con goce de salario para que busque una nueva ocupación. Es de un día por semana en los casos de Costa Rica y Honduras y dos horas diarias en Nicaragua pudiendo acumularse en períodos de doce horas por semana divididos en dos de seis horas; en Panamá han sido las Juntas de Conciliación y Decisión quienes han reconocido el derecho del trabajador a obtener permisos para buscar empleo ⁷⁰.

Es optativo para el empleador el dar el preaviso o pagar una indemnización al trabajador equivalente a la duración de este ⁷¹.

El auxilio de cesantía está previsto en las diferentes legislaciones de la región bajo dos supuestos: primero en aquellos casos en que existe estabilidad para los casos de excepción respecto de los que no se reconoce aquel derecho; segundo: cuando no exista estabilidad.

Las características del auxilio de cesantía son las siguientes:

a) Por norma general se reconoce en concepto de auxilio de cesantía el equivalente a un mes de salario por año trabajado, aunque en el caso de El Salvador se indica que el pago será de treinta días por año. La legislación panameña tiene una escala diferente que es la siguiente: por servicios menores a 1 año una semana por cada tres meses de trabajo; de 1 a 2 años, una semana por cada dos meses de trabajo y por servicios de 2 a 10 años, tres semanas por cada año de trabajo y por más de 10 años adicionales de servicio una semana adicional por cada año de trabajo. En el caso de Nicaragua no se señala en la ley un criterio fijo de determinación sino que el juez fijará la indemnización tomando en cuenta el trabajo desempeñado, el tiempo de servicio, las posibilidades de las partes y la situación económica del país todo en un tope de seis meses de salario.

b) Encontramos dos sistemas en cuanto al auxilio de cesantía; unos países (Costa Rica, Honduras y Nicaragua) establecen un tope máximo pues el pago que se hace en los primeros casos es equivalente de ocho meses de salario y en Nicaragua de seis meses. En tanto que en las demás naciones, (El Salvador, Guatemala y Panamá), no existe tal límite y por lo tanto será proporcional al número de años de servicio. Debe observarse sin embargo, que al menos en el caso de Costa Rica, es posible determinar en la práctica nacional una tendencia a romper el tope de la cesantía reconociendo un mes de salario por año trabajado. Esta reivindicación

también se determina en las plataformas políticas de uno de los partidos mayoritarios para las elecciones de febrero de 1990.

c) La base del cálculo es bastante variada así, el salario promedio de los últimos seis meses, en Costa Rica, el salario de los últimos cinco años en Panamá, el salario actual en Nicaragua. En tanto que en la legislación salvadoreña establece que para efectos del cálculo de auxilio de cesantía, ningún salario podrá computarse como mayor de sesenta colones diarios.

d) Algunas legislaciones, Costa Rica y Honduras, tienen previsiones específicas que indican que el auxilio de cesantía debe ser pagado aún si el trabajador pasa de inmediato a servir a las órdenes de otro patrono. En las demás no existe una previsión expresa al respecto. Sin embargo, consideramos que la situación es igual a la de los países que tienen regulación por tratarse de una indemnización fortuita.

e) El ordenamiento costarricense presenta una situación especial en relación con el auxilio de cesantía, prevista en la Ley de Asociaciones Solidaristas. Esta circunstancia unida al hecho de que el solidarismo es un movimiento que se encuentra en expansión en el área centroamericana y tiene ya presencia en Honduras y Guatemala y se intenta también introducirlo en El Salvador y Panamá hace que tenga más trascendencia de la que inicialmente pudiere tener referir el mecanismo mediante el cual operan estas asociaciones. Las asociaciones solidaristas se caracterizan porque los trabajadores que forman parte de ellas hacen un aporte porcentual mensual sobre su salario y la empresa hace un aporte similar, aunque no necesariamente igual. Con el fondo que se crea la asociación solidarista cumple una serie de funciones como puede ser financiera, cooperativa de ahorro, préstamos, servicios, fondos de inversión y eventualmente participación en el capital de la empresa. El aporte patronal, y esto es lo de incidencia en el campo que nos ocupa, lo establece la ley como lo destinado para el pago del eventual auxilio de cesantía de los trabajadores afiliados a la asociación. En la Ley se establece la siguiente reglamentación: el trabajador que renuncia se lleva el aporte patronal que esté depositado a su nombre, el trabajador despedido sin justificado motivo se lleva el aporte patronal acreditado a su nombre más la suma que falte para completar el auxilio de cesantía que pudiere corresponderle; sin embargo, si la suma que se encuentra depositada es mayor que la que le correspondería por auxilio de cesantía se lleva toda la suma; el trabajador despedido con justificado motivo se lleva el monto depositado a su nombre. Como puede apreciarse la modificación es importante, toda vez que, prácticamente el auxilio de cesantía se transforma en un derecho adquirido, al menos parcialmente. Y respecto de los trabajadores despedidos en forma injustificada significa un rompimiento del tope de ocho mensualidades de indemnización, pues está en posibilidad de obtener una suma mayor a la que le correspondería a un trabajador que no forme una asociación solidarista.

rrido en una justa causa de despido y luego cuando el asunto se discute en la vía judicial se declara que el despido fue injustificado, algunas legislaciones (Honduras y Costa Rica), reconocen al trabajador el derecho a percibir el preaviso y el auxilio de cesantía que pudiere corresponderle según las normas que hemos referido, y además, a título de daños y perjuicios, los salarios que habría percibido desde la terminación del contrato hasta la fecha en que de acuerdo con los términos legales para tramitar y resolver por parte de los tribunales, haya debido quedar firme la sentencia condenatoria en contra del patrono; sin embargo, al menos en el caso de Costa Rica, la jurisprudencia ha determinado que estos daños y perjuicios no pueden exceder del salario de un mes de trabajo pues han considerado que el término legal para tramitar y resolver un juicio laboral es de un mes. Por supuesto, que esto no es real, ya que un asunto de mayor cuantía ⁷² difícilmente queda terminado en menos de dos años. b) La legislación panameña prevee un caso bastante particular pues reconoce que cuando el empleador diere por terminado el contrato sin justa causa antes de la fecha en que debía iniciarse la relación de trabajo debe indemnizar al trabajador todos los perjuicios sufridos, estimándose que esa indemnización no podrá ser inferior a un mes de salario.

Por su parte, la terminación anticipada sin causa justa de los contratos a plazo fijo o para obra determinada tiene en la legislación de los países centroamericanos un régimen diferente al de los contratos por tiempo indefinido. Esta regulación básicamente consiste en una indemnización de los daños y perjuicios; sin embargo encontramos diferentes matices, así en la legislación de Panamá la indemnización consiste en todos los salarios que debía percibir el trabajador durante el tiempo restante del contrato; igual regulación encontramos en Nicaragua. En El Salvador se hace igual reconocimiento aunque se limita toda vez que en ningún caso la indemnización podrá exceder lo que le correspondería si hubiera sido contratado por tiempo indefinido. En Guatemala, aunque el Código de Trabajo no determina expresamente que se deben reconocer todos los salarios que faltaban por percibir, la jurisprudencia así lo ha reconocido ⁷⁰. Costa Rica es la que presenta un sistema más particular porque reconoce dos indemnizaciones: una fija equivalente a un día de salario por cada seis de trabajo continuo ejecutado, sin que pueda ser inferior en contratos superiores a seis meses a un mes de salario; y la otra consistente en el pago de los daños y perjuicios que deben ser concretos y demostrados en relación en el tiempo de duración del contrato, con la importancia de la función desempeñada y con la dificultad que el trabajador tenga para procurarse cargo o empleo equivalente. Debe, sin embargo, aclararse que la jurisprudencia ha establecido que en ningún caso, esos daños y perjuicios son iguales a los salarios que falten por percibir.

5.3. Las legislaciones reconocen una serie de pagos al término del contrato de trabajo cualquiera que sea la causa de ésta para los trabajadores. Aunque no sea exclusiva para los trabajadores despedidos en forma injustificada hemos creído oportuno incluirlos aquí.

a) Prima de antigüedad. Se reconoce en la legislación panameña, para trabajadores que tengan una antigüedad de diez años con el empleador y que los trabajadores sean mayores de cuarenta años si son varones o mayores de treinta y cinco son mujeres; b) Salarios pendientes; c) aguinaldo o décimo tercer mes proporcional; d) vacaciones proporcionales y e) otros beneficios.

5.4. Las legislaciones examinadas no hacen referencia expresa al reconocimiento del daño moral que se pueda causar con ocasión de un despido. En Costa Rica encontramos referencia o reconocimiento al daño moral en la Ley General de la Administración Pública, no así en el ámbito del Código de Trabajo. No hemos podido verificar, en los países centro-americanos, si la jurisprudencia mediante elaboración lo ha reconocido en algún caso. En mi país en años recientes se ha intentado, en varias ocasiones, mediante el respectivo planteamiento en juicios laborales, el reconocimiento de este daño, sin embargo en la única sentencia en que se hizo alguna referencia, se consideró que no se había demostrado un daño moral, por lo tanto surge la expectativa hacia el futuro de que pueda ser reconocido.

5.5. En Costa Rica, Honduras y Guatemala se prevee expresamente que el monto del preaviso y del auxilio de cesantía no podrán ser objeto de compensación, venta o cesión ni embargados salvo en la mitad en concepto de pensiones alimenticias.

En esas mismas legislaciones y dado que para el cálculo de las indemnizaciones del preaviso y auxilio de cesantía es importante la antigüedad, se prevee que la continuidad en la relación laboral no se interrumpe por vacaciones, enfermedad, huelga legal y otras causas similares que según los códigos no rompen el contrato de trabajo.

5.6. En relación con la prescripción encontramos dos situaciones, aquellas en que existen normas generales en que no se diferencian los diferentes supuestos que se pueden dar, y aquellas en que se establecen términos específicos, distinguiéndose también en estas legislaciones los términos para alegar contra el despido injustificado o contra el despido indirecto.

En Nicaragua no hay un término de prescripción específico para reclamar contra el despido injustificado, sino que el término es el general de un año que establece el artículo 359.

Para alegar contra el despido o en su caso solicitar el reintegro, el término de prescripción es de 3 meses en Panamá, de 2 meses en Honduras y Costa Rica, y 60 días en El Salvador.

Para dar por roto el contrato de trabajo por motivo imputable al empleador el plazo es de un mes en Honduras y Costa Rica.

6. La perspectiva que nos ofrece el estudio realizado nos permite valorar la protección contra el despido ilegítimo de la región y concluir que ésta es muy limitada. En efecto, la estabilidad solamente se reconoce en una forma amplia en Honduras, y en menor grado en Panamá y Nicaragua. No se la reconoce en Costa Rica, El Salvador y Guatemala. El sistema hondureño se caracteriza por tener un período de prueba corto, pues no excede sesenta días, que además debe ser pactado en forma expresa; no se reconocen exclusiones subjetivas y la negativa del empleador a cumplir con la readmisión del trabajador puede originar que se decrete contra aquel apremio corporal. Sin embargo aún este sistema tiene un aspecto débil y es que la enunciación de causas justas que facultan al empleador a dar por terminada la relación laboral sin responsabilidad sigue el mixto y por lo tanto, una cantidad imprevisible e innumerable de conductas pueden ser tipificadas como falta grave a las obligaciones laborales del trabajador. En los casos de Costa Rica, El Salvador y Guatemala priva la posibilidad de despedir en forma libre e incausada cubriendo únicamente las indemnizaciones que en cada caso fija la ley. El caso de Costa Rica quizás es el que se caracteriza por una libertad de despido más amplia, toda vez que, hasta se discute si el empleador tiene el derecho de despido ilegítimo reconocido por la Constitución.

Podemos tipificar pues las características de un ordenamiento en el que no se reconoce la estabilidad indicando que en él el período de prueba está implícito en todos los contratos de trabajo; la noción de falta grave es amplia pues en su determinación se sigue un sistema ejemplificador; existe la posibilidad de despedir sin justificado motivo; el acto de despido no requiere formalidades. En tanto que el esquema ideal fundado en las características de la estabilidad en los países examinados es el siguiente: un período de prueba menor al tradicional de tres meses, que debe ser expresamente pactado y eventualmente limitado a algunas ocupaciones; la protección comienza al término del período de prueba, cuando éste existe, o sino desde el inicio de la relación laboral; no existen exclusiones subjetivas; hay un elenco taxativo de faltas graves; no se da alternativa al trabajador de reincorporarse o recibir una indemnización; y el incumplimiento de la orden de readmisión tiene como consecuencia que se puede decretar apremio corporal contra el empleador; además los contratos a plazo fijo tienen un carácter excepcional.

La protección temporal tiene mayor reconocimiento en la región en los diferentes supuestos que preveen las legislaciones como en ocasión de conflictos colectivos de carácter económico social, huelga, protección a los representantes de los trabajadores, por maternidad o lactancia, especialmente. Sin embargo, uno que tiene especial importancia, el llamado fuero sindical, tiene una protección desigual pues en el tanto está firmemente reconocido en las legislaciones de El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá, no se reconoce del todo en Costa Rica. Sin embargo, el alcance subjetivo no es muy amplio pues se reconoce a los miembros de las juntas directivas y, en forma limitada, a los fundadores o promotores del sindicato. En el aspecto material la protección alcanza el despido y también las alteraciones unilaterales de las condiciones de trabajo y en un caso, las sanciones disciplinarias.

La protección durante el embarazo es seguramente la más generalizada y alcanza, en algunos países la prohibición del despido aún por hechos anteriores al estado grávido.

Se observa, no obstante, que interpretaciones jurisprudenciales limitan la protección al sostener que por no existir un reconocimiento expreso de la readmisión, ésta no se puede imponer y se procede entonces a multar al infractor, y a obligarlo al pago de las indemnizaciones correspondientes al despido ilegítimo.

Vemos pues, claramente definidas en la región dos situaciones, los países que protegen y los países, por llamarlo en alguna forma, flexibles en la materia.

No obstante que no se haya comprobado relaciones entre el desempleo y la existencia de estabilidad ⁷⁴ tal no parece ser la situación en centroamérica pues parece existir una relación inversamente proporcional, al menos en dos de los casos, entre la tasa de desempleo abierta y la existencia de la estabilidad, o sea a menor estabilidad, menor desempleo, según se desprende del siguiente cuadro que no comprende a Panamá:

	Tasa de desempleo abierto					
	1983	1984	1985	1986	1987	1988
Costa Rica	7.9	6.7	6.2	6.1	5.5	5.6
El Salvador	32.9	32.2	23.8	24.0	24.5	24.0
Guatemala	11.0	10.0	13.7	16.6	12.6	12.6
Honduras	21.0	21.0	22.0	23.0	24.0	24.0
Nicaragua	19.0	21.1	20.9	22.1	24.3	26.0

(fuente Consejo Monetario Centroamericano, Secretaría Ejecutiva, Boletín Estadístico, 1988, San José, cuadro N° 1).

Otro aspecto que podría resultar interesante verificar y que de momento únicamente lo mencionamos, pues la información en que se basa es sumamente fragmentaria y requeriría una verificación, es la relación

entre estabilidad o en su caso reconocimiento del fuero sindical y la tasa de sindicalización. La constatación a la que se arribaría es que no existiría ninguna relación, toda vez que, la tasa de sindicalización es prácticamente la misma, alrededor de un 16% en Costa Rica, Honduras y Panamá ⁷⁵.

Notas

* El autor desea expresar su agradecimiento y reconocimiento a los colegas Luis Armando Guerra Rodríguez de Guatemala, Edgardo Cáceres Castellanos de Honduras, José Roberto Medina de El Salvador, Rolando Murgas Torrazza y Arturo Hoyos de Panamá, por la pronta colaboración brindada suministrándole información sobre la legislación y jurisprudencia de sus respectivos países que le han aliviado al autor la preocupación que siempre genera el tener que referir disposiciones u ordenamientos jurídicos distintos al país en que se habita. Igual agradecimiento al doctor Rodolfo Sandino de Nicaragua por sus valiosos comentarios verbales.

** Por razones fundamentalmente de tradición histórica a Panamá no se le considera parte de Centroamérica; sin embargo se optó por el hecho geográfico, además del afectivo, de que Panamá forma parte del Istmo Centroamericano y por ello se ha incluido en el análisis que aquí se hace.

Por el contrario no obstante su comunidad geográfica Belice, por su diferente tradición cultural y reciente independencia, no se le tiene como parte de Centroamérica, lo que unido a la dificultad de obtener información sobre su legislación, hizo que no le incluyéramos en el estudio.

¹ A. Plá Rodríguez. *El derecho del trabajo en América Latina. Sus crisis y sus perspectivas*. En Derecho laboral. Montevideo, T XXI, Número 110, p. 139.

² H. H. Barbagelata. *Visión general del derecho del trabajo en América Latina*, en Derecho laboral, Montevideo, T XXIV, Número 121, p. 17.

³ A. Plá Rodríguez. *El derecho del trabajo en América Latina. Sus crisis y sus perspectivas*. cit., p. 139; en sentido similar Ermida Uriarte, Oscar. *Las relaciones de trabajo en América Latina, "Problemas y Tendencias actuales"*, Derecho Laboral, Montevideo, T XXIX, N° 141, p.94.

⁴ E. Córdoba. *Principales tendencias de la legislación del trabajo. Algunas experiencias concretas de modificación de la legislación laboral*, en "Bases para la actualización y desarrollo de la legislación laboral", Adolfo Ciudad Reynaud, Editor, Guatemala, 1988, p. 33-34. El fenómeno también ha sido detectado en México por De Buen quien señala "En México se mantienen vivas, formalmente, las reglas de juego que sirvieron para invocar una especie de liderazgo normativo, ejemplo a seguir en el mundo laboral, como si hubiéramos inventado la lucha de clases y el proletariado mismo. Pero esas reglas no han sido nunca cumplidas cabalmente. Y, lo que es más grave, si se pasa por encima de la pura forma y se va a la realidad de su pobre contenido, se advertirá que en derechos individuales somos una caricatura de justicia social; ... "en *Evolución del derecho laboral en México, 1947-1987*, Derecho Laboral, Montevideo, T XXXI, Número 149, p. 129).

⁵ Sobre la terminación de la relación de trabajo en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela puede consultarse el estudio exhaustivo hecho por E. Morgado *Estudio comparado de las legislaciones de trabajo y seguridad social en los países del grupo andino*, Quito, 1988, Edición mimeografiada, p. 14 y sgts.

- ⁶ W. D. Giglio. *La extinción de la relación de trabajo en el Brasil*, en "La extinción de la relación laboral. coordinación de Mario Pasco Cosmopolis, Lima 1987, p.10.
- ⁷ W.D. Giglio. *La extinción de la relación de trabajo en el Brasil*, cit p. 10.
- ⁸ O. E. Rodríguez. *Estudios de derecho laboral* Tegucigalpa, 1988, p. 390.
- ⁹ O. E. Rodríguez. *Estudios de Derecho Laboral*, cit. p. 390-391.
- ¹⁰ O. E. Rodríguez. *Estudios de Derecho Laboral*, cit. p. 392.
- ^{10 bis} A. Plá Rodríguez. *La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados*. Informe general, Tema II. Congreso Mundial de la sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Washington, 1982, p.39.
- ¹¹ Sin embargo debe tenerse presente que por disposición del artículo doce de la Constitución Política de Costa Rica vigente fue abolido el ejército como institución permanente. La iniciativa de esa histórica y singular decisión corresponde a José Figueres Ferrer que el primero de diciembre de 1948, no obstante ser el comandante en jefe del "movimiento de Liberación Nacional", que triunfó en una guerra civil por la restauración del derecho electoral y la corrección en el manejo de fondos públicos y por lo tanto, tener en su haber las armas, no vaciló en tomar esa histórica y singular medida, que fue elevada a rango constitucional.
- ¹² A. Plá Rodríguez. *La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados*, cit. p. 39.
- ¹³ En relación con República Dominicana, vid. L. Hernández Rueda. *La terminación por deshaucio del contrato individual de trabajo en La protección del trabajo en el mundo moderno* coordinador Gualterio Martin-Marchesina, Tijuana, 1987, V. I, p.839.
- ¹⁴ Vid. M. Pasco Cosmopolis. *La falta grave laboral* en Derecho Laboral, T XXVII, N° 134, p. 298.
- ¹⁵ G. Von Potobsky. *La recomendación de la O.I.T. sobre la terminación de la relación de trabajo* en Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deviali, Buenos Aires, 1979, p. 595.
- ¹⁶ Vid. O. Ermida Uriarte. *La estabilidad del trabajador en la empresa ¿Protección real o ficticia?*, Montevideo, 1983, p. 46.
- ¹⁷ Vid. N. De Buen. *La extinción de la relación de trabajo en México* en *La extinción de la relación laboral*, coordinación de Mario Pasco Cosmopolis, Lima, 1987, p. 134.
- ¹⁸ Vid. R. Murgas Torrazza. *La terminación de la relación de trabajo en el derecho panameño*, en "La extinción de la relación laboral", coordinación de Mario Pasco Cosmopolis. Lima, 1987, p. 198.
- ¹⁹ C. Carro Zúñiga. *Falta grave, embargo de salario y despido del empleado bancario*, en "Derecho del Trabajo costarricense". San José, 1978, p. 34-35.
- ²⁰ Vid. M. Pasco Cosmopolis. *La falta grave laboral*, en Derecho Laboral, Montevideo, T XXVII, N° 134, p. 295, donde señala que así aparece en el numeral 6 del artículo 63 del Código Sustantivo de Trabajo Colombia.
- ²¹ C. Carro Zúñiga. *Falta grave, embargo de salario y despido del empleado bancario*, cit, p. 28.
- ²² C. Carro Zúñiga. *Falta grave, embargo de salario y despido del empleado bancario*, cit, p. 30-31-32.
- ²³ M. Pasco Cosmopolis. *La falta grave laboral*, cit. p. 289-290.
- ²⁴ Según la clasificación de J. Montenegro Baca, *Sistema de ordenamiento de las causas de despido del trabajador por falta grave* en "Simposio de Derecho del Trabajo", Madrid, 1975, p. 122 y sgts, los sistemas para la clasificación de la falta grave sería la siguiente: a) enumerativo o taxativo; b) abierto; c) enumerativo-ejemplificativo y d) convencional.

El enumerativo o taxativo también llamado tipificación legal sería aquel en el que únicamente es falta grave la que está expresamente prevista en la ley. El de la tipificación jurisprudencial o abierto sería aquel en el que se de una definición amplia de lo que es falta grave y corresponderá al Juez determinarla en cada caso. El sistema mixto es el que contiene una enumeración de faltas graves tipificadas en la ley y además se reconoce la posibilidad a través de la interpretación jurisprudencial de incluir otras conductas que reúnan igual gravedad. Finalmente, la tipificación convencional es la que permite tipificar como falta grave aquellas que los instrumentos califiquen como tal.

²⁵ Esta vendría a ser lo que en doctrina se conoce como la concepción tradicional del período de prueba del contrato de trabajo, sin embargo, como señala (W. Sanguinetti Raymond. *El derecho a estabilidad en el trabajo de la Constitución peruana de 1979*, Salamanca, 1988, p. 24, documento inédito a ser publicado en Lima en la obra colectiva "El Derecho del Trabajo en la Constitución de 1979", frente a esa concepción se ha desarrollado otra que estima que aún en el período de prueba el empleador no pueda arbitrariamente y que, por lo tanto, debe existir un mínimo de requisitos de fondo y forma que evite un uso totalmente discrecional por parte del empleador. Señala el mismo autor citando a Rodríguez Piñero, que el mecanismo para lograr tal fin sería exigir que la decisión del empleador fuese motivada y que se permita al trabajador el derecho de defensa)

²⁶ Vid. R. Murgas Torrazza. *La extinción de la relación laboral* cit. p.195.

²⁷ Vid. W. Sanguinetti Raymond. *El derecho a estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana de 1979*, p. 24.

²⁸ Vid. R. Murgas Torrazza. *La extinción de la relación laboral* cit. p. 195.

²⁹ Vid. R. Murgas Torrazza. *La terminación de la relación laboral en el derecho panameño* cit. p. 195.

³⁰ R. Murgas Torrazza. *La terminación de la relación de trabajo en el derecho panameño*, cit. p. 196.

³¹ A. Bronstein. *La flexibilidad del contrato de trabajo: Perfiles de un debate*, en I Congreso Venezolano de Relaciones del Trabajo. Barquisimeto, p. 300.

³² Vid. C. Carro Zúñiga. *Proyecto sobre libertad sindical*, La Nación, San José, 19 de julio de 1989, p. 16A.

³³ A. Plá Rodríguez. *El despido indirecto*, Derecho Laboral, Montevideo, T XXIV, N° 122, p. 188.

³⁴ A. Plá Rodríguez. *Curso de derecho laboral*, Montevideo, T VI, p. 249.

³⁵ Se ha señalado que el incumplimiento del empleador debe reunir las siguientes características, debe ser grave; puede consistir en un solo acto o una serie de actos menores pero reiterados que produzca el mismo resultado; pueden ser actos positivos o negativos y no necesariamente se requiere la intención de forzar al trabajador a dejar su trabajo. (Vid. A. Plá Rodríguez. *El despido indirecto*, cit., p. 188-189.

³⁶ Plá, no obstante que no lo considera esencial a la figura del despido indirecto considera que es recomendable que en todos los casos en que sea posible se recurra a algún procedimiento para instar al empleador a que rectifique o cese su comportamiento ilícito (Vid. Plá Rodríguez, Américo. "El despido indirecto", cit. p. 300.

³⁷ Según señala N. De Buen. (*La extinción de la relación de trabajo en México* en *La extinción de la relación laboral*, coordinación de Mario Pasco Cosmopolis, Lima, 1987, p. 148), el artículo 147 de la Ley Federal de Trabajo señala lo siguiente: "el patrón deberá dar al trabajador aviso escrito de la fecha causa o causas de recisión.

El aviso deberá hacerse del conocimiento del trabajador y caso de que éste se negare a recibirlo, el patrón dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la recisión deberá

hacerlo del conocimiento de la Junta respectiva, proporcionando a ésta el domicilio que tenga registrado y solicitando su notificación al trabajador.

La falta de aviso al trabajador o a la Junta, por sí sola, bastará para considerar que el despido fue injustificado". Refiere De Buen en la obra citada que desde 1982 la Corte ha venido sosteniendo el criterio de que sino se cumple con lo dispuesto en el párrafo final del referido artículo 47, el despido está afectado de nulidad. Entendemos, según referencia de colegas mexicanos, que en la actualidad gran número de casos en México, lo ganan los trabajadores en base al tecnicismo de la falta de aviso oportuno a él o a la Junta.

³⁸ G. Von Potobsky. *La recomendación de la O.I.T. sobre la terminación de la relación de trabajo* en Estudio sobre derecho individual de trabajo. En Homenaje a Mario L. Deveali, Buenos Aires, 1979, p. 593-594.

³⁹ M. De la Cueva. *El nuevo derecho Mexicano del Trabajo*, México, 1977, p. 219.

⁴¹ Vid. M. De la Cueva. *El nuevo derecho Mexicano del trabajo*, cit. p. 219. Se reconoce que en el desarrollo de la doctrina sobre la estabilidad el aporte de los juristas latinoamericanos ha sido muy fructuoso (Vid. H. H. Barbagelata *Introduction aux institutions du droit du travail en Amerique Latine* Lovain, 1980, p. 144).

⁴² R. Murgas Torrazza. *La extinción de la relación laboral*. en "La extinción de la relación laboral coordinada por Mario Pasco Cosmopolis, Lima, 1987, p. 202.

⁴³ Vid. art. 212 del Código de Trabajo de Panamá y aclaración que hace R. Murgas Torrazza. *La extinción de la relación laboral*, cit. p. 193, respecto de los incisos 7 y 9 del Código de Trabajo de Panamá.

⁴⁴ M. Pasco Cosmopolis. *Perú: los últimos cuarenta años* en Derecho Laboral, Montevideo, T XXI, N° 150, p. 316.

⁴⁵ Vid. E. Cáceres Castellanos. *Rasgos generales de la evolución del derecho laboral hondureño*, en Derecho Laboral, Montevideo, T XXXI, N° 150, p. 289, interpretamos nosotros que usa el término en el sentido en que lo usa de la Fuente en su clasificación, esto es, que en caso de violación de la estabilidad el despido es ineficaz y se garantiza la reincorporación del trabajador.

⁴⁶ Vid. A. Plá Rodríguez. *El despido indirecto*, Derecho Laboral, Montevideo. T XXIV, N° 122, p. 302.

⁴⁷ A. Plá Rodríguez. *El despido indirecto*, cit. p. 302.

⁴⁸ Vid. O. E. Rodríguez. *Estudio de derecho laboral*. Tegucigalpa, 1988, p. 398; esta posibilidad ha sido reconocida también por la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela según lo detalla Villasmil, (Villasmil, Humberto. *A propósito del despido indirecto como modalidad del "despido abusivo*. En Estudio Laborales en homenaje al Profesor Rafael Alfonso Guzmán. Caracas, 1986, tomo II, p. 437.

⁴⁹ Vid. punto C-1-F.

⁵⁰ Pasco (Perú: *Los últimos cuarenta años* en Derecho laboral, Montevideo, tomo XXXI, N° 150, 1988, p. 316) describe el sistema de estabilidad de Perú en forma resumida así: "a) prohibición del despido sin justa causa, entendiéndose por tal, en lo individual, únicamente la falta grave o injuria laboral. b) rígida tipificación legal de la falta grave, bajo el sistema cerrado o de números clausus. c) derecho del trabajador a exigir su reposición en el empleo en caso de despido injusto o a su elección el cobro de una indemnización. . . . d) cobro de remuneraciones devengadas (caídas) en el transcurso del litigio. e) sometimiento de los cierres de planta, reducciones de personal y otras vicisitudes derivadas de causas técnicas, económicas, caso fortuito o fuerza mayor a una autorización gubernamental previa. f) prohibición de la contratación a plazo fijo, salvo

para obra determinada o servicio típicamente eventual." Señala el mismo autor (Pasco Cosmopolis, Mario. *La extinción de la relación laboral en el Perú* en "La extinción de la relación laboral" coordinación de Mario Pasco Cosmopolis, Lima 1987, p. 240) que la estabilidad resulta ser el rasgo predominante de todo el sistema de relaciones laborales, pues a polarizado los interlocutores sociales y ha impedido o hecho difícil el análisis académico, de ahí que la haya calificado como la "bête noir" del derecho laboral peruano (M. Pasco Cosmopolis. *La extinción de la relación laboral en el Perú*. cit. p. 241.

⁵¹ Vid. O. Ermida Uriarte. *La nueva ley de estabilidad del Perú*. Anales del foro. Montevideo, 1986, N° 75, p.170.

⁵² Vid. H. Valencia Haro. *La estabilidad en el empleo con referencia especial a las legislaciones del Ecuador, México y Brasil*. en Primeras Jornadas Iberoamericanas de derecho del trabajo, Santiago, República Dominicana, 1979, p. 20-21.

⁵³ V. Rusomano Mozart. *La estabilidad del trabajador en la empresa*. Traducción de Héctor Fix Samudio y José Dávalos. México, 1981. p. 90-91.

⁵⁴ V. Rusomano, Mozart. *La estabilidad del trabajador en la empresa*. cit. p. 90.

⁵⁵ Vid. V. Rusomano Mozart. *La estabilidad del trabajador en la empresa*. cit. p. 91.

(56) Rusomano no comparte la utilización de la teoría del abuso del derecho para el propósito indicado porque considera que se parte del reconocimiento de la existencia de un derecho a favor del empresario de despedir lo que considera un error puesto que considera que no se trata del caso en que se ejercita abusivamente un derecho "sino que se trata de actos concretos, voluntarios e ilegítimos que están impidiendo la plena ejecución de la ley, lesionándola en lo más profundo, en lo socialmente más relevante y en lo más humanamente bello: la garantía de estabilidad del trabajador. El acto del empleador (despido injustificado) debe considerarse como verdadero fraude a la ley. (*La estabilidad del trabajador en la empresa*. cit. p. 92)

⁵⁷ Sin embargo, el hecho de que la reincorporación estuviere reconocida en una norma no significaría necesariamente que operara pues puede suceder lo que ha ocurrido en República Dominicana en donde los tribunales han rechazado la reinstalación considerando que las obligaciones de hacer y no hacer se resuelven a daños y perjuicios (Vid. Alburquerque, Rafael, *Evolución del derecho dominicano de trabajo desde 1948 a 1988* en Derecho Laboral, Montevideo, TXXXI, N°149, p. 167.

⁵⁸ Vid A. J. Ruprecht. *Garantías del pleno ejercicio de la libertad sindical*. En Derecho Colectivo Laboral, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1973, p.443, quien considera que no es feliz la denominación de fuero, toda vez que, éste término "es, en general, sinónimo de jurisdicción; pero, en sentido particular, en derecho público, es el conjunto de inmunidades y privilegios que se acuerdan a los integrantes de ciertos poderes del Estado, a fin de realizar su cometido". También sostiene esta crítica en la obra *Asociaciones gremiales de trabajadores*, (Victor de Sabalia Editor, Buenos Aires, 1980, p. 154 y 155 considerando que es más apropiado usar la denominación de "garantía sindical".

⁵⁹ E. Morgado Valenzuela. *La protección contra actos de discriminación antisindical*. Informe presentado al I Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, abril de 1986, p. 6.

⁶⁰ O. Ermida Uriarte. *Formas de acción gremial en la empresa*. En Revista Derecho Laboral, Montevideo, 1983, N° 131, p. 570.

⁶¹ Vid. H. Podetti. *El despido por causa de matrimonio en la legislación argentina* en Derecho Laboral, Montevideo, T XXIII, N° 118, p. 241 y sgts.

⁶² Vid. W. Sanguinetti Raymond. *El derecho a estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana de 1979*, cit. p. 8 y sgts.

⁶³ En relación con el contrato de trabajo por tiempo determinado en el ordenamiento

costarricense y en especial sobre los alcances que la han dado los tribunales puede consultarse mi artículo *El contrato de trabajo por tiempo determinado. Su regulación en la legislación y jurisprudencia costarricenses* Revista Judicial, San José, año X, N°36.
 64 Vid punto D-2, b 1°.

65 Plá Rodríguez, Américo. Informe General presentado de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Celebrado en Washington en 1985. Sobre el tema "La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados". Edición mimeografiada, p.124; en igual sentido Hoyos, Arturo. *La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y los mecanismos tendientes a garantizar el empleo: anotaciones de Derecho Comparado*. En Política Social, Madrid, N°147, p. 19.

66 Vid. Plá Rodríguez. *La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados*. cit. p. 124.

67 Vásquez Vialard, Antonio. *Despido abusivo*. En Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deveali, Buenos Aires, p. 733.

68 Vid, Ermida Uriarte, Oscar. *La estabilidad del trabajador en la empresa. Protección real oficticia*, cit. p.37 y Hernández Alvarez, Oscar. *La evolución del derecho de trabajo en Venezuela*, en Derecho Laboral, T XXXI, N° 150, p. 359.

69 Vid. Barbagelata, Héctor Hugo *Sobre la estabilidad en el empleo*, cit. p. 343.

70 Vid. R. Murgas Torrazza. *La extinción de la relación laboral*, en La extinción de la relación laboral, coordinación de Mario Pasco Cosmopolis, Lima, 1987, p. 198.

71 Vid. R. Murgas Torrazza. *La extinción de la relación laboral*, en "La extensión de la relación laboral, coordinación de Mario Pasco Cosmopolis, Lima, 1987, p.198.

72 De conformidad con la regulación hecha por la Corte Suprema de Justicia en el artículo XXIV de la sesión del 27 de junio 1989 se entiende que un asunto es de mayor cuantía cuando las pretensiones que se discuten superan los ciento cincuenta mil colones, sea aproximadamente mil novecientos dólares.

73 Vid. M. López Larrave. *Síntesis del derecho del trabajo guatemalteco*. En El derecho Latinoamericano del Trabajo. México, 1974, t. I, p. 893.

74 Vid. W. Sanguinetti Raymond. *El derecho a la estabilidad en el trabajo de la Constitución peruana de 1979*, cit. p18, quien manifiesta en relación con Perú lo siguiente: "por el contrario... las estadísticas de empleo no parecen corroborar la existencia de una relación tangible entre ambos. Así tenemos que entre los años 1971 y 1977, durante los cuales estuvo en vigor el DL18.471 (dentro del cual la estabilidad se adquiría superado el período de prueba de tres meses), el empleo adecuado alcanzó como promedio el 51.5% de la P.E.A.; en tanto que entre los años 1978 y 1985, estando vigente el DL 22.126 (que creó un período adquisitivo de la estabilidad de tres años), el empleo adecuado se redujo al 39.10% de la P.E.A. como promedio. Lo que explica la diferencia entre ambos períodos no es, evidentemente, la existencia de una u otra ley de estabilidad, sino los diferentes índices de crecimiento promedio del P.V.I. que se registra en cada período (4.2% el primero, frente 0.43% en el segundo.

75 La información de Costa Rica, cuya tasa exacta es del 15.54% de la población ocupada del país, está tomado de Román, Jose Francisco y Méndez Marilena, "datos básicos del movimiento sindical", Heredia, p. 8, Edición mimeografiada, 1988; la relativa a Honduras y Panamá le fue suministrada por funcionarios de la Asociación de Servicios de Promoción laboral que es una entidad vinculada al movimiento sindical costarricense y dedicada al estudio de los problemas del movimiento sindical, pero no responde a documentos oficiales de los países referidos sino a la información que ellos pueden recabar de sus contactos sindicales en Honduras y Panamá. De El Salvador, Guatemala y Nicaragua no se dispone de información.

Giornale di n. 47, anno XII, 1990, 3
DIRITTO DEL LAVORO e di
RELAZIONI INDUSTRIALI
diretto da Gino Giugni

In questo numero

Tosi/Carinci *Lo Statuto dei lavoratori: grande e piccola impresa*
Barbash John R. *Commons e le teorie delle relazioni industriali /*
D'Antona *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici /*
Santoro Passarelli-Ventura *Parità di trattamento retributivo /*
Gli studi di relazioni industriali nel 1988-1989



FrancoAngeli s.r.l. - V.le Monza 106 - 20127 Milano - sped. abb. post. gr. IV°/70

economia & lavoro

Rivista trimestrale di politica economica e relazioni industriali

Anno XXIV

ANTONIO GOLINI - CORRADO BONIFAZI
Le statistiche demografiche in Italia

RAIMONDO BOSCO
Le statistiche del lavoro: la transizione scuola-lavoro, domanda e requisiti di qualificazione e formazione professionale

UMBERTO MARTINELLI
Le statistiche della Pubblica Amministrazione: lavoro, retribuzione e finanza

MARCO MARTINI
I dati amministrativi come fonte di informazione statistica sulle imprese

CATERINA GUARNA - MAURIZIO TARQUINI - RENZO TURATTO
Le fonti statistiche sul mercato del lavoro in Italia

GIUSEPPE GESANO
Dieci anni di evoluzione nel mercato del lavoro italiano: 1978-87.
Un'analisi per generazioni nel Nord-Centro e nel Mezzogiorno

LEONELLO TRONTI - ALBERTO CUCCHIARELLI
Gli effetti redistributivi della spesa sociale. Un'analisi orizzontale

ALFREDO COLABELLA
Disoccupazione sinonimo di povertà? Una ricerca empirica sull'area metropolitana torinese

PIERA RELLA
Soddisfazione nel lavoro e qualità della vita di lavoro nell'industria elettromeccanica:
un confronto fra nove paesi

RASSEGNA DELLA CONTRATTAZIONE

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

SEGNALAZIONI RIVISTE

TRIM. / N. 2 / APRILE GIUGNO 1990 / SPED. IN ABB. POST. GR. 1070 / AUT. DIR. PROV. PT. DI PADOVA / MARSILIO EDITORI / MARITIMA - FABBRICATO 205 / 30035 VENEZIA

Marsilio Editori

Aprile-Giugno 1990

2

Movimiento sindical y partidos políticos en Chile

Alberto Cuevas*

1.Premisa 2.La Foch y la figura de Recabarren. 3.La Ctch y la presencia socialista. 4. Un nuevo concepto de unidad. 5. La Cut: unidad sindical y "guerra" de clases. 6.Un sindicato de oposición. 7. El sindicato como fuerza de gobierno. 8.Superar la "cultura de la subordinación".

1.El tema de la relación entre sindicato y partido político es uno de los argumentos que con mayor vigor ha surgido en Chile en el debate político y cultural de los últimos años. El interés que este tema ha suscitado en el movimiento sindical y en la izquierda chilena se justifica, dadas las características del sindicalismo chileno que, ya a partir de los años 20, comenzó a reconocer a los partidos políticos una primacía ideológica y cultural.

La acción sindical no autónoma y subordinada, que consiste en poner la acción del movimiento sindical como variable dependiente respecto a otros sujetos políticos, en particular de los partidos políticos, representa una carencia objetiva del sindicato en Chile. Como consecuencia de ello, puede ser evidenciado un persistente atraso en relación con la concepción de las relaciones laborales con el modelo de desarrollo económico para Chile y la naturaleza de la conflictividad del trabajo.

Con estas notas quisiéramos intentar un análisis sobre el accidentado itinerario de esta relación en Chile. Y al mismo tiempo proponer un tipo de relación alternativa que reconozca al movimiento sindical un espacio social autónomo, como un sujeto político, estructural y organizacionalmente diferente.

En la historia del movimiento sindical chileno ha sido hegemónica la concepción del sindicato vinculado, condicionado y subordinado al partido político. Esta línea de tendencia ya presente en los años 20 -o sea

* Director de la revista "Andes" de Roma. Profesor contratado de Historia de las Doctrinas Políticas en la Universidad de Nápoles

en los albores del movimiento organizado de los trabajadores- es aún más elocuente en la década del 36 al 46, o sea, con la Confederación de Trabajadores de Chile Ctch y sobre todo en los últimos años de existencia de la Central única de trabajadores Cut.

Una prueba de cuanto decimos la encontramos en la influencia creciente de los partidos en la imposición y selección de los grupos dirigentes, en la definición de las líneas de acción, en la elaboración de las plataformas y en la decisión de los momentos de lucha.

2. Se podría discutir esta hipótesis afirmando la inexistencia de la hegemonía de los partidos y la dependencia del movimiento sindical respecto de éstos, con la precedente constitución de la Federación obrera de Chile Foch respecto a los partidos obrero-socialista y comunista, y de la Ctch respecto al Frente popular de 1938. Esta argumentación haría abstracción de los contenidos reales de las luchas obreras, de la lógica organizativa del movimiento sindical, de las reivindicaciones y demandas que éstas exigen.

Sin embargo, también es cierto que la independencia de la Foch -sobre todo en sus primeros años- fue un hecho real. La presencia del partido demócrata, como también de importantes sectores anarquistas, condicionaron su acción reivindicativa, pero la vitalidad de las Federaciones adherentes impedían una hegemonía que en los años sucesivos se impondrá como un hecho objetivo.

La Foch nace en setiembre de 1909 con finalidades mutualistas y de asistencia social. La hostilidad del Estado como del Gobierno de la época se manifestó en mil circunstancias. Tres años después de su constitución, el Gobierno reconoce la personalidad jurídica (Decreto n. 2622 del 11 de setiembre de 1912) a una organización que ya organizaba las principales categorías productivas.¹

La presencia organizada de los partidos queda en evidencia ya en 1919, cuando la Federación obrera modifica sus estatutos y su declaración de principios acentuando el carácter transitorio de la organización sindical. Debemos recordar que en los mismos días en que la Foch se reúne para modificar sus estatutos, se constituye la Iww.

La hegemonía de los partidos se hace irreversible con la Convención nacional de la Foch, celebrada en diciembre de 1921, después de un viaje de Luis Emilio Recabarren a la Unión Soviética. En este evento, la mayoría de la Foch decide -no obstante la oposición de los sectores socialistas y del partido demócrata- constituir la organización de la Federación obrera sobre la base de Consejos Industriales, además de su adhesión a la Internacional Comunista. Desde entonces, en Chile prevalece el modelo sindical de la tradición leninista de subordinación-integración con los partidos, únicos representantes de la conciencia de clase.

Pocos años más tarde, en 1924, la derrota de la Foch es un hecho consumado, aunque su desaparición formal se realice sólo 10 años después. En efecto, cuando se produce la ruptura del orden institucional con el golpe de Estado que derrocó al Gobierno de Alessandri, la indiferencia del mundo del trabajo es casi total. Recabarren y la Foch llaman a un mítin de protesta, sin embargo "a la manifestación -afirma Clotario Blest no concurren más de cincuenta personas".²

La Foch sucumbió definitivamente después de haber pasado por las grandes laceraciones internas en que predominaban el enfrentamiento entre los anarquistas y comunistas, porque no fue capaz de resistir el enfrentamiento contra las tendencias trostkistas; además, porque estaba debilitada por la represión del gobierno de Ibáñez (1927-1931).

La constitución de la Foch aparece ligada con un único hilo conductor a la fundación del Partido Comunista y antes, a la del Partido obrero socialista, a través de la misma inteligencia y espíritu organizativo que fue Luis Emilio Recabarren.

La figura de Luis Emilio Recabarren ha sido, a nuestro juicio, subestimada y sobreestimada al mismo tiempo. Mitizada en algunos aspectos, despreciada en otros. Una nueva lectura del pensamiento de Recabarren a la luz, no tanto de esquemas ideológicos preconcebidos, sino del análisis concreto de sus posiciones en relación a los límites y a las características de las luchas sociales de su época, nos dará una figura seguramente diferente de la que hemos conocido en la historiografía "oficial" de Chile. Será una figura aventurera y realista al mismo tiempo; democrática e intolerante, precursor tanto del sindicalismo autónomo y de masas como del sindicalismo elitario e ideológico. En resumen, una figura con grandes contradicciones y ambigüedades, pero también generosa, idealista y sobre todo, extraordinariamente humana. En definitiva, conoceremos un Recabarren más hombre y menos mito.³

No pretendemos analizar sus concepciones políticas e ideológicas, sino solamente dejar en evidencia que, no obstante sus contradicciones teóricas, la práctica histórica de este líder sindical es decisiva en la exaltación y definitiva imposición del modelo leninista conocido como "correa de transmisión". Recabarren no es, pues, el "padre" del movimiento sindical chileno, sino el verdadero forjador del modelo leninista en Chile.

En efecto, es el mismo Recabarren quien escribe el documento final del Cuarto Congreso Nacional del Partido obrero socialista que decide la fundación del Partido comunista en 1922. La declaración constitutiva del evento decidía constituirse en la sección chilena de la Internacional Comunista; además, llamar al proletariado industrial para que se incorporara a sus filas, mientras que el punto tres del mismo documento,

llamaba a “desenvolverse paralelamente, con perfecta inteligencia con la organización sindical revolucionaria, a fin de constituir un lazo indestructible en la lucha final contra el capitalismo.”

3. La Ctch (1936-1946) precede la constitución del Frente popular, pero su efectiva constitución es posible sólo después de que el quinto congreso de la Tercera Internacional comunista decide el “gran viraje”, y la consiguiente línea de amplias alianzas.

En el caso de la Ctch, la presencia socialista garantiza un cierto grado de autonomía de esta organización en sus primeros meses de vida. Es preciso señalar, sin embargo, su profunda incapacidad para mantenerla durante el gobierno del Frente popular. Su efímera existencia -apenas 10 años- nos revela además su extrema fragilidad política y organizacional.

Desde hace muchos años existe la conciencia del origen de estas divisiones y del escaso poder de gravitación del movimiento sindical en el sistema político chileno.

Ya en 1938, el Departamento sindical del partido socialista declara que “uno de los problemas más graves para la izquierda era la lucha entre los partidos por la hegemonía dentro del movimiento sindical.”⁴

La situación de la Ctch y el sisma que determinó su fracaso se encuadran en esta lógica. El movimiento sindical sufre en este período una debilidad estructural en todos sus niveles debido no sólo a su dependencia, casi orgánica, respecto de los partidos políticos y de las contradicciones que éstos vivían, sino además por la obediencia programática en relación con el Frente popular. Un ejemplo asaz decidor lo representa el debate en torno al problema de la sindicalización campesina. La tenaz oposición comunista a la extensión de los derechos sindicales había provocado, en efecto, la primera importante contradicción en el seno de la Ctch y entre ésta y el Gobierno del Frente popular en 1939.

En este sentido, las resoluciones del 2o. Congreso extraordinario del Partido socialista en 1940 se expresan con mucha claridad cuando afirman que “la Ctch (...) ha carecido (...) de vida propia o independencia porque ha sido un mero apéndice del Frente popular.”⁵

La competencia entre comunistas y socialistas ha sido siempre determinante en la armonía o descomposición del movimiento sindical. Ya en 1943, en el 4o. Congreso del Partido socialista, Allende sostenía una vigorosa polémica con el Partido comunista en relación a las concepciones sindicales dominantes. “Contra su idea de la dictadura del proletariado -decía- nosotros proponemos la idea de un gobierno de los trabajadores manuales o intelectuales, una unión de los sectores medio y popular dentro del Partido socialista. Contra su idea de sectarismo sindical, proponemos la autonomía de los sindicatos.”⁶

La división de la Ctch se producirá pocos años después y la causa

inmediata será la actitud que tomarán los partidos comunista y radical, por un lado, y socialista por otro, frente a la huelga general del 30 de enero de 1946, que la Ctch había proclamado para exigir la restitución de la personalidad jurídica a dos sindicatos de las oficinas salitreras.

Se constituyen, por lo tanto, dos centrales sindicales. Una Ctch ligada al Partido comunista y otra Ctch de inspiración socialista. El resbaloso terreno ideológico en el cual se encuadraban las contradicciones entre los partidos de la izquierda provocaba verdaderas “guerras de religión” en el seno del movimiento sindical acentuando su deslegitimación y su profunda crisis de identidad.

La Foch y la Ctch, entonces dos grandes federaciones a nivel nacional del movimiento sindical chileno, desaparecieron del panorama político y reivindicativo debido a la repercusión de las contradicciones políticas, ideológicas y de poder, que surgieron entre los partidos de la izquierda, o en el interior de ellos.

Característica fundamental de las formaciones orgánicas del movimiento obrero chileno ha sido, por lo demás, la inmensa debilidad y flaqueza de sus contenidos reivindicativos, teñidos de conceptos ideológicos, generalmente irrealistas en el plano de la política económica y por lo tanto con escasa capacidad de traducir en conquistas reales los fermentos sociales de las clases trabajadoras.

Ello explica, entre otras cosas, la efímera existencia de las organizaciones de trabajadores anteriores a la Cut.

4. Un período interesante, rico en contenidos innovadores, es el que va desde 1950 a 1953, o sea, desde el último período del gobierno de González Videla a la fundación de la Cut. Este período ve la proliferación y el decantamiento de todas las tendencias sindicales, con sus concepciones y sus proyectos organizativos. La búsqueda de la unidad para la reconstrucción de una instancia unitaria fue larga y llena de obstáculos, pero con fuertes fermentos de renovación. El mismo concepto de “unidad” ya no es el mismo concepto mistificante e instrumental que había dado origen a la Ctch en 1936. El concepto de unidad es ligado profundamente con el de autonomía y de democracia sindical. En este período la movilización de los trabajadores se intensifica porque, por un lado, la crisis económica menoscababa continuamente los salarios reales y las condiciones de vida de las mayorías trabajadoras, y por otro, la persistencia de leyes liberticidas, como la “Ley de defensa de la democracia” y el creciente clima de tensión internacional conocido como “guerra fría”, cerraban los pocos espacios institucionales de mediación.

La rudeza del debate determinaba, por lo demás, los temas y las sensibilidades que en el seno de la izquierda y del movimiento sindical, se habían despertado. Para los comunistas era necesario luchar por crear

un sindicato unitario, anticapitalista y comprometido con una acción reivindicativa que ponga en primer lugar la derogación de la "ley de Defensa de la democracia". Para ello era necesario que los socialistas superaran "la ideología del reformismo, del oportunismo, del trostkismo y otras desviaciones burguesas". Para los socialistas, la unidad sindical era un objetivo primordial, pero era necesario "asegurar la democracia del movimiento sindical y la no ingerencia del Partido comunista". El comunismo -decían- "nunca ha renunciado a su política y práctica de dominar a sindicatos y federaciones de manera totalitaria".⁷

Protagonistas de este intenso período de búsqueda de un propio perfil sindical, autónomo y unitario, son la Junech, dirigida por Clotario Blest, nacida en 1948; el Munt dirigido por Ernesto Miranda, que representaba los sectores autónomos y también a algunos grupos anarquistas, además de otros sectores sindicalizados como el Mus, el Comité de Obreros y empleados, la Conaf, ecc. Estas organizaciones dan origen a finales de 1952 a la Cnus, (Comisión Nacional de Unidad Sindical) que tendrá la responsabilidad de convocar el Congreso constituyente de la Cut. Después de elaborar una "Plataforma de lucha" en 15 puntos, la Cnus, en una serie de documentos previos al Congreso que servían para estimular el debate precongresual, expresaba fehacientemente un "nuevo espíritu" en el trabajo sindical, pluralista y más democrático. "Insistimos -se decía en uno de ellos- que nuestra comisión de unidad está trabajando por una Central única independiente de cualquier gobierno, libre del tutelaje de partidos políticos, que representará los principios de la democracia sindical y defenderá los permanentes intereses de los trabajadores sin excepción".⁸

En un análisis que la Comisión de unidad había elaborado sobre la historia de los últimos años del sindicalismo chileno, en particular modo del período de la Ctch, se afirmaba en modo incuestionable que esta confederación había estado "muy vinculada a las vicisitudes de las coaliciones político-partidistas como a los gobiernos del "Frente popular" y de la "Alianza Democrática". Esta realidad se hace más evidente cuando la Confederación se divide, creándose dos Ctch, cada una de ellas con el color político de sus directivas nacionales"...además la Comisión "estimaba que una de las causas del divisionismo era la ausencia de democracia sindical; en otras palabras, la intolerancia ideológica, la no representación de las minorías y la imposición de consignas y otro tipo de presiones a los miembros de base de los sindicatos".⁹

Por su parte, Ernesto Miranda, otro de los líderes importantes del movimiento sindical -olvidado y subestimado por la izquierda- expresaba que era necesario construir un movimiento sindical "nuevo", autónomo y democrático. Un sindicato fundado "en los principios de la lucha de clases y con una finalidad emancipadora que conduzca a la clase

trabajadora hacia su integral liberación social (...), la solidaridad recíproca de los obreros y empleados en la defensa de sus conflictos, aspiraciones y un programa común de reivindicaciones".¹⁰

5. La Cut, por lo tanto, nace bajo premisas más sólidas respecto a las precedentes formaciones unitarias, dando origen a un sindicato unitario, fundado en el concepto de autonomía, la democracia interna y una concepción clasista de la lucha política. En efecto, "frente al régimen capitalista -decía la Declaración de Principios de la Cut- la Central única de trabajadores realizará una acción reivindicativa encuadrada dentro de los principios y métodos de la lucha de clases, conservando su plena independencia de todos los gobiernos y sectarismos políticos partidistas. Sin embargo, la Central única de trabajadores no es una central apolítica; por el contrario, representando la conjunción de todos los sectores de la masa trabajadora, su acción emancipadora la desarrollará por sobre los partidos políticos a fin de mantener su cohesión orgánica".

Redactores de esta declaración fueron: Miranda, Vargas Puebla, Long, Olivares y Clotario Blest. Este último, seguramente la figura más popular e interesante de ese período, un líder controvertido y extroverso, protagonista de la primera fase de vida de la Cut. Si la personalidad de REcabarren era fascinante, y en cierto modo romántica y misteriosa, la trayectoria de este dirigente sindical ha sido igualmente complicada. Un dirigente que siempre ha creído en la capacidad del sindicato como sujeto autónomo; no inscrito a ningún partido político, fue artífice y fundador de la Cut; cristiano y "guevarista" al mismo tiempo; amado y discutido, aceptado por algunos y tenazmente rechazado por otros; Blest es seguramente una figura cuya imagen crecerá con el tiempo.¹¹

Volvamos a la Cut. En un primer período prevalecen la autonomía y la democracia interna como elementos esenciales de su práctica política y reivindicativa, aunque muy luego comienza a resquebrajarse la unidad de acción que fatigosamente había logrado.

Las causas de esta crisis son múltiples, pero a nuestro juicio (y en esto no compartimos los análisis siempre apologéticos de Barría y de otros importantes históricos del movimiento sindical chileno), es preponderante la excesiva conflictividad que se expresa ya a partir de la Plataforma de 1954, que tomando las características de un maximalismo reivindicativo, y de lo que podríamos denominar como un cierto "plataformismo salarialista", expresaba su acción sindical en términos exclusivamente conflictuales, rechazando todas las formas negociadoras.

Predominaba en la Cut, una concepción globalizante del conflicto social, que muchas veces imponía movilizaciones desprovistas de sólidos contenidos reivindicativos, favoreciendo un explosivo espontaneísmo de masa que no siempre se traducía en crecimiento y mejoramiento

político y social de los trabajadores. Una concepción "guerrera" de la lucha de clases.

No cabe duda que, no obstante la unidad sindical fuera también un objetivo de los partidos de la izquierda, la naturaleza y la concepción que encarnaba el nuevo sindicato, constituía en los hechos, una derrota de las concepciones sindicales de la izquierda. El Partido socialista expresa con mayor claridad su dificultad frente a la recién constituida Central única. En 1955 Jobet señalaba que su partido no podía aceptar el "punto de vista de un sector de la clase trabajadora que ve al sindicato como un fin en sí mismo, desconectado de la lucha amplia del proletariado, ni acepta el punto de vista de otro sector que considera a los sindicatos como subsidiarios del partido, excluyendo por lo tanto de sus filas a los sectores más numerosos de la clase obrera".¹²

En estos últimos años son numerosos los estudios que ven en la historia de esta organización, sólo grandes conquistas y ningún retroceso. Nosotros, por el contrario, estamos convencidos de que es necesaria una intensa y acabada lectura crítica de la Cut y del carácter de sus luchas.¹³ No pretendemos proponer ahora esta lectura crítica, queremos solamente dejar sentadas algunas premisas críticas, como también algunos elementos claramente positivos.

Una serie de episodios nos muestran, en sus primeros años, una Cut celosa del grado de autonomía alcanzado, aunque, naturalmente también en estos años no faltan las presiones extra sindicales, sin embargo, a nuestro parecer, prevalecen las orientaciones que presionaban por una Cut capaz de decidir su propia línea estratégica y reivindicativa y la autónoma designación de sus propios cuadros dirigentes.¹⁴

Se podría objetar que la subsistencia de las leyes represivas como la ley de Defensa de la democracia, impedían una abierta intervención de los partidos de la izquierda, y que, por esta razón no aparece con evidencia la ingerencia de éstos en el seno de la organización de los trabajadores. Una suerte de acción disfrazada, realizada a través del único organismo "institucionalmente" legitimado. Una parte de verdad existe en una objeción de este tipo. Empero, son más elocuentes y visibles algunos hechos históricos que demuestran la defensa de la autonomía del movimiento sindical, no sólo en relación a los partidos políticos, sino también en relación con el gobierno de la época.

En efecto, poco después de constituida la Cut, el entonces presidente de la República, Carlos Ibáñez del Campo, ofrece a un miembro del Consejo directivo nacional el cargo de Ministro del Trabajo y Previsión Social. Es nombrado el independiente "ibañista" Leandro Moreno, presidente del sindicato de los molineros.

El Consejo directivo nacional de la Cut se reúne y define su posición con la siguiente declaración: "...en conformidad a sus principios y

estatutos, la Central única no puede tener representación en los gobiernos; que automáticamente, con haber aceptado el compañero Leandro Moreno el cargo de Ministro del Trabajo, ha dejado de ser miembro de la Central única de trabajadores de Chile, y (...) que la Central única, consecuente con sus principios, mantendrá con el nuevo Ministro las relaciones que correspondan a una Central de clase en la solución de los conflictos y en la defensa de los intereses de la clase trabajadora".¹⁵

No obstante, algunas conquistas políticas importantes (extraordinario, por ejemplo, fue el rol jugado por la Cut en la derogación de la "Ley de Defensa de la democracia") y otras más o menos significativas en el terreno económico y social, la crisis de la Cut, después del tremendo fracaso de la huelga general indefinida contra la misión Klein-Sacks en 1956, perdurará por más de cuatro años. Será éste el inicio de un largo período de crisis que, salvo la excepción de los primeros años 60, hará de la Central única la expresión más cabal del modelo leninistas de la "correa de transmisión" que haya existido en la historia del movimiento sindical chileno.

Las luchas de poderes, la conflictividad creciente entre comunistas y socialistas por la hegemonía y el control de la Central única, la inmediata repercusión de los conflictos ideológicos, paralizaban su accionar, cambiando radicalmente el contenido de sus luchas y debilitando su capacidad de movilización, perdiendo gradualmente su, cada vez más, reducida unidad de acción.

Ya decíamos que las contradicciones de los partidos políticos habían provocado la desaparición de las Federaciones unitarias precedentes a la Cut. En 1956, sin embargo, será la acción componedora de los partidos que determinará una inversión de roles. El fracaso de la huelga general contra la misión Klein-Sacks había dividido el grupo dirigente de la Cut, pocas semanas después la constitución del Frente revolucionario de acción popular (Frap) salvaba la organización sindical dándole nuevos bríos reivindicativos.

Un año después (febrero de 1957), a raíz de un debate interno cuyo tema era precisamente el de la relación sindicato-partido político, concretamente el rol de los partidos en la definición de los Pliegos de peticiones, los sectores anarcosindicalistas y algunos sectores cristianos y "sin partidos" abandonaban la Cut. Pocos meses después lo harían los sectores democrata cristianos.

Son los primeros síntomas de un mal incurable que continuará en los años sucesivos y que tendrá sus momentos más penosos en las enormes diatribas de los Congresos, cuando la lucha entre las diferentes fracciones se daba fundamentalmente en torno al reconocimiento de los "poderes" y las credenciales de los delegados.

6. La línea del "enfrentamiento global" caracteriza la acción sindical de la Cut en la década de los años sesenta. Decisivo a este propósito es el 190 Congreso del Partido socialista. En sus "Tesis sobre política sindical" se afirma la tesis del sindicato como sujeto político. En polémica con los comunistas, el Partido socialista sostiene que el movimiento sindical -siempre ligado y dependiente del partido político- "debe ponerse en la perspectiva de la lucha revolucionaria y prepararse para un enfrentamiento global con los patrones."

Esta línea se traduce en un claro crecimiento cuantitativo de las luchas obreras, se politizan las demandas y la acción sindical, se impulsa con vehemencia la acción mediadora de los partidos políticos. Al "entijeramiento" propuesto por la lógica de la confrontación entre "Revolución cubana" y "Revolución en libertad", la Cut no supo (o no pudo) dar una respuesta que le hiciera preservar su propia autonomía. La dura oposición de la izquierda a la "Alianza para el progreso" englobó al movimiento sindical y adecuó a estos objetivos, toda la acción reivindicativa.

Durante el gobierno de la Democracia cristiana (1964-1970), se acentúa una conflictividad global, que se proponía objetivos reivindicativos extraordinariamente genéricos y muchas veces superficiales. El nivel de las plataformas, altamente politizadas, desbordaban de contenidos y demandas esquemáticas e ideológicas. Si durante el gobierno de Frei, la izquierda -secundada por la Cut- fue capaz, mediante grandes movilizaciones, de oponerse a la aprobación del "Fondo de ahorro nacional" (motejado como Fondo de "chiribonos"), obstaculizar la Reforma agraria y la "chilenización" del cobre, por su parte la adhesión del movimiento sindical a las posiciones de la izquierda fue dada en modo absolutamente subalterno y acrítico, sin autonomía cultural, ni reivindicativa.

La superficialidad de muchas plataformas y sucesivas movilizaciones se expresa en los slogans protestatarios de las numerosas manifestaciones de esos años; slogans desprovistos de aspectos propositivos o alternativos: "no a las alzas", "no a los chiribonos", "basta con la miseria", etc., que no se ponían en una perspectiva de movilización a través del consenso para contenidos y plataformas de diversa envergadura.

En definitiva, la frecuente instrumentalización de la acción reivindicativa, sujeta más a la lógica y a las exigencias de la lucha política de los partidos de la izquierda, hicieron de la Cut un instrumento formidable de oposición social y de objetiva desestabilización de los diferentes gobiernos y de sus políticas económicas.

Por otra parte, la conflictividad entre comunistas y socialistas, ha sido otra constante de la vida organizativa de la Cut. Esta conflictividad no cesó aún en los momentos de más agudo enfrentamiento con los gobiernos de la época. En 1969, Raúl Ampuero afirmaba que si bien la lucha

política entre socialistas y comunistas en el movimiento sindical no repetía los excesos del período de la Cth, tendía igualmente a polarizar los asuntos sindicales, convirtiéndolos en una competencia entre los partidos políticos y dejando a la mayoría -que no pertenece a ninguno de ellos- más bien aislada de los asuntos sindicales.¹⁶

7. El período sucesivo, o sea, el trienio del Gobierno de la Unidad Popular, es el que presenta mayor dificultad para una observación seria y rigurosa de lo que fue la relación sindicato-partido político. En el caso concreto, la relación entre la Cut y la Unidad popular.

Un análisis riguroso, y no puramente ideológico de la política económica de esos años, seguramente nos demostrará la existencia de errores y debilidades en la gestión de la cosa económica cuyas consecuencias es necesario analizar y profundizar con mayor rigor y no con las rituales autocríticas, que en definitiva, se resuelven en "autojustificacionismo".

Es indudable que el gobierno de la Unidad popular representó importantes e históricas conquistas para los trabajadores. La primera de ellas, naturalmente fue la política del empleo y la extensión de la base productiva que significó la certeza del puesto del trabajo y un importante desarrollo económico, al menos en el primer período. Sin embargo, errores de conducción política, la ausencia de un verdadero debate político y la radicalización del enfrentamiento entre las fuerzas sociales, además de presiones e intervenciones internacionales, etc., llevaron al fracaso una experiencia que había comenzado con resultados extraordinariamente halagüeños.

Según la mayoría de las interpretaciones de historiadores y sociólogos, así como de casi todos los partidos de la Unidad popular, el movimiento sindical habría vivido durante los tres años del Gobierno de Allende su momento de mayor fuerza y desarrollo político.

A nuestro juicio, la realidad se dio de un modo exactamente opuesto. La Cut vivió su momento de mayor debilidad precisamente durante el período de la Unidad Popular. Para el movimiento sindical no todos los gobiernos son iguales. Por el contrario, para el sindicato, existen gobiernos que favorecen más que otros los intereses de los trabajadores y esto, inevitablemente se hace sentir en el desarrollo de la conflictividad. Que la conflictividad aumente frente a gobiernos hostiles al movimiento sindical es una cuestión obvia, casi fisiológica.

En el caso en cuestión: la ausencia de una relación conflictual y negociadora; las frecuentes movilizaciones por objetivos ajenos a la lógica sindical; la pérdida de iniciativa en el terreno reivindicativo, hicieron surgir organismos claramente paralelos, como eran los Comandos comunales y los cordones industriales. Eran organismos paralelos, hegemonizados por la izquierda, pero con un gran potencial político y

reivindicativo. Se trata del llamado "Poder popular".

Estos organismos que, precisamente por el mínimo grado de institucionalización de la lucha política que expresaban, poseían un grado importante de autonomía que explicitaron con gran energía durante la llamada "crisis de Octubre" de 1972 cuando las directivas partidarias fueron -hecho frecuente durante la experiencia de la Unidad popular- superadas por iniciativas autónomas, aunque de un carácter extraordinariamente maximilista, y en muchos casos, con prevalencia de posiciones "ultristas".

Sería largo describir y analizar esta debilidad del movimiento sindical chileno durante este período. Un ejemplo concreto lo encontramos en el debate sobre el tema de "participación", o sea, el rol del movimiento sindical en la gestión de las empresas de las áreas de propiedad mixta y social.

Después de los convenios Cut-gobierno sobre la "participación" que excluían a los sindicatos y sus dirigentes e imponían en la práctica la incompatibilidad entre cargos dirigentes en el sindicato y la representación en los organismos de participación de las empresas del área social y mixta. La debilidad de la Cut se hace cada vez más manifiesta e incluso su principal "caballo de batalla" -el salario- comenzaba a desvincularse del control de la Cut. Las reivindicaciones salariales, en efecto, adquieren un cariz diferente ante los ojos de los sindicalistas. De allí que a comienzos de 1973 se inicia una rápida carrera para revisar estos aspectos de dicho convenio.¹⁷

La iniciativa, una vez más, no parte autónomamente del movimiento sindical, estructuralmente débil, y a esas alturas con una reducida capacidad de convocatoria, sino de las fuerzas políticas. "En la mayoría de las empresas del área social y mixta -decía en efecto Luis Corvalán en el Pleno del Partido comunista del 18 de marzo de 1973- no se ve un cambio real en las relaciones de producción, a pesar de que éste es, después de todo, el asunto principal. Si una clase, la burguesía, o una capa social más o menos homogénea, la oligarquía financiera, dirige ayer el proceso económico, lo que corresponde es que otra clase social, en nuestro caso el proletariado, pase a desempeñar ese papel. Por eso, entre otras cosas, somos partidarios de revisar y modificar las formas de participación de los trabajadores puestas en práctica hasta hoy. Insistimos en que los sindicatos y los dirigentes sindicales, junto a los ejecutivos designados por el Gobierno, asuman la plena dirección de las industrias".¹⁸

La Cut en aquel período -y esto tenemos que decirlo con entera franqueza y sin ningún temor a los anatemas- representó un objeto de mercancía entre los diversos sujetos que protagonizaban la lucha política. El gobierno afirmaba que la presencia de sindicalistas en el gabinete

(hecho jamás antes conocido, no sólo en Chile) representaba asegurar la presencia de los trabajadores en el poder. Los partidos de la izquierda consideraban dentro de la cuota concordada los sindicalistas que participaron en el gobierno. Participaban, pues, no en cuanto sindicalistas, sino en cuanto militantes de prestigio de tal o cual partido. Los dirigentes pasaban de la Cut al gobierno y del gobierno a la Cut, puesto que los cargos -se decía- estatutariamente "pertenecen" a los partidos y son éstos los que deciden la "movilidad", el reemplazo o el retorno de los dirigentes al organismo sindical. Es así como la participación en el gabinete del gobierno de algunos sindicalistas podía ser considerada -como decía uno de los máximos dirigentes de la Cut- una simple "comisión de servicio".

Por su parte, la oposición al gobierno de Allende veía la participación de sindicalistas en el gabinete nada más como una suerte de autodescalificación del gobierno mismo. La presencia de sindicalistas -según la oposición- no era un motivo de fuerza del movimiento sindical, sino más bien una intrínseca debilidad del gobierno.

Entre la Unidad Popular y la oposición no había entonces una diferencia de concepción respecto a la presencia en el gobierno de los dirigentes sindicales. Para la izquierda representaban una garantía ideológica; para la oposición (sobretudo para la Dc), significaba nada más que la incapacidad de "elevar el nivel de representación".

8. La debilidad de la democracia chilena, a nuestro juicio, era estructural y residía en la situación absolutamente anómala de ver, por un lado, un amplio nivel de representación social en los partidos políticos, un sistema de partidos políticos fuertes y representativos y un movimiento sindical débil y de baja representatividad social (recordemos que la Cut nunca superó el tercio de representación sindical de la fuerza económicamente activa de Chile). Por el contrario, una democracia es fuerte y sólida sólo en la medida en que la representación social es realmente pluralista. Cuando el movimiento sindical es fuerte y radicado en la realidad social, la democracia política *basada en el sistema de partidos políticos* se consolida y se refuerza.

Las debilidades del sindicalismo chileno no eran, sin embargo, sólo el producto de sus propias concepciones. Existían, además, límites e insuficiencias de la superestructura jurídica que impedía el crecimiento de la sindicalización y por tanto de la representatividad social de los sindicatos (no se olvide que el Código del Trabajo impedía la sindicalización en todas las empresas con menos de 25 trabajadores), además de un sistema de negociación colectiva que restringía los temas negociables estimulando de hecho, una mayor concentración en cuestiones salariales.

No obstante el "economicismo", o más bien, el "salarialismo" del sindicato chileno es una consecuencia lógica de la concepción predomi-

nante en la cultura política de la izquierda que ha dado al movimiento sindical un rol exclusivamente secundario, limitando su quehacer en el terreno político e impidiendo de hecho su constitución como sujeto político autónomo, responsable, dotado de una propia línea y un proyecto reivindicativo.

En otras palabras, ha sido la misma concepción sindical predominante en la izquierda chilena (y en parte también en la Dc) que ha atrofiado el movimiento sindical relegándolo a roles secundarios, reduciendo su poder negociador, circunscribiendo su rayo de acción, buscando institucionalizar su participación en la vida social del país.

La relación sindicato-partido político en Chile sigue derechamente la tradición marxista, con pocos momentos de autonomía. Estos momentos de autonomía fueron el producto no tanto de la fuerza y capacidad hegemónica de los "autonomistas" sino de la debilidad "institucional" y contingente de los sectores adversarios.

Por otra parte, los momentos o espacios de autonomía conquistados, formaron más bien un cariz espontaneísta y en algunos momentos, anarquizante, como en el caso de la huelga general de enero de 1956, arrastrando consigo una debilidad aún más estructural, que en los hechos permitía que se consolidaran las fuerzas contrarias al desarrollo de un sindicato protagonista, democrático y autónomo.

La "cultura de la subordinación" que prevaleció en el movimiento sindical chileno es un hecho radicado; de allí que la batalla por conquistar la autonomía del movimiento sindical y su constitución como sujeto político, será seguramente muy larga y más que política, será una batalla cultural.

La construcción de un sindicato autónomo, democrático y pluralista es posible, si se modifica profundamente la cultura política de todas las fuerzas políticas democráticas, en particular de la izquierda.

Sólo de este modo prevalecerá la mentalidad de un sindicato que crea en la negociación colectiva y en el método sindical como su principal instrumento de acción.

No son soluciones fáciles, ni tampoco de rápida concreción. Sin embargo, estamos convencidos de que es necesario comenzar una amplia e intensa discusión entendiendo la construcción de un sindicato renovado como un proceso y como tal, con altos y bajos, con avances y retrocesos.

El objetivo, por lo tanto, no puede ser otro que el de construir un sindicato que, junto con proponer una alternativa al equilibrio capitalista, se mueva cotidianamente en las luchas concretas con contenido de transformación social, a través de una amplia política de reformas.

Un sindicato que sea capaz de entender la naturaleza del sistema de empresas y de las relaciones industriales, pero que sea al mismo tiempo una grande escuela de valores humanos; de libertad, de respeto de las diferencias ideológicas, políticas y culturales.

Notas

¹Moisés Poblete Troncoso, (1926) *Las Organizaciones sindicales en Chile y otros estudios*, Santiago.

²Punto Final n. 143, noviembre de 1971. Entrevista de Eliana Cea. *Clotario Blest. 52 años en la lucha sindical*. Es el primer documento que nos ilustra la vida y la trayectoria de este líder sindical. En 1979 repite los mismos conceptos en la Revista "Aportes para la Renovación", año 1, n. 2.

"Observé a Recabarren. Se le vinieron cien años encima.

Quedo anonadado por la indiferencia de la clase trabajadora. Lo vi alejarse solo por la calle Teatinos hacia su casa, abrumado por la pena.

Y esa noche, el 19 de diciembre se suicidó. Fue el último dolor que él tuvo."

³Los análisis históricos sobre el movimiento sindical chileno tienen generalmente un carácter apologético y acrítico. Es necesario que la historia del sindicalismo chileno, de sus organizaciones y líderes históricos sea transmitida a las generaciones sucesivas en un modo más "laico", no ideológico, no "oficialista". Una historia que reconstruya e interprete los hechos del pasado en función de la verdad histórica y de los hechos realmente acaecidos y no una historia útil y funcional de las luchas políticas del presente.

No escapan al filón apologético la mayoría de las investigaciones que sobre Recabarren han realizado en estos años algunos estudiosos chilenos. De Jobet a Teitelboim, de Ramírez Necochea a Vitale, a Jorge Barria. Dentro de esta lógica también se inscribe la investigación de Witker Velázquez *Los trabajos y los días de Recabarren*, Premio Casa de las Américas 1977, La Habana, Cuba.

⁴Alan Angell, (1972), *Partidos políticos y movimiento obrero en Chile*, Ediciones Era, México, pág. 115.

⁵Alan Angell. Op. cit., pág. 120.

⁶S. Allende *Contradicción de Chile*. Discurso ante el 4º. Congreso Nacional del Partido socialista, 15 de agosto de 1943, pág. 3 (citado por A. Angell). Naturalmente estas opiniones de Allende representan, o bien, preceden las polémicas entre comunistas y socialistas en los años cuarenta. Sucesivamente, la competencia entre los militantes de estos partidos se desarrollará más a nivel de base, sobretudo en el terreno sindical, más que entre los grupos de dirigentes.

⁷Julio C. Jobet, (1952), *Socialismo y comunismo*, Santiago de Chile, pág. 42.

⁸La mejor reconstrucción de este período es aquella de Jorge Barria: *Trayectoria y estructura del movimiento sindical chileno 1946-1962*. Insora, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Chile, Santiago, 1963.

⁹Jorge Barria, (1972), *Historia de la Cut*, Ediciones Prensa latinoamericana. Santiago de Chile, pág. 49.

¹⁰Ernesto Miranda. (1950), *Manifiesto del Munt*, Santiago de Chile.

¹¹La trayectoria de Clotario Blest, a diferencia de la de Recabarren, ha sido más controvertida y discutida por los historiadores del movimiento obrero y por los partidos de la izquierda. Barria, por ejemplo, subestima la estatura de este líder sindical. En estos años, por el contrario, su imagen ha sido excesivamente adulada, olvidando los elementos discutibles de la trayectoria sindical de Blest. El ejemplo más elocuente lo da (además de los ya citados de Eliana Cea y la revista "Aportes para la renovación") Maximiliano Salinas Campos, con su reciente libro intitulado: "Clotario Blest", Santiago de Chile, 1980.

¹²J. C. Jobet; Op. cit., pág. 30.

¹³En el número 84-85 de la revista "Chile América" hemos intentado una primera aproximación crítica a la historia de la Cut.

¹⁴Naturalmente no podemos asegurar que los grupos dirigentes de las diferentes tendencias hayan sido elegidos sin intervención previa de los partidos; en todo caso, los niveles de democracia interna eran claramente superiores.

Respecto al concepto de autonomía ver nuestro escrito: *Modelos y tendencias del movimiento sindical chileno*. Ya citado.

¹⁵Jorge Barria, Historia de la Cut, pág. 62-63.

¹⁶Raúl Ampuero. (1969), La izquierda en punto muerto, Santiago de Chile.

¹⁷La verdad es que el mismo autor de las llamadas "Normas básicas para la participación de los trabajadores", Pedro Guglielmetti, expresaba que esas normas "no podían ser entendidas como un esquema dogmático". Las normas básicas sólo pretendían dar las grandes líneas. "En cada empresa, los trabajadores debían rellenar este esquema. Pero en la mayor parte de los casos, no ha habido creatividad. Se ha tomado tal cual el esquema y no se le ha rellenado".

Entrevista a Pedro Guglielmetti, "Chile Hoy", año 1, n. 7.

Las opiniones de Guglielmetti y de los otros expertos del proyecto, no tuvieron el éxito esperado, debido al desconocimiento y sustancial desinterés de los partidos de la Unidad Popular en la aplicación de las "Normas Básicas".

¹⁸"El siglo", 29.3.1973, citado por Marta Hamecker en "Chile Hoy", n. 43, Abril de 1973.

Libertad sindical: Normas internacionales, regulación estatal y autonomía*

Oscar Ermida Uriarte**

1.Introducción. 2.El enfoque internacional: La libertad sindical según las normas internacionales. 2.1.Significado y difusión de las normas internacionales sobre libertad sindical. 2.2.Contenido de la libertad sindical en las normas internacionales y los principales problemas. 3.El enfoque estatal: Los modelos nacionales de regulación jurídica de la libertad sindical. 3.1.Modelo abstencionista o de autonomía colectiva pura. 3.2.Modelo intervencionista o reglamentarista. 3.3.Modelos socialistas. 4.El enfoque de los sindicatos. 4.1.Sindicatos débiles. 4.2.Sindicatos fuertes próximos al poder político. 4.3.Sindicatos fuertes ajenos al poder político.

1. Las normas internacionales del trabajo, aprobadas tripartitamente, regulan los derechos sindicales; paralelamente, éstos son previstos por los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales y autorregulados, expresa o tácitamente, por los propios sindicatos. Es propósito de estas líneas, realizar algunas consideraciones sobre el enfoque que, de la libertad sindical, se realiza desde cada uno de esos ángulos.

Para ello, comenzaremos haciendo una referencia a las principales aristas de la normativa internacional en la materia, señalando su significado y difusión y al concepto de libertad sindical contenido en tales normas (n. 2). Acto seguido, abordaremos el análisis de la filosofía que anima la regulación estatal del hecho sindical, distinguiendo tres grandes modelos o sistemas: el reglamentarista o intervencionista, el abstencionista o autonomista y los prevalecientes en los países socialistas (n. 3). Y finalmente, procuraremos analizar cuál es la posición de los sindicatos ante la reglamentación estatal de que son -o pueden ser- objeto, arriesgan-

* Las opiniones vertidas en este trabajo son del autor y no comprometen a la Oit.

** Consejero Regional de la Oit en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales para América Latina. Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo y de Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Católica de Lima.

do alguna hipótesis explicativa acerca de las relaciones entre los caracteres de la organización sindical y su posición ante la intervención estatal (n. 4).

2.

2.1 Hoy por hoy, está ya fuera de discusión la afirmación de que la libertad sindical es uno de los derechos humanos fundamentales y, además, en tanto integrante de los derechos sociales, componente esencial de una sociedad pluralista y justa.

Desde el punto de vista jurídico formal, tal categorización de la libertad sindical como uno de los derechos fundamentales de la persona humana se refleja en su inclusión en el correspondiente capítulo sobre derechos y garantías en las respectivas constituciones nacionales, pero deviene universal a partir de su contemplación, por varias declaraciones de derechos y normas internacionales. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Onu, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Onu, 1966), varias declaraciones americanas, el Preámbulo de la Constitución de la Oit y la Declaración de Filadelfia (Oit, 1944), tanto como la Carta Social Europea y diversas declaraciones internacionales.

Pero indudablemente, han sido los convenios internacionales del trabajo, las recomendaciones y los pronunciamientos de determinados órganos de la Oit, los que han jugado un rol fundamental y definitorio en la consagración formal de la libertad sindical como uno de los derechos fundamentales de la persona humana y en la definición misma de la extensión y límites de dicho concepto.

En efecto, con relación a lo primero, es decir, con referencia a la consagración y -sobre todo- a la valorización y "eficientización" de la libertad sindical, en tanto derecho humano, cabe recordar y resaltar dos hechos determinantes:

A través del convenio internacional del trabajo n. 87 (1948), la libertad sindical se convirtió en *el primer derecho fundamental consagrado expresa y formalmente en un tratado internacional*: dicho convenio, complementado por varios otros, constituye el texto fundamental de la reglamentación internacional de la libertad sindical¹.

Paralelamente, a través del comité de Libertad Sindical de la Oit, la libertad sindical ha sido, también, el primero de los derechos fundamentales en contar con un mecanismo propio de protección internacional².

3. El elenco de los convenios internacionales del trabajo sobre libertad sindical incluye, fundamentalmente, a los siguientes:

a. el n. 87 (1948), sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, que es, como se adelantó, el texto matriz en la materia y

que enfoca, si no exclusivamente, por lo menos preponderantemente, las cuestiones relacionadas con la libertad sindical ante el Estado; b. el n. 98 (1949), sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, que se refiere al fuero sindical, a los actos de injerencia y a la negociación colectiva; c. el n. 135 (1971), sobre protección y prerrogativas de los representantes de los trabajadores; d. el n. 154 (1981), sobre fomento de la negociación colectiva; e. los ns. 11 (1921) y 141 (1975), sobre derechos sindicales de los trabajadores rurales y 110 (1958), sobre trabajo en las plantaciones; f. el n. 151 (1972), sobre relaciones de trabajo en la administración pública.

A ellos deben sumarse las recomendaciones que les acceden³ y otras normas sobre temas conexos. Entre estas últimas, deben destacarse los artículos 4, 5 (literales a, b, c) y 13 del Convenio n. 158 (1982) sobre terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador y la recomendación n. 92 (1951) sobre conciliación y arbitraje voluntarios, entre otras⁴.

Todas estas normas, complementadas por pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical⁵, y, especialmente, el Convenio n. 87⁶, han tenido una gran difusión y constituyen, en buena medida, el núcleo del concepto predominante sobre libertad sindical. Así, dicho texto central, cuenta con casi 100 ratificaciones, entre las que figuran las de todos los países de Europa -tanto la "occidental" como la "oriental", incluida la Urss-, y toda América Latina con las excepciones de Brasil, Chile y El Salvador, mientras que en América del Norte no lo ha ratificado Estados Unidos, aunque sí Canadá. Sin embargo, algunos de los países que todavía no han ratificado el convenio n. 87, sí tienen ratificado el convenio n. 98 u otros de los vinculados al tema, con lo cual igual reciben varios de los principios o normas básicas de la libertad sindical. Por otra parte, la propia inclusión del principio de libertad sindical en la Constitución de la Oit -el que, obviamente, no podría ser interpretado en contradicción con los contenidos de los propios convenios y recomendaciones sobre libertad sindical-, y las amplias competencias del Comité de Libertad Sindical, han contribuido a que, actualmente, sea casi imposible elaborar un concepto de libertad sindical de espaldas a las normas internacionales y sin que éstas sean una suerte de "comparador" para las legislaciones, fallos y doctrinas nacionales.

2.2. A lo largo del tiempo, el contenido del concepto de libertad sindical ha ido evolucionando desde *un origen meramente asociativo*, consistente en el derecho de constituir o de afiliarse a un sindicato, hacia

una realidad actual mucho más compleja, recogida en las normas internacionales del trabajo. Esta realidad actual de la libertad sindical como un concepto complejo, compuesto por un haz de derechos concretos, puede ser doctrinalmente sistematizada en torno a no menos de tres variables, a saber: la *titularidad* de la libertad sindical, su *contenido*, y el *sujeto pasivo* de la misma.

Así, en atención a la titularidad de los diversos derechos sindicales, puede hablarse de *libertad sindical individual* y de *libertad sindical colectiva*, distinguiendo derechos sindicales de cada trabajador individual y derechos sindicales de la organización sindical o del grupo profesional⁷.

Si se considera el contenido mismo de estos derechos, puede también hablarse de *libertad sindical asociativa* y de *libertad sindical de actividad*, distinguiendo derechos sindicales tradicionales, de tipo asociativo (derecho a afiliarse o a desafiliarse de un sindicato, derecho de constituir con otros, una "asociación" sindical) y derechos al ejercicio de actividad sindical (militancia, proselitismo, uso de carteleras, negociación colectiva, huelga, etc.).

Cuando se enfoca, en cambio, al "sujeto pasivo" de la libertad sindical, esto es, cuando se analiza ante quién se ejerce cada uno de los derechos sindicales, puede hablarse de *libertad sindical ante el Estado*, de *libertad sindical ante los empleadores* y de *libertad sindical ante las propias organizaciones sindicales*⁸.

Si bien este contenido complejo de la libertad sindical es, fundamentalmente, fruto del desarrollo de los hechos y de las elaboraciones doctrinales, está contenido también en el haz de derechos enumerados en las normas internacionales antes citadas y, especialmente, en el convenio n. 87, tal como intentamos describirlo seguidamente.

Libertad sindical individual

El convenio internacional del trabajo n. 87 comienza consagrando los derechos constitutivos o asociativos componentes de la *libertad sindical individual*⁹. El artículo 2¹⁰ establece que "los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas."

Como se ve, esta disposición consagra la denominada "*libertad sindical individual positiva*", esto es, el derecho de afiliarse a una organización sindical preexistente o de constituir una nueva. Trátase del aspecto asociativo o constitutivo de la libertad sindical, es decir, su aspecto tradicional, derivado del viejo derecho de asociación.

En el convenio 87, este derecho de constituir una organización

profesional o de afiliarse a una preexistente, es reconocido por igual a trabajadores y empleadores, lo que plantea un primer punto de discusión¹¹. Pero tal vez los problemas más importantes relacionados con el texto del artículo 2, se refieren a la extensión del ámbito subjetivo de la libertad sindical, al registro y la personalidad jurídica de las organizaciones sindicales y a la pluralidad sindical.

En relación con el ámbito de aplicación subjetivo de la libertad sindical, cabe consignar que esta disposición del convenio 87, reconoce la mayor amplitud posible a la titularidad individual de los derechos sindicales. La referencia a (todos): "los trabajadores y los empleadores", reafirmada con la aclaración "sin ninguna distinción", lleva a considerar a todo trabajador subordinado como sujeto de la libertad sindical, incluidos, en principio, los trabajadores al servicio del Estado. Sin embargo, diversas normas contenidas en éste y en otros convenios, restringen o amplían este ámbito subjetivo. Así, por ejemplo, con referencia a los *funcionarios públicos*, el art. 9 del convenio 87 admite -aunque no exige-, que la legislación excepcione en todo o en parte a las fuerzas armadas y a la policía, mientras que el artículo 1 del convenio internacional del trabajo n. 151, sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública, admite que la legislación nacional exceptúe de sus disposiciones a los empleados públicos "de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados, cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial"¹². En cambio, con referencia al trabajo agrícola, el convenio internacional del trabajo n. 141 extiende los principios de libertad sindical no sólo a los "trabajadores rurales" *stricto sensu*, sino también a las personas que, en zonas rurales, desarrollan trabajos agrícolas por cuenta propia, como arrendatarios, aparceros y pequeños propietarios siempre que: (a) su principal fuente de ingresos sea la agricultura; (b) trabajen la tierra por sí mismos o con ayuda de sus familiares o, en todo caso, recurriendo sólo ocasionalmente a determinado tipo de trabajadores supletorios, no permanentes (art. 2).

En relación con el derecho de constituir (o de afiliarse a) una organización profesional con entera libertad, es particularmente importante la expresión "sin autorización previa", utilizada por el artículo 2 del convenio 87. La misma prohíbe la injerencia estatal y previa y pone sobre la mesa uno de los problemas más importantes que, en la realidad latinoamericana, afectan a la libertad sindical: el funcionamiento del registro sindical como una verdadera autorización estatal, para la constitución o el derecho de los sindicatos¹³ o como limitador del derecho de los sindicatos al reconocimiento de su personalidad jurídica¹⁴.

En relación a la pluralidad sindical, es claro que el artículo 2 del convenio 87, rubrica su postulado de irrestricta libertad sindical indivi-

dual positiva, agregando que todos los trabajadores podrían, sin necesidad de autorización previa, constituir o afiliarse a "las organizaciones que estimen convenientes". Ello implica la posibilidad jurídica de la pluralidad sindical y la proscripción de la unicidad -entendida ésta, no como la unidad voluntaria de los trabajadores, sino como la unidad coercitivamente impuesta, desde fuera, por el Estado-, concepto que a veces es discutido y que, más frecuentemente, da lugar a problemas fácticos e interpretativos¹⁵.

Pero modernamente, ya no puede admitirse que la denominada *libertad sindical individual positiva* se agote en su aspecto constitutivo o asociativo. En efecto, los derechos sindicales individuales positivos no se limitan al derecho a afiliarse o a constituir una organización sindical, porque estos derechos asociativos o constitutivos no son un fin en sí mismos, sino apenas un medio para posibilitar el fin primordial, que es el *desarrollo de actividad sindical*. En efecto, de conformidad con la doctrina moderna, parece claro que la libertad sindical es, fundamentalmente¹⁶, un derecho de actividad, a tal punto que el clásico aspecto asociativo (derechos de afiliación y de constitución) carecería de sentido si no supusiera un preexistente, concomitante y posterior derecho al desarrollo de la actividad sindical, porque: (a) el trabajador se afilia a un sindicato o lo constituye para desarrollar una acción sindical y/o para que la desempeñe esa organización; (b) el propio acto de constitución de un nuevo sindicato supone realizar actos sindicales; y (c) la constitución de un sindicato requiere, necesariamente, el desarrollo de una actividad sindical previa, esto es, una actividad organizativa, propagandística, proselitista, divulgativa, tendiente a la creación de una organización profesional y que, por ser previa a su constitución, se desarrolla en ausencia de organización sindical.

Esta última circunstancia ratifica la existencia de tal derecho al desarrollo de actividad sindical, no solamente como un derecho sindical colectivo¹⁷, sino también como un derecho individual, como facultad de cada trabajador individual, afiliado o no. La actividad proselitista desarrollada por un solo trabajador, tendiente a la constitución de un sindicato, es actividad sindical desarrollada por un trabajador individual en ausencia de organización sindical.

Por otra parte, esta nueva dimensión de la libertad sindical exige una serie de garantías y de mecanismos de protección y de apoyo al trabajador individual que ejerce actividad sindical análoga -aunque no necesariamente igual-, a las reconocidas en favor de los dirigentes y de las propias organizaciones sindicales¹⁸.

Frente a la denominada "libertad sindical individual positiva", parte de la doctrina se refiere a la llamada "*libertad sindical individual negativa*". La cuestión alude al aspecto asociativo: se dice que así como

todo trabajador tiene el derecho a afiliarse al sindicato de su elección, todo trabajador debería gozar del derecho de no afiliarse a ningún sindicato o de desafiliarse del sindicato al cual pertenece. La cuestión divide a la doctrina, en especial en cuanto a la admisibilidad de las diversas "*cláusulas sindicales*"¹⁹. El convenio 87 no consagra la libertad sindical individual negativa, por lo cual, en principio, deja la cuestión al Derecho positivo nacional; no obstante, el Comité de Libertad Sindical ha emitido diversos pronunciamientos al respecto, puntualizando en qué casos y bajo cuáles condiciones, determinados tipos de cláusulas sindicales podrían ser consideradas compatibles con la libertad sindical. Este es otro de los puntos discutibles y discutidos en la práctica.

Libertad sindical colectiva

Los artículos 3 a 7 del convenio 87 se refieren a lo que parte de la doctrina denominada *libertad sindical colectiva* o aspecto colectivo de la libertad sindical, es decir, aquellos derechos que tendrían por sujeto no al trabajador, sino al sindicato mismo o al grupo profesional y que atenderían preponderantemente a los intereses profesionales de la categoría, del grupo o del sindicato.

En este ámbito, la noción central es la de autonomía, la que hace alusión a la independencia del sindicato ante el Estado y ante otros agentes (los empleadores, por ejemplo) y que se subdivide en diversas manifestaciones, a saber: *autonomía sindical* propiamente dicha, entendida como autonomía de constitución, conformación y estructuración del sindicato, por una parte; y por otra, autonomía de acción, lo que incluye la "autonomía colectiva" (o "autonomía privada colectiva") y la "autotutela", esto es, el derecho al ejercicio de las funciones sindicales (fundamentalmente -aunque no exclusivamente- la negociación colectiva y la huelga).

La autonomía sindical stricto sensu o autonomía interna o autonomía de constitución y de estructuración interna, supone el derecho del grupo profesional a constituirse libremente en sindicato, sin necesidad de autorización previa (artículo 2), y el derecho del sindicato de darse la estructura interna y el tipo de funcionamiento que decidan sus afiliados (art. 3) y de federarse o confederarse con otras organizaciones sindicales nacionales o internacionales (art. 5). Esta autonomía interna implica, también, una relativa autonomía de disolución, ya que, siendo la norma de principio la autodisolución de la organización sindical, el artículo 4 del convenio 87, prohíbe sólo la heterodisolución administrativa, tolerando, a *contrario sensu*, la heterodisolución judicial.

Claro que, del mismo modo que en la esfera individual se presentaba un haz de derechos sindicales asociativos o constitutivos y otro conjunto de derechos sindicales de actividad, también aquí, en el ámbito colectivo

de la libertad sindical, junto a los recién referidos derechos asociativos o constitutivos, se aprecian importantes derechos de actividad, resumidos en la parte final del primer párrafo del art. 3 del convenio 87, que reconoce el derecho de los sindicatos de organizar sus actividades y de formular su programa de acción. Esto supone el reconocimiento del derecho colectivo a la acción sindical y, en primer lugar, a la autonomía colectiva y a la autotutela. La negociación colectiva, en cuanto componente esencial de la libertad sindical, está implícita en esta disposición y -además- consagrada expresamente, en los convenios ns. 98 y 154 y en las recomendaciones ns. 91 y 163. El derecho de huelga, reconocido en el n. 6 de la recomendación n. 92, ha sido objeto de numerosa jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical, a partir del principio de que es uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones, para promover y defender sus intereses profesionales²⁰.

La autonomía funcional de los sindicatos incluye, como va dicho, la facultad de formular su programa de acción, lo que también implica la autonomía político-ideológica del sindicato.

Todos estos derechos colectivos de actividad (negociación colectiva, huelga, actividad política, definición ideológica, etc.)²¹, plantean discusiones doctrinales y, especialmente, dificultades prácticas: sobre todo en Latinoamérica, la intervención estatal en la negociación colectiva y en la limitación del ejercicio del derecho de huelga y la generalmente inútil pretensión gubernamental de impedir la ideologización y la acción política de los sindicatos, son fuente permanente de dificultades de armonización entre la legislación o la práctica nacional y las normas internacionales del trabajo. Lo mismo sucede con algunos de los derechos a la autonomía interna, tales como la designación de autoridades, la organización y estructura internas del sindicato, la redacción de los estatutos, etc.

El conjunto de derechos sindicales colectivos se complementa con una garantía de la autonomía funcional de los sindicatos que es el derecho a la personalidad jurídica. En efecto, las organizaciones sindicales que así lo deseen, tienen derecho a que se les reconozca su personalidad jurídica, lo cual puede tener importancia, ya que en muchos ordenamientos nacionales, el desarrollo de determinadas actividades, sindicales o no, por parte del sindicato, está sujeto al requisito de que éste posea personalidad jurídica. De ahí que el art. 7 del convenio 87, establezca que "la adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones, no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los arts. 2, 3 y 4", sobre autonomía sindical y libertad sindical individual.

Y efectivamente, ése es el problema práctico que frecuentemente se

encuentra en relación con la personalidad jurídica del sindicato. Muy a menudo, en los países latinoamericanos, la personalidad jurídica es concedida a través de la inscripción en el registro sindical, sufriendo las mismas manipulaciones que éste²². En otras ocasiones, la noción de personería juega un papel importante en la determinación de las potestades reconocidas a unos sindicatos y negadas a otros²³.

Protección de los derechos sindicales

El libre ejercicio de los derechos emergentes de la libertad sindical requiere una serie de medidas de protección. Tales medidas, necesarias para garantizar los derechos de tipo asociativo o constitutivo, vieron subrayada su esencialidad y extendido su ámbito cuando se tuvo plena conciencia de los derechos al ejercicio de la actividad sindical. Así, el primer plano ocupado por el derecho a desarrollar actividad sindical, evidenció la necesidad, por una parte, de extender las medidas de protección a todo trabajador que desarrollara actividad sindical y de no reducirlas a los dirigentes o representantes sindicales y, por otra, de complementar las medidas de protección propiamente dichas, con facilidades y prerrogativas para el desarrollo de actividad sindical, es decir, con la implementación de medidas de promoción, soporte o apoyo a la actividad sindical. De todo esto se ocupan el artículo 11 del convenio internacional del trabajo n. 87, los artículos 1 y 2 del convenio 98, el convenio 135, la recomendación 143 y los arts. 4 y 5 del convenio 158²⁴.

3. Analizado breve y esquemáticamente el contenido de la libertad sindical según las normas internacionales, cabe comparar ahora este "modelo internacional de libertad sindical", con las normas nacionales, es decir, con los respectivos "*modelos nacionales*" o "*estatales*". ¿Cuáles son las actitudes que los respectivos derechos positivos adoptan ante el tema global de la libertad sindical?

A un nivel de abstracción bastante alto, generalizando mucho las respectivas tendencias, podrían distinguirse, en el Derecho comparado, tres grandes modelos: un modelo abstencionista o de autonomía colectiva pura, un modelo intervencionista o reglamentarista y los modelos de los países socialistas.

3.1 El carácter definitorio de este modelo -que coincide con el "*pluralismo conflictivo*" descrito por Kahn Freund-, radica en que el Estado no regula la organización sindical ni la actividad sindical. Por consiguiente, no existe ninguna ley sindical y se percibe un aparente "vacío" legislativo voluntario²⁵. Los sindicatos se autoconstituyen y se autorregulan, con prescindencia de normas estatales, salvo algunos principios constitucionales, necesariamente muy generales.

Varios son los fundamentos de este modelo. El primero de ellos es la concepción pluralista de la sociedad, según la cual, la sociedad civil no coincide exacta y únicamente con un Estado totalizante que la absorbe íntegramente, ni tampoco se agota en la dicotomía individuo abstracto - Estado (liberalismo individualista de la Revolución Francesa), sino que además está compuesta por grupos intermedios entre el individuo y el Estado, grupos éstos que han cobrado el mayor protagonismo y a los que se reconoce la facultad de autorregular sus propios intereses. Así como al Estado compete regular el interés público y a los individuos se les reconoce la facultad de autorregular sus intereses estrictamente privados que no afectan al orden público (autonomía individual o autonomía de la voluntad), a los grupos intermedios se les reconoce la facultad de autorregular sus intereses, los intereses grupales o colectivos no contradictorios con los intereses públicos o de la sociedad toda, denominándose autonomía colectiva a dicha facultad. Así, el grupo profesional, sustento sociológico o base real del sindicato, se autoconstituye espontáneamente y se estructura en sindicato libremente en un acto de autorregulación que le es propio.

El segundo fundamento del modelo abstencionista o de autonomía colectiva pura, radica en la constatación de que el derecho a la libertad sindical, en cuanto derecho humano fundamental, es preexistente al Derecho positivo interno: éste sólo podría reconocerlo o declarar su existencia, pero no concederlo ni crearlo. Por lo tanto, la ley es innecesaria, salvo para efectuar formalmente ese reconocimiento; pero para eso alcanza con un artículo de la Constitución o con la mera ratificación del convenio internacional del trabajo n. 87²⁶.

Un tercer fundamento del modelo en estudio parte de una crítica al sistema opuesto. En materia sindical, por lo general, toda reglamentación supone una limitación al ejercicio de un derecho fundamental. Y a esta afirmación teórica, se agrega la constatación fáctica y específica de que, en la mayor parte de los países latinoamericanos, la reglamentación sindical es una reglamentación parcial o totalmente restrictiva de la libertad sindical.

Y el cuarto y último fundamento es, también, derivado de una crítica al modelo reglamentarista. En efecto, salvo algunas pocas excepciones, se percibe una clara asimetría entre la reglamentación estatal de las organizaciones de empleadores: en muchos países la ley sólo regula a las primeras y no a las segundas; en otros, en los cuales la ley regula a ambas, se aprecia una intensa y minuciosa reglamentación de los sindicatos, ante una muy laxa, genérica y "*flexible*" regulación de las organizaciones de empleadores²⁷. Ello demuestra que el objetivo primordial de la heterorregulación de los sindicatos es la limitación y el control político de la actividad sindical.

Entre los sistemas nacionales abstencionistas o autonomistas en materia de organización sindical²⁸, figuran los de Italia, Suecia, Alemania Federal, Bélgica y Uruguay. En ninguno de estos países existe ley sindical, pero corresponde distinguir aquellos sistemas de "*abstencionismo puro*", en los cuales, el Estado no dicta una ley de "reglamentación" sindical, pero sí aprueba normas de promoción, soporte o apoyo a la actividad sindical. La legislación promocional o de soporte o apoyo, no contiene normas de reglamentación propiamente dicha, sino que deja las cuestiones de afiliación y organización sindical a la autonomía colectiva, ocupándose, en cambio, de establecer medidas de garantía, protección y promoción de la sindicalización y la actividad sindical. El convenio internacional del trabajo n. 135 y la recomendación n. 143, contienen normas típicas de una legislación de apoyo o soporte²⁹.

Es claro que estos sistemas abstencionistas no plantean problemas por violación de las normas internacionales de libertad sindical: una legislación inexistente mal puede entrar en contradicción con la normativa internacional. Más aún: parecería responder escrupulosamente a la disposición contenida en el art. 3 (párrafo 2) del convenio 87, que luego de postular la autonomía sindical (párrafo 1), establece que "las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal."

Sin embargo, cabría preguntarse si, en determinadas circunstancias de tiempo y lugar, una total abstención del Estado no podría pecar por omisión. Si bien el vicio omnipresente en casi todos los sistemas latinoamericanos es el reglamentarismo excesivo y limitador, también es teóricamente cierto que en una hipotética realidad de débil o nula sindicalización, un total abstencionismo estatal podría resultar omisivo respecto de la disposición del art. 11 del convenio 87, que establece que "todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo, para el cual está en vigor el presente convenio, se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación", así como respecto de los arts. 1 y 2 del convenio 98, sobre fuero sindical y actos de injerencia y del convenio 135 y la recomendación 143 sobre protección y prerrogativas de los representantes de los trabajadores.

3.2 El modelo de intervención o reglamentación estatal de la libertad sindical se caracteriza precisamente, porque en él, *el Estado regula unilateral y heterónomamente* la libertad sindical, incluidos los derechos sindicales individuales, la organización y la actividad sindical.

Claro que puede haber diversos tipos de intervencionismo: la reglamentación puede ser total, abarcando todos los aspectos de la libertad sindical, o parcial, limitándose a algunos de ellos; y sobre todo, puede ser limitativa o puramente orientadora.

A diferencia del modelo autonomista, el intervencionista posee un fundamento único y simple: el Poder Legislativo tiene competencia para reglamentar los derechos -aún los fundamentales-, siempre y cuando lo haga respetando los principios generales y las normas constitucionales y atendiendo al interés público.

En América Latina, dicho fundamento simple y teórico se ve notablemente reforzado por causas culturales y políticas que han incidido para que en esta región predomine, abrumadoramente, un sistema rígidamente intervencionista y minuciosamente reglamentario. Ha ejercido influencia en tal sentido, la cultura jurídica romanista -de ley escrita y sistema jurídico cerrado-, reforzada en la época colonial por la aplicación de los Derechos español y portugués de iguales caracteres y derivada, en la época republicana, a la influencia jurídica francesa -centralista y codificadora-. En otro orden, es probable que el intervencionismo estatal en materia sindical armonice -aunque sólo sea aparente y superficialmente-, con una filosofía de intervención estatal en la economía. Y por sobre todo ello, parece claro que el reglamentarismo estatal de la libertad sindical responde claramente, en América Latina, a una voluntad gubernamental de control político del sindicato, pretensión ésta que se alimenta del autoritarismo presente o recurrente en la región y de la conflictividad social que en ella se verifica, sin perjuicio de las tendencias opositoras que a menudo adopta el movimiento sindical. Sin perjuicio de que, en ocasiones, la propia debilidad sindical retroalimente al intervencionismo estatal, tal como se procura demostrar más adelante³⁰.

Entre otros, son sistemas intervencionistas o reglamentaristas en materia de organización sindical, todos los de América Latina con la única excepción de Uruguay, Francia, España, Portugal y Canadá, aunque con importantes variantes entre ellos. En general, parece percibirse que la reglamentación europea es preponderantemente ordenada y de garantía de ejercicio de la libertad sindical, mientras que la reglamentación latinoamericana parece contener más instrumentos limitativos de la libertad sindical y de control del sindicato por el Estado³¹.

Obviamente, es en este tipo de sistemas en los que se plantean más problemas de adaptación entre las normas y prácticas nacionales y los convenios internacionales y los principios de libertad sindical.

3.3 El sistema prevaleciente hasta hoy o hasta hace poco en los países socialistas, es formalmente similar al modelo intervencionista o reglamentarista, recién expuesto y existe en varios países occidentales, capitalistas o de economía de mercado, pero su muy diferente fundamentación política o ideológica justifica que se le exponga separadamente.

El modelo socialista tradicional se caracteriza por ser un sistema reglamentarista en el cual, *el Estado regula unilateral y heterónomamente*

la libertad, la organización y la actividad sindical. Asimismo, en estos regímenes, sea de hecho o de derecho, según los casos, se verifica una situación de unidad o unicidad sindical; el sindicato cumple funciones diferentes a las que se le asignan en los sistemas occidentales y generalmente está íntimamente vinculado al Partido Comunista, situación ésta que, también, puede presentarse en las normas o simplemente en la realidad.

Los fundamentos del sistema derivan de la filosofía marxista-leninista que inspira la organización política y económica de los respectivos países. En particular, la noción de "*dictadura del proletariado*", según la cual la clase trabajadora detenta el gobierno, lo que tiende a identificar -aunque sólo sea parcialmente- las finalidades de las organizaciones sindicales de los trabajadores con las del Partido que también los representa y con las del gobierno por ellos ejercido. Consecuentemente, el sindicato es visualizado, según las famosas frases de Lenin, como una "escuela de comunismo" o como "correa de transmisión" del Partido a las bases, lo cual supone una necesaria dependencia o -por lo menos- íntima vinculación entre el sindicato y el liderazgo político.

Por supuesto que en este tipo de sistemas, también se plantean problemas de adaptación con las normas internacionales del trabajo. Así, por ejemplo, en 1987, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones observó que en Cuba y en la Urss se impondría un sistema de unicidad sindical y que en la Unión Soviética, las organizaciones sindicales dependerían del Partido Comunista. En 1988, la misma Comisión objetó también la unicidad sindical impuesta por la legislación o la práctica nacionales en Bulgaria, Mongolia y Polonia.

Cabe señalar que ante este modelo socialista "tradicional", puede apreciarse uno o más modelos socialistas "atípicos", "heterodoxos", reformados o "alternativos".

Durante mucho tiempo, la única excepción en el marco de los países socialistas, fue la del sistema yugoeslavo, en el cual se reconoce a los sindicatos lo que los "occidentales" consideraríamos sus funciones clásicas y naturales.

Hoy en día es necesario preguntarse, en qué medida las reformas actualmente en curso en ciertos países de Europa oriental, podrían llegar a modificar sustancialmente algunos de los caracteres fundamentales del sistema "tradicional" (unidad sindical, ligazón sindicato-partido, etc.): la legalización del sindicato independiente "Solidaridad" en Polonia y las propuestas propias de la perestroika son, en el plano de los hechos y en el de la teoría, respectivamente, las aristas más salientes del modelo socialista "alternativo". En todo caso, es particularmente singular que en la Unión Soviética se esté proponiendo "una revaloración del papel de los

sindicatos", los que "deben ser fuertes y autónomos", "sin restringirse al papel de socios convenientes de los administradores" y asignándoseles la competencia de "supervisar el cumplimiento de los contratos laborales, críticas a la administración y hasta exigir que sea destituido un director que deje de atender los legítimos intereses del pueblo trabajador". Y no es menos significativo que tales propuestas se coronen con la afirmación de que "es un error suponer que bajo el socialismo el pueblo trabajador no necesita protección. El tiene que ser más protegido aún, pues ése es el objetivo del sistema socialista. De ahí la enorme responsabilidad que cabe a los sindicatos. Toda la sociedad soviética está profundamente interesada en un trabajo sindical más riguroso."³²

4. Existen, pues, un "modelo internacional" de libertad sindical y varios "modelos nacionales" o "estatales" de regulación jurídica de la libertad sindical; pero, ¿existe un "modelo sindical" de libertad sindical? Hemos visto lo que opina la Oit sobre la libertad sindical y lo que al respecto pretenden los Estados (*rectius*: los gobiernos), pero ¿qué opinan los sindicatos sobre la libertad sindical?; ¿debe ser autorregulada por ellos mismos o puede ser determinada y reglamentada heterónomamente?

La posición de las organizaciones sindicales en torno al reglamentarismo o abstencionismo estatal en materia sindical, varía notablemente de país a país -y a veces dentro de un mismo país-, debido a diversas causas, algunas de ellas relacionadas con los caracteres de la respectiva organización sindical. Así, la ideología del sindicato incidirá en su confianza o desconfianza en las normas estatales; la finalidad última del sindicato (que puede ser economicista, reformista o revolucionaria), hará variar grandemente la valoración que éste realice sobre la reglamentación estática; el poder de la organización profesional hará que ésta considere necesaria e inútil la "protección-control" del Estado; etc.

Observando el panorama latinoamericano, se aprecia que aquí -con la excepción del Uruguay-, los sindicatos han aceptado y a veces reclamado algún grado de reglamentación o intervención estatal. ¿Por qué?

Creemos que podría intentarse un ensayo de explicación en base a dos variables, a saber: fortaleza o debilidad del movimiento sindical, por una parte; y por la otra, dependencia de -o ligazón con- el gobierno o un partido político con opción de gobierno.

4.1. La primera variable (el poder o la debilidad de los sindicatos), parece operar con claridad en la forma ya adelantada. Con referencia específica a determinados institutos del Derecho colectivo del trabajo, se ha dicho, con razón, que "la negociación colectiva como tal y el arbitraje convencional, son eficaces y útiles para los sindicatos fuertes (ya que) la capacidad negociadora de los trabajadores deriva del poder de sus

organismos representativos. No sucede igual con los sindicatos débiles, mal estructurados o subdesarrollados, a los que la negociación poco les ofrece y la huelga los devasta, conduciéndolos a reivindicaciones muy limitadas"³³. Esta afirmación, fácilmente compatible, puede ser generalizada, es decir, extendida a todo el sistema de relaciones colectivas incluido, por supuesto, el tema de los derechos sindicales y de la organización sindical³⁴.

En efecto, en América Latina, al menos, los sistemas reglamentaristas, intervencionistas y heterónomos de Derecho sindical son aceptados, tolerados o aún reclamados por los movimientos sindicales débiles. Organizaciones de trabajadores que apenas pueden autoconstituirse, que son muy sensibles a cualquier represión patronal, que carecen de poder de convocatoria, cuya fuerza a veces ni siquiera es suficiente para obligar a la contraparte a "sentarse a conversar" -ya no a celebrar un convenio-, ven con buenos ojos que el Estado intervenga y les "conceda" una personalidad jurídica que ellas no están en condiciones de imponer o hacer valer en los hechos, aunque ello sea a través de un registro más o menos discrecional y arbitrario. Del mismo modo toleran que el Estado les imponga condiciones de organización interna y de funcionamiento, precio que pagan para que se les reconozca una existencia que, de lo contrario, podría ser fácilmente desconocida por el Estado o por los empleadores; también aceptan que la ley o el decreto reglamenten un procedimiento "cuasi-administrativo" de una "seudo-negociación colectiva" conducido por el propio Estado y frecuentemente, hasta resuelto por él; e incluso, admiten que éste imponga medios preceptivos de solución de conflictos aunque limiten grandemente un derecho de huelga que, de todos modos, por sí solos, no están en condiciones de ejercer exitosamente.

En estas condiciones, el intervencionismo o reglamentarismo resulta, a corto plazo, "funcional" para todos: asegura al gobierno el control de los sindicatos; a los empleadores y al gobierno, les da la tranquilidad de haber fijado, por esa vía, una especie de "techo" a las reivindicaciones, a la conflictividad, en fin, al poder y -sobre todo- a la posibilidad de desarrollo del poder sindical; a los sindicatos, finalmente, les asegura un mínimo de posibilidades de actuación que, si bien modesto (verdaderamente "mínimo"), es, de todos modos, mayor que el que podrían alcanzar autónomamente y sin "tutelas".

Pero el gran problema práctico que plantea este status quo -además de los principios de libertad sindical y autonomía colectiva que quedan por el camino en este tipo de sistemas-, es que la experiencia parecería demostrar que tal *control*, *tutela*, *reglamentación* -o como se le quiera llamar- de los sindicatos, tiene por efecto inevitable, a mediano o largo plazo, el mantener a estas organizaciones en una especie de minusvalidez

crónica: no terminan de desarrollarse, de independizarse de esa suerte de tutela, curatela o patria potestad, en definitiva, de madurar. No llegan a adquirir nunca el poder autónomo suficiente como para, por sí mismos, autorregular su estructura y funcionamiento y provocar, conducir y concluir, una negociación colectiva que establezca una nueva norma (que todo esto es lo que significa autonomía: poder de darse sus propias normas).

Una aclaración, sin embargo, se impone: aclaración obvia, pero esencial: esta crítica al intervencionismo o reglamentarismo estatal limitador de los derechos sindicales, nada tiene que ver con las pretensiones neoliberales o "post-modernas" de flexibilización o desregulación del Derecho del trabajo todo. La tesis implícita en las líneas que anteceden consiste en que la clásica protección o tutela unilateral del Derecho laboral, es esencial en material de relaciones individuales, donde subsiste la desigualdad entre el empleador y el trabajador subordinado, pero que, al menos en América Latina, cuando ese reglamentarismo se traslada al ámbito de las relaciones colectivas, cambia de signo y, en realidad, cumple una función de control político del sindicato y de limitación de su poder. Y que en mérito a ello, la legislación laboral debería mantener un intervencionismo protector en sede de Derecho Individual del Trabajo, pero reducirse al abstencionismo o al rol promotor, de soporte o apoyo, en sede de Derecho Colectivo del Trabajo³⁵.

4.2 Pero esa primera variable (poder-debilidad sindical) no explica por sí sola, la predisposición al reglamentarismo de los sindicatos latinoamericanos. Si bien es cierto que en casi todos los países que ostentan un movimiento sindical débil, éste admite o reclama la reglamentación sindical, también es cierto que en algunos países, cuyo movimiento sindical es fuerte o menos débil, los sindicatos a veces también aceptan o reclaman aquella reglamentación: Argentina, Cuba, México, Venezuela.

Esto se debe a la acción de una segunda variable que también incide en la posición de los sindicatos ante la heterorreglamentación de los sindicatos: su dependencia de o la vinculación con el gobierno o un partido político que ha estado y que puede volver a estar en el gobierno.

En efecto, además de las organizaciones sindicales débiles, se observa que en Latinoamérica también toleran o solicitan la reglamentación estatal, aquellas organizaciones sindicales poderosas, dependientes de o íntimamente vinculadas con el gobierno o con un partido político con clara opción de gobierno. Tales son las situaciones de la Ctm de México, íntimamente vinculada al Pri (partido de gobierno) y al gobierno, de la Ctv de Venezuela, íntimamente vinculada a Acción Democrática, actual partido de gobierno y, en todo caso, uno de los dos partidos que alternan

permanentemente en el poder, y de la Cgt argentina, igualmente vinculada con el Partido Justicialista ("peronismo"), que siempre ha sido gobierno o ha constituido una indiscutible opción de poder. El caso de Cuba posee connotaciones muy propias, por pertenecer a un sistema político diferente, pero en esto, la relación gobierno-partido-sindicato es formalmente análoga³⁶.

Es lógico que, para este tipo de sindicato, que es, ha sido o se siente próximo a ser gobierno, el poder político pueda ser más confiable y la idea de la reglamentación sindical tienda a asociarse, no con la reglamentación impuesta desde afuera, sino con una reglamentación elaborada por él mismo, dentro del gobierno. Todo ello hace que, para tal clase de sindicato, sea posible pensar en una estrategia de poder, sustitutiva de la clásica estrategia de confrontación.

También en estos casos, el modelo más o menos intervencionista y heterónomo es "funcional" a, en este caso, por lo menos, dos de los actores: el Estado y los sindicatos; la más o menos íntima relación entre uno y otros, les permite manejar y "concertar" la intervención estatal de acuerdo a sus intereses y, simultáneamente, evitar o desestimular la competencia de otros sindicatos menores, "opositores" o "independientes". Cuando todo o parte del sector empresarial entra también en estas 'reglas de juego', el sistema puede tomarse "impenetrable", casi corporativista, como en México³⁷.

4.3 De conformidad con el cruce de variables que se viene manejando, los sindicatos débiles favorecerían el intervencionismo estatal y los fuertes no, por no necesitarlo; a su vez, los sindicatos poderosos, que estarían en condiciones de renegar del rol del Estado, lo aceptan o impulsan cuando integran el gobierno o cuando están próximos a él.

Coherentemente con ello, en el único país latinoamericano que posee un movimiento sindical fuerte pero desligado del gobierno y de los partidos con opción inmediata de gobierno (Uruguay), las organizaciones de trabajadores sostienen y defienden un sistema autónomo y de abstención estatal en las relaciones colectivas de trabajo y especialmente en materia estrictamente sindical. Por una parte, su fortaleza les permite prescindir de la tutela estatal; por otra, ésta siempre será -o se corre el riesgo de que sea- limitativa; y finalmente, por su ajenidad al gobierno y a los partidos políticos que siempre lo han ejercido, tienden a desconfiar de las acciones gubernamentales relativas a los sindicatos.

En resumen, simplificando y esquematizando, la hipótesis manejada puede enunciarse diciendo que: (a) tanto las organizaciones sindicales débiles como las fuertes, vinculadas al gobierno o a partidos con opción inmediata de poder, serían más proclives a aceptar -y a veces a reclamar- el intervencionismo estatal en las relaciones colectivas de trabajo y las

soluciones heterónomas; y (b) en cambio, las organizaciones sindicales fuertes que no ostentan una tal vinculación, podrían preferir un sistema de autonomía sindical y abstencionismo sindical.

Notas

¹Conf. Durand y Vitu, *Traité de droit du travail*, Paris 1956, t. III, p. 90; Verdier, *Syndicats. Traité de droit du travail*, Paris 1966, p. 128; Valticos, *Derecho Internacional del Trabajo*, trad. esp., Madrid 1977, p. 241. Cabría preguntarse si este hito no se verificó mucho antes, en 1921, al aprobarse el convenio internacional n. 11 sobre los "derechos de asociación y de coalición" de "las personas empleadas en la agricultura".

²Conf. Jiménez de Arechaga, *La libertad sindical*, Montevideo 1980, p. 74; Valticos, loc. cit.; Ermida Uriarte, *Sindicatos en libertad sindical*, 2a. edición, Montevideo 1988, p. 19.

³Las recomendaciones n. 91 (1951) sobre convenios colectivos, n. 143 (1971) sobre representantes de los trabajadores, n. 163 (1981) sobre fomento de la negociación colectiva; n. 149 (1975) sobre organizaciones de trabajadores rurales; y n. 159 (1978) sobre relaciones de trabajo en la administración pública.

⁴Por ejemplo, las recomendaciones n. 113 (1960) sobre consultas tripartitas en las ramas de actividad económica y en el ámbito nacional, n. 129 (1967) sobre comunicaciones dentro de la empresa, n. 130 (1967) sobre examen de reclamaciones, así como diversas resoluciones del Consejo de Administración de la Oit.

⁵Recogidos en Oit, *La libertad sindical*, 3a. edición, Ginebra, 1985. V.t. el Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Oit, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Ginebra, 1983).

⁶Calificado por Arnaldo L. Sussekund como el más importante tratado multilateral adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (*Direito internacional do trabalho*, 2a. edición, Sao Paulo, 1987, p. 283).

⁷Como se sabe, la doctrina italiana distingue derechos individuales de ejercicio individual, derechos individuales de ejercicio colectivo y derechos colectivos.

⁸Obviamente, estas variables pueden cruzarse entre sí para calificar un determinado derecho sindical como derecho individual asociativo ante el Estado, por ejemplo, o como derecho colectivo de actividad ante los empleadores.

⁹Si bien la distinción entre libertad sindical "individual" y libertad sindical "colectiva" puede ser discutida, la misma está difundida y es útil desde el punto de vista expositivo (*Sindicatos en libertad sindical*, cit., pág. 31 y nota 45).

¹⁰El artículo 1 dispone, simplemente, que "todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente convenio, se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes".

¹¹Dicha "bilateralidad" de la libertad sindical puede ser doctrinalmente discutida.

¹²Otras normas (como los convenios 98, 151 y 154) y diversos pronunciamientos y dictámenes del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, se refieren, específicamente, a la extensión de los derechos de negociación colectiva y de huelga en el ámbito de los trabajadores del Estado.

¹³En la práctica, los sistemas de registro en América Latina se han convertido en instrumentos para postergar o dilatar indefinidamente la constitución de los sindicatos", dice Murgas (*Los sindicatos en Panamá*, en "Los sindicatos en Iberoamérica", Lima, 1988, p. 231).

¹⁴Art. 7 del convenio n. 87. "Por eso, se impone un replanteamiento del concepto de

personalidad jurídica del sindicato y de las mismas fórmulas de reconocimiento", agrega Murgas, loc. cit.

¹⁵El Comité de Libertad Sindical ha considerado que la unicidad sindical es violatoria de la libertad sindical, admitiendo, sin embargo, ciertos correctivos a algunos excesos del pluralismo, por ejemplo, a través de la noción de "sindicato más representativo".

¹⁶Aunque no exclusivamente.

¹⁷*Infra*, párrafo 8.

¹⁸*Infra*, párrafo 10.

¹⁹Disposiciones que tienen por efecto directo o indirecto la adhesión o el apoyo compulsivo a un sindicato: necesariamente hay que pertenecer a un sindicato o necesariamente hay que contribuir económicamente con un sindicato. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones las define como "cláusulas cuyo efecto es hacer obligatorios la afiliación sindical o el pago de cotizaciones sindicales" (Oit, *Libertad sindical y negociación colectiva*, cit. p. 61).

²⁰Véase supra, nota 12.

²¹Como es obvio, la facultad sindical de organizar sus actividades y de formular su programa de acción, incluye la posibilidad de que las organizaciones profesionales asuman una serie de actividades laterales o complementarias, cada día más importantes: actividades sociales, culturales, de formación profesional, educativas, deportivas, de salud, etc. Asimismo, la participación sindical en consultas o negociaciones tripartitas a nivel nacional o de ramas de actividad económica, está prevista en la recomendación n. 113. (Véase supra, nota 4).

²²*Supra*, párrafo 5 y notas 13 y 14.

²³Es el caso del sistema argentino, en el cual al sindicato más representativo se le reconoce una "personería gremial" que le legitima para la negociación colectiva y se le atribuyen otras prerrogativas, en exclusiva.

²⁴Al respecto, véase Ermida Uriarte, *La protección contra los actos antisindicales*, Montevideo, 1987 (o la edición en portugués: São Paulo, 1989).

²⁵En rigor, el "vacío" legislativo es real, no aparente. Pero no es una omisión, sino que se trata de una abstención conciente del Estado que no quiere o no puede regular el fenómeno sindical.

²⁶La mayoría de las disposiciones del convenio n. 87 son "autoejecutables", lo que se manifiesta en la redacción claramente imperativa de los artículos 2 a 8.

²⁷Es cierto que hay excepciones, pero son escasas.

²⁸Nos referimos aquí a los regímenes nacionales que no tienen leyes sobre el tema sindical en sentido estricto (afiliación sindical, constitución, organización, estructura interna, funcionamiento, actividades y disolución de los sindicatos, etc.), aunque eventualmente puedan poseer normas heterónomas sobre negociación colectiva o huelga.

²⁹Sin embargo, esa legislación promocional puede, en ocasiones, tener "un ambiguo carácter impulsor/represor, pues siempre hallaremos en ella la especificación de límites, quizás secundarios, pero que se vuelven rápidamente contra el sujeto beneficiario (Ojeda Avilés, *Sindicalismo europeo: su crisis, sus alternativas*, en "Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo", Puebla, 1989, p. 131). En otras palabras, la legislación promotora puede tener el riesgo de introducir a lo que hemos denominado "la lógica reglamentarista" o "lógica de la reglamentación" (Ermida Uriarte, *Sindicatos en libertad sindical*, cit. p. 6).

³⁰*Infra*, ns. 3 y 3.1, párrafos 23 y 24.

³¹Lo que se revela claramente en la mayor parte de las normas latinoamericanas sobre registro sindical y sobre derecho de huelga (v. t. *infra*, nota 35, sobre la distinta tendencia

européa).

³²Gorbachov, (1987) *Perestroika*, trad. port., São Paulo, pgs. 129-139. (Subrayado nuestro).

³³Sussekind, (1983) *Perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil*, en "La intervención del Estado en las relaciones industriales de la década de los 80", Madrid, 1980, p. 107. Conf., tamb., Pasco, *Solución de los conflictos de trabajo: la conciliación y el arbitraje*, en rev. "Derecho", Lima, n. 37, p. 133.

³⁴En sentido análogo, Ojeda Avilés dice que el debilitamiento que en la década de los '80 ha sufrido parte del sindicalismo europeo lo ha llevado, a veces, "a moverse con inseguridad, amparándose cuando puede, en la sombra protectora del Estado" (ob. cit., p. 115. Subrayado nuestro).

³⁵Tales serían, por lo demás, las grandes líneas de los principales sistemas europeos, previos a las modas flexibilizadoras y "post-modernas": legislación interventora garantista de las condiciones de trabajo y promotora de las relaciones colectivas, según Ojeda Avilés, ob. cit., p. 122.

³⁶Conf. lo expuesto supra, n. 2.3, párrafos 20-21.

³⁷Conf. De Buen, (1988) *El Derecho del trabajo en busca de sí mismo*, en "V Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias", Bogotá, pág. 282 (t.p. 279).

Las organizaciones de los trabajadores rurales en América Latina*

Oscar Hernández Álvarez**

1. Conceptos básicos. 2. Las actividades agropecuarias en América Latina. 3. El sector campesino en América Latina. 4. La tutela del Estado al productor agropecuario. 5. La aplicación del derecho del trabajo a los trabajadores rurales. 6. El concepto de trabajador rural en las legislaciones latinoamericanas. 7. Las organizaciones de los trabajadores rurales. 7.1. Sindicatos agrícolas. 7.2. Asociaciones solidaristas en Costa Rica. 7.3. Organizaciones mixtas. 8. Lineamientos para una propuesta de acción legislativa.

1. Para el desarrollo del tema que nos fue asignado por la Secretaría de este Congreso, hemos denominado específicamente nuestra ponencia así: "La organización de los trabajadores rurales en América Latina". Pensamos que un estudio orientado hacia estos aspectos, puede resultar más conveniente al objetivo general de formular y discutir principios que sirvan de orientación al proceso de creación legislativa del Derecho del Trabajo en América Latina. Antes de entrar en el desarrollo de la ponencia, nos pareció conveniente explicar los tres elementos de orden conceptual que permiten configurar su ámbito.

En primer lugar, debemos precisar que nuestro trabajo se ubica geográfica y culturalmente en la América Latina, entendiendo por tal, a la región del mundo integrada por los países del continente americano que fueron conquistados y colonizados por tres países europeos, de origen "latino", España, Portugal y Francia. El proceso de conquista y colonización de estos países y especialmente el llevado a cabo por España y Portugal, tuvo características especialísimas. No se trató de una "transculturación" o trasplante de civilización, como el realizado por Inglaterra en la América del Norte, ni tampoco de la imposición de un

* Ponencia al Congreso Internacional sobre: "Principios para un código tipo de derecho del trabajo en América Latina", Universidad Roma II, Roma, diciembre 1989.

** Profesor titular de Derecho del Trabajo de la Universidad Lisandro Alvarado, Barquisimeto, Venezuela. Vice Presidente de la Asociación de Relaciones de Trabajo de Venezuela.

enclave racista colonial, como el que llevaron a cabo y mantuvieron durante todo el tiempo de su dominación, las potencias coloniales en Asia y en Africa. En efecto, los "europeos latinos" que conquistaron y colonizaron las regiones meridionales del nuevo mundo, no constituyeron castas cerradas que impusieron su cultura y mantuvieron por generaciones, la pureza étnica de conquistadores y colonizadores. Por el contrario, la conquista española y portuguesa, y en menor grado la francesa, fue un formidable y violento encuentro de razas y culturas, mediante la cual, europeos y aborígenes americanos, conjuntamente con los negros africanos importados, dieron lugar a nueva realidad étnica, cultural e histórica, plena de contrastes y coincidencias, a la cual sintetizamos con el nombre de América Latina. El proceso humano y cultural del mestizaje latinoamericano, fue enriquecido durante el siglo pasado y el presente, por una serie de nuevas corrientes migratorias, siendo, quizás, entre ellas más importante, la proveniente de Italia. Este proceso ha dado lugar, a que, a pesar de la diversidad de climas, latitudes y realidades, entre estos países existan ciertos comunes denominadores que favorecen la consideración de América Latina como una concepción histórica y cultural, la cual se manifiesta a través de una veintena de países, cada uno de los cuales muestra sus propias características y realidades, en ocasiones y en algunos aspectos, muy diferentes entre sí. Esta comunidad cultural ha favorecido la existencia de problemas y de tendencias comunes en el desarrollo del ordenamiento jurídico latinoamericano y explica, concretamente, la factibilidad y la importancia de reuniones como la presente, en la cual, profesores de distintos países de la región discuten, con el aporte invalorable de ilustres colegas italianos, el presente y el provenir de nuestra legislación laboral.

En segundo lugar, es necesario precisar a qué tipo de trabajadores nos referimos. Preferimos la expresión "trabajador rural" a la también muy utilizada de trabajador agrícola, pues esta última parecería excluir las actividades pecuarias, tan importantes y en ocasiones más que las agrícolas. El concepto de trabajador rural no ha sido siempre utilizado en forma unívoca. Algunas normas internacionales, entre ellas el convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (n. 141) de la Oit, definen la expresión "trabajadores rurales". Asimismo, varias legislaciones latinoamericanas proporcionan elementos más concretos para definir el concepto de "trabajador rural" en el sentido en que lo usamos en la presente ponencia. En el parágrafo 6 nos referimos a ellas.

2. Las modalidades y la importancia de la agricultura y la cría en América Latina han variado mucho, dependiendo de la época y del lugar. En la era pre-colombina, el desarrollo de la agricultura fue mayor, precisamente donde florecieron las más importantes civilizaciones, como

por ejemplo la maya, azteca, inca, etc., mientras que fue proporcionalmente menor en las culturas de pueblos pescadores y cazadores más primitivos. La conquista europea supuso cambios radicales en el devenir histórico de los pueblos americanos. El conquistador ibérico, a diferencia del inglés, no se interesó inicialmente en desarrollar cultivos en el nuevo mundo, pues su atención se centraba en la explotación de sus extraordinarias riquezas minerales, tanto las realmente encontradas como las imaginarias. La conquista del Dorado desplazó rápidamente el incentivo original que motivó a la corona española a apoyar la aventura de Colón, cual era la búsqueda de una ruta más adecuada para asegurarse el suministro de especias. Pero la avaricia de los conquistadores fue agotando rápidamente los minerales preciosos y hubo la necesidad de enfrentar el desarrollo agropecuario de las nuevas colonias. La población indígena, diezmada por las guerras de las conquistas y en muchas ocasiones, desadaptada a las rudas faenas del campo, no fue considerada el elemento humano más adecuado para trabajar las explotaciones agrícolas y de allí que se hiciera presente, la mano de obra esclava traída en condiciones bárbaras del Africa negra. Se desarrollaron los cultivos aborígenes y se introdujeron otros. Así, en lento transcurrir de tres siglos de dominación colonial, se fue creando una economía agrícola y pecuaria que complementó, primero y luego comenzó a sustituir, los ingresos cada vez más menguantes, derivados de la minería.

Al inicio del presente siglo, la América Latina presentaba una población y una economía predominantemente rural y basada en una estructura de corte feudal, con una marcada concentración de la riqueza y un escaso acceso a la tierra, por parte de las grandes mayorías rurales que vivían, y en buena parte siguen viviendo, una situación de extrema pobreza. El tardío proceso de industrialización, iniciado primeramente en países del Cono Sur y el desarrollo de riquezas minerales requeridas por la industria moderna, como los hidrocarburos, el hierro, el cobre, el estaño, no desplazaron totalmente la economía rural ni determinaron por sí mismos, cambios profundos en su arcaica estructura, pero, conjuntamente con las difíciles condiciones de vida de la población campesina, a las cuales nos referimos en el punto 3, favoreció que ésta se fuese desplazando hacia las ciudades. Por otra parte, en las últimas décadas se fue forjando el denominado fenómeno de "dualización" que determina, incluso en nuestros días, la coexistencia de un sector moderno o modernizante de la economía con otro sector tradicional. El peso de uno y otro sector y sus interrelaciones es cuestión muy cambiante en los diferentes países.

Aún cuando no es posible hacer una caracterización uniforme de la situación e importancia de las actividades agropecuarias en América Latina, trataremos, a partir de algunos datos, de obtener una visión general. Por esa razón, en el Apéndice del presente trabajo, incluimos

algunos cuadros estadísticos. Su análisis permite apuntar las siguientes conclusiones:

a. En las últimas décadas, se ha producido un fuerte proceso de urbanización que ha convertido la población latinoamericana de predominantemente rural a predominantemente urbana. Así, la población rural pasó a constituir del 50% en 1960, cuando ya el proceso de urbanización se había iniciado en la mayor parte de los países, al 30,9% en 1987. Sin embargo, en números absolutos, la población rural creció de 105.220.000 en 1960 a 125.503.000 en 1987.

b. De igual manera se redujo el porcentaje que los trabajadores rurales significaban dentro de la Población Económica Activa. Este era del 49% en 1960 y se redujo al 28% en 1985. La agricultura, que tradicionalmente fue el sector donde se ubicaba de una manera muy concentrada la fuerza de trabajo, redujo su espacio en beneficio de la industria y de los servicios, aún cuando continúa teniendo gran importancia. Así, mientras en 1950 el 54% de la fuerza de trabajo se ubicaba en la agricultura, el 19,3% en la industria y el 26,6% en los servicios, para 1980 estos porcentajes habían variado al 32,4%, 25,8% y 41,9%, respectivamente. En cifras absolutas, la agricultura ocupaba cerca de 30 millones de personas en 1950 y cerca de 40 millones en 1980, mientras la industria y los servicios pasaron de ocupar, en 1950, cerca de 10 millones la primera y 14 millones los segundos, a 30 millones y 50 millones en 1980 respectivamente.

c. La contribución de la agricultura al Producto Interno Bruto ha ido disminuyendo. Mientras que para 1950 se estimaba en el 20,8%, este bajó al 11,1% entre 1985-87. Durante este período, la participación del sector industrial aumentó del 29,8% al 33,1%, mientras que los servicios que en 1950 contribuyeron con 49,4%; aumentaron esta participación al 55,8% en 1985-87. Es importante observar, sin embargo, que la tasa de crecimiento de la agricultura, que durante la época de expansión económica fue sensiblemente menor que la alcanzada por la industria y los servicios, en la crisis de los años 80 se ha mantenido por encima de la tasa de crecimiento de estos últimos dos sectores, que parecen haber sido más afectados por la recesión.

d. La agricultura, como se ha visto, ha pasado a ser en América Latina, un sector de menor importancia de lo que fue en el pasado. Ello ha contribuido a reducir el nivel de ingresos de la población campesina, a cuyas características generales nos referimos en el punto 3. Algunas estadísticas muestran que en algunos países y durante algunos períodos, los salarios agrícolas tuvieron una mayor tendencia al alza que los salarios no agrícolas. Ello podría dar lugar a la formación de una imagen distorsionada de prosperidad del trabajador rural. Para evitarla, es necesario aclarar que tales estadísticas comparan los salarios mínimos urbanos con los salarios mínimos rurales y que si éstos tuvieron un

aumento relativo importante en algunas economías latinoamericanas en expansión, se debió, en muchos casos, a que durante muchos años los trabajadores rurales no estaban protegidos por un salario mínimo o aquél que había sido fijado era muy inferior al de los trabajadores urbanos. Por otra parte, es también necesario precisar que un importante porcentaje de los trabajadores rurales no son asalariados, sino minifundistas que devengan un ingreso, que en muchas ocasiones, es inferior al salario mínimo. No se debe de perder de vista, además, que entre los trabajadores asalariados, muchos son temporeros que devengan salario, únicamente durante una época del año. La realidad de los ingresos de la población rural en América Latina refleja que ella no se benefició del período de expansión económica en la misma proporción que la población urbana. En este sentido, una publicación de la Oit (*El trabajo en el mundo*, V III, Ginebra, 1988, p. 95), registra que aún durante el período favorable de crecimiento del P.T.B. en América Latina, los salarios agrícolas subieron menos que los ingresos medios en todos los países, menos en Chile y en México, y concluye en "que el fenómeno de empobrecimiento relativo en las zonas rurales de la mayoría de los países latinoamericanos ha pasado a ser un empobrecimiento absoluto en el decenio de 1980."

3. Aún cuando existen importantes diferencias, no sólo entre los distintos países, sino también al interior de cada país, es posible señalar algunas características generalizadas que permitan formarnos una idea de la situación del sector campesino en América Latina.

3.1. La prestación del trabajo campesino, bien sea autónomo o subordinado, se ha fundamentado durante siglos en América Latina en tradiciones semif feudales, las cuales pueden aún considerarse prevalientes, a pesar de los avances, más bien modestos, logrados en algunos países en materia de reforma agraria y en la introducción de sistemas empresariales de explotación capitalista del agro. Las figuras del hacendado latifundista, del peón asalariado en las haciendas y del pequeño agricultor minifundista, siguen dominando la escena rural latinoamericana. A su lado, y en algunos países con más importancia que en otros, intentan abrirse espacio otras figuras como el mediano propietario, el granjero, el técnico agropecuario que explota autónomamente tierras propias o arrendadas y, en fin, la empresa agropecuaria capitalista. Es interesante señalar, que refiriéndose a la reforma agraria, en general, un informe de la Oit (*Organización de Trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social*, Conferencia Internacional del Trabajo 59a reunión, Informe VI 1, Ginebra 1973, p. 15), destaca que "en muchos países se han realizado y se realizan meritorios esfuerzos para resolver los problemas de los trabajadores rurales, pero en conjunto, los

resultados hasta ahora obtenidos no siempre fueron satisfactorios. Por ejemplo, en muchos países la reforma agraria, establecida por Ley, no se aplica; en otros, se aplica de manera desorganizada. Por último, hay países en que el marco legal y los programas de reforma agraria son defectuosos e inadecuados."

3.2. Los campesinos están ubicados dentro de los sectores más pobres de la América Latina. La Fao estimaba que para 1984 las tres cuartas partes de las personas que padecen pobreza extrema en América Latina y El Caribe, viven en zonas rurales (Fao *Programa de Labores y Presupuesto para 1984-85*) 8a. Conferencia Regional de la Fao para América Latina y El Caribe, Buenos Aires, 1984. Un estudio del Banco Mundial (*Informe Sobre el Desarrollo Mundial*, Washington D. C., 1982, p. 93) señala que las raciones alimentarias de gran parte del campesinado latinoamericano son apenas suficientes (y a menudo inciertas) y sus ingresos son tan bajos que es muy poco lo que pueden gastar en vestimenta, combustibles, vivienda y otros rubros de primera necesidad.

El nivel de pobreza se refleja, no sólo en el bajo nivel de ingresos del campesino y de su familia, sino también en el deficiente acceso al empleo (para 1980, el Programa Regional de Empleo para la América Latina y El Caribe de la Oit -Prealc- estimaba el desempleo rural en el 24%, lo que equivale a cerca de diez millones de trabajadores rurales sin trabajo, ni tierras) y a las obras de infraestructura social como salud, educación, comunicaciones y otros servicios públicos. De allí que el logro del nivel mínimo de subsistencia sea más difícil para el campesino que, incluso, para el habitante de las zonas urbanas marginales más miserables, ya que éstos acceden con menor dificultad a la infraestructura social y a los servicios públicos en general.

3.3. En varios países latinoamericanos, la pertenencia al sector campesino está en buena parte vinculada a la pertenencia a las etnias aborígenes, de modo que en tales países el problema campesino tiende a confundirse con el problema indígena. Tal situación se plantea, principalmente, en los países donde se desarrollaron las principales culturas aborígenes, como es el caso, por ejemplo, de México, Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia. Se estima que cerca del 85% de la población indígena campesina de América latina, que está constituida por unos 21 millones de personas, vive en los mencionados países.

3.4. El aporte de la producción agropecuaria campesina al Producto Interno Bruto Agropecuario es variable en los distintos países (se sitúa entre el 40 y el 80% del mismo), siendo mucho más importante en algunos en los cuales se experimenta un relativo atraso de la actividad agropecuaria

empresarial. En todo caso, puede afirmarse, en general, que tal aporte no recibe una adecuada compensación, ni desde el punto de vista de los ingresos que los campesinos perciben por su trabajo, ni desde el punto de vista de la atención que las políticas oficiales prestan al sector.

3.5. En los últimos años, la crisis económica, la deuda externa y las políticas de ajuste convenidas con organismos financieros internacionales, han sido circunstancias que han desfavorecido más aún la situación del campesino, que se ha visto afectado negativamente por planes económicos, muchas veces diseñados en centros foráneos, que no toman en cuenta la realidad campesina o la consideran partiendo de falsos supuestos (En este sentido, véase, Miguel Irioste F. de C. *El Campesinado, Gran Productor Ausente*, en *Revista Nueva Sociedad*, 96, 1988, p. 108 ss.).

3.6. El campesino latinoamericano tiene un acceso muy reducido a la tenencia de la tierra. En un informe la Oit (*Desarrollo rural, informe para la 12a. Conferencia de los Estados de América*, Montreal, 1986, p. 11), se afirma "que el medio rural latinoamericano se caracteriza por la alta concentración de las mejores tierras agrícolas en pocas manos, frente a un número cada vez mayor de campesinos sin tierras y desocupados." En ese mismo informe se citan datos suministrados por la Fao (*Actividades complementarias de la Cmradr*, 18a. Conferencia Regional de la Fao para América Latina y El Caribe, Buenos Aires, 1984), según los cuales, en América Latina y El Caribe, cerca del 70% de la población agrícola poseía únicamente 2,5% de las tierras agrícolas, sobre todo en explotación de subsistencia, en tanto que 2% de esa población (grandes terratenientes) controlaba 47% de la superficie total cultivada. De allí que sea lógico que la lucha por la tierra haya sido históricamente y continúe siendo, una nota común de los movimientos campesinos de América Latina.

3.7. Las políticas crediticias en materia agraria tienden a favorecer a los grandes y, en algunos casos, a los medianos productores, en detrimento de los campesinos, cuyo acceso al crédito oportuno y a bajo costo, se ve dificultado por una serie de factores tales como falta de garantía, dificultades en la tramitación de los créditos, centralización y burocratización en los organismos crediticios. etc. Se debe señalar, no obstante, que algunos países han desarrollado, a través de organismos públicos, etc. algunos programas de financiamiento especialmente destinados al campesinado. En algunos casos, estos programas se han visto obstaculizados, tanto por las dificultades burocráticas como por el bajo índice de recuperación.

3.8. El campesino latinoamericano tiene dificultades para colocar sus productos en el mercado en el momento oportuno y normalmente, debe venderlos a precio muy bajo a transportistas que los adquieren en el lugar de la cosecha. Los estudios realizados señalan que el mayor porcentaje del precio de venta final del producto agrícola, va a quedar en manos de la cadena de distribuidores y que el porcentaje recibido es aún menor para los campesinos que para los grandes y medianos productores que suelen tener un acceso más fácil al mercado, lo cual les permite una mejor negociación de sus productos. En algunos países, se han implementado políticas gubernamentales de mercadeo agrícola, las cuales han obtenido resultados limitados.

3.9. A pesar de las importantes iniciativas sindicales para penetrar el medio rural que se han registrado en las últimas décadas, especialmente en algunos países, la organización del sector campesino presenta características de deficiencia al compararla con la organización del sector laboral urbano. A este problema nos referimos con mayor detenimiento en el punto 7 de la presente ponencia.

3.10. En el área rural puede observarse un nivel relativamente bajo de aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social, así como una muy baja actuación de la inspección del trabajo.

3.11. La presencia del campesino ha sido factor importante en muchas de las guerras civiles y conflictos sociales que han conmocionado la historia latinoamericana. Así, para mencionar algunos, la Guerra Federal Venezolana a mediados del siglo XIX, las guerras de Canudos (1896-97) y del contestado (1912-1916) en Brasil, la Revolución Mexicana a partir de 1910, la Revolución Cubana a finales de la década de los cincuenta y, más recientemente, los movimientos guerrilleros de varios países de Centro-América. En este sentido, un autor brasileño destaca que el campesinado de su país "es la única clase social que, desde la proclamación de la República, ha tenido una reiterada experiencia directa de confrontación militar con el ejército". (José de Souza Martins. *Los Campesinados y la Política en el Brasil*, en Historia Política de los Campesinados Latinoamericanos, Siglo XXI, México, 1985).

Los elementos anteriormente señalados sintetizan la precaria situación del campesino latinoamericano y explican la existencia de fuertes corrientes migratorias del campo hacia las ciudades con las negativas consecuencias que supone el abandono de aquél y el congestionamiento de éstas. Una acción legislativa referente a los trabajadores rurales, debería tomar en cuenta la realidad descrita y ser concebida dentro del marco de una política general destinada a su superación progresiva.

4. Aún cuando no siempre hayan obtenido resultados satisfactorios, los Estados latinoamericanos han coincidido en la postulación de una política de protección al sector agropecuario. Son diversas las circunstancias que justifican una política en este sentido. Entre otras, podemos citar el alto riesgo que suponen las difíciles condiciones climáticas, especialmente en las regiones tropicales y subtropicales y en las alturas de los Andes; el reducido margen de rentabilidad de las actividades agrícolas; la necesidad de incentivar el crecimiento de la producción alimenticia, no sólo para facilitar la satisfacción de las necesidades nutricionales de la población, sino también para disminuir la fuga de divisas por concepto de importaciones de alimentos y aumentar los ingresos por exportaciones diferentes a las mineras; la intención de compensar las deficiencias estructurales del sector rural frente al sector urbano.

La tutela estatal a los productores agropecuarios se refleja en políticas de diverso orden. Desde el punto de vista crediticio, se establecen tasas de interés y plazos preferenciales para los créditos agropecuarios. Como muestra de un extremo de esta protección crediticia podemos mencionar una ley venezolana de 1975 que estableció el refinamiento obligatorio, a largo plazo y a bajo interés, de los créditos agropecuarios, llegando incluso, en determinados casos, a exonerar a sus beneficiarios de la obligación de pagarlos. Desde el punto de vista impositivo, algunos Estados establecen exoneraciones de fiscales para las rentas producidas por las actividades agropecuarias y por los intereses de los créditos destinados a su financiamiento. Asimismo, los gobiernos han promovido proyectos especiales para el mercadeo agrícola. En varios países se han desarrollado, como hemos señalado, con mayor o menor éxito, programas de Reforma Agraria.

5. Una de las formas de tutela al productor agropecuario que ha suscitado más controversias, por las consecuencias sociales que comporta, está constituida por la tendencia a establecer, para los trabajadores subordinados del campo, un régimen de protección laboral de menores alcances y costos que el que rige para los trabajadores urbanos. Para sustentar esta tendencia, se ha argumentado, por una parte, que el empleador rural tiene una capacidad económica menor que el urbano, para cargar con los costos de la legislación laboral y de la seguridad social y por la otra, que la reducción del nivel de protección se hace soportable al trabajador rural, ya que el costo de la vida es menor en el campo. Esta argumentación ha sido contestada afirmando que no resulta equitativo, ni compatible con los principios propios de una buena política social, la circunstancia de que el estímulo a la producción agropecuaria deba pasar necesariamente por el sacrificio de los derechos de quienes son factores

fundamentales de la misma: los trabajadores rurales. Por otra parte, se objeta que el costo de la vida en el campo no resulta tan bajo como pudiera aparentar.

En función de la tendencia que comentamos en el párrafo anterior, varias legislaciones latinoamericanas excluyeron de su ámbito general de aplicación a los trabajadores rurales, los cuales, en algunos casos, quedaron fuera del sistema tutelar del trabajo y en otros, sujetos a un régimen especial caracterizado por un menor nivel de protección. Es de observar que con el curso de los años, países que originalmente adoptaron una posición de excluir a los trabajadores rurales de su legislación laboral, posteriormente evolucionaron en un sentido favorable a éstos. Es éste el caso de Venezuela, Brasil y Uruguay, que teniendo inicialmente estatutos muy especializados para los trabajadores rurales, fueron, de una u otra forma, aproximándose a una unificación de los regímenes de trabajadores del campo y de la ciudad. Una evolución en sentido contrario se experimentó en Paraguay y en Argentina. En este último país, la evolución ocurrió en uno y en otro sentido. En 1944 fue adoptado un estatuto del peón rural. Posteriormente, la Ley del Contrato de Trabajo de 1974, no excluyó de su ámbito a los trabajadores rurales; pero, una nueva Ley de 1980 reformó la Ley de Contrato de Trabajo, para excluir de su aplicación a los trabajadores rurales, los cuales fueron sometidos a un estatuto especial denominado Régimen Nacional de Trabajo Agrario.

En relación al régimen aplicable a los trabajadores rurales pueden distinguirse, en las legislaciones latinoamericanas, las siguientes situaciones:

a) Países que regulan uniformemente el régimen laboral de los trabajadores urbanos y rurales, aún cuando establecen ciertas normas especiales atinentes a la realidad propia del campo.

Es la situación predominante en América Latina en el momento actual. La mayor parte de los Códigos o Leyes del Trabajo, incluyen un capítulo relativo al trabajo agrícola o rural, el cual no constituye un estatuto derogatorio de las normas generales del trabajo, sino que incluye algunas disposiciones especiales formuladas en función de ciertas características propias de la realidad rural. En Costa Rica, el Código del Trabajo no tiene un capítulo especial para los trabajadores rurales, pero a lo largo de diversos capítulos se incluyen normas especiales destinadas a éstos.

En algunos casos se establecen normas más flexibles en materia de jornada de trabajo y trabajo en días feriados, a fin de facilitar la prestación de servicios en horas normalmente de descanso para la industria, pero durante los cuales las necesidades de la agricultura o la cría requieran la atención de los trabajadores, como ocurre con las tareas de riego,

vacunación, ordeño, algunas cosechas, etc. En este sentido podemos señalar, por ejemplo, los artículos 194 y 202 del Código del Trabajo de Honduras, 165 y 166 del Código de Trabajo de Paraguay, último aparte del artículo 139 del Código de Trabajo de Costa Rica, 267 y 270 del Reglamento de la Ley del Trabajo de Venezuela. En otros casos, se regula el pago de parte del salario en especie, lo cual está normalmente prohibido. Así ocurre, por ejemplo, con los artículos 334 del Código del Trabajo de Ecuador, 462 del Código de Trabajo de Haití y 165 del Código de Trabajo de Costa Rica.

Por otra parte, algunas de estas disposiciones especiales tienden a crear un tipo específico de protección al trabajador rural, para atender a sus carencias características. Así, algunas legislaciones establecen al empleador la obligación de suministrar alojamiento a sus trabajadores rurales, bien sea en todos los casos o cuando se den ciertas condiciones atinentes al número de trabajadores ocupados o a la distancia del centro de trabajo de poblados más cercanos. Por ejemplo, los Códigos de Trabajo de Guatemala (art. 145), Haití (art. 467), Panamá (art. 235), Colombia (art. 334), Ley Federal del Trabajo de México (art. 283). En otros casos, las legislaciones establecen al empleador agrícola la obligación de instalar escuelas en los centros de trabajo. Por ejemplo, los Códigos del Trabajo de Honduras, art. 198, Haití, art. 469, Colombia, art. 337), de proporcionar servicios médicos, medicinas y desarrollar planes de higiene, especialmente en aquellas zonas susceptibles a las enfermedades tropicales. Por ejemplo, los Códigos del Trabajo de Honduras, art. 196, Haití, art. 468, Colombia, arts. 334 y 335, Ley Federal del Trabajo de México, art. 283). Los Códigos de Ecuador (art. 337) y de Honduras (art. 204) facultan al Inspector Agrícola, en los contratos de trabajo en el campo, a reducir la dimensión de las unidades de obra o "tareas" si hubiere un motivo razonable. De gran interés jurídico son las disposiciones que extienden la responsabilidad laboral a ciertos obligados solidarios, como los propietarios de las tierras arrendadas o dadas en aparcería y los aparceros (Ley Federal del Trabajo de México, art. 281 y Código del Trabajo de Panamá, art. 235). En fin, como ejemplo de una protección muy especial a los trabajadores rurales, podemos señalar el parágrafo VII de la Ley Federal del Trabajo de México, que establece que los patronos rurales están obligados a permitir a los trabajadores dentro del predio: "a) tomar en los depósitos acuíferos el agua que necesiten para sus usos domésticos y sus animales de corral; b) la caza y la pesca para usos propios de conformidad con las disposiciones que determinen las leyes; c) el libre tránsito por los caminos y veredas establecidos, siempre que no sea en perjuicio de los sembrados y cultivos; d) celebrar en los lugares acostumbrados sus fiestas regionales; e) fomentar la creación de cooperativas de consumo entre los trabajadores; y f) fomentar la alfabetización entre los trabajadores y sus familiares.

b) Esta situación se ha ido reduciendo en la medida en que, como fue el caso de Venezuela en 1973 y Brasil con la Constitución de 1988, algunos estatutos rurales especiales fueron derogados, para asimilar al trabajador rural a la legislación general del trabajo, sujetándose, como hemos visto, a algunas disposiciones especiales o en que, como fue el caso de Uruguay, los estatutos especiales fueron aproximándose a la legislación general, cuya compatibilidad fue declarada por la doctrina y por la jurisprudencia. Ejemplo de estos regímenes podemos encontrar en Paraguay y en Argentina. En este último país, cuya economía rural es muy importante, la regulación del trabajo rural ha sido elaborada con un nivel muy detallado de reglamentación, no sólo por la Ley 2248 que impuso el nuevo Régimen Nacional de Trabajo Agrario, sino también por otras leyes y reglamentos que regulan las actividades de categorías específicas de trabajadores rurales, como viñateros, ordeñadores (tambeiros), etc. En general, puede señalarse que estos estatutos especiales suponen ciertas limitaciones en relación al nivel de protección garantizado por el régimen ordinario. Por otra parte, los mismos, a diferencia de lo que suele ocurrir con los capítulos y disposiciones especiales sobre trabajo rural, incluidos en las legislaciones laborales conforme al sistema vigente en el primer grupo de países a que nos referimos en el ordinal anterior, tienen un carácter autónomo y no remiten supletoriamente al régimen laboral común, de manera que el mismo no tiene como destinatarios a los trabajadores rurales. Esta cuestión de la procedencia o improcedencia de la aplicación supletoria o complementaria del régimen laboral ordinario, a quienes se encuentran sujetos a un estatuto especial de trabajo rural, ha tenido gran importancia, pues en la medida en que ella ha sido admitida por la doctrina y por la jurisprudencia o, con mayor razón, por los propios estatutos, éstos comienzan a perder su carácter autónomo, lo cual crea en la práctica, una tendencia a la unificación del régimen tutelar del trabajo urbano y rural. Tal fue, el caso de los estatutos rurales de Uruguay y el de 1963 en Brasil (hoy derogado por la constitución de 1988), cuya urgencia formal no establece, sin embargo, en la práctica, una diferencia sustancial entre el régimen de trabajadores urbanos y rurales.

c) Precisamente en uno de los países con mayor población campesina, Bolivia, la Ley del Trabajo, en su artículo 1, dispone que la misma rige los derechos y obligaciones emergentes del trabajo, con excepción del agrícola, que será objeto de disposición especial. Un autor boliviano, (Isaac Sandoval Rodríguez, (1974) *Legislación Comparada del Trabajo*, Valencia, p. 249) dice que en este país "Se han dictado disposiciones legales sobre el régimen social del trabajador del agro desde el nacimiento mismo de la República, sin que ninguna de ellas, incluyendo las del régimen de la tierra, hayan podido incorporar al campesino dentro de los

alcances de la legislación laboral o de la seguridad social, que favorecen a los trabajadores de la industria".

En la República Dominicana, que es un país de importante actividad agrícola, se plantea igualmente una situación de exclusión, en tanto el artículo 265 del Código de Trabajo, establece: "no se aplican las disposiciones de este Código a las empresas agrícolas, agrícola-industriales, pecuarias o forestales que ocupen de manera continua y permanente no más de diez trabajadores". Esta exclusión, reiterada en el artículo 67 del Reglamento 7676 de aplicación de dicho Código, ha sido interpretado restrictivamente por la Jurisprudencia y por la Administración del Trabajo, que han insistido en la no aplicación del Código cuando una empresa no tenga más de diez trabajadores fijos y han negado el derecho a la sindicación a trabajadores de empresas que estén por debajo de este límite, aún cuando pretendan ingresar a un sindicato de empresa que agrupe a trabajadores de varias haciendas. La doctrina laborista dominicana ha sido prevalecientemente contraria a esta interpretación (*Memorias del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Pedro de Macoris, 1984, p. 233 y ss.).

En algunos países, cuyas legislaciones laborales son aplicables a los trabajadores rurales, existen, sin embargo, disposiciones que pueden considerarse excluyentes o discriminatorias de los mismos. Así, el derecho de los trabajadores agrícolas a formar parte de sindicatos y de ir a la huelga, ha sido objeto de restricciones en varias legislaciones (Costa Rica, Nicaragua y Guatemala -donde se considera la agricultura comprendida bajo el concepto de "servicios públicos"- Chile, Brasil). Es de observar, que en las últimas décadas se ha desarrollado una tendencia liberalizadora de tales restricciones. Otro ejemplo de este tipo de manifestaciones, lo tenemos en el Código del Trabajo de Guatemala que tiene una disposición que, en nuestro concepto, no sólo es excluyente y discriminatoria del trabajador rural, sino que refleja cierta reminiscencia del antiguo sistema de servidumbre. El artículo 142 de dicho código impone al patrono o su representante, la obligación de pedir al trabajador campesino que le presente pruebas de que ya terminó su contrato inmediato anterior con otra empresa agrícola o ganadera. Por último, existen disposiciones redactadas en forma muy vaga, pero que pueden comportar restricciones en la aplicación de la legislación laboral a los trabajadores rurales, pues la sujetan -o pueden sujetarla por reglamentación especial- a limitaciones derivadas de las características o modalidades de las labores agrícolas. Así por ejemplo, los artículos 342 del Código del Trabajo de Ecuador, 194 del Código de Trabajo de Honduras y 144 del Código del Trabajo en Guatemala.

Hemos visto cómo en los diferentes países latinoamericanos, las legislaciones adoptan posiciones de mayor o menor tutela frente al

trabajador rural. Debemos señalar, sin embargo, que, en nuestro criterio, el principal problema del campesino latinoamericano en cuanto a la legislación del trabajo se refiere, no está en el grado de cobertura de la misma, sino en las deficiencias de su aplicación, la cual se encuentra limitada por la vigencia de las tradiciones feudales, por la dispersión de los centros de trabajo y por la escasa inspección laboral. Por ejemplo, en una reunión tripartita realizada en 1985 en Uruguay, sobre el Estatuto del trabajador rural e inspección del trabajo, hubo acuerdo en constatar un bajo grado de cumplimiento de la legislación laboral aplicable a los trabajadores, así como también los funcionarios, los técnicos y los trabajadores coincidieron unánimemente en reconocer las dificultades prácticas que presenta el ejercicio de la Policía del Trabajo en esta área, motivada por falta de medios de comunicación, ausencia de sindicalización y por carencia de recursos de la propia administración. (Pitamiglio, Carlos, (1985) *Estatuto del Trabajador rural e inspección del trabajo*, en Revista Derecho laboral, n. 140, pp. 627 y ss.).

6. Hemos visto que las expresiones “trabajador o trabajo rural”, “trabajador o trabajo agrícola”, “trabajador o trabajo del campo” no siempre son usadas en forma unívoca. Son, sin embargo, fundamentales para determinar el ámbito de aplicación de las normas especiales destinadas a la regulación de este sector de la actividad laboral.

En América Latina, algunas legislaciones, al regular los trabajadores rurales, agrícolas o ganaderos, se limitan a indicarles, sin definir ni aportar elementos útiles para establecer un concepto de quiénes son los destinatarios de estas normas. (Por ejemplo, el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia y el Código del Trabajo de Ecuador, aún cuando éste define al empleador agrícola en su art. 329). En estos casos suele corresponder a la jurisprudencia la solución de resolver los problemas que se planteen sobre el ámbito de aplicación de esta normativa especial.

Otras legislaciones, (República Dominicana, El Salvador), más que definir al sujeto de las disposiciones especiales, prefieren hacerlo con la actividad misma. Así, el Código del Trabajo de la República Dominicana (art. 261) dice que son “trabajos del campo, sujetos al régimen de este título, todos los propios y habituales de una empresa agrícola, agrícola industrial, pecuario forestal” y excluye de este concepto (art. 262) “las actividades industriales o comerciales de una empresa agrícola, agrícola-industrial, pecuaria o forestal, así como “los trabajos de albañilería o plomería ejecutados en el campo” (art. 264). En cambio, considera trabajos del campo, al “transporte de frutos, animales o piezas y árboles hasta los lugares en que sean industrializados o vendidos” (art. 263).

La mayor parte de las legislaciones latinoamericanas incluyen definiciones del sujeto de aplicación de la normativa especial que comentamos,

variando la expresión con la cual los denomina. Así se habla de trabajador rural (Brasil, art. 7 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo; Venezuela, art. 260 del Reglamento de la Ley del Trabajo; Uruguay, art. 1 del Decreto Reglamentario del Estatuto del Trabajador Rural); de trabajadores del campo (México, art. 279 de la Ley Forestal del Trabajo); de trabajadores campesinos (Guatemala, art. 138); de trabajadores agrícolas (Haití, art. 451) o de obreros agrícolas (Honduras, art. 194). Buena parte de las legislaciones (Honduras, Guatemala, México, Paraguay, Panamá, Haití) centran su concepto en el hecho de que el trabajador ejecute los trabajos propios y habituales de la agricultura y la ganadería al servicio de un patrono o empresa agrícola o ganadería, añadiéndose, en algunos casos, las empresas avícolas, pesqueras o forestales. En algunas legislaciones (Honduras, Haití, Guatemala) se hace exclusión expresa de los empleados o trabajadores intelectuales de las empresas rurales. Varias legislaciones se esmeran en precisar el concepto del sujeto, deslindando de otros que pudieran ser similares. Así, la Consolidación de Leyes de Brasil (art. 7) considera como trabajadores rurales los que, ejerciendo funciones ligadas a la agricultura y la cría, no son empleados en actividades que por los métodos de ejecución de los respectivos trabajos o por las finalidades de sus operaciones, se clasifiquen como industriales o comerciales. El Régimen Nacional del Trabajador Agrario, de la Argentina, dice que son amparados por tal régimen los trabajadores que en virtud de un contrato o de trabajo, desempeñaren su labor fuera del ámbito urbano en tareas vinculadas, principal o accesoriamente, con la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones, como por ejemplo, la agrícola, la pecuaria, forestal, avícola o apícola. El art. 260 del Reglamento de la Ley del Trabajo de Venezuela dice:

“Se entiende por trabajador rural la persona que presta servicios en un fundo agrícola o pecuario en actividades que sólo pueden cumplirse en el medio rural. No se considerará trabajador rural al que realice labores de naturaleza industrial o comercial o de oficina, aún cuando las ejecute en un fundo agrícola o pecuario.”

Como puede verse, las legislaciones presentan ciertas variantes, estableciendo algunas una mayor precisión conceptual, bien sean por los términos mismos de la definición o por la exclusión o inclusión expresa de ciertas categorías que podrían prestarse a confusiones. En todo caso, es posible señalar que ellas apuntan a un sujeto claramente identificable: el trabajador que presta sus servicios en el campo en las actividades propias y características de las zonas rurales, tales como la agricultura y la cría, la piscicultura, etc. Tratándose de legislaciones que, en general, centran su ámbito de aplicación en el trabajo subordinado, el concepto de trabajador rural o agrícola es referido a quienes prestan sus servicios

mediante una relación de dependencia a cambio de una remuneración. Ello implica una importante limitación para el estudio y regulación del trabajo en el campo, pues, a diferencia de lo que, al menos tradicionalmente venía ocurriendo en los centros urbanos, en la mayor parte de los países de América Latina, los trabajadores asalariados constituyen una minoría de los trabajadores rurales. (Un informe de la Oit de 1974 señalaba como casos de excepción a Costa Rica, Chile, El Salvador, México y Uruguay. (*Organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social*. Conferencia Internacional del Trabajo. 59 reunión. 1974. Informe VI 1). Por ello, a los fines del presente trabajo, la expresión trabajadores rurales designa a quienes obtienen sus medios de subsistencia mediante el cumplimiento de trabajos o faenas en el campo, en las actividades peculiares de éste e independientemente de la condición jurídica en que se presten los servicios. Quedan incluidos dentro de este ámbito de referencia, los trabajadores asalariados, sean permanentes o temporales, los arrendatarios, prestatarios, aparceros, medianeros, trabajadores familiares o pequeños propietarios aún cuando contraten eventualmente mano de obra, siempre que su propia actividad personal sea determinante para la ejecución de la faena. Están excluidos del mismo, quienes en el campo presten servicios que igualmente pueden ser ejecutados y normalmente se ejecutan en la ciudad, así como los medianos y pequeños propietarios, a quienes no parece adecuado designar con la expresión "trabajadores" sino más bien con la expresión "productores agropecuarios".

7. Al estudiar las organizaciones de los trabajadores rurales en América Latina, podemos hacer dos constataciones previas. En primer lugar, y ya lo anotábamos al analizar las características generales del campesino latinoamericano, en la mayor parte de los países, la organización de los trabajadores rurales presenta deficiencias comparativamente con la organización de los trabajadores urbanos.

En segundo lugar, podemos destacar que las organizaciones de los trabajadores rurales presentan una variedad de modalidades y de funciones que las distinguen del modelo del sindicato tradicional. Podemos ensayar una tipología de las formas de organizaciones de los trabajadores rurales, haciendo referencia a las siguientes modalidades:

7.1 El sindicalismo es, en general y no sólo en América Latina, un fenómeno predominantemente industrial y por ende, urbano. Puede decirse, que en la mayoría de los casos, los trabajadores rurales no muestran una real vocación sindical. De allí, que la sindicalización de los trabajadores asalariados en el campo arroje, en general, tasas menores que las presentes en las áreas urbanas y que el proceso de constitución y

desarrollo de sindicatos rurales obedezca, en buena parte de los casos, más a incentivos generados por el sindicalismo urbano, por los partidos políticos o por el propio Estado, que a un movimiento espontáneo de los campesinos asalariados. Son diversas las circunstancias que explican esta relativamente baja vocación sindical de los trabajadores rurales. En general, los trabajadores asalariados que se agrupan permanentemente en un centro de trabajo, bajo la dependencia visible de un empleador, tienden a ser minoría en el campo. A la presencia de un gran número de asalariados "temporeros" o "estacionales", que prestan sus servicios sólo en determinadas épocas, en función de las necesidades esporádicas de mano de obra por los ciclos de los cultivos o de la cría, hay que agregar otro importante contingente de campesinos no asalariados, como los medianeros, aparceros, pequeños propietarios, etc., cuyas características propias no favorecen la afiliación sindical. Existen obstáculos de orden legislativo que dificultan la sindicalización rural. Ellas pueden consistir en normas excluyentes, como aquellas que en varios países centroamericanos prohíben la sindicalización de los trabajadores rurales, por considerar la agricultura como un servicio público, o aquellas que exigen un número mínimo de trabajadores en una hacienda para que les sea aplicable la legislación laboral. Otras normas exigen requisitos que pueden resultar razonables cuando se refieren a trabajadores urbanos, pero que no lo son para los trabajadores rurales. Por ejemplo, los requisitos para la constitución del sindicato, como actas constitutivas firmadas, número mínimo de miembros en las asambleas constitutivas, gestiones ante la Inspección del Trabajo, etc., los cuales son difíciles de cumplir en el medio rural, en el cual priva el analfabetismo, la dispersión de los trabajadores y la existencia de distancias más o menos importantes de la sede de la Inspección y con vías no siempre adecuadas. Otro tipo de circunstancias de orden estructural, social y económico obstaculizan el desarrollo del sindicalismo en el campo. La supervivencia de las estructuras semif feudales de tenencia de la tierra, con sus consecuencias reminiscencias de autoritarismo patronal y servilismo campesino, el alto índice de analfabetismo, la escasez de dirigentes preparados, las limitaciones de acceso a los centros de trabajo, la represión por parte de las autoridades gubernamentales, las restricciones económicas que impiden a los campesinos el pago de cuotas sindicales, etc.

Existe, sin embargo, un sector de la actividad rural donde han proliferado importantes organizaciones sindicales. Ello ocurre especialmente en las denominadas "plantaciones", que son definidas por la Oit (convenio n. 110, 1958) como "toda empresa agrícola, situada en una zona tropical o subtropical, que ocupe con regularidad a trabajadores asalariados y que principalmente se dedique al cultivo o producción, para fines comerciales de café, té, caña de azúcar, caucho, plátanos, cacao,

coco, maní, algodón, tabaco, fibras (sisal, jute y cáñamo), frutas cítricas, aceite de palma, quina y piña". En estas plantaciones se produce la circunstancia de la concentración permanente de trabajadores asalariados en un centro de trabajo, lo cual ha facilitado el proceso de sindicalización rural en algunos países.

En América Central, por ejemplo, los sindicatos de las plantaciones figuran entre los más importantes y antiguos de varios países, pudiéndose observar que las características de producción de algunos cultivos favorecen el desarrollo del sindicalismo más que otros. En Costa Rica, por ejemplo, mientras en el importante sector cafetalero el desarrollo sindical es muy escaso, el mismo es, por el contrario, mucho mayor en las plantaciones de bananas y en las de caña de azúcar. Así, en una época tan incipiente como era la década de los años diez, la Unión Obrera, que agrupaba los bananeros en la costa Atlántica de El Limón, tenía cerca de cinco mil trabajadores, lo cual fue contrarrestado por los empleadores que en 1912 fundan la Unión Bananera. En 1911 y 1913, años antes de que se constituyese la Oit y estando vigentes leyes penales que castigaban la huelga como delito, se desarrollaron en las plantaciones bananeras de ese país importantes conflictos huelguísticos, mediante los cuales, los trabajadores reclamaban modificación en los sistemas de pago, rebaja en los impuestos de hospital, disminución de la jornada y aumentos de salarios. Algunos de estos conflictos se extendieron a países vecinos. En general, se puede señalar, que en América Central, los movimientos de protesta contra las empresas bananeras y cañicultores extranjeras, han sido persistentes y en buena parte han estado inspiradas por una reacción nacionalista, que opone los sindicatos a las empresas transnacionales. Algunos de estos movimientos han tenido gran repercusión. Como ejemplos en diferentes épocas, podemos citar, entre otros casos importantes, los siguientes: La gran huelga bananera que en Honduras paralizó la economía nacional durante 69 días en 1954; la agitación campesina en Panamá a inicios de los sesenta, cuyo punto culminante fue la marcha de 200 kilómetros de los trabajadores cañeros de una provincia del interior hasta la capital, que contribuyó, junto con la movilización popular urbana en esa misma época en protesta por la ocupación norteamericana en la Zona del Canal, a crear ambiente propicio al golpe de 1968 que convirtió a la Guardia Nacional en el factor político preponderante en ese país y la huelga de Febrero-Marzo de 1980 en Guatemala, en la cual se paralizaron durante 17 días, 14 ingenieros azucareros y 70 grandes fincas y se movilizaron cerca de 80.000 trabajadores.

En otros países, la presencia del sindicalismo rural en las plantaciones ha sido menos combativo, pero puede medirse por su importante afiliación. Es el caso de Brasil donde, especialmente durante el Gobierno de Goulart se llevó a cabo un acelerado desarrollo del sindicalismo, espe-

cialmente en las zonas cañeras del noreste (José de Souza-Martins, p. 56). En este país, en el cual un importante desarrollo agrícola antecedió al industrial, el sindicalismo rural comprende un número de sindicatos y de afiliados tan importante como el urbano, el cual no significa necesariamente que tenga la misma fuerza. Cifras de 1978, registran 2.047 sindicatos rurales, con más de cuatro millones de miembros, de un total de 4.108 sindicatos registrados en el país.

En Venezuela, la importancia de los sindicatos azucareros puede evidenciarse por el hecho de que en este sector rige uno de los pocos contratos colectivos por rama de actividad cuyo ámbito de aplicación comprende todo el territorio nacional.

Incluso en algunos países donde la tasa de sindicalización rural es extremadamente baja, como en el Uruguay, puede señalarse una importante iniciativa de sindicalización en las plantaciones cañeras de Bella Unión.

7.2 Un caso exclusivamente nacional, pero que merece una especial referencia por sus características muy particulares, está constituido por las asociaciones solidaristas en la República de Costa Rica. Las mismas están reguladas por una Ley de 1984 que las define como "organizaciones sociales que se inspiran en una actitud humana, por medio de la cual el hombre se identifica con las necesidades y aspiraciones de sus semejantes, comprometiendo el aporte de sus recursos y esfuerzos para satisfacer estas necesidades y aspiraciones de manera justa y pacífica." "Los fines primordiales de las asociaciones solidaristas son procurar la justicia y la paz social, la armonía obrero patronal y el desarrollo integral de sus asociaciones."

Las asociaciones solidaristas cuentan con el estímulo del Estado costarricense, que está legalmente obligado a "procurar su fortalecimiento y desarrollo". Son financiadas mediante ahorros de los asociados, deducidos de sus salarios y, además, con aportes mensuales de los patronos. Las asociaciones solidaristas podrán generar ingresos con las actividades que realicen, pero, en todo caso, deberán constituir un fondo para cubrir el auxilio de cesantía de sus asociados. Estos tienen un estatuto privilegiado en relación al resto de los trabajadores, ya que, aún en aquellos casos en que legalmente no les corresponda la cesantía, como ocurre en Costa Rica, cuando el despido se funda en justa causa, tendrán derecho a recibir el aporte patronal acumulado, además de sus ahorros y los rendimientos correspondientes. Aún cuando la Ley prohíbe expresamente a las asociaciones solidaristas "realizar cualquier clase de actividad tendiente a combatir o de alguna manera entorpecer, la formación y funcionamiento de las organizaciones sindicales y cooperativas", según una opinión bastante generalizada, el solidarismo se ha planteado en

Costa Rica como una alternativa frente al movimiento sindical, con características de menor autonomía que éste. Es de destacar que el patrono podrá designar un representante con derecho a voz, pero sin voto, que podrá asistir a las asambleas generales y a las sesiones de la Junta Directiva. En general, la experiencia señala cómo en los sectores donde predominan las asociaciones solidaristas, la negociación colectiva viene siendo sustituida por el arreglo directo entre éstas y los empleadores, con una ausencia generalizada de conflictos. Como un caso curioso, se señala la ocurrencia de una huelga importante en una industria textil donde existe una asociación solidarista, uno de cuyos principales dirigentes fue despedido.

Aún cuando el solidarismo comprende, tanto los trabajadores de la industria y los servicios urbanos como los del campo, puede señalarse que han proliferado notablemente en este último sector, al punto de que no sería aventurado afirmar que está sustituyendo al sindicalismo tradicional. Quedan a salvo, naturalmente, los importantes sindicatos de las plantaciones, especialmente los bananeros.

7.3 Las características peculiares de la agricultura y del campesinado en América Latina, a las cuales nos hemos referido, hacen que, en lugar de los sindicatos tradicionales, hayan tenido preponderancia en la región una serie de organizaciones que agrupan a los campesinos independientemente de que sean asalariados, sindicalizados o no, o de que tengan una condición jurídica distinta como la de medianero, pequeño propietario, arrendatario, etc. El común denominador de los miembros de estas asociaciones es la de ser trabajador rural, en el sentido que hemos concebido esta expresión a los efectos de la presente ponencia.

Dado el carácter heterogéneo de sus componentes hemos denominado "mixtas" a este tipo de organizaciones, las cuales presentan en la realidad una amplia gama de modalidades, entre las cuales nos referiremos a las que, a nuestro juicio, son más importantes, advirtiendo que las denominaciones que empleamos no son necesariamente de uso generalizado, en el sentido de que pueden variar en los distintos países.

Centrales campesinas: Se trata de entidades con una amplia cobertura territorial, muchas veces a escala nacional, que agrupan en su seno a organizaciones rurales de muy diversa naturaleza, así como a campesinos individuales.

Pueden formar parte de ellas sindicatos agrícolas tradicionales, ligas de campesinos, comités de tierras y, en general, dan cabida a trabajadores rurales de la más diversa situación: pequeños propietarios, medianeros, aparceros, comuneros, arrendatarios, asalariados, campesinos sin tierra, desocupados, etc. En general, se trata de personas que viven de su trabajo

personal en el campo, aún cuando utilicen ayuda de familiares o de trabajadores ocasionales o, incluso, algún asalariado permanente, no siendo normalmente admitidos dentro de ellas, quienes, por ser propietarios de activos de cierta importancia y mantener a su cargo un cierto número de trabajadores permanentes, pueden ser considerados más bien como empleadores rurales, en virtud de lo cual deberían formar parte de las asociaciones de productores agropecuarios y no de las centrales campesinas.

Las estructuras organizativas de estas centrales, así como sus modalidades de acción suelen cambiar en los distintos países, pero en general, cumplen la función de representar a los campesinos en la sociedad, defender sus intereses, canalizar la lucha por la tierra, promover la reforma agraria y en fin, actúan como grupo de presión campesina a nivel nacional o regional. En algunos países, especialmente en aquéllos donde se desarrollan procesos de reforma agraria, cumplen funciones de representación del campesinado en organismos oficiales y privados. Fomentan la prestación a los campesinos de servicios tales como asistencia técnica, educación, crédito, bien sea directamente o a través de Empresas o Cooperativas creadas bajo su patrocinio o conjuntamente con entidades gubernamentales o privadas. Suelen ejercer influencia política nacional o regional y, a su vez, no es raro que tengan relaciones estrechas con partidos políticos, o con movimientos sociales o religiosos.

Entre las más importantes centrales campesinas podemos citar La Confederación Sindical de Campesinos (Csutcb), Confederación Sindical de Colonizadores en Bolivia y la Confederación de Trabajadores en Agricultura (Contag), en Brasil; La Federación Nacional Agraria (Fanal), en Colombia; la Federación Nacional de Organizaciones Campesinas (Fenoc) y la Federación Nacional de Campesinos Libres (Fenacel), en el Ecuador; la Confederación Nacional de Campesinos, en Guatemala; La Asociación Nacional de Campesinos (Anach) y la Unión Nacional de Campesinos Auténticos (Unc), en Honduras; La Confederación Nacional Campesina (Cnc), en México; La Asociación de Trabajadores del Campo (Atc), en Nicaragua; La Confederación Nacional Agraria (Cna) y la Confederación Campesina (Ccp), en el Perú; La Federación Dominicana de Ligas Agrarias Cristianas, en la República Dominicana y La Federación Campesina Venezolana (Fcv) en Venezuela.

Ligas Campesinas: Hemos señalado que en el sector rural, el sindicato tradicional ha proliferado fundamentalmente en las plantaciones. Por su parte, las centrales campesinas corresponden a un grado más o menos avanzado de centralización del movimiento agrario. Por su parte, las llamadas ligas campesinas vienen a ser la organización de base de los trabajadores rurales, especialmente de aquéllos no asalariados, aún

cuando excluye a quienes devenguen un salario. Ellas corresponderían en términos urbanos al sindicato de empresa en la industria. Se trata de agrupación heterógena, que reúne a los jornaleros de las haciendas, bien sean permanentes o temporales, a los pequeños propietarios o minifundistas, a quienes trabajan en tierra ajena o a través de contratos tales como el arrendamiento, la aparcería, etc., y en fin, a los campesinos sin tierra o desempleados. Tienen un ámbito de acción local y pretenden ejercer la representación y la defensa de los intereses del campesino en una zona territorial más bien reducida. Son organizaciones bastante informales y no siendo sindicatos, no están obligadas a cumplir los requisitos legales exigibles para la constitución de los mismos, aunque ello no excluye que en algunos casos se constituyan como tales. En buena parte de las veces, ni siquiera llevan a cabo las formalidades requeridas para obtener personalidad jurídica como asociaciones civiles. Este grado de informalidad ha favorecido su difusión en el medio rural. La atención que prestan a la lucha por la tierra es una nota característica de las ligas campesinas y la cual establece una importante diferencia con los sindicatos urbanos, entre cuyas metas no suele aparecer la adquisición de los medios de producción. Las ligas campesinas han ocupado un papel relevante en los procesos de reforma agraria y en algunos países han sido un factor importante de agitación social e, incluso, de apoyo a movimientos subversivos. La acción de las ligas campesinas con el movimiento sindical han sido muy variadas en los diferentes países. Así, por ejemplo, en Venezuela las ligas forman parte de la principal central campesina del país, la Federación Campesina Venezolana y a través de ella forman parte de la Confederación de Trabajadores de Venezuela, máxima expresión del movimiento sindical organizado. Todo ello indica que no existen dificultades de consideración entre las ligas campesinas venezolanas y los sindicatos. En otros países, por el contrario, ha existido, al menos en determinados momentos, una importante rivalidad entre ambos tipos de organizaciones. Así, en Brasil, se presentó en la década de los sesenta una interesante y fuerte disputa entre las ligas campesinas que venían actuando, desde los años cincuenta, especialmente en el nordeste, del país, con el movimiento sindical que pretendió suplantarlas. Esta contradicción tuvo importantes repercusiones políticas, porque en ella estaban implicadas las respectivas esferas de influencia que sobre el movimiento campesino brasileño ejercían la Iglesia Católica, el Partido Comunista y el Partido Laborista, el cual ejerció funciones de gobierno a inicios de los años sesenta.

Comités de Tierras: Como señalamos en su oportunidad, la lucha por la tierra ha tenido gran importancia en América latina. De allí que sea común a varios países latinoamericanos, la existencia de comités o

comisiones de campesinos constituidos ad-hoc, para dirigir la lucha por la obtención de asentamientos para un determinado grupo de campesinos. Estos comités han cumplido un papel especialmente importante en aquellos procesos de reforma agraria llevados a cabo en algunos países, y han funcionado como medios de acción de los campesinos que aspiran ser dotados de tierra por el gobierno. En general, estos comités se constituyen en una zona en la cual existen, al mismo tiempo, masas campesinas desposeídas y áreas de terrenos en manos de latifundistas, las cuales suelen estar incultas o sujetas a una explotación extensiva. La tarea fundamental del Comité de tierras ha sido, tradicionalmente la de ejercer presión sobre los organismos encargados de la reforma agraria para lograr que éstos adquieran las fincas reclamadas y pongan a los campesinos en posesión de las mismas. Los comités de tierras son, pues, organismos de carácter circunstancial, cuya constitución integración y funcionamiento, no es excluyente con la actividad de los sindicatos rurales y las ligas campesinas, que pueden, de una manera u otra, apoyar o participar en la lucha de los comités. En ocasiones, si se produce la dotación de las tierras reclamadas, los directivos del Comité de Tierras respectivo, pueden pasar a formar parte de los organismos previstos por las leyes agrarias, para la coordinación o dirección de las nuevas formas de explotación a cargo de los campesinos beneficiados.

Empresas y cooperativas campesinas: Una característica especial de las organizaciones de trabajadores rurales en relación a los sindicatos urbanos tradicionales, es la diversidad de servicios que pretenden ofrecer a sus afiliados. Mientras el sindicato tradicional asume que su principal función, además de la de ejercer en general la representación de la clase obrera, es negociar los salarios y las condiciones de trabajo, las organizaciones de los trabajadores rurales suelen formular una serie de objetivos muy diversos que exceden dicha función. Ello se debe, en parte, a que muchos de sus afiliados no son asalariados, pero también a que las precarias condiciones de vida en el campo y las restricciones en la oferta de servicios, públicos o privados, llevan a las organizaciones de campesinos a tratar, con grandes dificultades, de proveer a sus afiliados de los servicios que ellos requieren, pero a los cuales no tienen acceso. Entre ellos destacan los de educación, crédito, comercialización de los productos, suministro de insumos y asistencia técnica. El desarrollo de estos programas ha convencido a muchas organizaciones de constituir cooperativas y empresas campesinas, que actuando con mayor independencia de los problemas propiamente gremiales y atendiendo a criterios gerenciales, pueden lograr mayor eficacia en la prestación de los servicios requeridos por sus afiliados e, incluso, por otros miembros de la comunidad. Un estudio de la Oit (*Servicios especiales de las organizaciones*

de trabajadores rurales, Ginebra, 1978), analiza en diversas situaciones, organizaciones campesinas de la más diversa índole, desde el sindicato bananero tradicional, hasta organizaciones locales de aparceros, arrendatarios, pequeños propietarios y jornaleros sin tierras, que asumen y cumplen una serie de servicios especiales en beneficio de sus afiliados. Tales organizaciones suelen exceder los requerimientos esenciales que acabamos de mencionar, e incluyendo otros más específicos y particulares como la construcción de viviendas, la creación de empresas agroindustriales y de artesanías domésticas, la asistencia médica, las guarderías infantiles, los servicios jurídicos, etc. Muchas de estas empresas obtienen asistencia financiera, no sólo de sus afiliados, sino también de las organizaciones internacionales, del Estado y de las empresas privadas. En algunos países, en los cuales las centrales campesinas tienen gran número de afiliados y han establecido nexos políticos que le han permitido obtener un fuerte apoyo gubernamental, se han desarrollado importantes cooperativas y empresas campesinas, algunas veces propiedad exclusiva de las centrales y otras mixtas, con participación gubernamental y del sector privado. En Venezuela, por ejemplo, empresas de este tipo (Suministros Campesinos (Sucam), Factores Campesinos (Factocam) Maderas Campesinas (Maderacam), han alcanzado, si bien con ayuda oficial, cierta solidez económica y ocupan un lugar destacado en el mercado.

En otros países, el desarrollo de tales empresas y de proyectos concretos de desarrollo del campesinado, han encontrado gran apoyo de organismos internacionales, algunos gremiales, como la Federación Internacional de Trabajadores de Plantaciones Agrícolas (Fitpas), y otros constitutivos de programas de la Oit, como el Centro Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional (Cintefor) y el programa Oit-Danida. En el Informe producido por un Taller Subregional de Trabajadores Rurales de Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Panamá y República Dominicana, celebrado en Guanacaste, desde el 22 de setiembre de 1985, se registran una diversidad de proyectos llevados a cabo en esos países con ayuda internacional.

Estructuras organizativas en los desarrollos agrarios: En varios países, especialmente en aquéllos que estén desarrollando programas de reforma agraria, los mismos contemplan que en la administración de las granjas colectivas o en la coordinación de los asentamientos individuales, existan comisiones, Juntas Directivas, o, en fin, diversos tipos de estructuras con fuerte participación de los campesinos. Estas estructuras tienden a convertirse en formas organizativas desde donde se ejerce un liderazgo importante de los trabajadores rurales. En algunas ocasiones existe en dichos organismos, una representación directa de los sindicatos,

ligas campesinas o comités de tierras preexistentes; en otras la pertenencia a los mismos se ejerce a título individual. En uno y otro caso, dichas estructuras se han venido convirtiendo en formas importantes de la organización del campesinado. Como ejemplo de especial interés, de este tipo de situación, puede señalarse el régimen administrativo de los ejidos, previsto en la Ley Agraria Mexicana.

8. La primera consideración general necesaria para establecer los lineamientos para una propuesta de acción legislativa en América Latina es que las organizaciones de los trabajadores rurales no deben estar sujetas a ningún tipo de restricción, sino que sus actividades deben regirse conforme a las pautas de los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo. En este sentido es necesario derogar todas aquellas disposiciones que entrañan exclusiones o discriminaciones al ejercicio de los derechos sindicales, por parte de los trabajadores del campo.

Asimismo, deben derogarse aquellas normas que excluyen a los trabajadores rurales de la legislación laboral, permitiéndose la vigencia de normas o estatutos especiales, sólo en la estricta medida en que sean necesarias para atender ciertas peculiaridades propias del trabajador rural, las cuales no pueden ser desconocidas por el legislador si quiere adoptar una posición realista.

Por último, es necesario brindar a las asociaciones que comprendan diversas categorías de trabajadores rurales, entre ellos los no asalariados, todas las facilidades para que puedan cumplir sus funciones en defensa de los intereses de sus afiliados, incluso la de negociar colectivamente sus salarios y condiciones de trabajo cuando ello fuere el caso. Como contrapartida de esas facilidades no debería exigirse el cumplimiento de engorrosos y en ocasiones peligrosos trámites administrativos, cuya observancia, muchas veces difícil por los trabajadores urbanos, viene a ser casi imposible para los trabajadores del campo.

Una acción legislativa basada en estas tres premisas, puede servir de adecuado marco normativo, desde el punto de vista laboral, para el desarrollo de un proceso justo y eficiente de reforma agraria, el cual constituye la única vía para que el campesinado latinoamericano supere su precaria situación.

industria e sindacato

NUMERO

36-37

2-9 NOVEMBRE 1990
ANNO XXXII

SETTIMANALE DELL'ASSOCIAZIONE SINDACALE INTERSIND

DIRETTORE RESPONSABILE AGOSTINO PACI - REDAZIONE VIA C. DEI OMERO 76 - 00187 ROMA - TELEFONO 06/47811111 - FAX 06/47811111 - TELEX 320111 - C.A.B. 06/47811111 - C.A.B. 06/47811111

speciale

sistemi a rete e sviluppo socioeconomico



La seguridad social en los principios de la constitución italiana

Paola Olivelli*

En la Constitución italiana no existe la expresión “seguridad social”. Pero los intérpretes concuerdan, aún en la diversidad de las interpretaciones, en que es posible encontrar, tanto sus principios como su existencia, en normas específicas, como los artículos 38 y 32 y también en algunas contenidas en la primera parte dedicada a los “principios fundamentales”.

La doctrina jurídica para delinear el sistema de seguridad en Italia se dirigió, sobre todo, a la interpretación del art. 38 y de las leyes ordinarias, concentrándose en el problema de las relaciones entre la asistencia y la previsión y en su superación en la perspectiva de la seguridad social, pero ha encontrado el fundamento en el mismo art. 38 en la primera parte de la Constitución y luego, inevitablemente, en el art. 3, 2o. punto, o sea, en el principio de igualdad sustancial (Persiani, 1988), con el compromiso de la República de remover los obstáculos y de nivelar las desigualdades. No faltó por otra parte, quién pusiera el acento principalmente en el art. 2 de la Constitución (Amorth, 1979, 46; Simi, 1986, 41; Mazziotti, 1979, 97), considerado como el contenedor de la Weltanschauung del ordenamiento¹, elevando el desarrollo y la promoción de la persona humana al fin en que están ordenados los otros derechos: de allí la primacía de la persona humana sobre el Estado, la preexistencia de la misma como centro de referencia de derechos “inviolables”², reconocidos y garantizados en función del desarrollo libre y pleno de la persona y no del interés del Estado: *hominum causa ius constitutum*, como recordaba a los constituyentes Giorgio La Pira (diputado democristiano en la constituyente).

Por otra parte, es evidente que el pleno desarrollo de la persona humana sólo se obtiene en el concreto reconocimiento de la igualdad y de la libertad, las que en sí no tendrían sentido alguno, si no estuvieran en

*Profesora asociada de Derecho Laboral en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Macerata. Docente de Derecho de la Previsión Social en la misma Universidad.

relación con el hombre concreto y su felicidad, entendida como posibilidad de plena realización de sí mismo.

Contrariamente a lo que ocurría en el Estado liberal, la Constitución, con sus principios característicos del Estado social, no considera al hombre como individuo, sino que reconoce su personalidad compleja, hecha de conexiones y de pertenencia "a comunidades esenciales para su desarrollo y perfeccionamiento"³, reconociendo, por lo tanto, a dichas "formaciones sociales", donde se desarrolla la personalidad del hombre, la misma garantía y acompañando los derechos con deberes inderogables de solidaridad política, económica y social. El contenido de muchos de estos derechos y deberes se encuentra en sucesivos artículos de la parte segunda de la Constitución (arts. 29-47).

No es casual, entonces, que inmediatamente después del reconocimiento del derecho inviolable del hombre a expresarse a sí mismo no sólo singularmente sino también en todas las relaciones con los demás hombres, necesarias para el desarrollo de su personalidad y la posición de instancia solidarista que debe expresarse en esta relación con los otros, se afirma la necesidad de la igualdad, con un compromiso a realizarla (art. 3) y, a su vez, centrada sobre la observación de que los ciudadanos para los cuales puede existir un condicionamiento mayor para alcanzar la libertad de la persona, son aquéllos que obtienen sus medios de subsistencia esencialmente del trabajo. Y del art. 2 se puede deducir que uno de los medios con los que la República puede cumplir con esta tarea, también es la puesta en acto de la solidaridad entre los mismos.

Con el reconocimiento del derecho al trabajo (art. 4) y el deber de hacerlo efectivo, se reafirma el principio básico de la Constitución: la promoción de la personalidad, puesto que es a través del trabajo, el reconocimiento y la garantía de su dignidad que "cada uno logra expresar la potencia creadora encerrada en él" (Mortati, 1954, 152).

Los artículos siguientes, con la promoción de las autonomías locales (art. 5), la tutela de las minorías lingüísticas (art. 6), la disciplina de las relaciones entre el Estado y la Iglesia (art. 7) y de la libertad religiosa (art. 8), completan la estructura constitucional de la República con una marca de democracia fundada esencialmente sobre las garantías irreductibles y sobre la promoción de la persona humana pero dentro del respeto del pluralismo y de la solidaridad.

Dichas finalidades del Estado resultan indicadas más particularmente en el art. 38, que contiene disposiciones de orden general y en el art. 32, dirigido en modo específico a la tutela de la salud. De la integración de dichas normas se delinea casi íntegramente el cuadro relacionado con la seguridad social, al que debe luego agregarse la disposición que confía a las Regiones la potestad legislativa en materia de asistencia sanitaria y hospitalaria y de beneficencia pública (arts. 117 y 118).

Es una opinión generalizada que el art. 38, aún reproponiendo la distinción entre asistencia y previsión y no nombrando abiertamente esta última, ha innovado sensiblemente la concepción de ambos términos, implicando una solidaridad más amplia y un compromiso del Estado más específico y la existencia, como ya se dijo, de una estrecha conexión entre éste y el segundo punto del art. 3; aún más, que justamente en esta conexión, se individualice (Persiani, 1975, 237) la seguridad social como una de las tareas primarias del Estado, identificada en toda la colectividad organizada, superando además la referencia al interés únicamente de los trabajadores para involucrar el del conjunto de todos los asociados. La distinción entre asistencia y previsión estaba más explícitamente presente en el proyecto de la Comisión, en el que el art. 34, transformado luego en 38, afirmaba que, la primera, era el derecho que corresponde a cada *individuo* carente de medios y de posibilidades de trabajo y, la segunda, la que surge de la misma prestación laboral.

En cuanto a la norma actual, se refiere a la asistencia, en el primer punto, en el cual se encuentran la identificación de los sujetos, la afirmación de un derecho y la indicación del contenido del mismo.

Los requisitos para ser titulares del derecho son: la calidad de ciudadano, la incapacidad para trabajar y la falta de los medios necesarios para la subsistencia.

La incapacidad debe ser entendida en un sentido no sólo técnico sino social, o sea, el no estar en condiciones de obtener por sí mismo, con el propio trabajo, los bienes indispensables, hecho acompañado con el no tener entradas suficientes para vivir.

Una parte de la doctrina es propensa a creer, según lo que reza el 1er. punto del art. 38, que todos los ciudadanos que se encuentran en las condiciones allí previstas gozan de un real derecho subjetivo a la asistencia y no de un interés legítimo.⁴

Esta interpretación es sustentada por el examen de los trabajos preparatorios del art. 38, en los que justamente se habla del reconocimiento de este derecho fundamental o sea que debe ser incluido entre los derechos sociales que comprometen la solidaridad colectiva.

Aún cuando la expresión no indicara un derecho perfecto, sino que sólo tuviera un valor político de garantía (Crisafulli, 1952, 115; Giannini, 1949, I, 1), la puesta en acto se tomaría de todas maneras necesaria, dado que es atinente al mínimo indispensable para vivir.

Y, en efecto, son contenidos del derecho, "mantenimiento" y "asistencia social".

El primero concierne sobre todo al suministro de los medios suficientes para la subsistencia y su precisión puede hacerse con la referencia tanto al art. 3 como al art. 36, 1er. punto (Simi, 1986, 44-45): un ingreso

mínimo pero suficiente para asegurar, también a la familia, una existencia libre y digna.

Esto podría servir como término de comparación para medir el volumen de las prestaciones asistenciales y, según algunos estudiosos, constituiría la diferenciación con la legislación pre-constitucional (Colombo, 1954, 52).

Pero ver sólo en esto la importancia innovadora de la Constitución es reductivo, debiéndose en cambio tener presente que si la beneficencia era una función pública, sin embargo, no constituiría el objeto de un derecho.

Más difícil resulta definir el término "asistencia social", al que de todos modos, por ahora, se puede dar un significado evocativo de todos los medios utilizables para intervenir sobre las necesidades (Chiarelli, 1971, 18) que impiden el pleno desarrollo de la persona humana.

En el 2o. punto del art. 38, se individualiza en cambio un campo diferente, que justamente es el del trabajo y los sujetos indicados son, a su vez, los trabajadores; todos los trabajadores, no sólo los subordinados, sino todos los que viven de su propio trabajo. Un punto de referencia, para tal fin, puede ser el art. 35 que caracteriza el actual ordenamiento constitucional con respecto al anterior y, aún más, según una parte relevante de la doctrina (Persiani, 1988, 79), constituye justamente la señal de la evolución hacia la seguridad social.

Se produce además una precisión de los intereses que "según evaluación de la conciencia social están o deberían estar satisfechos con la realización de la tutela previsional". (Persiani, 1965, 75)

La garantía reconocida a los trabajadores se identifica en una situación jurídica subjetiva, en la cual, el derecho es ante todo hacia el legislador para que sean preparados instrumentos adecuados para realizar concretamente la garantía, mientras que el contenido de dicho derecho se substancia en los "medios adecuados para las exigencias de vida".

Es aquí donde se plantea la necesidad de una distinción entre los términos asistencia y previsión, puesto que el peso del segundo es seguramente distinto que el del primero. Individualizar la dimensión exacta del mismo y su relación con el primer punto, es la cuestión interpretativa fundamental del art. 38; aún más, anticipando una solución, se puede decir que el principio de adecuación de la prestación previsional constituye la única condición concreta planteada por la norma constitucional.

Al respecto, se considera que la adecuación debe ser confiada a la evaluación discrecional del legislador, pero no puede negarse que ésta debe tener como punto de referencia los principios constitucionales: y por este motivo, en conexión con los arts. 4 y 36 de la Constitución, se consideró necesario (Alibrandi, 1977, 360; Simi, 1986, 25) que tenga como punto de referencia la situación anterior a la verificación del evento

y, por lo tanto, que los niveles de las prestaciones previsionales deben ser determinados por la proporcionalidad, o la total correspondencia, con la retribución: o sea que debería tratarse de la garantía del mantenimiento del nivel de vida.

Por el contrario, para otros, el mantenimiento del nivel de vida alcanzado durante el normal desarrollo de la actividad laboral, no debería ser considerado como una de las tareas del Estado, sino como uno de los deberes propios de los individuos y de los grupos (Persiani, 1988, 29-30).

En cuanto a los eventos, el elenco, coherentemente con la clasificación contenida en todos los documentos internacionales, comenzando por la Convención Oit, es considerado inderogable, no sólo en el sentido de que no se puede reducir la protección en orden a los eventos elencados, sino que es susceptible de ampliaciones y en este sentido es ejemplificador de riesgos o de necesidades que indiquen sobre las exigencias de vida (Persiani, 1988, 15).

Con el tercer punto, "los incapacitados y los minusválidos tienen derecho a la educación y a la capacitación profesional", el legislador constitucional se preocupó para programar las estructuras necesarias para tomar efectivos el "derecho al trabajo" garantizado por el art. 4 y el "derecho al pleno desarrollo de la persona humana", mencionado en el art. 3, 2o. punto, en relación con aquellas personas que se encuentran en condiciones de inferioridad con respecto a otras, garantizando de esta manera también, la igualdad sustancial de los ciudadanos.

En los puntos cuarto y quinto del art. 38 se indican los medios con los que el Estado debería cumplir con las tareas antes examinadas y parece afirmarse no un monopolio estatal, sino una integración entre iniciativas estatales e iniciativas privadas (Ghidini).

En el 4o. punto, en efecto, se puede individualizar una directiva general, consistente por un lado, en la obligación por parte del Estado, de poner en funcionamiento directamente, mediante organismos, servicios públicos que cumplan, estableciendo una relación directa entre el ciudadano y el Estado, con la tarea de proveer seguridad social al ciudadano y al trabajador, por otro lado, en la previsión, junto con éstos, de institutos provistos por el Estado, lo cual parece querer decir que los mismos se distinguen de la organización directa del Estado, pero actúan como entes instrumentales, en cuanto constituyen un medio para el fin de la realización de la tutela (Persiani, 1988, 42).

El verbo "integrar", además, podría significar también la existencia de sujetos distintos del Estado, portadores de intereses no del todo identificables con los del mismo Estado y, por lo tanto, ejercitando, autónomamente, una función propia. A través de un nexo entre el 4o. y el 5o. punto del art. 38 y la primera parte de la norma, se llega a legitimizar también la presencia de instituciones privadas que desempeñan las

mismas actividades con los mismos fines (Amorth, 1979, 420; Balandi, 1984, 574).

Integrar puede querer indicar, en efecto (Simi, 1986, 140), la convergencia con la obra desarrollada por otros sujetos, que son sus titulares. O sea que la integración sería una colaboración que no avoca al sujeto integrante la función desempeñada por el integrado, aún cuando perfila su garantía.

Se trataría, como lo fue desde los orígenes de los institutos previsionales, de entes públicos que administran formas de solidaridad colectiva, en las que pueden participar los mismos sujetos del derecho de asistencia y previsión y cuyo fin converge con el del Estado. Estaría contenida, además, en el último punto, la posibilidad de que se determinen, espontáneamente, solidaridades colectivas, susceptibles de concretarse en intervenciones dirigidas a la generalidad de los ciudadanos o de los trabajadores.

Esta norma a menudo permaneció en la sombra o fue liquidada con una genérica referencia a la beneficencia, que no puede no ser libre, dado su carácter de espontaneidad. En realidad, hubo dos momentos en los que resurgió especialmente: en los años 70, en el momento en que se transfirió la competencia sobre la asistencia a las Regiones y en los años 80, con el debate sobre la previsión integrativa. La segunda norma específica que en la Constitución debe ser referida a la seguridad social, en un ámbito más limitado que el del art. 38, es el art. 32, que contiene la enunciación del derecho a la salud (Montuschi, 1975; Mortati, 1961, 1) y en el cual el Estado asume la garantía, para el mismo fin, de curar gratuitamente a los indigentes.

El significado etimológico de indigente es "aquél que necesita de algo, al que le falta algo", y por lo tanto, en el contexto del artículo en cuestión, "indigente" es aquél que no tiene medios (le faltan los medios) necesarios para atender a su salud cuando lo necesita. Lo cual puede no significar que sólo se trate de medios económicos.

En el desarrollo de la persona humana, al que la República tiende, la salud se plantea como uno de los principales bienes, en el que además coinciden los fines individuales y sociales. La tutela de la salud individual está estrechamente ligada con el interés de la colectividad.

En este sentido, la garantía puede encontrar una actuación concreta a través de la creación de un servicio de salud pública general, pero también a través de formas autónomas de intervención que garanticen igualmente el objetivo de tutela de la salud.

Por lo tanto, en esta norma no se pueden individualizar límites a los medios jurídicos, técnicos, administrativos, con tal que se adopten las medidas necesarias en relación con las exigencias del caso específico, en el ámbito de un plan que garantice a todos aquéllos que las necesitan, las

prestaciones mínimas necesarias. Por lo tanto, cualquier ciudadano tiene derecho a exigir que el Estado le garantice curación gratuita cuando lo necesite y no tenga los medios para satisfacer esta necesidad (Simi, 1986, 22), cuyo costo se reparte luego entre todos los miembros de la colectividad, en proporción con la capacidad contributiva de cada uno.

El hecho nuevo está dado justamente por este acento puesto sobre el interés general por la salud y por el empeño del legislador por una actividad que, en los límites de las posibilidades humanas, tienda a garantizar contra el surgimiento de enfermedades o de estados peligrosos, o sea, la actividad de prevención.

Constituye un problema, el hecho de la obligatoriedad o no de someterse a los tratamientos curativos, a la prevención, a la rehabilitación, etc.

Según algunos autores, el interés de la colectividad, al cual se refiere la norma en examen, remitiría a un derecho-deber del individuo al específico tratamiento sanitario. Existe, a nuestro parecer, en este campo, la necesidad de una sabia reflexión, puesto que las consecuencias de una respuesta afirmativa, breve, podrían ser extremadamente graves para los derechos inviolables de la persona.

Queda ahora por examinar un último aspecto de la estructura constitucional en materia de seguridad social; aquél en el cual, reconociendo las autonomías locales (art. 5) y el compromiso para promoverlas, el Estado no se plantea como el único sujeto-agente "público" del sistema.

La Constitución republicana ha indicado las líneas de un sistema de descentralización, no sólo administrativa sino también legislativa, tendiente a reconocer poderes cada vez más amplios a las autonomías locales y a las comunidades de base.

Dicho sistema, que a nivel territorial tiene su eje en el "Ente Regione", ha comenzado a ponerse plenamente en acto a partir de 1970, con la institución de las Regiones de estatuto ordinario.

Entre las materias cuya competencia legislativa y administrativa es demandada a las Regiones, el art. 117 de la Constitución indica la beneficencia y la asistencia sanitaria y hospitalaria y el art. 118, 2o. punto, la posibilidad de delegar a las Regiones, otras funciones administrativas, que la Región misma puede, a su vez, delegar a los demás entes locales (Provincias, ayuntamientos y otros); a las Provincias y Ayuntamientos, por otra parte, pueden ser atribuidas por las leyes de la República funciones administrativas en las mismas materias mencionadas en el art. 117, cuando sean de interés exclusivamente local (art. 113, 3er. punto).

Se plantea una "reserva" en relación con las comunidades territoriales más pequeñas, aludiendo a las comunidades históricas más capaces de comprender y de hacerse cargo de las necesidades sociales de las personas y de responder a las mismas de manera coherente.

El principio de la descentralización legislativa y administrativa es uno de los ejes del ordenamiento republicano, cuyo fin es la puesta en acto de una efectiva democracia, en la perspectiva de una mayor y efectiva participación de las fuerzas sociales en la solución de los problemas que les conciernen.

En efecto, aún indicando criterios comunes con las leyes del Estado, se ofrecen instrumentos jurídicos y de participación más adecuados a las situaciones locales.

Una visión del ente local y de la "autonomía", pero que supera la mera descentralización territorial para imponer al ente como exponente de la comunidad de hombres que comparten una historia en ese territorio, una historia hecha de idioma, cultura, preguntas comunes.

La de los constituyentes era una reforma efectiva, un proyecto de superación de la estructura centralizada del Estado, una estructuración distinta de las relaciones entre el centro y la periferia, entre el Estado y las autonomías locales y también, entre el Estado y las autonomías sociales.

En la Constitución, el espíritu del reconocimiento de las autonomías locales no era el de crear centros de poder que repitieran localmente el sistema estatal, en conflicto quizás con el mismo, sino el de concretar el pluralismo; pluralismo, por otra parte, que no se limita a los entes autárquicos territoriales, sino que reconoce la existencia y el aporte constructivo también de las formaciones sociales que en el seno del ordenamiento jurídico estatal, operan para el bien común con iniciativas propias (art. 2 de la Constitución).

En realidad, como veremos, las cosas no procedieron según esta línea y, cuanto se produjo la descentralización, ésta se movió todavía con una óptica de Estado asistencial o hasta de un cierto tipo de Welfare, en el cual, la intervención estatal en todos los campos, era considerada como el único medio posible para resolver las necesidades, mientras que las autonomías locales se transformaron, en su ámbito territorial, en un borrador del gobierno central: faltó una reforma del sistema, una decisión valiente con respecto a las metodologías y a los institutos y, sobre todo, a la valorización de las autonomías sociales, de la corresponsabilidad directa de la población, de las distintas entidades culturales y de su posible aporte al crecimiento de la sociedad, por el contrario, quitando responsabilidad a los llamados usuarios, hasta transformar a la persona en individuo, cuyas necesidades son continuamente reproducidas por el ente que debe ocuparse de satisfacerlas.

Notas

¹Se acepta una idea de Estado profundamente respetuosa del libre pluralismo social, aún antes que pluralísticamente articulado en su seno y representativo de una pluralidad de distintas fuerzas políticas presentes en Italia. (De Siervo, (1987) Asociación (libertad de), en *Digesto*, Publ. I, 488)

²Se trata (C. Mortati, 1975, 56) de derechos ya radicados en la conciencia social y no creados *ex novo*, aún cuando no contienen en sí una referencia al derecho natural. Sobre los trabajos de la Constituyente: V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana (illustrata con i lavori preparatori)*, Vicenza, 1976, pág. 27 y siguientes).

Así, sobre el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, Giorgio La Pira invitaba a la Asamblea Constituyente a construir "la estructura del Estado en función de los mismos. El Estado para la persona y no la persona para el Estado; he aquí la premisa inalienable de un Estado esencialmente democrático... existe una anterioridad del hombre con respecto al Estado, el hombre tiene un valor de fin y no de medio, porque la naturaleza del hombre es espiritual y trasciende, por lo tanto, todos los valores del mundo", en *Atti della Commissione per la Costituzione*, vol. II, pág. 4 y siguientes. Sobre el pensamiento de La Pira consultar *Cronache social*, año II (1948), n. 2 y *Cronache sociali*, 1947-1951, Landi ed., S. Giovanni Valdarno, Roma, vol. I, 1961 y también *La casa comune - Una Costituzione per l'uomo*, Firenze, 1979 con prefacio de De Siervo. También es oportuno recordar las palabras del Hon. Dossetti (diputado democristiano en la Constituyente) a la subcomisión, con las cuales precisaba que había que reconocer "la precedencia sustancial de la persona humana (entendida en todos sus valores y sus necesidades, no sólo materiales sino también espirituales) con respecto al Estado y el destino de éste al servicio de aquélla". En la reconstrucción de los valores de la Constituyente, hecha por G. Amato, *Aspetti vecchi e nuovi del "politico" e del "sociale" nell'Italia repubblicana, in Il sistema delle autonomie: rapporti tra stato e società civile*, Bologna, 1981, pág. 92 y siguientes, éste afirma que hubo un único modelo propuesto, el de los católicos y que sobre el mismo, tuvieron que confrontarse todos los demás.

³G. La Pira, citaba una vez más a Dossetti "la necesaria tendencia a la convivencia social de todas las personas, las cuales están destinadas a completarse y perfeccionarse mutuamente, mediante una recíproca solidaridad económica y espiritual: antes que nada, en distintas comunidades intermedias, dispuestas según una natural gradualidad (comunidades familiares, territoriales, profesionales, religiosas) y luego para todo aquello en que esas comunidades no basten, en el Estado" y se debía, por lo tanto, afirmar "la existencia tanto de los derechos fundamentales de las personas como de los derechos de las comunidades, antes que cualquier concepción del Estado."

⁴Consultar V. Simi, *Sui principi della sicurezza sociale, in Il pluralismo*, cit. 31, el cual considera que dicho derecho no dirigido tan en general hacia el Estado, como hacia los órganos mencionados en el 40. punto de la norma constitucional: *I principi costituzionali per il recupero sociale dell'invalido e la loro attuazione*, ídem, 63. No faltó quien teorizara sobre la existencia de una "obligación de asistencia" reconduciendo una relación indudablemente de derecho público a un esquema "iure privato": A. Romano, *L'assistenza e la costituzione*, en *Amm. it.*, 1962, 103. Sobre la asistencia de derecho también Chiappelli, *La pensione e le altre prestazioni assistenziali per i ciechi civili*, en

Prev. Soc., 1964 y G. U. Rescigno, *Profili costituzionali del trasferimento delle funzioni in materia di assistenza e beneficenza*, en *Assistenza e beneficenza tra "pubblico" e "privato"*, a cargo de Gianolio, Guerzoni, Storch, Milano, 1980, 100 y R. Gianolio, *Assistenza sanitaria e assistenza sociale: una difficile riforma*, idem, 189 y siguientes.

Netamente en contraste con el reconocimiento de un derecho a la asistencia en el art. 38, se manifestó O. Sepe, *Il diritto all'assistenza nella Costituzione*, en *Riv. it. Prev. soc.* 1959, 361.

Referencias

Alibrandi G. (1977), *La prestazione previdenziale adeguata: una nozione costituzionale*, in *RdI*, I, 360.

Amorth A. (1979), *Il principio "personalistico" e il principio "pluralistico": fondamenti costituzionali della libertà dell'assistenza*, en *Iustitia*, 416.

Balandi G. G. (1984), *Per una definizione del diritto della sicurezza sociale*, en *Pd*, 574.

Chiarelli G. (1971), *La sicurezza sociale*, in *Nuovo Trattato di Diritto del lavoro*, dirigido por G. Mazzoni y L. Riva Sanseverino, vol. III, Padova.

Colombo V. M. (1954), *Principi e ordinamento dell'assistenza sociale*, Milano.

Crisafulli V. (1952), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano.

Ghidini (s. d.), *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma.

Giannini M. S. (1949), *Rilevanza costituzionale del lavoro*, en *Rgl*, I, 1.

Mazziotti M. (1979), *L'assistenza nella Costituzione*, en *Iustitia*, 97.

Mortati C. (1954), *Il lavoro nella Costituzione*, *DI*, 152.

Mortati C. (1961), *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, en *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1961, I.

Mortati C. (1975), *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol. I, Padova.

Montuschi L. (1975), *Commentario della Costituzione*, sub. art. 32, a cargo de G. Branca, Bologna.

Persiani M. (1965), *La idea della sicurezza sociale nell'ordinamento giuridico italiano*, en "Per un sistema di sicurezza sociale in Italia, Bologna.

✓ Persiani M. (1975), *Commentario della Costituzione*, sub. art. 38 a cargo de G. Branca, Bologna.

Persiani M. (1988), *Diritto della previdenza sociale*, Padova.

Simi V. (1986), in *Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, Milano.

¿Institucionalización de la representación sindical?

Giuseppe Santoro Passarelli

1. Premisa: Representación y representatividad sindical o confrontación. 2. La mayor representatividad en la más reciente jurisprudencia constitucional. 3. Las diversas nociones de la mayor representatividad. 4. El objeto del denominado mandato sindical y la indisponibilidad de los derechos de los trabajadores. 5. Funciones del contrato colectivo "mayor" representatividad y relevancia del perfil institucional del poder sindical. 6. Consideraciones conclusivas: ¿Institucionalización de la representación sindical?

1. Representación y representatividad sindical son términos referibles a diversos sectores disciplinarios como subrayó recientemente Romagnoli: "la representatividad sindical es un signo lingüístico recopilativo de un juicio de valor perteneciente a la sociología política e indica, en el lenguaje corriente, la idoneidad del sindicato para agregar consenso o, si se prefiere, para representar los intereses de colectividades de trabajadores más amplias que las de los inscritos o, incluso, la relación que media entre la asociación sindical y categoría o grupo profesional.

La representación es, en cambio, un instituto jurídico que puede asumir a su vez, significados precisos y producir efectos precisos, según la calificación jurídica. Así, por ejemplo, se puede distinguir la representación voluntaria de la institucional. Y la representación sindical ha sido reconducida, como ya se verificó, de acuerdo a los ordenamientos y a los tiempos, ora en un tipo, ora en otro. Por otra parte, la fórmula "representación sindical" indica una pluralidad de situaciones no siempre reconducibles a una misma matriz conceptual. En efecto, por ejemplo puede indicar la representación asociativa, la negocial, la estructura del sindicato a nivel de empresa, el poder de las asociaciones sindicales de designar representantes propios en órganos o cuerpos colegiados de la Administración Pública, la esfera subjetiva de aplicación de la conven-

* Profesor ordinario de Derecho del Trabajo en la Universidad de Roma "La Sapienza"

ción colectiva, predeterminada por las asociaciones estipulantes (Grandi).

Históricamente, surge antes la representación sindical, entendida como poder del sindicato de realizar actos en nombre y por cuenta de los asociados, y luego la representatividad como juicio para valorar la importancia del sindicato con base en ciertos parámetros o índices, y para resolver eventuales contrastes entre sindicatos, así como para legitimarlos para el desenvolvimiento de ciertos actos de cuando en cuando establecidos por la ley. El término "organizaciones profesionales más representativas aparece por primera vez en el tercer párrafo del artículo 389 del Tratado de Versalles y la Corte Permanente Internacional de Justicia, en una opinión de 1922, aclaró desde entonces, que debía considerarse organizaciones más representativas "*celles qui représentent au mieux les employeurs et les travailleurs*" y que el dato con base en el cual es posible valorar el carácter representativo de una organización sindical no está constituido sólo por el número de adherentes que es siempre un factor importante y, en presencia de características análogas, es decisivo.

Ciertamente para el jurista positivo, una investigación sobre la representación y la representatividad sindical no puede prescindir (aunque no puede agotarse), con referencia a la representación, del análisis de los problemas conexos a la eficacia subjetiva y objetiva de la convención colectiva; y con referencia a la representatividad del análisis sobre los criterios y las modalidades de determinación de los sujetos sindicales, (Persiani, 1984). En todo caso, es necesario tener presente que la solución de los problemas relativos a la representación depende en buena parte de las modalidades con las cuales son determinados los sujetos sindicales (Rusciano, 1987).

Como es sabido, en el proyecto diseñado por el constituyente, la representatividad de los sindicatos es definida por el número de inscritos y cada sindicato tiene un poder contractual proporcional a la propia consistencia asociativa.

Por otro lado, el art. 39 de la Constitución, conjugando la representación asociativa con la unitaria, introduce el modelo del pluralismo sindical, pero recalca las estructuras del modelo corporativo. Es verdad que identifica la representatividad sindical con la representación asociativa, mas "congenia la generalización de la convención colectiva, no en función del interés del sindicato, si no en función del interés de la categoría profesional" (Mancini, 1963). Así los efectos de los actos llevados a cabo por la representación unitaria van más allá del círculo de los asociados y afectan a los pertenecientes a la categoría; por ello, la representación sindical se transforma de representación asociativa voluntaria en representación legal.

Sin embargo, aún en ausencia de la puesta en acción del art. 39 de la Constitución, el esquema de la representación sindical voluntaria y

asociativa ha constituido el arquitrabe del sistema sindical italiano, al menos hasta que la contratación fue adquirida.

Como ha sido destacado (Rusciano, 1987), la funcionalidad del esquema es explicable también a la luz de las líneas de desarrollo de la economía, que permitieron al movimiento de los trabajadores, en los años 60, adquirir, más o menos dificultosamente, mayor peso. De igual manera, en este período el pluralismo sindical se combinó fácilmente con la unidad de acción, de suerte que el esquema de la representación sindical voluntaria funcionó de cobertura formal de una situación de hecho no caracterizada por fuertes tensiones entre interés general, interés de la colectividad de trabajadores e intereses individuales de los mismos. En este cuadro, el problema jurídico de la representación sindical consistía, por un lado, en la necesidad de asegurar la inderogabilidad peyorativa de la convención colectiva y, por el otro, en la extensión de la eficacia subjetiva a los patronos no inscritos en las asociaciones estipulantes. El primer problema ha sido resuelto, según la doctrina prevaleciente, por la nueva formulación del art. 2113 c.c.; mientras el segundo ha permanecido abierto en el plano formal, no obstante la existencia de una serie de mecanismos de extensión directa de la convención colectiva (Rusciano, 1987).

El esquema de la representación sindical asociativa ha convivido también con el art. 19 del Estatuto de los Trabajadores, el cual, como es conocido, diseña un modelo de relaciones sindicales diverso al prefigurado por el art. 39 Const. Efectivamente, la norma estatutaria no hace referencia alguna al nexo entre sindicato e inscritos, sino que pone en evidencia el nexo de tipo político entre la representación sindical y la base de los trabajadores, relación que caracteriza o, aún mejor, permea la noción de mayor representatividad. Por eso, esta noción no se agota en la adhesión de los inscritos en la asociación sindical, antes bien, prescinde de ello, e indica la aptitud del sindicato para ser portador de intereses no solamente económico-profesionales, sino también *lato sensu* políticos de los trabajadores de colectividades más amplias que los inscritos, de tal modo que la representatividad, como se ha dicho (Dell'Olio, 1980), aún no fundándose "sobre la constatación ni sobre el relieve de la representación, indicaría una suerte de presunción de representación".

Con estas connotaciones, la mayor representatividad, según doctrinas otro tanto autorizadas, no constituiría solamente título para el ejercicio de los derechos sindicales, sino también para el ejercicio de poderes de autonomía colectiva con eficacia general (Persiani, 1984; Ferraro 1981). Es esta última, una afirmación que merece la máxima atención porque impone analizar la función desempeñada por la mayor representatividad en el contexto sindical italiano, y en consecuencia, impone constatar si es verdad que, en caso afirmativo, dentro de cuáles límites la noción de

mayor representatividad haya sustituido la representación sindical voluntaria y, en segundo lugar, qué efectos haya producido en nuestro sistema sindical la introducción de este concepto normativo.

Por premisa anticipo, reservándome desenvolver otras consideraciones en la prosecución del trabajo, que con base en la ley que nos gobierna, se puede reconocer a la mayor representatividad una función de apoyo a las confederaciones en la empresa y una función selectiva, dirigida a satisfacer, entre otras cosas, la ulterior exigencia de garantizar la efectividad de la actividad sindical y, en algunos casos, legitimar al sindicato para cumplir determinados actos normativamente establecidos.

En cambio, parece fuertemente dudoso que la mayor representatividad pueda ser considerada título para llevar a cabo actos de autonomía colectiva con eficacia general.

Preestablecido lo anterior, es necesario reconocer, sin embargo, que la mayor representatividad puede considerarse un útil esquema interpretativo de la representación sindical, cual es gobernada por nuestra praxis sindical, al menos hasta que ésta sea informada en el principio de la igual representatividad y de la unidad de acción entre los tres sindicatos confederales.

No obstante, como es sabido, tanto la gestión de la crisis económica efectuada por las confederaciones mayormente representativas por el lado de su competencia, también con la contratación gestional y a veces ablativa, como la crisis de la unidad de acción sindical, han puesto en evidencia los límites de la noción de mayor representatividad como título para el ejercicio de la actividad contractual con eficacia de hecho generalizada.

Estas circunstancias también han dejado en evidencia la ausencia de cualquier criterio útil para dirimir eventuales contrastes surgidos entre sindicatos mayormente representativos. Esto ayuda a comprender uno de los motivos por los cuales ha retomado actualidad el asunto del art. 39 Const. No se debe olvidar que esta última, entre otras cosas, está dirigida a resolver, según el criterio proporcional del número de inscritos, los conflictos de representatividad sindical. Resolución de conflictos que las actuales propuestas circulantes confían sustancialmente a consultas referendarias de la base de trabajadores inclusive no inscritos.

Como se apuntó, la mayor representatividad presupone un juicio de valor no fundado solamente sobre datos normativos preestablecidos por la mayor representatividad efectiva de las confederaciones. Esto convalida la opinión difundida en la jurisprudencia, aún constitucional, según la cual la fórmula legislativa indicaría una valoración no comparativa sino reforzativa de la representatividad e individualizaría una categoría abierta.

De esta acotación, si es compartida, derivan dos consecuencias: por confederación mayormente representativa no se entiende la confedera-

ción representativa de la mayoría, sino cualquier confederación dotada de elevada representatividad. Por otra parte, si la mayor representatividad presupone la representatividad efectiva de las federaciones, es fácil corroborar que la función selectiva de la fórmula ha estado fuertemente comprometida por la crisis de representatividad de los sindicatos confederales, que ha contribuido a cebar el proceso de proliferación de los sindicatos mayormente representativos.

2. La orientación de la jurisprudencia ordinaria globalmente extensiva de la noción de mayor representatividad no es seguido por la Corte Constitucional, la cual, en un intento verdaderamente alabable de conservar al art. 19 una función selectiva, reafirmó en una sentencia del año pasado la constitucionalidad de la norma, la perdurable actualidad de la escogencia normativa y, de igual manera, excluyó la posibilidad de localizar en la ley 902/1977 una noción general de mayor representatividad (ver a Dell'Olio, 1988; Mariuci, 1988; Pessi, 1988; y precedentemente, Ferraro, Grandi, Pera, Spagmolo-Vigorita, 1983). A juicio de la Corte, en cambio, la mayor representatividad del art. 19, estando referida a la confederación, estaría marcada por un indicador ulterior respecto a los ya identificados por la jurisprudencia ordinaria: el de la pluricategorialidad de la confederación, según los términos del art. 2095 c.c. (¿y las Representaciones Sindicales de Empresas de los dirigentes?)

Por otro lado, según esta sentencia, la remisión a la categoría contenida en el art. 39 Const., a efectos de la eficacia de la convención colectiva, tendría una función instrumental y organizativa y no de principio. Por ello no impediría al legislador ordinario privilegiar el nivel confederal a otras finalidades.

Viéndolo bien, la motivación de esta sentencia no está exenta de críticas enderezadas en el plano técnico, pues todo límite organizativo al principio de la libertad sindical, aunque esté dirigido a la meritoria finalidad de garantizar su efectividad, debería, en rigor, estar contenido en la misma norma constitucional, o de todos modos su reglamentación por ley ordinaria debería estar prevista expresamente por la norma constitucional.

Ciertamente el escamotaje al que recurre esta sentencia, como la de 1974, es reconocer a la fórmula de mayor representatividad carácter definitorio y abierto para salvarla de la censura de inconstitucionalidad. Sin embargo, tal vez, precisamente el reconocimiento del carácter abierto de la norma ha cebado el proceso de progresivo aumento del número de sindicatos que ha debilitado la función selectiva de la fórmula. Además, esta sentencia mantiene en pie, como la precedente, la separación entre mayor representatividad como título para ejercitar los derechos sindicales y como título para el ejercicio de la actividad negocial.

No obstante, esta vez la Corte desarrolló ulteriores consideraciones de naturaleza político-sindical que, me parece, aprehendan el espíritu del diseño de relaciones sindicales esbozado por el Estatuto y desarrollado por la legislación sucesiva. Ante todo, la Corte, con la alusión al requisito de la pluricategorialidad a los efectos del art. 2095 c.c., confirma la validez de la opción legislativa a favor de la coincidencia entre sindicato mayormente representativo y confederación, con la consecuencia de que la representatividad, en este caso, no indica una relación entre sindicato y categoría, sino el vínculo que media entre sindicato y clase trabajadora. En segundo lugar, la Corte, privilegiando la pluricategorialidad, en la competición en marcha entre la vocación hegemónica y tendencialmente omnicomprendiva de los sindicatos confederales, expresión esencialmente de las categorías mercantológicas, y la vocación particularista de los sindicatos autónomos, a veces asimilables a los de oficio (dirigentes, cuadros, médicos, docentes, etc.), toma posición a favor de los primeros, porque, a criterio de la misma Corte, la opción legislativa de promoción de las organizaciones sindicales mayormente representativas a nivel confederal, es coherente con la totalidad del diseño en el cual se informa la Carta Constitucional y, en particular, los preceptos de los arts. 2 y 3, inc. 2. En otras palabras, la Corte Constitucional, para reconocer a la fórmula del art. 19 una función selectiva, acoge y privilegia la configuración de un sindicato de tipo solidario e institucional en alternativa al sindicato de tipo asociativo, dejando de lado por lo demás, la circunstancia que las premisas sociológicas que habían justificado el papel privilegiado de las confederaciones han venido a faltar, o al menos han cambiado en parte.

3. Es notorio que el legislador del Estatuto con el art. 19 reconstituyó el nexo entre organizaciones y movimiento sindical que la crisis del *otoño caliente* había hecho saltar. La reconstitución de este nexo aún no requerebrajando formalmente los ejes del sistema sindical existente, es decir, la naturaleza asociativa del sindicato y la representación sindical como representación voluntaria, marca el envío de un proceso de institucionalización de hecho de la representación sindical, al menos en las hipótesis en las cuales la selección depende de una valoración de orden político-institucional sobre la idoneidad de algunas estructuras sindicales para tutelar y representar intereses de colectividades de trabajadores no ligados necesariamente al sindicato por el vínculo asociativo.

Junto a la representatividad de orden político-institucional, el legislador ha definido una serie de criterios ulteriores de identificación de los sindicatos mayormente representativos para la persecución de las más variadas finalidades. Se delinean así dos nociones de sindicato mayormente representativo: una, con claras implicaciones de orden político-institucional, y otra en correlación a determinados contextos normativos,

dirigidos a satisfacer exigencias ocasionalmente diversas y basada en datos técnicos no unívocos, como lo demuestra la legislación sucesiva al Estatuto. Efectivamente, esta normativa, aunque aludiendo a la noción de sindicato mayormente representativo, no ha permitido determinar una *ratio* unificadora de la misma noción idónea para ponerla en la base de un sistema de relaciones colectivas y sobretodo, a pesar de ingeniosos intentos propuestos por algunas doctrinas (Ferraro, 1986; Vardaro, 1987), no ha ofrecido al intérprete datos normativos suficientes para hacer derivar de la mayor representatividad la eficacia general de las convenciones colectivas.

A este propósito se puede y se debe agregar que las viscosidades que se han sucedido luego de la ruptura de la unidad de acción sindical, han dejado en evidencia como la mayor representatividad, o mejor, como las premisas sociológicas a las cuales se remite la noción jurídica de mayor representatividad, no sólo hayan neutralizado la misma función selectiva y ordenadora de la fórmula normativa, sino que no hayan posibilitado tampoco la aplicación generalizada de hecho de la convención colectiva.

En otras palabras, si el Estatuto, como se ha observado (Rusciano, 1987), puede considerarse como el enlace normativo entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento intersindical, de ello resulta que la mayor representatividad del art. 19 puede considerarse la proyección legislativa de la aptitud del sindicato, ya afirmada en el ordenamiento intersindical, para ser "símbolo" de los intereses de una colectividad de trabajadores. Por eso es obvio que la eficacia generalizada de hecho de la convención colectiva viene a menos cuando, y en la misma medida en que, la mayor representatividad ya no constituye el nexo entre organizaciones sindicales y movimiento; o sea, ya no evoca la existencia de un movimiento unitario y compacto.

En conclusión, por ello se puede afirmar que, en tal estado de la noción de mayor representatividad, parece inidónea para satisfacer algunas exigencias y para realizar algunos objetivos, indicados por el art. 39 Const., cuales son la verificación de la representatividad efectiva la resolución de eventuales contrastes entre sindicatos considerados mayormente representativos y la eficacia general de las convenciones colectivas. Exigencias y objetivos resurgidos y reprovistos de actualidad cabalmente a raíz de las causas que han provocado la crisis de representatividad de los sindicatos confederales.

4. De las diversas reconstrucciones que han sido formuladas para calificar jurídicamente el denominado mandato sindical, es decir, de la que configura la adhesión al sindicato como un mandato representativo (Santoro Passarelli F., 1961), o como sujeción a la voluntad del sindicato (Cataudella, 1966; Cessari 1966), o aquella según la cual el particular no

entrega preventivamente poderes representativos ni poderes gestores jurídicamente comprometedores, sino solamente concierta con otras actividades instrumentales que puedan hacer efectiva la propia autotutela salvo, se entiende, la obligación de someterse a la regla de mayoría (Flammia, 1963), resulta evidente que la adhesión al sindicato comporta de todas formas una limitación de la autonomía individual.

Tal limitación del inscrito, que destaca en estas reconstrucciones como autolimitación y en aquéllas en las cuales el sindicato tiene un poder propio de contratación (Persiani, 1972; Scognamiglio, 1971) como heterolimitación, impone constatar preliminarmente si el sindicato puede disponer de los derechos del particular inscrito o si, en cambio, es necesario un mandato específico (Ghezzi, 1983; Maresca, 1985).

Apenas viene al caso resaltar que el acto de disposición del sindicato puede ser considerado tal sólo respecto a derechos que ya están en la esfera del individuo trabajador, es decir, derechos que han madurado, y no respecto a las pretensiones del trabajador que se fundan en intereses aún no calificables como derechos. En efecto, la convención colectiva más que constituir derechos a favor del trabajador, establece los presupuestos jurídicos para la adquisición del derecho, o mejor, indica algunos elementos abstractos de la relación que combinándose con otros elementos de hecho sobrevenidos en el curso de la relación misma, hacen adquirir al trabajador los citados derechos.

Sin embargo, los derechos de origen legal o nacidos o calificados por la convención colectiva o el contrato individual no son adquiridos por el trabajador de una vez para siempre, sino sólo mientras que la fuente, sea esta legal, contractual colectiva o individual, permanezca en vigor (Santoro-Passarelli G., 1980).

Así, el derecho a conservar la antigüedad anterior en caso de traslado de empresa, siendo de origen legal, no puede ser objeto de disposición por parte del sindicato, en ausencia de una previsión legislativa diferente (Ver Ley n. 215 del 26/5/1978), y cuando se trate de norma inderogable, no es tampoco suficiente un mandato *ad hoc* por parte del individuo. Según una jurisprudencia, también precedente a la ley n. 215 de 1978, en el caso en cuestión bastaría un comportamiento concluyente del trabajador de ratificación de lo actuado por el sindicato. Viceversa, el derecho de conservar la misma cantidad de retribución o de horario de trabajo no subsiste si la cuantificación del horario o de la retribución sea determinada por la convención colectiva que, en efecto, puede modificar para el futuro, en más o en menos, la retribución y el horario, pero no puede tener eficacia retroactiva. En esta última hipótesis, el sindicato puede disponer de la retribución devengada por el individuo trabajador sólo a fuerza de un mandato *ad hoc*. Claramente, si una cierta retribución está determinada por el contrato individual, esta retribución no puede ser modificada

por la convención colectiva, salvo, según algunos, la reabsorción, pero puede ser objeto de disposición por parte del sindicato sólo en virtud de un mandato *ad hoc* del individuo trabajador.

Estas acotaciones hacen dudar sólidamente de la relevancia jurídica en nuestro ordenamiento de la transacción llamada colectiva, si con este término se quiere indicar un acto de disposición del sindicato de los derechos derivantes de la convención colectiva y ya madurados por el trabajador, o de origen legal o derivantes del contrato individual, sin el conferimiento al sindicato mismo de un mandato expreso o, de toda suerte, a falta de una ratificación. Es palmario, en cambio, que la presencia de mandatos singulares *ad hoc* de parte de los trabajadores al sindicato, permite considerar estas transacciones plurisubjetivas.

Ciertamente, el sindicato puede modificar con una convención sucesiva los presupuestos para la adquisición de derechos de determinados trabajadores o de una serie indeterminada de trabajadores; mas, en este caso, la convención modifica la fuente colectiva y no dispone de derechos por definición aún no devengados. No por casualidad estas transacciones han sido denominadas transacciones con contenido normativo (Giugni, 1959). Por supuesto que nada impide denominar acuerdos de esta índole como transacciones; pero si se piensa bien, se trata de una terminología meramente descriptiva, pues en el caso examinado el sindicato no efectuaría un acto de disposición de derechos, típico por el contrario en el negocio transactivo. De esta manera, nada impide al sindicato, en una situación de crisis de la empresa, estipular un acuerdo, a nivel de empresa, que reduzca temporalmente la retribución y el horario de trabajo determinados por la convención nacional para salvaguardar el puesto de trabajo, lo mismo que nada impide al sindicato sustituir con un nuevo acuerdo una cláusula de interpretación controvertida (Pera, 1986). A pesar de ello, vale repetir, el sindicato no dispone de derechos del trabajador, sino que modifica el porvenir y no retroactivamente la fuente colectiva de la relación individual. En cambio, existiría una disposición de derechos y, por ende, sería necesario un mandato específico del trabajador, si el contrato a nivel de empresa tuviera eficacia retroactiva o redujera la retribución y el horario determinados por el contrato individual, o sea, si la fuente colectiva modificara la fuente individual.

La adhesión del trabajador al sindicato, no implica la atribución a este último de un poder de representación; es decir, no puede ser considerada como un mandato con representación y probablemente, según una doctrina acreditada (Dell'Olio, 1980), no puede ser considerada tampoco como contrato en sí mismo, sino más bien como momento formativo del contrato plurilateral.

El esquema circular del contrato plurilateral, respecto al longitudinal e individualista del mandato, parece más idóneo para fundar en términos

de acuerpamiento, y no de mera convergencia, la gestión de las relaciones de trabajo (Dell'Olio, 1980).

Parece más adecuado para superar la dimensión individual todavía seguida por la doctrina que, si bien no habiendo abandonado la perspectiva del mandato colectivo, aún razonaba en términos de sustitución (Cessari, 1966), o según una más precisa formulación, en términos de conferimiento con abandono contextual, de poderes por obra de la voluntad de los individuos. (Cataudella, 1966) Tal esquema logra constituir un fundamento contractual de la organización misma, más apropiado que la misma ley que nada establece en lo que concierne a las relaciones entre las posiciones de los individuos, lo cual explica la intermediación a tal finalidad del uso de nociones como la de interés colectivo.

Además, el esquema del contrato plurilateral permite reconocer a la organización, una base negocial, evitando el inconveniente de reconducir en la organización, como tal, efectos que los esquemas individualistas antes apuntados hacían difícil reconducir en el contrato. Tres precisiones se imponen: es notorio que la reconducción de los poderes de contratación a la organización en cuanto tal, se acerca a la tesis institucional y hace superfluo buscar cuál es el objeto del mandato sindical de los individuos asociados. En segundo lugar, reconducir en el contrato la iniciativa de constituir la asociación sindical, no tiene como corolario que todo fenómeno organizativo y aditivo de naturaleza sindical sea reconducible en el contrato, sino que sirve solamente para identificar el origen voluntario y no orgánico de toda especie fáctica sindical. Origen voluntario que hace palpable que no hay contradicción entre la afirmación del principio de libertad sindical como manifestación del principio de autonomía privada individual o colectiva y la garantía asegurada por parte del ordenamiento del ejercicio de esta libertad. En tercer lugar, el esquema del contrato plurilateral, parece apto, no tanto para posibilitar desplazamientos de poderes de los individuos hacia los sujetos colectivos, poderes que en la óptica individualista del mandato conservarían su identidad, cuanto a favorecer la constitución y tal vez, la fusión de un poder nuevo y diverso: el poder colectivo de los asociados, cuyos efectos quedan circunscritos a la esfera colectiva sin afectar la individualidad.

5. La gestión acuerpada de las relaciones laborales, objeto del poder colectivo, es una fórmula elíptica idónea, entre otras cosas, para indicar la expansión progresiva de las funciones desenvueltas por la contratación colectiva.

De este modo, es fácil percatarse que a la función originaria de determinar el valor de cambio de la prestación laboral (función normativa) y a la proliferación de cláusulas obligatorias, se agregan cláusulas

que procedimentalizan el ejercicio de los poderes empresariales, o, como se ha dicho (Romagnoli, 1977), complican su ejercicio y que inciden sólo mediatamente sobre las particulares relaciones de trabajo.

Tales cláusulas de procedimentalización regulan, por lo demás, especies fácticas relativas a fenómenos de crisis y reestructuración empresarial y hacen patente, en la medida en que limitan el ejercicio de un poder de otra manera libre, a través de la activación de procedimientos de gestión conjunta, una ulterior función desempeñada por las asociaciones sindicales, es decir, de co-gestión de fenómenos de reestructuración del aparato productivo.

El problema, que en todo caso se plantea por estas cláusulas, cuando se tienen por asimilables a las normativas en el plano de los efectos, concierne a la eficacia subjetiva de las mismas.

En línea de principio, tales cláusulas deberían tener eficacia limitada a los inscritos, aunque en algunos casos particulares, como en los contratos de solidaridad regulados por la ley n. 863 de 1984, se localizan cláusulas que determinan efectos posteriores y diversos respecto a la normal reglamentación de la relación. En particular, los contratos de solidaridad expansiva realizan la interdependencia entre interés colectivo e interés general, o sea, entre interés del grupo e interés público en incrementar la ocupación, mientras tal interdependencia es ciertamente más tenue en los contratos de solidaridad defensivos, en los cuales el despido es evitado a costa de la reducción de horario y de tributación de los dependientes mismos. En ambos casos es sabido que la condición para la operatividad del acuerdo es la eficacia general del mismo.

No obstante, no parece que la previsión normativa en examen autorice al intérprete a reconocer a similares acuerdos una eficacia general. En particular, a los acuerdos defensivos se puede reconocer probablemente una eficacia generalizada de hecho, en el sentido de que el contrato de solidaridad funge como presupuesto para la estipulación de pactos modificativos a nivel individual, cuyo rechazo por parte del trabajador justificaría el despido por razones objetivas, admitido como alternativa por el contrato de solidaridad mismo.

Ciertamente también este resultado puede ser frustrado si un sindicato realmente representativo se rehúsa a suscribir el contrato (Garofalo, 1984). En este caso, el sindicato disidente, si es efectivamente representativo, puede con el recurso a la acción directa inducir a la empresa a renunciar al pacto suscrito con otros sindicatos. Pero ésta es una constatación simple.

Los problemas relativos a la eficacia subjetiva de las cláusulas mencionadas se redimensionan si se juzga que las mismas, instituyendo obligaciones y derechos sólo con referencia a las partes colectivas, entran en la parte obligatoria del contrato, con la consecuencia que la reducción

del horario y de la respectiva retribución puede suscitarse sólo con el consenso de los trabajadores ocupados.

Problemas de eficacia subjetiva general no se plantean para las cláusulas de la convención colectiva que autorizan la adición del término en hipótesis ulteriores respecto a las previstas por la ley de 1962 (art. 23, l. n. 56 de 1987), dada la naturaleza obligatoria de estas cláusulas, aunque obviamente la eficacia autorizatoria no puede más que concernir a los patronos que han suscrito la convención.

Como se indicó, la eficacia autorizatoria de estas cláusulas transforma los vínculos negociales en vínculos sindicales, con la consecuencia que el irrespeto de éstos hace resurgir los primeros (D'Antona, 1988). Se puede decir que la devolución a los contratos colectivos de una función de autorización y de relajamiento negocial de los límites legales del contrato a término, se funda siempre en la mayor representatividad que, por otra parte, no es apta para dirimir eventuales episodios de contratación separada o rebelde en cuanto a las indicaciones de las confederaciones.

Asimismo, las convenciones colectivas cumplen una función de aprobación equivalente a la desenvuelta por el acto administrativo en materia del contrato de formación y trabajo. En este caso, el contrato colectivo integraría el contenido preceptivo de la norma legal (Ghera, 1988; D'Antona, 1987), la cual, por esto, no atribuiría eficacia general al contrato colectivo.

Igual función de integración de la norma legal debe reconocerse a la convención colectiva en materia del medio tiempo, en el sentido que el legislador ha demandado a la autonomía colectiva la tarea de determinar criterios a los que debe uniformarse la difusión del trabajo de medio tiempo. La violación de éstos comporta la sanción administrativa conminada al empresario que contrate trabajadores a tiempo parcial en contra de las disposiciones contractuales.

El examen, aunque sea raudo, de las funciones progresivamente desenvueltas por la contratación colectiva, permite ahora completar la reflexión sobre las características del poder sindical porque resalta, junto al contractual, el perfil institucional del poder sindical. Antes bien, se puede agregar más: el haber sido confiadas por el legislador algunas funciones a la convención colectiva, ensombrece el vínculo asociativo como momento fundativo del poder sindical y hace parecer absorbente el perfil institucional de dicho poder. De hecho, no hay dudas de que en ciertas hipótesis, legislativamente previstas, cuando el sindicato estipula la convención colectiva no es considerado portador de los intereses de la crecida sucesiva de inscritos. Viéndolo bien, sin embargo, en estas circunstancias, el sindicato, incluso mayormente representativo, no es tomado en consideración sólo como portador de intereses de colectividades más amplias que las de los inscritos. Efectivamente, en estos casos

la (mayor) representatividad no es utilizada por el legislador solamente para indicar la relación que media entre sindicato y grupo profesional, sino también como título que legitima al sindicato para hacerse cargo de la realización de intereses preestablecidos y por ello tipificados por la ley. Estando así las cosas, se debe entonces observar que la ley en tal hipótesis, asignando al sindicato (mayormente representativo) la tarea de satisfacer definidos intereses, por un lado limita y condiciona y a veces, quizá, funcionaliza la actividad contractual; mas, por otro lado, no reconoce al mismo sindicato el valerse de los instrumentos de que disponen los sujetos públicos. Finalmente, puede suscitar alguna perplejidad la atribución a la contratación de funciones públicas en ausencia de adecuados criterios y procedimientos que ofrezcan garantías de eficiencia y democraticidad en orden a la identificación de los sindicatos mayormente representativos.

6. Bajo la escolta de los datos normativos de la praxis sindical existentes, con el auxilio de la obra interpretativa de la Corte Constitucional y de la jurisprudencia ordinaria y del debate en marcha, es posible tomar el hilo del discurso hasta aquí desenvuelto.

Como se señaló, la primera fase de la representación sindical se caracteriza en nuestro sistema de relaciones industriales, en el período en que el sindicato cumple funciones típicamente contractuales, como representación negocial.

El instrumento de la representación negocial, en efecto, se adapta bien, por su agilidad e informalidad, para regular un tipo de contratación esencialmente adquirida en un sistema económico en expansión y para hacer por todo ello superflua la actuación del mecanismo previsto por el art. 39 Const. Por otra parte, el Estatuto de los Trabajadores preparó las condiciones normativas que favorecieron la reabsorción, luego del *otoño caliente*, de la réplica de la base respecto al verticalismo y burocratismo del sindicato confederal. Aquella normativa, como se dijo, marcó el inicio de la superación de la representación sindical como representación negocial, delineando al sindicato como portador de intereses no sólo económico-profesionales sino también políticos en sentido amplio, y de colectividades más amplias que los inscritos. Esta legislación, y aún más la sucesiva, si bien no afectando los ejes del sistema sindical existente, en otras palabras la naturaleza asociativa y privada del sindicato, la representación voluntaria, la relevancia jurídica de la convención colectiva de derecho común, y por eso aún no renegando del modelo del pluralismo conflictual, han marcado el impulso a un proceso de institucionalización de hecho de la representación de los sindicatos confederales a los cuales es confiada la tarea nada fácil de participar en la gestión de la crisis económica. Tal gestión, que se concreta también en la contratación

gestional y ablativa, y por eso distribuidora no sólo de ventajas, sino también de sacrificios, ha acentuado progresivamente el proceso de institucionalización de la representación sindical; proceso que ha alcanzado su destino coherente con el advenimiento del modelo no corporativo, el cual, por los momentos de fuerte institucionalización que lo caracterizaron, ha alterado el modelo del pluralismo conflictual.

El progresivo empañamiento del modelo neocorporativo pone al desnudo lo que este último había intentado coordinar y conciliar: la tensión creciente entre interés general, interés de la colectividad de los trabajadores, y entre éstos y los intereses individuales de los mismos. Tensión que hizo no postergable la necesidad de elaborar nuevas reglas de juego. La filosofía global que se puede extraer de las nuevas propuestas sobre las reglas de juego, está en la constatación que el sindicato, para cumplir los objetivos que una sociedad post-industrial le asigna, requiere de una nueva legitimación e investidura de los trabajadores. Que tal legitimación deba ser efectiva y lo más amplia posible para garantizar a la base un control de los vértices sindicales y para preparar al sindicato a fin de ser atento y tempestivo intérprete de los intereses de los trabajadores, venciendo así el surgimiento de intereses microcorporativos.

No debe subestimarse otra vez las dificultades notables que la reforma de las reglas de juego está destinada a encontrar y tiene que superar, si se quiere hacerla funcional a la realización de los objetivos prefijados. Por el contrario, sobre todo se debe estar advertidos que ciertas escogencias comportan determinadas consecuencias a las cuales es difícil escapar. Así, la introducción por vía legislativa de las reglas destinadas a medir la representatividad efectiva de los sindicatos a nivel nacional y a atribuir eficacia general a las convenciones colectivas de categoría estipuladas por las organizaciones sindicales más representativas, provoca la transformación de la representación sindical, de representación voluntaria en representación institucional. Como se indicó, una calificación similar de la representación sindical está destinada a tocar sensiblemente el actual sistema sindical. En primer lugar, porque la eficacia general de la convención colectiva de categoría comporta "la pérdida por parte de cada sindicato de la facultad de definir él mismo los límites de la rama de actividad dentro de la cual y para la cual negociar" (Mancini, 1963); en segundo lugar, porque la unicidad de la disciplina *erga omnes* comporta, independientemente de los modos en que es escogido el sindicato estipulante, la unicidad del agente contractual (Mancini, 1963).

Además, la calificación institucional de la representación sindical acarrea la institucionalización de la contratación colectiva, que podría influir, de forma diferente a la actual, la relación entre poder del sindicato y derechos de los trabajadores (ver art. 7, inc. 1 y 10, Proyecto Ghezzi)

y podría influir, sino en la titularidad, sí en las modalidades de ejercicio de la huelga. La verificación de la representatividad efectiva y la eficacia general de la convención colectiva tienen sentido si evitan el cuestionamiento de la convención apenas concluida por las organizaciones mayormente representativas. En caso contrario, se asistiría a una riesgosa deslegitimación del sindicato que recién suscribió la convención y al perpetuarse de la fragmentación sindical. Una vez más, la calificación institucional de la representación sindical acrecienta la intervención del juez en un área tradicionalmente reservada a la autonomía de las partes colectivas.

Finalmente, la calificación aducida acerca, si es que incluso no identifica, la representación sindical con el modelo de la representación política. Esto obviamente no es un mal. No obstante, es necesario ser conscientes de que tal identificación depotencia la naturaleza asociativa del sindicato porque atenúa ulteriormente las motivaciones y la intensidad del vínculo asociativo y, en definitiva, presupone una concepción institucional del sindicato, en el doble sentido de introducirlo en la serie de instituciones del Estado y de reconocer a los trabajadores una función exclusivamente de control y no fundativa del poder sindical.

Por otra parte, para realizar todos los objetivos nacidos en el debate, una alternativa creíble a la intervención legislativa no parece que pueda ser constituida por el instrumento contractual, a menos que se reproponga nuevamente la experiencia del modelo neocorporativo que se funda en determinados presupuestos, actualmente no todos existentes y de todas maneras demasiado expuestos a riesgos de mutaciones contingentes. En todo caso, como lo subrayó Giugni, no se debe exasperar el dilema ley-contrato, en cuanto hay aspectos en los cuales el contrato no puede sustituir la ley. La contratación puede mucho, pero no puede todo, observaba hace algún tiempo Mancini (1976), y Rusciano (1989), recordaba recientemente, que es contrario a toda lógica un acuerdo para garantizar la representatividad concluido por organizaciones de las cuales se cuestiona su representatividad. Como la eficacia general de la convención no puede prescindir de un soporte legislativo. A pesar de lo anterior, una reforma legislativa global, incluso de rasgo constitucional, requiere un tiempo razonablemente largo con el riesgo de volver a evocar experiencias acaecidas en el pasado que no dieron resultado alguno.

Por eso, a mi juicio sería deseable y realista una intervención legislativa limitada al nivel de empresa que reconozca a los sindicatos, cuya representatividad haya sido debidamente constatada, la opción entre el régimen de la representación asociativa y el de la representación institucional. Nótese, este último aplicado a la estructura empresarial unitaria, evidentemente si voluntariamente los sindicatos más representativos deciden constituirla. De este modo, el legislador incentivaría la

constitución de tales organismos unitarios, dejando libres, sin embargo, a los mismos sindicatos de escoger el régimen de representación y la consecuente eficacia general de la convención colectiva de cierta empresa.

Es conocido que muchos dan ya por adquirida la eficacia general de la convención de empresa. Yo no me cuento entre ellos y no escondo tampoco la debilidad del argumento utilizado para superar la censura de constitucionalidad de una ley que extienda la eficacia de la convención de empresa, dejando inmutado el art. 39 Const. No obstante, si se quiere hacer algo, ésta me parece la única vía realmente recorrible en breve tiempo. De esta suerte, se promovería la solución del problema de la representatividad de los sindicatos que tiene que no ser artificial, fundándose solamente en el reconocimiento de la contraparte, sino también en el consenso verificado de los trabajadores. En fin, como ha observado Lettieri, la representatividad sindical debe pasar a través de una preventiva reidentificación y legitimación social de los sindicatos, posiblemente a nivel de empresa, también porque el sindicato no debe olvidar que su oficio no es sólo el de negociador de reformas, sino también de contratos. Es obvio que un proveído legislativo similar tendría que estar formado con el más ancho consenso de las partes sociales y debería estar encaminado a sostener y valorizar la contratación colectiva a nivel de empresa, exigencia por lo demás afirmada, en varia medida, por todas las propuestas en circulación.

Referencias

- Cataudella A. (1986) *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto di lavoro*; Rtdpc, 1966, p.544.
- Cessari A. (1966) *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*; Giuffré, Milano, 1966, p.157.
- D'Antona M. (1987) *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*; Ridl, 1987, I, p.272.
- D'Antona M. (1988) *Contratti a termine*, in *Il diritto del lavoro degli anni 80*, (a cura di D'Antona, de Luca Tamajo, Ferraro, Ventura), Esi, Napoli, 1988, vol.II, p.124.
- Dell'Olio M. (1980) *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in Dell'Olio e Branca, *Enciclopedia Giuridica del Lavoro* (diretta da Mazzoni), Cedam, Padova, 1980, p.174.
- Dell'Olio M. (1988) *Ancora su rappresentatività e su maggioranza e proporzionalità, organizzazione sindacale, categoria nello Statuto di lavoratori e nel sistema*, G Cost., 1988, I, p. 1433.
- Ferraro G. (1981) *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981, p.259.
- Ferraro G. (1986) *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, Dli, 1986, p.667.

- Ferraro, Grandi, Pera, Spagnuolo Vigorita (1983) *Opinioni su "maggiore rappresentatività del sindacato e nuovi problemi di legittimità costituzionale"*, Dli, 1983, p.186.
- Flammia R. (1963) *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto, I, Autotutela degli interessi di lavoro*, Giuffré Milano, 1963, p.88.
- Garofalo G. (1984) *Regolamentazione dei contratti di solidarietà: problemi applicativi*, in L'Unità, del 31 dicembre 1984.
- Ghera E. (1988) *Potere amministrativo e autonomia collettiva nella disciplina dei contratti di formazione e lavoro: l'accordo interconfederale dell'8 maggio 1986*, Ridl, 1988, I, pp. 23 e 26.
- Ghezzi G. (1983) *L'intervento del giudice nel conflitto industriale*, Dli, 1983, p.500.
- Giugni G. (1959) *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici di lavoro*, Dde, 1959, p.832.
- Mancini F. (1963) *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, Rtdpc, 1963, p. 570.
- Mancini F. (1976) *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 13.
- Maresca A. (1985) *Diritti individuali del lavoratore e potere del sindacato*, Dli, 1985, p.685.
- Mariucci L. (1988) *Il sindacato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Rgl, 1988, I, p.331.
- Pera G. (1986) *Sulla disponibilità sindacale dei diritti individuali*, Ridl, 1986, p.934.
- Persiani M. (1972) *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972, p.98.
- Persiani M. (1984) *Il problema della rappresentanza e della rappresentatività in una democrazia neocorporata*, Dl, 1984, I, p.6.
- Pessi R. (1988) *"Promozione delle Confederazioni maggiormente rappresentative e "coerenza" al disegno costituzionale, nota alla sentenza della Corte Costituzionale 24 marzo 1988, n.334*, Mgl, 1988, p.199.
- Romagnoli U. (1977) *Per una rilettura dell'art. 2086 del codice civile*, Rtdpc, 1977, p.409.
- Rusciano M. (1987) *Sul problema della rappresentanza sindacale*, Dli, 1987, p.230.
- Rusciano M. (1989) *A proposito di sindacato e sistema istituzionale*, in Lettieri (a cura di), *Ripensare il sindacato. Democrazia e rappresentatività. Lavoro pubblico e lavoro privato*, F. Angeli, Milano, 1989, pp. 62.
- Santoro Passarelli F. (1961) *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, p.217.
- Santoro Passarelli G. (1980) *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, Dli, 1980, p.637.
- Scognamiglio R. (1971) *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, Rdc, 1971, p.140.
- Vardaro G. (1987) *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, Ld, 1987, p. 229.

59

L'Europa a due velocità

interventi

di Marina Ricciardelli, Alberto Majocchi
Umberto Serafini, Emilio Gabaglio, Alfonso Iozzo
Philippe Pochet, Giulio Querini, Pierre Jonckheere
Sabine Urban, Peter J. Williamson
Silvano Scajola, Paolo Feltrin

Ambiente. La tassazione ecologica in Italia

Francesco Paolo Schiavo

Mezzogiorno. Lavoro e non lavoro

Paolo Botta

Parole chiave.

Nuovo ordine economico internazionale

Maurizio Mistri

El Sindicato en el Código chileno del trabajo de 1987

Irene Rojas Miño*

Francisco Tapia Guerrero**

1. El reconocimiento a la organización sindical en la ley chilena. 2. El sindicato en el Código de Trabajo de 1987. 3. La afiliación y constitución de sindicatos: titularidad. 4. Clases de sindicatos en el Código del Trabajo. 5. Finalidades generales propias de los sindicatos. 6. Finalidades especiales. 7. Regímenes de representación sindical. 8. Administración sindical. 9. Las licencias sindicales. 10. El control democrático. 11. La disolución del sindicato. 12. De las prácticas desleales.

1. Las últimas dos décadas del siglo pasado, fueron particularmente importantes en la evolución jurídico institucional chilena de este siglo. A partir de la coalición obrera y del conflicto expresado en la huelga, se va desarrollando una progresiva movilización obrera, tendiente no sólo al mejoramiento en su calidad de vida, sino también, en el reconocimiento institucional del colectivo laboral, como realidad que sobrepasa las antiguas normas del Código Civil y que exige su consagración como actor emergente de esa realidad económica y social.¹

La sociedad chilena, y particularmente la clase política que desconocía esa nueva realidad, hubo de reaccionar frente a los desafíos que imponía la llamada cuestión social. Fueron varias las comisiones parlamentarias, y no menos los conflictos que se desencadenaban en los distintos sectores de la actividad económica y que junto al desarrollo ideológico y político, introducía nuevos elementos en la estructura social chilena.

Es a comienzos de este siglo, y en su segunda década, que finalmente

*Abogada, Asesora Sindical, Investigadora del Programa de Economía del Trabajo.

** Abogado, Asesor Sindical, Profesor de Derecho del Trabajo, Director de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social y de la Asociación de Abogados Laboristas de Chile.

se promulgan en forma más orgánica, disposiciones legales relativas al trabajo, que constituirían la base del Código de Trabajo de 1931. Entre éstas, las relativas a las organizaciones sindicales, reconociéndose básicamente dos tipos de sindicatos de primer grado, el sindicato industrial de obligada afiliación y único en la empresa, de carácter obrero, y el sindicato profesional, de libre afiliación y en el que se asociaban los empleados, conforme a la distinción clásica entre obreros y empleados. No se consagró específicamente el sindicato campesino y una ley de 1948 que tenía por objeto regularlo, de hecho impidió la sindicalización en la agricultura, lo que sólo se realizó en virtud de la ley 16.625 del año.

De otra parte, en 1957 se dictó las normas específicas para la Gran Minería del Cobre, estableciéndose las normas especiales para el sindicato en el sector.²

Cabe sin embargo agregar, que sin perjuicio de las federaciones y confederaciones que se reconocían en el antiguo Código del Trabajo, se desarrolló un sindicalismo confederal de hecho que tuvo por objeto no sólo la promoción del sindicalismo y la reivindicación, sino que además, desarrolló actividades de carácter contestatarias frente al sistema, desde la antigua Federación Obrera de Chile, a la disuelta Central Unica de Trabajadores de Chile.

A partir de 1973, con la instauración del régimen militar, se producen profundas transformaciones en lo relativo a las organizaciones sindicales.

A la disolución de la CUT, por el Decreto Ley 12, se le debe agregar las normas contenidas en el Decreto Ley 44 y en el Decreto Ley 198. En virtud de la primera de ellas, se dispuso la suspensión de los mecanismos de contratación colectiva, sin perjuicio de prorrogarse las condiciones de trabajo y de salario existentes por fallos arbitrales, actas de avenimiento, acuerdos tripartitos o contratos colectivos. Por la segunda de esas normas, se dispuso formas de elección sindical sobre la base de criterios dispuestos por la propia ley.

A las normas citadas precedente se debe agregar las que indirectamente afectaron a los representantes laborales, considerando el período de conflictividad económica y social de comienzos de los años 70, y que hacían aplicable ciertas causales de caducidad de los contratos de trabajo en circunstancias que, éstos no existían en la ley con anterioridad a 1973.

A partir de 1978, se producen modificaciones sustanciales a las normas sobre relaciones individuales del trabajo, que ciertamente incidieron en las relaciones colectivas.

En 1979, se dictó el Decreto Ley 2756 sobre organizaciones sindicales, que junto a otros cuerpos normativos, conformarían la legislación aplicable a las relaciones colectivas del trabajo y sería la base del Código de Trabajo de 1987.

En síntesis, las nuevas normas se han caracterizado por establecer la libertad sindical restringida—en su acepción clásica—, la abstención del Estado en los conflictos colectivos, más no en la fiscalización de los sindicatos, y la reiterada recurrencia a la libertad individual del trabajador frente al sentido colectivo del sindicato.

Todas estas normas, en concordancia con los principios constitucionales, tanto los establecían en el Antigua Acta Constitucional n. 3, como en la Constitución Política de 1980, ésta en que el capítulo de los derechos y deberes constitucionales reconoce el derecho a la sindicalización y hace expresa mención de la libertad de afiliación.

2. El Código incorporó las normas contenidas en el Decreto Ley 2756/79, legislación que modificó sustancialmente el derecho sindical existente hasta la dictación del llamado Plan Laboral, que dispuso las bases del derecho colectivo chileno del trabajo.

Las principales características de las normas sobre derecho sindical contenidos en el Código del Trabajo son:

a) En una perspectiva ideológica, consagra la libertad sindical restringida, en cuanto del contenido normativo aparecen una serie de disposiciones que implican de una parte la ingerencia del Estado en los programas, funcionamiento y actividad sindical, que deben entenderse además, complementados por ciertas disposiciones de carácter constitucional, según lo expondremos:

b) Se trata de una legislación sindical extremadamente regulada, en el sentido de que las instituciones del derecho sindical son normadas en detalle, llegando a afectar la autonomía colectiva que es propia de las organizaciones; y,

c) Dispone la intervención de la autoridad estatal en el ámbito sindical, en exceso, confiriendo atribuciones a la autoridad administrativa facultades excesivas de control en cuestiones que son propias del ente colectivo.

3. Se reconoce en el artículo 197 del Código, el derecho a afiliarse o a constituir sindicatos, a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado. Debe recordarse que, en virtud del artículo 1º del Código, no les son aplicables sus normas a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, y de aquellas empresas o instituciones del Estado o en que éste tenga aportes, participación o representación y que estén regulados por ley especial; sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final de dicha disposición.

De otra parte, el artículo 203 del Código, exceptúa expresamente de la aplicación de las disposiciones sobre organizaciones sindicales, a los

funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de ese Ministerio. Cabe observar la amplitud del término "relacionarse", que podría eventualmente impedir el ejercicio del derecho sindical en empresas cuyo giro ordinario no tiene la connotación que aparece como explicativa de la norma prohibitiva. El reconocimiento del derecho sindical, en consecuencia, alcanza a los trabajadores de las empresas o actividades antes señaladas, sin exclusión alguna, disponiendo expresamente el artículo 199 que para su ejercicio, los menores y la mujer casada no requieren de ninguna autorización. El derecho sindical se expresa en una doble perspectiva: respecto del trabajador, en su acepción individual como colectiva y respecto de la organización, en cuanto a la afiliación a otras organizaciones.

La afiliación sindical es manifestación de la voluntad del trabajador considerado individualmente. Se han señalado ya los preceptos constitucionales que lo amparan.

En este sentido, la afiliación sindical reviste tres características principales:

a) Es voluntaria, esto es, nadie puede ser obligado a pertenecer o a desafiliarse de un sindicato, ni impedirse éstas, o condicionar el empleo en razón de ellas, o perjudicar al trabajador por el ejercicio de estos derechos.

b) Es personal, en cuanto constituye el ejercicio de un derecho que corresponde a su titular y por tanto, es indelegable;

c) Es única, es decir, el trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato, y en el caso de que así no fuere, la ley dispone que la afiliación posterior produce la caducidad de la anterior y si no pudiere determinarse, todas quedan sin efecto. Cabe señalar que la afiliación a un sindicato debe hacerse formalmente, en la forma que lo establezcan los estatutos y la constitución de un sindicato, acto en el cual se expresa la voluntad individual como colectiva de quienes participan en él, requiere del cumplimiento de las formalidades que la ley establece.

Además de las normas de afiliación, la ley ha establecido las pertinentes a la constitución de sindicatos.

Cabe a este respecto señalar que, además del reconocimiento de titularidad, es menester el cumplimiento de ciertos requisitos como de formalidades que a su respecto se establecen.

Entre los requisitos, deben señalarse especialmente dos:

a) el que se refiere a los sindicatos de empresa, en que, para su existencia se requiere que haya transcurrido 1 año desde la iniciación de actividades de la respectiva empresa, disposición que está en armonía con norma semejante a los efectos de la negociación colectiva.

Conviene señalar que la restricción contenida en esta norma, no

aparece congruente con las restantes disposiciones del Código en materia de sindicalización. En efecto, en virtud de que, puede restringirse el derecho, cuando la finalidad del sindicato no es solamente reivindicativa o de codeterminación salarial. De otra parte, debe destacarse el hecho de que, el fenómeno de especialización de la empresa, ha conducido a la instauración de conglomerados empresariales que, por la ficción de la constitución de varias empresas, la antigüedad real que supera la de su conformación jurídica, presentándose claramente una diferencia en el trato respecto al derecho de propiedad en relación al derecho sindical.³

b) El número de trabajadores que se requiere para constituir una clase u otra de trabajadores.⁴

Finalmente, en cuanto a las formalidades, la ley establece que debe realizarse la asamblea constitutiva en presencia de Ministro de Fe, en donde se aprueban sus estatutos y se elige el directorio, de lo que queda constancia en el acta, de cuya copia se hace depósito ante la Inspección del Trabajo, y en cuya virtud adquiere personería jurídica.

4. La Ley ha distinguido las clases de sindicatos sobre la base de los criterios de la extensión o existencia de la relación laboral dependiente y de la continuidad del vínculo laboral.

Es así como ha establecido los tipos de sindicatos según se sujeten a los marcos de la empresa o excedan de él, a los trabajadores independientes, y a los trabajadores transitorios.

En el marco de la empresa, es posible constituir el Sindicato de Empresa, propiamente tal, al que pueden afiliarse todos los trabajadores de la empresa, o bien, el Sindicato de Establecimiento, que entendido en su acepción clásica como la unidad técnica de ejecución, puede agrupar a trabajadores que laboran sólo en el establecimiento en el que se constituye.

Cabe agregar que a tales efectos, es preciso determinar el concepto de empresa. De acuerdo al artículo 3º del Código, la empresa se define como toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada. Es preciso, sin embargo, señalar que, a los efectos de constitución de sindicatos —así como en lo relativo a las normas sobre negociación colectiva— la ley ha establecido definiciones especiales de empresa.⁵

Es el caso de lo dispuesto en el artículo 209 en el que, considerándose cada predio agrícola como una empresa, lo son también aquellos predios colindantes explotados por un mismo empleador. Es ésta una materia en la que aparece como claramente señalada el concepto de empresa y el de empleador.

Dispone ese artículo que en el caso de personas jurídicas que dentro

de su giro comprendan la explotación de predios agrícolas, —que define como los destinados a las actividades agrícolas en general, forestal, frutícola, ganadera u otra análoga—, los trabajadores de predios pueden organizarse sindicalmente con los demás trabajadores de la empresa.

Además de los casos de los predios agrícolas, la ley ha definido también como empresa, aquellos establecimientos determinados por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción en el caso de empresa en que el Estado tiene aportes, representación o participación, en los que la negociación colectiva deberá desarrollarse sólo por establecimiento.

Una segunda clase de sindicato de acuerdo a la extensión, esto es, que excede el marco de la empresa, es el denominado Sindicato Interempresa que, definido en el artículo 201 letra b), es el que agrupa a trabajadores de al menos 3 empleadores distintos. El requisito dispuesto por la ley, es la concurrencia de trabajadores que prestan sus servicios para distintos empleadores, esto es, al menos tres. Se trata de trabajadores que, por razones diversas, pueden sindicalizarse junto a otros trabajadores agrícolas, v. gr., en el que dada la estructura del antiguo sindicato campesino, ha existido una tendencia en tal sentido. También es el caso de aquellas empresas en que por transformaciones en la estructura de propiedad, y específicamente por el proceso de privatización, los trabajadores han debido adecuar su estructura sindical, entre otros casos.

Cabe hacer presente que, el derecho de negociación colectiva sólo está reconocido respecto del sindicato de empresa y en ese marco, en los casos de sindicatos interempresas, la estructura de negociación por empresas debe enfrentarse por los trabajadores a través de la coalición, en el que los trabajadores de la empresa se unen para el solo efecto de la negociación colectiva.

La ley ha consagrado en los marcos del Código del Trabajo, el Sindicato de Trabajadores Independientes, que son aquéllos que no dependen de empleador alguno, según su expresión textual. Por lo mismo, este tipo de sindicatos debería estar establecido en un cuerpo normativo distinto, dado que, por las características del trabajador independiente y los intereses sociales que representa, no resulta asimilable lo relativo al trabajador afecto a un contrato de trabajo.

Distinto es el caso del trabajador transitorio, que se caracteriza por la discontinuidad del vínculo laboral, en que por tanto el vínculo trabajador-empresa y trabajador-sindicato requiere de una normativa especial, y a los que se ha designado una finalidad especial. De acuerdo a la ley, sólo pueden agrupar a trabajadores embarcados o gente de mar, trabajadores portuarios, de la construcción o artistas. El vínculo entre el trabajador y el sindicato se mantiene aún cuando el trabajador no se encuentre prestando servicios.⁶

La mayoría de los trabajadores sindicalizados está afiliado a sindicatos de empresa y se pueden señalar razones para ello, sea de carácter histórico, por la presencia del sindicato en la propia empresa desde el antiguo Código del Trabajo, de intermediación, como también por cuanto es el único tipo de sindicato facultado para negociar colectivamente.

5. La ley ha establecido expresamente los fines de los sindicatos, imponiendo de este modo, el objetivo social de los mismos, cuestión que en nuestra opinión, constituye una atribución que debería corresponder a la asamblea sindical de darse sus fines, su programa de acción y su estructura.

La primera finalidad es la de representación que se reconoce en forma restringida en la ley, contraponiendo al interés colectivo la voluntad individual del trabajador.

En efecto, la primera forma de representación reconocida es la establecida en el n. 1 del artículo 206, en cuanto a que les corresponde en cuanto al ejercicio de los derechos emanados de los contratos individuales de trabajo cuando son requeridos por los asociados. En rigor, la limitación impuesta por la ley en cuanto impone el requerimiento del trabajador, refleja el conflicto entre el interés individual y el interés colectivo, que, en la legislación se expresa en una serie de normas del derecho colectivo. La referencia al requerimiento del trabajador restringe de otra parte, la extensión del mandato que la ley expresamente confiere al Sindicato en cuanto le agrega un requerimiento que por su propia naturaleza de la organización sindical fluye naturalmente. Cabe hacer notar que esta facultad dice relación con el contrato individual del trabajador.

Una segunda forma de representación, se refiere a las inquietudes y necesidades de integración respecto de la empresa y de su trabajo. Esta finalidad confiere y reconoce en el sindicato, el medio por el cual se puede expresar el trabajador en cuanto tal en las empresas, materias obviamente diferenciadas y distintas de aquellas contenidas en el n.6 del artículo 150 del Código.

La finalidad así reconocida, debe entenderse como norma especial y por tanto, aplicable no obstante las prohibiciones que en lo que dice relación con la negociación colectiva la ley prohíbe negociar, esto es, de aquélla que entorpece la facultad de dirección del empleador.

Cabe finalmente hacer referencia a la finalidad que se analiza más adelante, —especialísima para los sindicatos de empresa— de representación de los intereses colectivos en la negociación colectiva.

Una segunda finalidad —en términos genéricos— es la de solidaridad.

En efecto, el artículo 206 reconoce en su texto, dos clases de finalida-

des de solidaridad: aquélla que se refiere a la ayuda a sus asociados y otra que tiene el carácter promocional, cual es, la de estimular la cooperación entre sus miembros, su conciencia y recreación, la promoción de educación gremial, técnica y general y aún, el de constituir mutualidades y otros servicios sin fines de lucro, en beneficio de sus asociados.

Es ésta una materia de extraordinaria importancia para la organización sindical, puesto que introduce al carácter reivindicativo y contestatario, una función que hace reconocer en la propia organización, un rol promocional en que, ya no dependerá la situación individual o colectiva del trabajador, sino de la propia organización.

Una tercera finalidad es de carácter fiscalizador, sea de orden general y directa, o bien a través de terceros.

Es el caso de la fiscalización del cumplimiento de las leyes del trabajo y de la seguridad social, pudiendo en estos casos, denunciar sus infracciones ante la autoridad administrativa o judicial, y aún actuar como parte en los juicios o reclamaciones también, propender al mejoramiento de los sistemas de protección contra riesgos del trabajo y prevención de enfermedades profesionales.

6. La ley ha establecido, de otra parte, finalidades propias de ciertos tipos de sindicatos.

Es así como, en conformidad a las normas sobre negociación colectiva, sólo está permitida que ella se realice en el nivel de la empresa, por lo que, se reconoce sólo a este nivel, la contratación colectiva y, por consiguiente, sólo al sindicato de empresa le está reconocida tal finalidad.

Una segunda finalidad especial es aquella que se refiere al sindicato de trabajadores transitorios, al que se reconoce especialmente la finalidad de proveer de puestos de trabajo a sus asociados en las condiciones que acuerden con los empleadores, los que no constituyen contrato colectivo por mención expresa de la ley.

7. El mandato sindical emana de la voluntad expresada por los trabajadores, quienes concurren en la elección de sus representantes conforme sean los cargos a elegir, según sea el número de trabajadores que agrupa el sindicato. El trabajador debe manifestar sus preferencias en actos electorales que se verifican en votación secreta y unipersonal y ante un Ministro de Fé.

Sin embargo, la ley ha establecido requisitos de elegibilidad de los directores sindicales, a saber:

- a) Ser mayor de 21 años de edad;
- b) Ser chileno, o extranjero con 5 años de residencia en Chile, con cónyuge chileno.
- c) No hallarse condenado o procesado por delito que merezca pena

aflictiva o por simple delito de administración sindical

d) Saber leer y escribir

e) No hallarse afecto a inhabilidades o incompatibilidades legales o constitucionales y

f) Tener la antigüedad como afiliado al Sindicato que no podrá ser inferior a 6 meses, y en el caso del Sindicato de Empresa, de 2 años de trabajo en la empresa, salvo que fuere de existencia menor.

La ley, al establecer tales requisitos, ciertamente introduce limitaciones a la opción que el trabajador elector debe hacer, particularmente en cuanto hace referencia a ciertas causales que nada tienen que ver con la representación laboral.

Ello tiene importancia, dado que de no concurrir los requisitos de elegibilidad, la ley faculta a la Dirección del Trabajo para inhabilitar al elegido, sin perjuicio del derecho de éste para reclamar judicialmente en contra de la resolución respectiva.

La elección sindical genera, respecto de los elegidos, dos derechos fundamentales. El primero de ellos es el de quedar afecto al régimen de fuero laboral por el que el trabajador no puede ser despedido sin previa autorización judicial, a no ser que se trate de aquellas causales establecidas en el artículo 157 del Código del Trabajo. El segundo se refiere a que el empleador queda inhabilitado para ejercer las facultades que la ley le confiere para alterar las condiciones pactadas en el contrato de trabajo sea en cuanto al lugar de trabajo o a las funciones que desempeña, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

El mandato sindical tiene una duración de 2 años. Sin embargo, puede cesar en él, concurriendo algunas de las siguientes causas o circunstancias:

En primer lugar, por voluntad del director sea que lo hace voluntariamente o por opción, cuando ha sido elegido director de una organización sindical de grado superior y los estatutos de ésta dispongan que son incompatibles unos y otros;

En segundo lugar, por declaración de autoridad, sea cuando ha sido inhabilitado por la Dirección del Trabajo y no ha reclamado, o cuando el reclamo es rechazado, o por sentencia judicial ejecutoriada que dispone su cesación, sea por aplicación del artículo 157 como por los relativos a administración sindical y en especial, por la responsabilidad derivada de financiamiento sindical prohibido.

En tercer lugar, por la manifestación de la voluntad de los afiliados, cuando éstos aprueban la censura al directorio que ha sido votada ante Ministro de Fe, y convocada por al menos el 20% de los socios.

Cabe a este respecto, hacer una distinción entre la duración del mandato y del fuero. La ley ha establecido que el fuero se extiende hasta después de 6 meses de expirado el director en el cargo, salvo que la cesación se origine en censura, sanción judicial, por término de la

empresa, o bien, por ciertas causales de disolución del sindicato.

8. La Administración del Sindicato y de su patrimonio, corresponde al directorio sindical, sin perjuicio de las responsabilidades que ello genera en tales calidades, y habilita para la adquisición y enajenación de todo tipo de bienes, incluidos documentos financieros o con su garantía.

Sin embargo, la ley ha dispuesto restricciones en cuanto al financiamiento sindical en términos tales, que prohíbe la contratación o percepción directa, o indirecta de aportes, donaciones, empréstito o cualquier otra clase de financiamiento, tanto de las empresas a que pertenecen a sus asociados o de personas naturales o jurídicas extranjeras, estableciendo las sanciones pertinentes.

En rigor, la amplitud de la norma prohibitiva afecta las facultades de una persona jurídica que, como el sindicato, requiere de libertad para realizar actos de gestión en que, resguardándose el patrimonio social, requiere eventualmente de la celebración de actos jurídicos que permitan, no sólo el cumplimiento de sus finalidades reivindicativas, sino también de aquellas que emanan de la solidaridad vinculante que confiere su esencia al sindicato. A este respecto, ¿en virtud de qué puede prohibirse al sindicato que contraiga préstamos o bien celebre contratos con terceros? Aún más, ¿por qué limitar al sindicato en su facultad de contratar con el propio empleador, si éste consiente en el financiamiento de determinados objetivos? Existen, al respecto, antecedentes legales que implicaban más que un financiamiento propiamente tal, un fomento a la actividad sindical.

El conflicto de fondo, que sin embargo se plantea con esta norma, es la desigualdad que genera en la posición que se encuentra cada parte en su relación negocial. Consideremos una situación de conflicto que refleja plenamente el desequilibrio hipotético que caracteriza la relación laboral, aún en su sentido colectivo. El sindicato se financia básicamente, con las cotizaciones de sus socios, las que ciertamente provienen de las retribuciones que emanan de la prestación del trabajo por cuenta ajena. Ahora bien, ¿qué sucede en el conflicto? Se reduce drásticamente su capacidad de financiamiento. Es éste un hecho concreto. ¿De qué puede entonces depender su capacidad de presión, cuando evidentemente en la situación de conflicto se disminuye su capacidad de ingresos y de qué forma ello va afectando el sostenimiento de sus funciones? Consideremos la situación del empleador. En verdad debemos afinar la hipótesis de que no obstante la huelga afecta el momento presente —si bien puede también tener consecuencias futuras— la capacidad de gestión del empleador es muy superior, considerando tan sólo un elemento que es el que nos ocupa: hipotéticamente, el empleador no ha visto disminuida su capacidad de gestión y más concretamente de financiamiento, o al menos, no existe norma legal de carácter laboral —como la que afecta al sindicato— que se lo prohíba.

A las limitaciones en cuanto a la administración patrimonial, deben agregarse las facultades que la ley confiere en cuanto a fiscalización de ella. Dispone al efecto que, los sindicatos con 250 o más afiliados, deberán confeccionar balance, cuya copia, previamente aprobado por la asamblea, se remite a la Inspección del Trabajo, la que tiene la más amplia facultad inspectiva y podrá requerir de los antecedentes que estime bajo apercibimiento y aún disponer, por resolución fundada y auditoría externa y en su caso, la congelación de fondos autorizándose sólo los gastos ordinarios. Esta medida no podrá exceder de 60 días.

Se trata de facultades fiscalizadoras que, por la sola resolución administrativa, pueden entorpecer el funcionamiento del sindicato, a la vez, que constituye una materia que es más propia de fiscalización por los propios miembros del sindicato, antes que de la autoridad.

9. La ley ha establecido, en términos generales, dos sistemas de licencias sindicales que tienen por objeto permitir que el director sindical destine parte de su actividad ligada a la empresa a finalidades de orden sindical.

La primera de ellas, de carácter parcial y común, es la que otorga a cada director sindical la posibilidad de destinar 4 horas a la semana, para cuestiones de carácter sindical. Estas licencias son individuales, pero se pueden ceder de un director a otro, y son acumulables en el mes. La ley faculta a las partes para negociar con la empresa su pago, de modo que es ésta una expresa excepción de lo señalado respecto del financiamiento sindical.

Una segunda clase —y más bien y propiamente de licencia sindical— es aquella que produce, por determinados períodos, la suspensión de los principales efectos del respectivo contrato individual y que se diferencian según su extensión, a la vez que del acto en que tienen su origen. En efecto, una de ellas es la que autoriza la licencia por un período mínimo de seis meses y hasta la totalidad del mandato y que requiere de acuerdo expreso de la asamblea sindical. Otra forma es aquella que se pacta sin limitaciones de tiempo, a diferencia de la anterior, y que se acuerda con el empleador. Finalmente, la que autoriza por una semana, para fines básicamente de perfeccionamiento u otro, lo que debe estar establecido en el estatuto.

En todos estos últimos casos, la ley expresamente prohíbe negociar su pago, de modo que siempre será de cargo de la respectiva organización sindical.

Una consideración adicional a este respecto debe plantearse en relación a la negociación colectiva. No existe, aparte de las señaladas, norma alguna relativa a licencia en períodos de negociación y es ésta una situación que generalmente genera problemas para el funcionamiento del

directorio sindical, puesto que, a la vez que deben realizar las tareas propias de su contrato, deben insertarse en un proceso de negociación que exige una cierta preparación, estudio y análisis, en el que, a diferencia de la contraparte, no se cuenta siempre con los elementos técnicos o asesoría adecuada, y que en un proceso de toma de decisiones, requiere de la destinación de un tiempo adecuado, particularmente cuando la comisión negociadora patronal generalmente está formada por técnicos y especialistas que, precisamente en el ejercicio de sus funciones profesionales, han sido nominados para intervenir en el proceso.

10. El Sindicato regula su actividad de acuerdo a las normas estatutarias que lo rigen y que reconocen la asamblea y los órganos que ellos establecen, y muy principalmente a través de la asamblea sindical.

En rigor, las asambleas se sujetan a las disposiciones estatutarias y legales, siendo particularmente relevantes aquellas que en el carácter de extraordinarias, tienen por objeto tratar la modificación del Sindicato.

Desde el punto de vista patrimonial, sin perjuicio de las facultades de los miembros para exigir cuenta del mandato, es de destacar la función de las comisiones revisoras de cuenta.

Desde el punto de vista funcional, cabe observar las facultades de convocar a votación de censura del directorio sindical, cuestión que es una norma aplicable también a la Comisión Negociadora en el caso de negociación colectiva.

11. Sólo puede ser decretada judicialmente por Ministro de Corte de Apelaciones y concurriendo causal legalmente establecida.

Sin embargo, la petición de disolución puede emanar de la Dirección del Trabajo, de cualquiera de los socios, o del empleador, cuestión esta última que constituye una ingerencia indebida en los asuntos sindicales.⁷ En efecto, dada la necesaria libertad que debe reconocerse a la actividad sindical, no es extraño que, aún cuando concurrieren algunas de las causales de disolución, el empleador pudiese ejercer tal facultad con el objeto de que —obviamente— hacer desaparecer de su ámbito de relaciones laborales a la organización sindical que se encuentra en tal caso. Ello, sin duda, plantea el problema de que necesariamente debe entenderse que en el carácter de contrapartes sociales, no puede la una estar legalmente facultada para ejercer acciones tendientes a la disolución de la otra. Es obvio que, establecer una hipótesis diversa cual es la de que eventualmente se reconociera a la organización sindical una facultad que derivare en la extinción de la empresa, resulta por cierto absurda. Sin embargo, no deja de ser ilustrativo que cuando las facultades de una de las contrapartes incide en la existencia de la otra, se está estableciendo una discriminación que demuestra las diferencias entre los derechos de propiedad y los derechos sociales.

12. El artículo 266 y siguientes del Código del Trabajo, establecen las normas pertinentes a la protección de algunos aspectos del derecho de sindicación y de la actividad sindical. Se establece, al respecto, una acción de carácter judicial que debe ser conocida y tramitada por el procedimiento laboral general, que es de lato conocimiento; y la resolución del tribunal está restringida a sanciones de carácter pecuniario y no contempla, en caso alguno, la declaración de nulidad y la reparación del acto que menoscabó tales derechos.

Notas

¹Ramírez, H., señala veinte conflictos específicos de relativa importancia entre 1849 y 1878, además de otros de especial significación.

Ramírez, H. (1986) *Historia del movimiento obrero en Chile*. Ediciones Car, Santiago, Pág. 134.

Pizarro de otra parte, caracteriza las fases de desarrollo del sindicalismo en relación a la huelga, calificando la primera etapa singularizada por la espontaneidad de la protesta obrera.

Pizarro, C. (1986) *La Huelga Obrera en Chile*, Ed. Sur, Santiago, 1986. Pág. 27.

²Con motivo de la nacionalización del cobre, en la década de los 70, el régimen institucional del sindicalismo cuprífero alcanzó rango constitucional.

³Lo señalado en cuanto a estas limitaciones, dan cuenta de las restricciones que la ley establece respecto de la libertad sindical.

⁴En el caso del sindicato de empresa, el requisito numérico depende del número de trabajadores de la empresa.

Si en ésta laboran menos de 25 trabajadores, se requerirá de 8 de ellos que representen a lo menos el 50%; si laboran más de 25 trabajadores, deberá agruparse a 25 trabajadores como mínimo, que representen a lo menos al 10%.

En todo caso, no existe porcentaje alguno requerido, cuando se trata de trabajadores que en número de 250 o más, se han asociado.

En el caso del sindicato de trabajadores independientes, se requiere de 25 trabajadores 75 en el caso de sindicato interempresa y de trabajadores transitorios.

⁵Una interesante excepción a la individualidad legal que define a la empresa, ha sido admitido por la Dirección del Trabajo en dictamen 2681, en que extiende el concepto de empresa en virtud de la jerarquía, ordenación y complementariedad del giro de empresas ligadas, y que admite, por tanto, la afiliación al sindicato de la empresa principal.

⁶Resulta interesante anotar que, en el caso de la agricultura, se ha desarrollado la forma de trabajo temporal, que sin embargo, no está contemplado entre aquellos trabajadores que pueden afiliarse a esta clase de sindicatos.

⁷En la misma línea, la caducidad de la personería jurídica en los casos en que, observados los estatutos por la Dirección, se formula reclamación judicial y es rechazada.

Formação profissional: a experiência italiana no contexto da comunidade européia

Enzo Avanzi*

1. O Fundo social europeu. 2. Relações entre as exigências formativas dos estados membros da Comunidade Econômica Européia e as regras comunitárias: o caso italiano. 3. A coerência dos projetos com as indicações da comunidade. A verificação de resultados. 4. Importância da fase de avaliação. 5. Os objetivos prioritários da nova disciplina comunitária. 6. Formação profissional: um momento crucial nas relações industriais. 7. A experiência dos contratos de formação e trabalho. 8. A formação profissional e os protocolos de "novas relações industriais". 9. A função da formação profissional no desenvolvimento das relações internacionais.

1. A análise das relações entre a Itália e a Comunidade econômica européia em relação à formação profissional pode ser efetuada utilmente de vários pontos de vista: pode-se prestar atenção particular aos aspectos históricos-institucionais; pode-se, com outro tanto fundamento, considerar a evolução que teve a matéria durante os últimos vinte anos, em relação aos desenvolvimentos da tecnologia e da organização do trabalho e, conseqüentemente, da didática e dos institutos jurídicos envolvidos pode-se, afinal, considerá-la como um observatório particularmente útil para compreender o alcance da influência do quadro comunitário na evolução global da Itália deste após-guerra, fazendo um balanço das vantagens e dos inconvenientes derivados daquela parte de integração econômica realizada até esse momento, no contexto da Comunidade econômica européia.

Na medida do possível, procurarei considerar globalmente todos os aspectos indicados acima, para dar uma idéia da profunda evolução

* Director do Serviço das Relações Internacionais do Intersind

econômico-institucional que se realizou no meu País também a seguir ao Tratado de Roma.

Ponto de partida é, necessariamente, a disciplina do Fundo Social Europeu, o único Fundo estrutural (também existem o Feoga as intervenções em agricultura e o Fesk para as intervenções regionais) expressamente disciplinado pelo próprio Tratado (arts. 123-128) "para melhorar as possibilidades de emprego dos trabalhadores no interno do mercado comum e contribuir, desta maneira, ao melhoramento do nível de vida", bem como para "promover no interno da Comunidade a mobilidade demográfica e profissional dos trabalhadores."

Podemos ver que é um instrumento originariamente pensado como "corretivo" dos desajustes econômicos-sociais entre as diversas regiões dos primeiros Estados membros (República Federal Alemã, França, Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Itália) destinado, na intenção dos fundadores, a tomar menos traumático para os trabalhadores o choque entre economias desenvolvidas diferentemente as da Europa do Centro-Norte e as das regiões mediterrâneas -naquele tempo principalmente o Sul da Itália- e que considerava as dificuldades maiores que estas encontrariam seguramente no momento da caída das proteções aduaneiras.

O Fundo social europeu -afirmou-se com um pouco de ênfase no debate sócio-político- devia, em certa medida, "compensar" o delineamento liberalista do tratado, construindo ao lado da Europa das mercadorias e dos capitais, a Europa mais "solidarista" dos trabalhadores: dito resultado devia ser obtido confiando à Comissão -assistida por um Comité consultivo composto por representantes dos Governos e das organizações sindicais dos trabalhadores e dos patrões- a administração de dito Fundo (art. 125).

No Tratado, então, já era delineado um sistema -sucessivamente consolidado com a experiência- de gestão "trilateral" dos recursos, num contexto que via um grande poder de impulso da própria Comissão no interno de dispositivos periodicamente actualizados.

Desta maneira foi possível afirmar, em matéria de formação profissional, um poder de orientação da Comissão muito importante porque, como é sabido, a contribuição do Fundo cobre normalmente 50% dos desembolsos efetuados pelo Estado ou por outro organismo nacional de direito público, com a conseguinte instauração de uma espécie de "efeito multiplicador" da eficácia das disposições comunitárias muito para além da entidade das quantias destinadas e efetivamente pagas pelo Fundo Social (é muito grande, de fato, a quantidade de projetos julgados não financiáveis, dentro de um sistema que vê a Comissão titular do poder de decisão na ausência -diferentemente do que acontece em outros domínios- de cotas de acesso nacional predeterminadas).

2. Deste modo se explica como influíram sempre ao lado e algumas

vezes nem menos das exigências efetivas dos Estados membros- as capacidades das diversas administrações nacionais de adequar-se às regras estabelecidas a nível comunitário, com o resultado de ver atenuado em sede de gestão o favor de outra forma atribuído às regiões menos favorecidas (que, aqui como noutros lugares, acham-se de fato em posição desfavorável -nem menos do que acontece em termos econômicos- mesmo pela menor eficiência das respectivas administrações públicas).

Dito inconveniente passou a ser ainda mais evidente quando -ampliada a área dos Estados membros e sendo mais forte a concorrência na distribuição dos recursos do Fundo, após o agravamento da crise econômica -compreensivelmente tornaram-se mais perceptíveis, também nesse domínio, as consequências derivadas da capacidade desigual de gestão das diversas burocracias.

Um dos Países que mais sofreu esse "diferencial de eficiência" da administração pública foi, sem dúvida, a Itália: não apenas e nem tanto pela menor preparação de suas estruturas burocráticas, mas pelo fato de ter realizado -poucos anos após o início do Fundo- a descentralização, prevista pela Constituição, da competência em matéria de formação profissional às Regiões, com os inconvenientes intuíveis derivando do fato de ter que coordenar -desde a fase de arranque, sempre complicada e conflitual no plano nacional- vinte regulamentos regionais com as regras comunitárias.

A aprovação de uma lei *ad hoc* (lei n. 845 de 1978) não proporcionou corretivos muito satisfatórios para dito inconveniente.

Este foi o maior inconveniente do choque das normas comunitárias contra as nacionais, porém devemos lembrar que o quadro global apresenta muitos outros aspectos absolutamente positivos.

Lembro, muito brevemente, que:

-foi possível considerar a situação particular das regiões do Sul prevendo, a seu favor, -como para as outras zonas menos favorecidas da Europa- um fundo de reserva no âmbito dos recursos globais do Fundo;

-a "formação profissional" foi sempre considerada numa acepção muito ampla, com a possibilidade de compreender as intervenções relativas às profissionalidades baixas e às mais qualificadas, sem excluir os projetos mais caros (estou pensando nos cursos post-diploma e post-graduação);

-sempre foi dado espaço à criatividade e à renovação, reservando uma cota (5%) aos chamados "projetos piloto", destinados a intervenções particularmente apreciáveis pelos métodos e os instrumentos didáticos envolvidos e/ou pela destinação a categorias menos favorecidas (jovens à espera do primeiro emprego, mulheres, handicapados, etc.);

-foi favorecida -e esse é, relativamente à situação italiana, o efeito provavelmente mais positivo- a difusão de uma "cultura projetual",

extremamente útil de vários pontos de vista: os operadores, privados e públicos, de fato, foram em certa medida encorajados a abandonar a visão formalista do direito administrativo, prevalecente no nosso país, e a considerar uma "ciência da administração".

3. A exigência de fazer chegar em Bruxelas "projetos" singularmente coerentes com as indicações dos textos comunitários favoreceu, também a nível de cultural geral, a consolidação da consciência da centralidade do "projeto de formação", entendendo com isso não apenas o objetivo prático de cada intervenção, mas -e sobre tudo- o critério conforme o qual actuar para toda avaliação de mérito relativamente à atividade dos sujeitos gerentes da formação.

Não é pouco, se considerarmos que, qualquer que seja o proponente, cada operador jurídico -em sede de administração, de controle, de verificação judiciária-deve pelo menos ser capaz de individuar o projeto; faltando isso, faltariam os pressupostos para a avaliação.

Projeto é, de fato, aquele conjunto de atividades combinadas entre elas que envolvem recursos diferentes, próprios do titular e por vezes alheias, a fim de alcançar um objetivo determinado.

Não pode faltar, então, em nenhum caso hipotizável, quer que se trate de gestões públicas, quer que diga respeito à realização de objetivos empresariais.

Pode ser encontrado durante a fase de individuação das necessidades, bem como naquela de projeto e realização da intervenção.

É imprescindível no momento da verificação dos resultados (incremento dos conhecimentos individuais e correspondência às exigências do comitente), bem como quando são prefigurados objetivos de controle (conformidade à programação geral e/ou local, consequência sobre o território, etc.).

É muito significativo notar como ditas exigências, tradicionalmente típicas da ciências da organização, sejam hoje sentidas amplamente, e nos nossos Países está assumindo importância sempre maior o estudo da *relevância pedagógica* do projeto.

Dita relevância -como sabe muito bem todo perito de processos de formação- deve poder ser individuável já durante a fase da análise das necessidades colocadas pela organização que faz o pedido, bem como no momento em que, avaliando os resultados, se efectua a verificação do que os indivíduos apreenderam e das variações induzidas nas organizações em que eles estão envolvidos.

O "projeto de formação profissional" -na Itália bem como em todos os Países comunitários- da vários tipos de resultados contemporaneamente:

-no âmbito da gestão dos recursos públicos é um dos vários "tijolos"

que participam na construção do edifício de uma política econômica, com a consequente possibilidade de avaliar a sua compatibilidade e eficácia em relação às prioridades indicadas pelas várias administrações (por exemplo, exigências de reestruturação industrial e/ou de apoio às atividades de regiões pouco favorecidas, etc.);

-para as empresas é um sintoma e, ao mesmo tempo, a consequências de um projeto de gestão com o qual é logicamente relacionado: em ordem decrescente de importância, segundo a análise de um perito de sistemas formativos (Guadalupi) pode, de cada vez, tratar-se: de reconversão empresarial; de variação da tecnologia produtiva; de variação da organização de um setor produtivo; de criação de uma nova linha de fabrico; de elevação do quadro de automatização das instalações; de um melhoramento da eficiência produtiva] de desenvolvimento de uma função empresarial; de um melhoramento das condições de segurança; de definição de práticas operativas novas, de ajuste dos processos de comunicação empresarial; de lançamento dos novos produtos; de criação ou nova definição de papéis profissionais; de processos de mobilidade interempresarial e intersectorial; de ajuste dos métodos de gestão adotados pelos quadros; de automatização do trabalho de escritório; de formação para um papel (integração de jovens diplomados ou jovens formados, promoção, melhor desempenho do papel por parte de managers e quadros); de difusão dos valores empresariais e desenvolvimento dos comportamentos sócio-organizativos correspondentes; de melhoramento dos processos de integração dos planos de desenvolvimento profissional individuais ou por grupos profissionais homogêneos, e assim por diante;

-o projeto de formação é, em suma, no âmbito dos objetivos mencionados relativos aos destinatários (formação e qualificação) e aos comitentes (necessidades organizativas e de gestão) o processo que está na base da organização e avaliação de toda a intervenção didática, com atenção particular a cada uma das fases em que dito projeto se articula:

- a análise das necessidades;
- o projeto da formação;
- a realização;
- a avaliação.

4. É exatamente a esta última fase -a *avaliação*- que hoje na Itália, bem como em toda a Europa comunitária, se dedica uma atenção particular.

De fato, se da uma importância sempre maior ao desenvolvimento -a favor dos utilizadores finais, bem como das Entidades financiadoras- de uma cultura da avaliação das intervenções formativas como pressuposto de um uso mais eficaz dos recursos destinados a eles.

Se trata, em suma, de sair da lógica bastante retórica da afirmação

tradicional "*investir na formação é importante como investir em máquinas ou em outros bens imateriais, por exemplo, na pesquisa*" atribuindo-lhe significados concretos em relação às exigências de todos os sujeitos envolvidos.

No meu país começam a ser solicitadas, quer pelo legislador nacional, quer por aquele comunitário, análises prévias e recapitulativas dos resultados da formação (o novo Fundo prevê o reembolso das despesas de avaliação); e não há dúvida que é nesta direção que esperam-se nos próximos anos os progressos mais importantes.

Se trata de uma matéria que desde muito tempo é objeto de atenção por parte da Intersind e das Empresas consociadas: é suficiente pensar que a área dos projetos e da avaliação das intervenções formativas foi considerada como terreno ideal para fazer "desenhar" aos técnicos da Ancifap -sociedade em consórcio que projeta e gere a maior parte das intervenções formativas das empresas Iri- uma série de novas figuras profissionais (perito de formação, avaliador dos processos de formação, agente de desenvolvimento) capazes de responder aos pedidos das empresas e das administrações locais, particularmente as que operam nas áreas menos fortes do ponto de vista econômico.

Ditas figuras profissionais recebem, obviamente, uma formação *ad hoc* quando se prevê que possam ser destinados a operar no âmbito de intercâmbios de experiências com Países da área extracomunitária e, por isso, ocupar-se da identificação, das exigências específicas de ditos países.

Provavelmente, eles terão maiores possibilidades profissionais na medida em que houverá a consolidação do novo sistema resultante da coordenação dos Fundos com finalidades estruturais e da Bei (Banco europeu dos Investimentos), previsto pela regra Cee n. 2052 de 24 de junho de 1988 e sucessivamente confirmado e pormenorizado -relativamente ao Fse- pelas Regras n. 4253 e 4255 de 19 de Dezembro de 1988 e pelas *Orientações* fixadas em 24 de fevereiro de 1989.

5. A nova disciplina comunitária, de fato, individua globalmente cinco objetivos prioritários, atribuindo-os de cada vez aos vários Fundos e instrumentos financeiros de intervenção:

a. promover o desenvolvimento e a adequação estrutural das regiões cujo desenvolvimento está atrasado: Fesr, Fse, Feaog, Orientação;

b. reconvertir as regiões fronteiriças ou partes de regiões (inclusive zonas e comunidades urbanas) gravemente afectadas pelo declínio industrial: Fesr, Fse;

c. lutar contra o desemprego a longo prazo: Fse;

d. facilitar a integração profissional dos jovens: Fse;

e. na perspectiva da política agrícola comum,

i) acelerar o ajuste das estruturas agrárias: Feaog Orientação;

ii) promover o desenvolvimento das zonas rurais: Feaog Orientação, Fse e Fsr; enquanto é previsto que a Bei e os outros instrumentos financeiros possam inserir-se, cada vez, para os objetivos derivados de seus estatutos e indicados pela Comissão.

Este sistema, privilegiando e incentivando intervenções por parte de vários fundos conjuntamente relacionados a cada um dos cinco objetivos no quadro de programas trienais de intervenção, torna sempre mais importante -e tecnicamente complexo- o momento da avaliação, devendo-se individuar, a cada vez, em termos de consequencialidade e de congruência, o nexo existente entre intervenções formativas e projetos econômico-industriais aos quais se referem.

Dessa maneira, se confere à formação profissional -mesmo pela sua reconhecida finalidade em relação a um projeto privado e/ou público, de desenvolvimento- toda a importância que lhe cabe e que, como é sabido, pode ser-lhe plenamente atribuída somente no caso em que seja prevista uma utilização efetivamente produtiva das profissões dos trabalhadores.

6. As observações feitas até aqui sobre os aspectos técnicos e de gestão da formação devem ser necessariamente integradas pela análise de um outro aspecto cujo conhecimento é outro tanto essencial dentro do quadro nacional e comunitário: é necessário, mesmo se sumariamente, considerar em ambos os casos todos os aspectos compreendidos na constatação que *a formação profissional representa um dos momentos nodais das relações sindicais*.

Dita afirmação pode ser mais facilmente verificada no plano nacional, porque, de fato, a nível comunitário a construção de um sistema de relações empresariais está a ser iniciada agora. Porém, e veremos em seguida, a relevância da formação não é menos significativa.

Se considerarmos, sumariamente, a experiências desta última década, podemos dar-nos conta do significado importante da formação no desenvolvimento -com fases alternas bastante compreensíveis- daquele sistema de *gestão consensual da mudança* que, geralmente, hoje prevalece no nosso País.

Já na segunda metade dos anos 70 -quando se começou a colocar no plano das relações sindicais o tema das reconversões e reestruturações industriais, necessárias para sair da crise do período anterior- a formação profissional era vista como uma passagem obrigatória para acompanhar os trabalhadores nos delicados processos de mobilidade que eram absolutamente indispensáveis.

Ditos processos, repetimos, foram considerados e contratados desde o início como uma das fases ligadas de maneira inscindível às reestruturações; individuação das novas características organizativas e produtivas

da empresa; conseqüente determinação dos êxitos qualitativos e quantitativos dos quadros; apoio dos rendimentos dos trabalhadores temporaneamente ou definitivamente expulsos do ciclo produtivo; determinação das necessidades formativas relativamente à área dos trabalhadores empregados e aos exedentes, considerando, nesse caso, a mobilidade necessária em concreto.

No que diz respeito a esses fenômenos -traumáticos para os trabalhadores e para as próprias empresas, naquele período todas mais ou menos envolvidas em crises próprias e/ou de setor- realizaram-se lutas sindicais amiúde muito duras; porém, felizmente -e a Intersind e Asap sempre deram uma importante contribuição a tal fim- nunca foi quebrado o fio de um diálogo fundamental relativo à melhor utilização dos recursos nacionais.

De fato, foi sempre viva a consciência -por parte dos trabalhadores e das empresas- da gravidade da crise econômica, das suas raízes internacionais e da conseqüente necessidade de achar, também por meio das relações sindicais, soluções capazes de atenuar os efeitos no contexto nacional.

Ditas soluções eram muito urgentes, porque a situação global do País -naquele momento atingido por uma inflação (mais de 20% por ano) porcentualmente muito superior à média européia, bem como pelo fenômeno do terrorismo- apresentava perigos muito concretos para a mesma democracia política.

É necessário considerar esses fatores gerais político-econômicos para poder compreender o verdadeiro salto de qualidade que o nosso sistema de relações industriais registrou nesta década.

Todas as evoluções que a disciplina sindical dos vários institutos tem realizado podem ser explicados no âmbito dessa mudança de atitude, da consciência -felizmente apoiado pelo consentimento dos trabalhadores- de que somente o alcance de novos níveis de eficiência global consentiria a salvaguarda e a consolidação do sistema de relações sindicais mais desenvolvido entre os sistemas em vigor na Comunidade européia; por isso, no nosso País os protagonistas das relações industriais podem orgulhar-se do alcance destes objetivos econômicos que, em outros Países -pensamos na Inglaterra- levaram a uma redução traumática do sindicato.

Tratou-se, é claro, de um processo complexo e nem sempre linear, que viu a alternância de momentos de grante tensão com realizações contratuais cujos êxitos foram globalmente positivos.

7. Podemos lembrar aqui as disciplinas sucessivamente previstas para os contratos de formação e trabalho, que permitiram superar algumas faltas de flexibilidade do nosso sistema de colocações, inserindo, durante

cinco anos, quase 800 mil jovens com admissões a prazo, na maioria transformados em relações a tempo indeterminado.

Tratou-se de uma experiência que foi também criticada, às vezes com razão (nem sempre realizaram-se momentos efetivos de formação, sobretudo quando prevaleceu o recurso ao apoio de companheiros de trabalho expertos em vez de intervenções de ensino externo), mas que permitiu -devido a prevalência de utilizadores sérios do instituto, particularmente as grandes empresas- verificar médias de conversão em contratos estáveis satisfatórios no seu conjunto: a média nacional é 55,8% e aumenta para 90% no caso das empresas representadas pela Intersind e Asap, que recorreram principalmente a este instituto contratual em relação a admissões ligadas a profissões conexas com a renovação e alta tecnologia, visto que se consolidou de maneira irreversível a tendência pela qual mais de 50% dos trabalhadores do grupo Iri possuem um diploma de ensino secundário ou de licenciatura.

De um ponto de vista mais geral, vale a pena salientar que a formação profissional hoje é considerada incontestavelmente -a nível nacional e comunitário- um dos terrenos ideais para que possa desenvolver-se completamente aquele "diálogo social" cuja utilidade é reconhecida por todos.

8. Desejo salientar, a esse propósito, que os Protocolos sobre as relações industriais estipulados por Iri e Efim, assistidos pela Intersind, com as Confederações Cgil, Cisl e Uil individualmente concordemente a formação como domínio privilegiado para o estudo e a realização de projetos comuns, e que um exemplo significativo nesse sentido foi a constituição em Outubro de 1987, por parte da Intersind e das Confederações sindicais, de uma sociedade -Chirone 2000 S.r.l.- destinada à gestão de iniciativas conjuntas em matéria de orientação escolar e profissional dos jovens, em atuação de um acordo interconfederal estipulado a tal fim aos 17 de Junho de 1986.

Se tratou, assim como já em outros domínios no passado, de uma primeira realização que mais uma vez abriu um caminho novo nas relações industriais: organismos análogos estão-se a preanunciar atualmente no âmbito das tratativas entre empresas privadas e confederações sindicais e a experiência dos próximos anos demonstrará se também no nosso sistema de relações sindicais poderá afirmar-se plenamente uma pluralidade de organismos bilaterais destinados a co-gir o estudo e a avaliação dos processos de formação.

Ao considerar o quadro europeu, deveríamos concluir a favor de uma possível vitalidade dessas realizações, que parecem integrar-se numa tendência que hoje prevalece em toda a Comunidade.

Não é por acaso que mesmo em relação à formação, à motivação e à

informação dos trabalhadores tenha sido possível -no âmbito do chamado diálogo social de Val Duchesse, promovido pelo Presidente da Comissão Cee Dólors, com as partes sociais- chegar à subscrição (16 de Março de 1987) de "pareceres comuns" que, relativamente a estes temas, auspiciam a promoção da contribuição dos *patners* sociais para tornar mais fácil a transição dos jovens da escola à vida ativa (ponto 4) e para reforçar os sistemas de formação contínua e de reconversão profissional dos outros trabalhadores.

Desejo chamar a atenção o fato de que estes "documentos comuns" mesmo não constituindo verdadeiros contratos coletivos europeus" (as associações européias dos empresários e dos sindicatos são grupos de pressão que desempenham seu papel no âmbito das consultas com os órgãos da Cee, mas não dispõem, atualmente, de mandato para estipular verdadeiros contratos), são, todavia, os mais semelhantes aos "contratos coletivos" entre os que foram subscritos até agora em Bruxelas; e sua importância política é grande, visto que a atual Comissão refere-se a eles ao examinar o problema de obter os consentimentos indispensáveis para as políticas que deverão acompanhar a completa instauração do grande mercado, prevista em 1993.

9. As considerações feitas até aqui trataram somente de aspectos parciais da função que a formação pode assumir para o desenvolvimento das relações transnacionais.

O quadro comunitário, de fato, representa somente um dos âmbitos possíveis em que se desenvolve aquele processo de internacionalização que interessa sempre mais as nossas empresas. Trata-se de um contexto no interno do qual as relações com os *patners* dos outros países europeus são institucionalmente mais fáceis, porém mesmo por esse motivo, provavelmente menos significativos; seguramente perderão significado na medida em que trata-se de relações que parecem cada vez mais "domésticas" perante a ampliação, relativamente a todos os aspectos, do mercado interno.

Não há dúvida que uma das condições de eficiência para as empresas reside, atualmente, na atitude do *management* a encarar os processos de internacionalização, com o risco conseqüente que os trabalhadores da área pública sejam desfavorecidos, porque usualmente excluído das ocasiões de crescimento profissional presentes somente no circuito internacional.

Nasce dessa constatação o reconhecimento de uma ulterior, grande potencialidade dos intercâmbios de experiências em matéria de formação profissional, que em casos desse tipo podem ser utilizados como o instrumento idôneo a anular a insuficiência do grau de internacionalização e, portanto, um dos maiores *handicaps* que prejudicam os managers das

empresas da área pública.

Ditos intercâmbios de experiência podem e devem dizer respeito a qualquer âmbito da profissionalidade necessária para quem desenvolve importantes tarefas empresariais, das funções diretivas propriamente ditas até as problemáticas especialísticas de setor.

Conjuntamente e ao lado das matérias mais tradicionais (sistemas organizativos, *marketing*, problemáticas comerciais e fiscais, problemas financeiros, etc.) deve ser reconhecida uma importância primária à matéria das relações sindicais.

Tudo isso, obviamente, não porque imaginamos que seja possível transferir mecanicamente experiências contratuais de um País para outro, mas porque estamos seguros que é sempre possível e útil compreender as razões que levaram -num contexto nacional diferente e num certo momento- a efectuar algumas escolhas de política sindical em vez de outras, igualmente viáveis, com significado diferente.

Noutras palavras, mesmo considerando, como é natural, a influência de condições sócio-políticas diferentes e tradições particulares, um forte denominador comum é sempre representado pela consciência da dificuldade de existência da democracia política onde as relações sociais não estão fundadas no consentimento] e em dito âmbito, não podem-se hipotizar gestões empresariais eficazes prescindindo de um sistema de relações satisfatório com os trabalhadores e seus representantes.

O conjunto das políticas do pessoal e, mais em geral, das relações industriais, passa a ser um dos domínios em que podem-se utilizar mais utilmente experiência e soluções, numa série de encontros que acabam por enriquecer os representantes de ambos os sistemas que se encaram.

A experiência que estamos vivendo durante estes dias é um exemplo probante desse enriquecimento e acho que estou interpretando a convicção de todos insistindo que nos sentimos todos empenhados a estudar aperfeiçoamentos para os próximos momentos de encontro que esperamos possam ser organizados.

Seminários importantes como esse, estamos seguros podem aperfeiçoar o trabalho que a Intersind já está a desenvolver, juntamente com outras Entidades do grupo, no âmbito da experiência dos bolsistas Iri -alguns deles estão participando significativamente nestes dias de estudo-trabalho que a nossa Associação desenvolve sempre mais pormenorizadamente.

LAVORO INFORMAZIONE

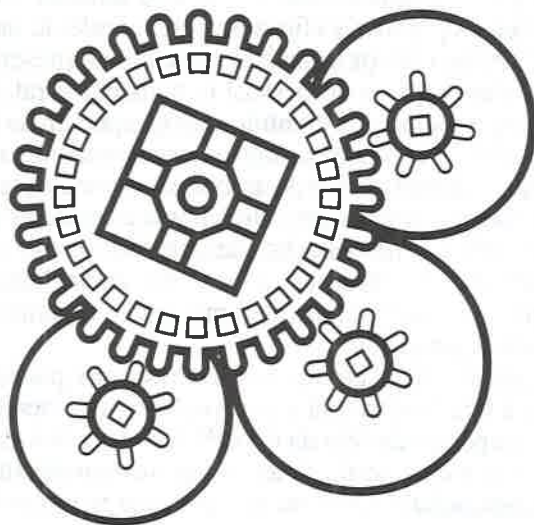
15 ottobre 1990 - anno IX

n.19

**METALMECCANICI
TRA POLITICA ED ECONOMIA**

LA NUOVA CONFINDUSTRIA

IMPRENDITORI DI SINISTRA



Direzione:

Aris Accornero - Raffaele De Luca Tamajo - Gino Giugni

Direttore responsabile:

Massimo Mascini

Franco Angeli Riviste

V.le Monza 106 - 20127 Milano - tel. 02-2827651 - Quindicinale - sped. abb. post. gr. II/70%

Emprego publico e negociação coletiva no Brasil*

Ericson Crivelli**

1. Introdução, 2. Conflito e democracia industrial, 3. Conflito sindical e sindicalismo de emprego público no Brasil, 4. À guisa de definição conceitual dos modelos jurídicos, 5. Regimes jurídicos, reforma administrativa e negociação coletiva, 6. Conclusão.

1. Passado um ano de convivência do sindicalismo de emprego público com o novo texto constitucional, que permitiu-lhe o ingresso no padrão institucional-legal de relações coletivas de trabalho existentes no Brasil, permito-me sistematizar algumas reflexões. O conteúdo das análises que tentarei esboçar foram apresentadas com a versão original deste texto no 1 Encontro Sobre Regime Jurídico único realizado pela Administração Municipal de Campinas em outubro de 1989, que apesar de já ter decorrido alguns meses deste evento, seguem tendo um caráter inconcluso, e fundamentam-se sobretudo em experiências de sindicalismo de emprego público em confronto com administrações municipais.¹

As pretensões deste texto são de sistematizar as reflexões em dois planos. Num primeiro plano poderia inscrever o que denomino de prática conflitiva, que abrange de toda a ação sindical à negociação coletiva, do conflito à contratação coletiva.² E noutro plano, que denomino institucional-legal, estão as disposições constitucionais acerca do regime jurídico de regulamentação da relação força de trabalho/Administração Pública e, a Reforma Administrativa prevista ainda no texto constitucional, como norma-programa.

Aquilo que no setor privado da economia pode-se denominar como conflito industrial demora a dar seus sinais no setor da administração pública se tivermos em vista a retomada do processo de mobilização do

* Texto apresentado no Primer Congreso Internacional de Relaciones Laborales, realizado nos dias 2, 3 e 4 de maio de 1990 na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, promovido pela Fundación Crisologo Larraide.

** Pós-graduado em Ciência política pela Unicamp; assessor jurídico do Departamento Nacional dos Bancários da Cut e membro de Coordenacal Jurídica da Cut.

sindicalismo operário no período de abertura política. Entre os fatores que determinaram o refazer tardio do sindicalismo de emprego público, sobrepõe-se a proximidade dos centros de comando do poder político autoritário.

Então, a (re)construção do sindicalismo de emprego público, enquanto identidade coletiva, é posterior ao movimento operário (no seu sentido estrito) e mais recente ainda ao nível das Administrações Públicas Municipais. Irei tentar organizar algumas reflexões que tem em conta algumas experiências recentes de conflitos e negociações.

No plano institucional-legal, no que se refere às relações, travadas entre servidores públicos/Administração Pública, a discussão tem sido animada pela determinação expressa do art. 39 da Constituição Federal que manda a administração direta, as autarquias e fundações adotarem como regramento destas relações um regime jurídico único. Existem hoje no Brasil, nos diversos níveis de administração política do Estado (União, Estados e Município) vínculos entre servidores e Administração Pública com natureza técnico-jurídica diversas. Posso denominá-los, sem preocupação de precisão jurídico-terminológica, de servidores "estatutários", servidores de regime trabalhista e "especial".³ Outra determinação constitucional é a da Reforma Administrativa.

Esta diversidade no entanto, por mais que o desejem os formalistas, não se encerra somente no campo da virtuosidade jurídica, projetando-se para o plano que denomino de prática conflitiva e no padrão de relações coletiva de trabalho que se quer a partir deste estabelecer. Ao meu aviso, todas as análises intentadas, ressalvadas algumas exceções⁴, têm se pautado pelo prisma da exegese jurídica, ou seja pelo exame estrito do texto das normas constitucionais aplicáveis à Administração Pública, restringindo-se por vezes a aspectos de interpretação gramatical, olvidando o que tenho como necessárias considerações de natureza política que dizem respeito às relações entre os atores envolvidos: a administração e servidores públicos.

Por fim, como já tive oportunidade de fazê-lo anteriormente, devo advertir que a discussão que se tentará encetar somente faz sentido se os interlocutores reconhecerem, de um lado a existência do conflito coletivo de trabalho, e por outro a necessidade da negociação coletiva de trabalho. Pode parecer pueril, mas numa sociedade com um ainda restrito experimento democrático encontra-se amiúde, em ambos os pólos do espectro político, aqueles que desconhecem o conflito como elemento de realidade inexpugnável, e a negociação como um instrumento de mudança numa sociedade democrática.

2. Têm-se definido como sendo objetivo do sindicalismo nos nossos tempos a construção de uma democracia industrial. O tema coloca em

mira a direção e controle do processo de trabalho. Numa perspectiva gradativa que vai da colaboração ao poder sobre a produção, a profundidade com a qual se dá a participação dos trabalhadores neste projeto, será balizado pelo norte político que anima seus setores mais organizados. É bem verdade que este projeto político nem sempre está explicitado, ou mesmo estão conscientes dele os atores envolvidos. Pode-se dizer, ante a ausência de um projeto político explicitado, que o mesmo implícito no que alguns autores denominam de projeto da ação⁵.

Este projeto da ação que abarca a construção de algum tipo de democracia industrial, poderia se definir em três pontos centrais. Ter poder (ou contrapoder) no local de trabalho, ou seja na execução do processo de trabalho o ritmo que se deve trabalhar, de que modo e sob qual estrutura de autoridade se deve trabalhar. Exercer poder sobre a gerência em geral (entendida como o conjunto que compõe a administração científica). E, por fim, a construção de direitos com algum grau de institucionalização (compreendido no termo a contratação coletiva de trabalho).

É verdade que estes pontos apresentados são respostas organizadas ao conflito industrial. E o que entendo aqui por conflito industrial? O mal-estar resultante das contradições de subordinação, típicas ou não das sociedades capitalista, mas seguramente encontráveis nas sociedades que adentraram algum tipo de modernidade industrial, este pode gerar reações conflitivas. Ademais a clássica constatação marxiana da contradição gerada pela separação dos operários/meios de produção e apropriação do sobre-trabalho, o processo de trabalho na fase da revolução técnico-científica aprofunda a separação gerada nos processos modernos de trabalho, qual seja, entre concepção e execução do trabalho. Este processo de dissociação espalha-se por toda a sociedade, reproduzindo-se e refazendo-se nos novos processos de trabalho introduzidos pela automação.⁶

O processo de dissociação entre concepção e execução do trabalho deixa de ser típico do processo de trabalho industrial, reproduzindo-se também no setor secundário da economia. O processo de trabalho desenvolvido em escritórios, ou seja, o trabalho de natureza burocrática apresenta também a dissociação entre quem planeja o trabalho e quem o executa. Quando falo em trabalhadores de escritório estou pensando sobretudo nos estamentos burocráticos e o que quero ressaltar é que este processo de trabalho mantém latente esta contradição entre gerenciamento e força-de-trabalho. E esta contradição gera no interior destes estamentos, conflitos semelhantes aos gerados no processo de trabalho industrial. E digo isto para retomar que o Estado e a forma de organização dos seus serviços não estiveram imunes às contradições. Ou dito de outra forma, a administração pública se organiza de forma também a gerar conflitos.

É bem verdade que se pode ter outras definições do conflito, a mercê do paradigma conceitual com o qual se opera. A definição de Melucci, p. e., que vem na esteira da problematização das sociedades pós-industriais, vê o conflito como a relação entre atores opostos lutando pelo mesmo recursos que estes dão algum valor. Repare-se que o paradigma não tem neste caso seu eixo conceitual na contradição Capital/Trabalho. Os diversos Locus de contradições e conflitos sugeridos pelo autor estão pulverizados pela sociedade e merecem um tratamento conceitual "isônômico".⁷ No âmbito deste ensaio, posso furtar-me a uma resolução neste capítulo particular da "crise" dos paradigmas conceituais, visto meu interesse específico com a relação servidor/administração.

É com este binômio, conflito e negociação, que opera o cálculo político do movimento sindical. Apostar na ativação do conflito, através de suas várias formas de expressão organizadas, para num momento seguinte por meio de negociação formalizar ganhos do setor empresarial, são segundo parece-me os parâmetros da "engenharia sindical". E a forma contemporânea mais encontrável de formalização de conquistas resultantes do processo de negociação é a contratação coletiva de trabalho. Contratar para formalizar direitos conquistados.

O processo de ativação do conflito e negociação pressupõe a existência já de atores coletivos com suas identidades definidas e a convivência destes num sistema de relações industriais. O que se verifica no sindicalismo de emprego público é que só recentemente são encontráveis as características definidoras com as quais se opera esta minha análise.

Segundo Baglioni⁸ as Relações Industriais podem ser entendidas, numa definição que encontra convergência com diversos outros especialistas, pelo conjunto de normas (formais e informais, gerais ou específicas, genéricas ou precisas) que regulamentam o emprego dos trabalhadores (salário, horário e vários outros institutos), fixadas por diversos métodos (contratação coletiva, lei, etc.) pelos quais estas normas são estabelecidas e podem ser interpretadas, aplicadas e modificadas, os métodos de estabelecimento são escolhidos ou aceitos pelos atores (organização e representação dos trabalhadores, empregadores e suas organizações. Estado através de suas instituições) que por tais relações integram, sob a base dos processos nos quais são verificáveis, graus diferentes de cooperação e de conflitualidade, de convergência e de antagonismo.

Devo ressaltar estes dois aspectos na definição de Baglioni: a existência de atores coletivos e a normatização das relações individuais ou coletivas com a participação e interferência e participação dos referidos atores em algum momento da formulação, aplicação ou modificação desta norma. Os servidores públicos, sobretudo os do âmbito das administrações municipais, até por esta ótica, somente constituíram as suas identidades

enquanto entes políticos coletivos, ou seja enquanto atores coletivos, recentemente. O que vale dizer, que é recente a inserção de um padrão de relações coletivas de trabalho (relações industriais) nas administrações municipais.

Se tomarmos como válida a definição de Baglioni, logo podemos constatar que na Administração Pública, o processo que pode-se definir como de relações industriais constitui-se uma novidade, vez que é recente a organização dos servidores públicos. Se o movimento sindical somente retomou, no setor secundário da economia, seu processo de mobilização ampliada não mais que há 10 anos, o setor dos serviços públicos em geral, por fatores diversos como ressaltei, mas a preponderar a proximidade do poder político autoritário, somente retomou seu processo de mobilização e organização recentemente. E no que diz respeito aos servidores municipais, este processo não remonta a mais que 2 ou 3 anos nos municípios grandes e médios, e está apenas principiando-se nos pequenos municípios brasileiros.

3. Entendo que o processo de construção da identidade coletiva do sindicalismo de emprego público, para completar seu ciclo de formação, precisa superar vários obstáculos. Um primeiro é compreender-se definitivamente como detentor de interesses opostos, logo conflitantes, como as Administrações Públicas. E observe-se, a natureza do pólo oposto em conflito é distinto do sindicalismo operário e do sindicalismo que se desenvolve no setor de serviços. A primeira constatação que se impõe, é que não é possível operar-se com a noção de oposição de classe por representar a Administração não os interesses de uma classe social, ou pelo menos isso espera a sociedade, mas os interesses de uma comunidade.⁹ Esta compreensão por si decorre, ou deveria decorrer, que este sindicalismo necessita ter um postura distinta ao operar com os instrumentos de conflito coletivo.

E ainda nesta linha, existem obstáculos de ordem política na formação desta consciência do conflito, tais como o peso do clientelismo político na formação do quadro de servidores municipais, nas Administrações com comando político conservador, e uma certa nebulosidade quanto aos papéis a desempenhar-se, em ambos os lados da mesa, nas novas Administrações de esquerda, principalmente as ligadas ao P.T., até pela sua origem preponderantemente do movimento sindical.

Um segundo passo a se dar, e que penso seria consagrado no processo de modernização do sindicalismo de emprego público, é a quebra da exacerbada noção corporativa que cerca o emprego público. É preciso buscar-se a ruptura do corporativismo (no sentido restrito do termo) que separa os servidores de outros ramos da classe trabalhadora. Os objetivos, não são sem dúvida de fácil alcance. É preciso, para que aumente o poder

de organização do sindicalismo de emprego público, de um lado, e a força deste nas negociações vis-a-vis as Administrações, de outro. Ao meu aviso três são as tarefas imediatas que se impõem ao sindicalismo de emprego público.

A primeira tarefa, constitui-se a necessidade do sindicalismo de emprego público de criar novos e diversificar os instrumentos de pressão. A permanecer a greve como único instrumento de pressão dos servidores, esta poderá sofrer um rápido e crescente desgaste junto a população. A greve nos serviços públicos, diversamente da paralisação ocorrido na atividade econômica privada, não causa prejuízo a um patrão ou a uma empresa capitalista e seu patrimônio, causa prejuízo nas finanças formadas pela comunidade, ou seja, no patrimônio público. Dito de outra forma, não há uma percepção privada do prejuízo.

E mais, a greve dos serviços públicos atinge a comunidade indistintamente, mas seus maiores prejudicados são indiscutivelmente os próprios trabalhadores. São os trabalhadores os usuários dos serviços públicos. O posto de saúde paralisado, a creche paralisada, a escola pública paralisada prejudicam diretamente os assalariados em geral e sobretudo os de baixa remuneração. Entendo, que se deve repensar as formas de greve nos serviços públicos sob pena do sindicalismo de emprego público crie paulatinamente um grande público receptível ao discurso conservador da necessidade de limitar-se legalmente o Direito de Greve.

O que deve-se chamar a atenção quanto a utilização da greve indiscriminadamente nos serviços públicos é que, embora constitua-se como instrumento do exercício da autonomia coletiva dos trabalhadores, os próprios trabalhadores podem ser prejudicados. E nestas condições, o exercício deste Direito, numa sociedade democrática, comporta os limites que convierem à maioria. Por isso, penso que o sindicalismo de emprego público deve colocar o usuário no centro de suas preocupações e pensar simultaneamente novos e mais eficazes instrumentos de pressão.¹⁰

A segunda tarefa é ampliar a organização de base. O sindicalismo de emprego público, após a abertura política, por fim como o reconhecimento do direito a organização sindical dos servidores, logrou em diversos níveis da organização administrativa do Estado uma mobilização de massa, mas ao que me parece descuidou-se de construir uma organização capilar no local de trabalho, para poder constituir um contra-poder à organização hierarquizada da burocracia.

A terceira tarefa, e de construção talvez mais imediata até por estar na ordem do dia, é a definição de um padrão de negociação coletiva para o sindicalismo de emprego público. O estabelecimento de um padrão de relações coletiva de trabalho na administração pública passa, como anunciei de início, pela definição do regime jurídico único e a reforma administrativa previstas constitucionalmente. Entendo que o regime

jurídico mais apropriado é o regulamentado pela Clt e que tem como substrato o Direito do Trabalho. É sobre esta necessidade que iremos dedicar maior atenção neste texto. Pelo que tenho notícia a maioria das Constituições Estaduais e Lei Orgânicas Municipais que dispuseram qualquer previsão legal quanto ao regime jurídico dos servidores fizeram opção pelo regime estatutário.

4. Tanto a Clt (Consolidação das Leis do Trabalho) como positividade legal-estatal do Direito do Trabalho, como a contratação administrativa também denominada de regime estatutário, foram pensados no curso do regime político do Estado Novo. A tutela legal das relações trabalhistas, compreende as relações individuais e coletivas através do modelo sindical corporativo. Este conjunto compreende nosso modelo heterônomo e foi pensado para operar no setor privado de economia, qual seja na relação entre patrões e empregados. A regulamentação da relação entre o servidor público e Administração, através dos denominados "Estatutos", constituem-se a positividade de princípios do Direito Administrativo, e foi pensando a partir dos laboratórios do Dasp¹¹ para a Administração Pública. E mais, foi pensado na conjuntura político-autoritária do Estado Novo, construindo um modelo de burocracia estatal excessivamente hierarquizada e sobretudo, que desconhece a existência do conflito. Uma das consequências deste modelo de Administração foi que, ainda que o Estado estabelecesse a representação legal dos interesses trabalhistas através dos sindicatos corporativos, impediu até a promulgação da Constituição de 1988 a representação sindical dos servidores públicos.

É necessário mencionar a origem de ambos os modelos jurídicos-legais, para ressaltar-lhes o parentesco autoritário. Ambos os modelos estão informados pela concepção autoritária que inspirou a formação do Estado brasileiro pós-30. Este pensamento de talhe conservador, vê o Estado como criador da sociedade civil, sendo o nosso modelo sindical corporativo um capítulo particular desta, que tinha na conformação do seu projeto a intenção de organizar a representação dos interesses dos trabalhadores e integra-los harmonicamente no Estado, ou melhor dizendo, o Estado seria o gestor da harmonia social eliminando qualquer forma de conflito. É por isto que, no que diz respeito a Administração Pública este pensamento não podia, como não pôde operar, como a idéia da autodeterminação dos servidores que compõem os quadros da Administração Pública na construção de Direitos sociais. Como pensar um Estado que se propõe a ser o construtor da sociedade civil e o fiador do "fim do conflito" possa admitir o conflito no seu próprio interior?

Outro aspecto que não se pode olvidar, da questão vertente, é o pensamento jurídico que perpassa ambas as construções jurídico-políticas, ou seja, do modelo sindical corporativo e regime jurídico de

contratação de servidores. Ambos os modelos estão informados pelo pensamento jus-positivista, que vê no Estado a única fonte do Direito. Segundo esta concepção o Direito só pode se realizar através do Estado, do texto legal estatal. Este pensamento alimenta um discurso que se forma não só do existente, mas que tem uma função instituinte, reproduz-se e cria novas realidades. Ora, a concepção jus-positivista é lesiva aos trabalhadores, porque não lhes reconhece a capacidade de autodeterminação e dos trabalhadores criarem Direitos a partir das suas lutas e de suas organizações. No direito sindical e trabalhista este discurso instituinte é responsável por uma rede formada de jurisprudência e textos legais que dificultam a plena afirmação de um modelo sindical autônomo, no direito administrativo, a sua mais clara manifestação está no princípio da legalidade, que afirma como única fonte possível do Direito o Estado através da sua manifestação de vontade expressa no texto legal que se realiza através da autoridade hierarquizada que o aplica. Restam neste processo como meros espectadores e vítimas, os administrados e os servidores que põem a máquina administrativa a funcionar.

Voltando a prática jurídica dos modelos, temos que observar que a realidade tem determinado alterações no curso do tempo, e antes de menciona-las devo afirmar que ambos estão aqui descritos na sua versão formal. Este é o funcionamento formal dos modelos, mas esta não é toda a realidade, estes modelos tem convivido com práticas informais. E aqui ressalto mais uma distinção nos modelos. Entendo que o Direito do Trabalho expresso no modelo sindical corporativo¹² deixa se influenciar mais pela sua prática informal, ou seja, aquela que medra longe ou em confronto com o Direito positivado pelo Estado, e o Direito Administrativo se deixa muito pouco, ou quase nada, influenciar-se pela sua prática informal ainda que ela viceje com muita energia. Ao meu aviso, as razões que determinam estas diferenças localizam-se sobretudo nos princípios jurídicos que influenciam o Direito do Trabalho, de um lado, e o Direito Administrativo de outro, e ainda os discursos jurídicos instituintes a partir deles elaborados. Este conjunto de questões, podem se definir na concepção de senso comum jurídico.

O Direito do Trabalho na sua forma estatal no Brasil, ainda que com as características tutelares, constitui-se um avanço ante outras disciplinas jurídicas, p. e., porque ao adotar a teoria contratual na regulação das relações jurídicas, reconhece a igualdade formal e a desigualdade material das partes contratantes. Ora, o reconhecimento da alteridade material entre patrões e empregados possibilita a estes, a par da concepção paternalista da hipossuficiência, pensar no mundo jurídico formal e informal em práticas coletivas de autotutela e autodeterminação, onde a greve e a contratação coletiva são capítulos particulares. Enquanto isto no Direito Administrativo não se reconhece qualquer alteridade, porque não

existem partes mas tão somente integrantes de uma ordem burocrática hierarquizada de forma descendente, de autoridades e subordinados.

Outro aspecto, e que parece-me aqui o mais importante, é o do reconhecimento do conflito. Existem diferenças materiais que geram conflitos de interesses entre Capital e Trabalho. Ainda que a Constituição de 1988 tenha mantido os pilares básicos do modelo corporativo, impôs a necessidade da negociação coletiva. É da lógica do sistema negocial que sentem-se a mesa os diferentes cujos interesses estejam em conflito. E mais: trata-se de atores coletivos, o que rompe com a concepção individualista liberal que, p. e., informa o Direito Civil e seus institutos. Outro aspecto a apontar é que, ainda que tenhamos um padrão de contratação coletiva restringida, os Acordos Coletivos e Convenções previstos na legislação brasileira possibilitam a criação e formulação de Direitos a partir da correlação real de forças dos atores envolvidos. O que dizer do Direito Administrativo? Desconhece qualquer possibilidade de conflitualidade, e só recentemente erigiu, com o último texto constitucional brasileiro, alguns princípios democráticos de controle dos cidadãos sobre o Estado.

5. No que pese a inspiração autoritária do modelo de contratação administrativa na Administração Pública, este pareceu muito rígido para a remodelação do Estado efetuada pelos governos militares, que passaram a contratar quase que exclusivamente pelo regime trabalhista. E claro que a opção adotada tinha a intenção inconfessa de contornar a exigência do concurso público e mecanismos de controle, mas não se pode deixar de concordar com a constatação de vários autores em ciência sociais, de que o Estado brasileiro pós-64 experimentou uma modernização conservadora. E esta modernização encontrou barreiras no regime administrativo. E quero como isto apenas proceder a uma constatação, até porque a contratação pela Clt hoje está condicionada a realização de concurso público.

Isto levou a que a máquina administrativa gradativamente fosse se compondo em muitos níveis da Administração Pública (União, Estados e municípios) quase que exclusivamente de servidores regidos pelo regime jurídico estabelecido pela Clt (regime trabalhista) e em tantos outros tivesse composto seu quadro de pessoal por um Mix de regulamentações. Esta situação, sobretudo as Administrações do último tipo acabou por gerar diversos problemas de ordem gerencial (no sentido de chefia de pessoal). A constatação mais comum que se faz é de um corpo de servidores excessivamente grande e "ingovernável" pela diversidade de regimes legais a regular a relação entre a Administração Pública e os servidores.

Estudo recente realizado pela Secretaria do Planejamento da Presi-

dência da República (Seplan) ainda no governo Sarney, desmente a habitual acusação de excesso de servidores públicos, calculando que a massa de servidores da União representa 1.10% da população total ou 1,58% da população economicamente ativa (Pea) do país, enquanto que nos países integrantes da Comunidade Econômica Européia (12 ao todo) os índices em relação ao total da população varia de 4,27% a 14,9%, e com relação a população economicamente ativa o índice varia de 9,95% a 27,89%. No que diz respeito ao regime jurídico que regulamenta este conjunto de servidores civis, segundo este mesmo estudo, de um total de 707.915 servidores da administração direta, das autarquias e das fundações (exclusive as estatais), 20,4% são regidos pelo regime administrativo e 79,6% pelo regime trabalhista.¹³ Para se dimensionar a diversidade de regimes jurídicos no quadro de servidores do Estado de São Paulo, a tabela a seguir é ilustrativa:

TABELA I

Distribuição do contingente de servidores do Est. de S. Paulo - nos 3 poderes- e regime jurídico.

Regime Jurídico	Em porcentagem		
	Poder		
	Executivo	Legislativo	Judiciário
Adm.	37,6	80,7	90,8
Clt	7,1	2,3	-
Temp./out	34,9		-
Inativos	20,4	17,0	9,2
Total	100,0	100,0	100,0

Fonte: Pgx-840-2-Crhe/Sena.14

Em função da diversidade de regimes jurídicos que regulamentam as relações entre servidores e Administração Pública, é que a Constituição Federal determinou que se fizesse a unificação em um único regime e reestruturação da carreira, ambos através de uma reforma administrativa (artigo 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). A idéia que impregnou os debates constituintes, era de que esta reforma fosse um instrumento de modernização da Administração Pública brasileira. Ora,

é aqui que se recoloca em discussão o regime jurídico e o padrão de negociação coletiva que se quer estabelecer.

Como pensar na atual conjuntura de crise econômica, com um Estado deficitário e externamente endividado, que proceda a uma Reforma Administrativa modernizadora, conduzida unilateralmente por quem controla o poder? Administrar transformações na máquina estatal, de cima para baixo em tempos de escassez, irá mergulhar os serviços públicos em um período de conflitos generalizados. Observo que este cenário é pensado num processo de respeito as regras democráticas. Campanhas massivas de desmoralização do funcionalismo público, que conduzam inexoravelmente à reformas (provavelmente de talhe neo-liberal), pertencem a um processo de sintonia autoritária de opções unilaterais. O risco aparente da via democrática, de conflitos generalizados, deve e poder ser evitado pela estruturação de um padrão de relações coletiva de trabalho que se baseie na negociação permanente. Repito, que o regime jurídico administrativo pela natureza unilateral das relações que enseja, tornam o caminho mais penoso porém não impossível. E aqui dou ênfase, que o que diretamente interessa ao sindicalismo de emprego público e às administrações comprometidas com o processo democrático, é menos perder-se em discussões e lutar para construir um modelo de negociações coletivas.

6. Interessa aos setores democráticos propor um modelo de negociação que possa integrar o conjunto de servidores públicos num processo de Reforma Administrativa que afaste a opção autoritária neo-liberal. Interessa aos servidores a construção de processos mais democráticos, quer de relações individuais ou coletivas, com a Administração Pública, como interessa à Administração Pública legitimar um projeto de Reforma Administrativa.

O Brasil, a exemplo de muitos países, é um dos mais atrasados na formulação de um padrão de relações coletivas de trabalho no setor público. Uma das tarefas que cabe aos setores interessados em promover o seu avanço, é a ratificação da Convenção 151 da Oit. Quanto a necessidade de construirmos um modelo de negociação permanente, entendo que não há um único modelo a ser seguido pelo sindicalismo de emprego público, mas vários. Onde não for possível o estabelecimento do regime jurídico da Clt e um modelo de negociação formalizada através de contrato (ou acordo, que seja), penso é necessário a institucionalização das negociações via intervenção legal.

Concluindo, devo ainda uma vez ressaltar contribuição que um padrão de negociação coletiva poderia dar ao processo de democratização do Estado brasileiro. Este processo teria indiscutivelmente maior velocidade se operasse com noções de Direito Coletivo do Trabalho.

Ainda que distante dos conceitos de Direito do Trabalho, o desafio está lançado e deles não podem fugir aqueles que acreditam no desenvolvimento da democracia no Brasil.

Notas e referências

¹Minhas considerações baseiam-se sobretudo nas experiências de negociação travadas pelos sindicatos de servidores municipais das cidades de Campinas (Sp), Atibaia (Sp), Poços de Caldas (Mg) e servidores da cidade de São Paulo, e nos Dissídios Coletivos dos sindicatos municipais de São José dos Campos (Sp) e Penápolis (Sp).

²Não entendo a contratação como fim do conflito, mas como um momento preciso de explicitação deste e da correlação de forças das partes contratantes. É necessário, no entanto, reafirmar que a contratação não põe fim ao conflito.

³Cf. especialmente, para uma clara compreensão das implicações de ordem jurídico-política imanentes nas alternativas disponíveis no mercado político para formulação do regime jurídico único, José Eymard Loguercio, *Regime Jurídico único, Negociação Coletiva e Outros Temas: O Servidor Público e o Sindicato na Nova Constituição*, ex. mimeo, paper apresentado no I Encontro Estadual de Servidores Municipais, realizado em dezembro de 1989 no Sindicato dos Servidores Municipais de São Paulo.

⁴Merecem menção além do ensaio de José Eymard Loguercio, Claudia Beatriz Duranti, "Uma proposta Para o Novo Regime Jurídico de Pessoal do Setor Estatal", in *Organização Sindical e Negociação Coletiva*, publicação da Cut-Nacional-Brasi, São Paulo, 1989, Pinho Pedreira, *Problemática da Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*, in Ltr, ano 54, março de 1990. São Paulo.

⁵Para uma compreensão do que se tema denominado de projeto da ação na literatura da sociologia do trabalho, recomendo Sabine Erbes-Seguín, *Democratie dans les Syndicats*, Paris, Mouton, 1971; e ainda Claude Durand, *Conscience Ouvrière et Action Syndicale*, Paris, Mouton, 1971. A propósito do tema Democracia Industrial, apontam entretanto diversos autores a dificuldade de um debate prático sobre o tema: cf. em especial Gino Giugni, "Trabajo, Ley, Contratos", in *Debate Laboral*, ano II, n. 3, p. 13, ver ainda Serafino Negrelli e Tiziano Treu, (1985) *I Diritti di Informazione nel Processo di Democratizzazione delle Decisioni di Impresa*, in *I Diritti di Informazione Nell'Impresa*, org. pelos autores, Bologna, Il Molino.

⁶Cf. a propósito o clássico estudo de Harry Braverman, (1981) *Trabalho e Capital Monopolista*, Rio de Janeiro, Zahar, e para uma problematização das definições marxianas ver Mario Tronti, *Operários e Capital*, Porto. Ed. Afrontamento, 1976.

⁷Cf. Alberto Melucci, (1989) *Um objetivo para os movimentos sociais?*, in *Lua Nova*, n. 17, Cedec, São Paulo. Para uma compreensão da definição de conflito, ver ainda Lorenzo Bordogna e Gian Carlo Provasi, (1984) *La Conflittualita*, in *Relazioni Industriali - Manuale Per L'Analisi della esperienza italiana*, org. por Tiziano Treu e Gian Primo Cella, Bologna, Il Molino.

⁸Baglioni, Guido, *Il sistema delle realzioni in Itália: caratteri ed evoluzione storica*, in Gian Primo Cella e Tiziano Treu org., opus cit., p. 13-31.

⁹O que se espera de um governo democrático, é que ele represente os interesses da maioria da sociedades, sobretudo a maioria que necessita dos serviços prestados pelo Estado, que vêem a ser segundo me parece, exatamente os setores populares.

¹⁰Veja-se a propósito da regulamentação do exercício do Direito de Greve, a recente e ainda acalorada discussão na Itália, em especial a discussão político-sindical após a apresentação do projeto de lei de Gino Giugni. No que diz respeito ao fracasso do experimento italiano no exercício da autoregulamentação, o movimento sindical brasileiro não deve descartar a possibilidade de vir experimentá-lo. O fracasso da experiência italiana parece estar associado a crise de representatividade que experimenta o movimento sindical daquele país.

¹¹Dasp (Departamento de Administração e Serviço Público) foi criado em 1937 no governo Getúlio Vargas. Em 1936 o governo enviou aos Estados Unidos uma comissão técnica para estudar um projeto de organização para a Administração Pública brasileira, que ao retornar ao Brasil formou a equipe do Dasp. Cf. Celso Furtado, *a fantasia organizada*, São Paulo, Paz e Terra, 1988.

¹²Cf. a propósito a definição de corporativismo estatal de Philippe C. Schmitter para o modelo sindical brasileiro, "Still The Century of Corporatism", in *The New Corporatism: Socio-political structures in the Iberian World*, by Frederick P. Pike and Thomas Stritch, London. Und Press, 1974.

¹³Dados obtidos a partir da reportagem publicada no diário *Jornal do Brasil*, de 18.02.90, "Collor Prepara a Reforma Sem Ouvir o Funcionalismo". Quanto ao número efetivo de servidores contidos no relatório da Seplan, cf. entrevista recente publicada no diário *Folha de S. Paulo* (22.04.90) do Secretário da Administração do governo Collor, João Santana, que afirma existirem cerca de 800 mil servidores federais e que a Administração Federal não pode precisar este número. Acredito que a proporcionalidade alcançada pela Seplan, no que diz respeito ao regime jurídico dos servidores públicos federais, não deve se alterar ainda que se descubra incorreto o número de servidores apontado.

¹⁴Os dados expostos nesta tabela foram obtidos na publicação "Os direitos Sociais e Trabalhistas na Constituição de 1988". *Rh Edição Especial*, informativo especializado na área de recursos humanos e editado pela Associação Brasileira de Recursos Humanos (Abrh), São Paulo, outubro de 1988.

La mejor
información
sobre Centroamérica
y América Latina
la encontrará
en las páginas de

Esta Semana
¡El periódico que faltaba!

Escriba al P. O. Box 646-1000 para formalizar
su suscripción, o llame al teléfono 33-4181,
Fax: 21-1835
San José, Costa Rica

Las enfermedades profesionales: un cuadro normativo en evolución*

Gian Guido Balandi**

1.Enunciación y programa. 2.Modificación del evento. 3.¿Están modificadas también las "actividades protegidas"? 4.¿Y el área subjetiva de aplicación?. 5.Los nuevos posibles modos de organización de la tutela. 6. Consideraciones conclusivas y principios para una legislación innovadora en la materia.

1. El sistema del seguro para las enfermedades profesionales ha sido modificado radicalmente por las sentencias de la Corte constitucional del pasado mes de febrero.¹ La afirmación es notoria, casi trivial, pero insisto en subrayar el adverbio que acompaña al predicado: el cambio abarca en efecto las raíces mismas del sistema. En particular, entre los tres núcleos normativos innovados por las sentencias de las que estamos hablando, es uno sobre todo el que posee los caracteres de eversión que quiero aquí subrayar: se trata de la primera parte de la sentencia n. 179, allí en donde se extiende el seguro a las enfermedades de las cuales se haya comprobado la causa de trabajo. Las otras innovaciones -vencimiento del término para las manifestaciones morbosas en las enfermedades catalogadas (n. 179) y la elisión de los efectos de la denuncia tardía (n. 206) seguramente son importantes, pero no tanto como la primera.

Para argumentar este afirmado cargo de eversión, en modo distinto, por lo menos en parte, de los comentarios publicados en el período inmediatamente sucesivo,² estarán dedicadas las notas siguientes:

Que luego la planta se marchite o a lo mejor se desarrolle en modo anómalo es la previsión que podrá ser formulada al concluirse el análisis; a éste le seguirá una sugerencia para debatir las posibles líneas que aportan un nuevo fundamento del sistema de tutela para los infortunios en el trabajo y las enfermedades profesionales.

** Profesor Extraordinario de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad de Pisa

2. El primer perfil que es oportuno considerar es, por lo tanto, el siguiente: al declarar constitucionalmente ilegítimos, en parte³ los artículos 3, inciso primero, 211, inciso primero, 134, inciso primero y 254, el sistema italiano ha sido transformado de sistema de listado a sistema mixto; se consideran enfermedades profesionales ya sea las indicadas en las listas contenidas en la ley ya sea -por lo menos por ahora- cualquier otra de la cual "se haya de algún modo comprobado la causa de trabajo". Se trata pues de una modificación del campo de aplicación objetivo de la normativa: según el lenguaje tradicional, de una modificación del evento. Más exactamente: todas las enfermedades pueden entonces provocar la tutela prevista por el seguro obligatorio y el sistema debe considerarse mixto porque hay un articulado de los modos de calificación, que al fin se resuelve de alguna manera en un articulado probatorio: por una parte, aquellas "listadas" en el más amplio significado del término, para las cuales opera la presunción de "profesionalidad", y las otras, para las cuales es necesario probar la conexión con el trabajo: todas pueden ser llamadas "profesionales" o bien se puede conservar esta dicción para las primeras y llamar las segundas "de trabajo"⁴, con una distinción que sin embargo se presenta superflua, o hasta insidiosa para la unidad del cuadro de reconstrucción.

Es quizá oportuno, a este punto, recordar que el de los accidentes y las enfermedades profesionales es el único entre los denominados seguros sociales que ha conservado una cantidad verdaderamente significativa de elementos pertinentes en su estructura. El problema -o uno de los problemas- consiste entonces en considerar cómo se inserta la nueva previsión determinada por las sentencias de la Corte en esta sistemática de seguros.

Al evaluar la legitimidad de los artículos 3 y 211, la Corte correctamente ha atribuido a la carencia "de seguro" la violación reconocida: todo el razonamiento de las decisiones, en efecto, gira alrededor de la oportunidad de ofrecer al trabajador protección también con respecto a cualquier otra enfermedad cuya etiología se deba al trabajo desarrollado; pero para hacer esto en un sistema de seguro, hay que declarar "aseguradas" estas enfermedades, y así se concluye en efecto el juicio. Pero si se leen los nuevos artículos 3 y 211 se percibe en seguida que el dispositivo de la sentencia, que es lo que se necesita usar para realizar tal lectura, está redactado con una fórmula que recuerda la idea de la tutela *a posteriori* ("enfermedades de las cuales está de algún modo probada la causa de trabajo") en vez que la del seguro preventivo. En fin, a grandes rasgos: falta una definición general de enfermedad profesional, análoga a la de accidente en el trabajo contenida en el artículo 2, que permita delimitar *a priori*, como es requerido por el seguro, el área objetiva de la tutela. Ni tal definición podía ser formulada por la Corte, a la cual no le es permitido adentrarse en lo positivo hasta ese punto.

Naturalmente, con la guía del material disponible se pueden también proponer algunas hipótesis interpretativas; en particular: que deba tener validez como definición general del nexo trabajo/enfermedad aquel "en el ejercicio y causa" que liga las enfermedades listadas a las relativas labores⁵; o bien, con la guía del dispositivo de la sentencia n. 179, que se deba hablar sólo de "causa de trabajo".

Acoger una u otra de las propuestas conlleva consecuencias en el plano de la extensión de la tutela: se muestra más amplia en el segundo caso, más restringida y rigurosa en el primero. De todos modos es oportuno llamar la atención sobre el hecho de que, al faltar en la hipótesis no listada la referencia a labores específicas, la locución "en el ejercicio" viene a perder parte de su contenido productivo. Cuando está referida a una labor específica, ella sirve en efecto para excluir la posibilidad de que el nexo causal sea reconocido a favor de quien, aún no realizando tal labor, sea víctima de efectos perjudiciales derivados de ella, y aquí nos encontramos en el campo muy atormentado del riesgo ambiental. Pero si "en el ejercicio" se refiere genéricamente al trabajo desarrollado por el sujeto -como se da en la hipótesis no listada- siendo de cualquier modo esto el que lo pone en contacto con la labor morbífica, la capacidad selectiva del inciso disminuye notablemente. A no ser que se quiera leer que el "trabajo", del que se habla en el dispositivo de la sentencia como si fuera "labor", o sea las tareas específicas desarrolladas por el sujeto: pero no me parece que en la decisión se hallen trazas en ese sentido.

En todo caso, aún admitiendo que se llegara a aceptar una relación causal entre trabajo y enfermedad, calificado o no por el "ejercicio" quedaría el problema de justificar sistemáticamente la diferencia entre esto y el nexo necesario para reconocer el accidente de trabajo, caracterizado por la locución "en ocasión de trabajo" desde el origen del seguro oblatatorio. Mientras existía el sistema de listado se podía pensar que la racionalidad de la diferencia podía encontrarse en la contraposición entre una definición general -la del accidente- y una lista taxativa -la de las enfermedades profesionales-; ahora que existe homogeneidad en el plano del método de especificación es tal vez oportuno volver a verificar la diferencia entre los dos nexos causales. De cualquier modo estas dificultades de interpretación agudizadas especialmente por el marco sistemático asegurador en que se hallan, no hace más que subrayar la necesidad de disponer de una definición general fijada en sede legislativa.⁶

3. Una segunda cuestión que debe ser enfrentada siempre en el marco de la definición del evento es la que constituyen las llamadas "actividades protegidas"⁷. El sistema precedente tenía -o podía tener- una racionalidad abstracta: el artículo 1, sea a través del conocido par de

criterios generales -la máquina en sí y la fábrica- sea a través de la conocida lista de las labores consideradas fuentes de riesgo, reconoce las actividades peligrosas tanto para los accidentes como para las enfermedades profesionales; la misma operación cumplen los artículos 207 y 208 para las actividades agrícolas (aquí, en verdad, en términos sustancialmente globales); además, las listas restringen ulteriormente el ámbito con la especificación de las labores relevantes para las enfermedades profesionales. Tal relación de inclusión entre los dos conjuntos está expresamente indicada en el artículo 3 del T. U. por el inciso "y en cuanto tales labores estén comprendidas entre las previstas en el art. 1". El legislador había actuado, y hubiera podido seguir actuando en el futuro, de manera que el segundo conjunto quedara de todos modos contenido en el primero; aunque haya que destacar una disparidad entre las fuentes: se prevé que la modificación de las listas se dé por decreto ministerial, como con el Dpr 482/1975, mientras que obviamente la modificación del art. 1 requiere la intervención de la ley.

La razonable certeza de esta relación de inclusión ha venido a faltar a causa de la apertura del sistema mixto, con la consecuencia de abrir paso a una contradicción a primera vista irremediable. Ha quedado vigente el sistema de delimitación de las "actividades protegidas": esto es obvio, pero la misma Corte se ha preocupado de confirmarlo expresamente en las primeras líneas del punto 7 de la motivación de la sentencia n. 179. Viceversa, de cualquier enfermedad puede probarse la etiología profesional: *quid iuris* para una enfermedad causada por una labor no incluida entre aquellas de riesgo? Hoy ella se presenta como excluida de la tutela, pero -si así puede decirse- sin tener ya justificación sistemática alguna. Aún permaneciendo en el ámbito de una lógica de seguro, aquí tenemos ahora una evaluación de peligrosidad -o, tal vez mejor: de una exposición al riesgo-, es decir, la especificación de las "labores protegidas" que no toma en cuenta el área de los acontecimientos asegurados.

Una primera interpretación supera expeditamente lo inconciliable lógico y asume que la primera prevalece sobre la segunda⁸: el campo de aplicación objetivo del T. U. cierra la posibilidad de tutela en relación a una enfermedad -causada sin embargo, por el trabajo- que se ha verificado por fuera del mismo. Así resultan frustrados, aún en amplia medida, los propósitos perseguidos por la Corte con estas sentencias y quedarían por levantar excepciones de inconstitucionalidad con respecto al inciso 3 del art. 3 ya citado. En efecto, ninguna justificación razonable parece sostener la discriminación entre trabajadores que hayan contraído la misma enfermedad -o análoga- desarrollando su actividad el uno en el ámbito de "labores protegidas", y el otro fuera de ellas; resulta igualmente evidente el contraste con las garantías indicadas por el segundo inciso del art. 38 recorriendo la misma línea de argumentos seguida por la Corte en

los juicios en discusión.

La tentativa de acreditar la otra interpretación -la que contempla el prevalecer del fragmento de norma dictada por la Corte, haciendo caso omiso del *obiter dictum* de la Corte misma, y de la posibilidad de relacionar la causa del trabajo a cualquier tipo de labor, sin fijarse si está o no comprendida en el art. 1 del T. U.- podría en verdad encontrar un fundamento en una analogía con el régimen de los accidentes. Aquí, en efecto, la labor protegida sirve para reconocer el área subjetiva del seguro, pero luego, en base al concepto de ocasión de trabajo no condiciona la verificación del accidente, que puede también no tener relación alguna con dicha labor. A esta interpretación se oponen ya sea la clara formulación del art. 3, ya sea, una vez más, la falta de una definición general, o bien la dificultad de acercar "causa" a "ocasión" de trabajo; volviendo a darse así la misma serie de problemas que se han presentado al final del párrafo precedente.

4. El tercer perfil a considerar es el subjetivo. El reconocimiento de las "actividades protegidas", como acabamos de decir, está hecha con el fin, entre otras cosas, de delimitar el área subjetiva de la protección ofrecida por el sistema de seguro para los accidentes y las enfermedades profesionales. Como es sabido, entre ambas tutelas, existe perfecta coincidencia subjetiva, que tenía fundamento, por lo menos en línea general, en la exposición a riesgos comunes a las dos; en el sentido de que las labores riesgosas reconocidas como tales debían tomarse en cuenta para ambas previsiones. A este punto, ¿qué sucede con el área subjetiva de aplicación a consecuencia de la transformación del sistema de tutela para las enfermedades profesionales? La respuesta reside en la modificación, o en su defecto, de los dos elementos de referencia al respecto: las "labores protegidas" según el art. 1 y las "personas aseguradas" según el art. 4 y siguientes. No parece en absoluto poder identificar una modificación del segundo núcleo normativo, directa o indirecta, como consecuencia de los pronunciamientos analizados; del primer núcleo ya se habló en el párrafo anterior: si se quisiera afirmar que ahora resulta ampliada el área de las "labores protegidas", también en relación a la finalidad que se está examinando, se acabaría con volver tambaleante la especificación de los trabajadores concretamente asegurados; en síntesis: trabajadores manuales -aún en la acepción racionalizada de manualidad ya hace tiempo aceptada por la jurisprudencia⁹ -encargados de cualquier labor. Evidentemente esta interpretación desbalanceada entre el universalismo de las labores y la antigua selección de accidentes de las "personas aseguradas" no puede sostenerse.

innovación normativa principal introducida por la sentencia n. 179 consiste en declarar obligatorio el seguro para todas las enfermedades de las cuales resulte comprobada -o mejor aún- comprobable la causa de trabajo. La inserción de esa innovación en el sistema puede darse, en el plano interpretativo, de manera tal como para causar modificaciones que se expandan en un radio cada vez más amplio determinando ordenamientos con características cada vez distintas. Examinemos los rasgos esenciales de éstas.

Un primer reordenamiento, más simple, podría conducir a este esquema: quedando en firme el área de los trabajadores asegurados (art. 1 más art. 4 y siguientes) y el conjunto de las labores riesgosas (art. 1), se puede probar que una de éstas ha sido causa de cualquier enfermedad¹⁰. A propósito es oportuno señalar: para empezar, la falta de una definición general de enfermedad profesional que vuelve problemático -a lo menos- el reconocimiento del nexo causal; y luego la contradicción entre la generalidad del evento asegurado y la limitación de las fuentes que pueden producir tal evento, origen de posibles injustificadas diferencias de tratamiento entre estados patológicos análogos causados -o de todos modos- causalmente ligados por labores "protegidas" o no. Finalmente, la limitación subjetiva que excluye a los trabajadores no sujetos a un riesgo que ya no corresponde al evento asegurado, violando, una vez más, los principios de igualdad de tratamiento, según el art. 38.

Hay que decir que es comprensible la pretensión de inmediata aplicación, entre tanto de la nueva normativa en los términos descritos más arriba¹¹, pretensión proveniente sobre todo de los patronatos y de las organizaciones de los trabajadores; como requerimiento contingente, en el temor que la espera de una normativa de adaptación anule por tiempo indeterminado la conquista del sistema mixto. Pero la comprensibilidad de la pretensión no borra las incoherencias sistemáticas lamentadas ni vuelve el sistema capaz de un funcionamiento regular.

Un segundo reordenamiento posible, que comprende una modificación de radio más amplio, es aquél que, no obstante el inciso del art. 3 mencionado más arriba, contempla a tal fin la adaptación de la lista de las actividades riesgosas, pero manteniendo el área de los sujetos asegurados. Lo que quiere decir no ampliando, para este segundo y diverso fin, el área de las actividades protegidas, según el mecanismo interpretativo delineado más arriba. Aparte de las dificultades conexas a la letra del artículo 3, a la ausencia de la definición general de enfermedad profesional, a la necesidad de ampliar "causa" hasta "ocasión" para alcanzar la generalidad de las labores, de todos modos queda el hecho de que esta hipótesis choca con la desigualdad de tratamiento causada por la selección operada en el área subjetiva.

El tercer reordenamiento, finalmente, supera también esta última

objeción, pero acumula tantas dificultades -además de todas las precedentes, la de extender, por la vía interpretativa, el seguro a todos los trabajadores- de manera que se presenta honestamente impracticable y por ende posible de proponerse exclusivamente con fines de completar el esquema.

6. El cuadro reconstructivo aquí trazado presenta, pues, dificultades interpretativas y sistemáticas que disminuyen al aumentar el problema de coherencia constitucional y viceversa. Por lo tanto, una situación de estancamiento: la sentencia de la Corte -oportunamente a mi parecer- ha puesto en crisis un sistema que antes se sostenía en cierta coherencia pero con violación de aquellos principios que la Corte esta vez ha finalmente aceptado aplicar- después de las anteriores significativas sentencias de 1974 y 1981¹². Para resolver la metáfora de apertura: las raíces han sido atacadas en partes vitales, la planta podrá sobrevivir a duras penas, retorciéndose, por algún tiempo, pero inevitablemente está destinada a secarse. Si los jueces de mérito y de legitimidad no titubearan, si la Corte continuara la obra emprendida, a la primera piedra lanzada entre los engranajes seguirían otras y la máquina acabaría rompiéndose.

Que se me permita entonces, para terminar, darle un sentido positivo a la expectativa y sugerir algunos lineamientos para un debate que debe procurar ideas y principios sobre todo al legislador a quien en última instancia está encargado de intervenir -y tendrá que darse por aludido según la sentencia n. 260 de 1974 en adelante- para construir *ex novo* un sistema de tutela.

Mientras tanto, un breve comentario puede dedicarse al proyecto de ley n. 1293 del Ministro Formica: breve como el punto allí dedicado al tema que aquí se discute. Tratándose de un proyecto de ley delegatoria¹³, el punto g) del art. 1 enuncia el siguiente programa: "dirigirse... a la introducción de un sistema de tutela para las enfermedades profesionales que garantice la indemnización, además que para las enfermedades listadas, también para aquéllas de las cuales se haya demostrado la etiología profesional". Unos pocos renglones más en la relación: además de conformar la legislación a las decisiones de la Corte, es necesario "introducir criterios objetivos idóneos para comprobar el origen profesional de las enfermedades no listadas, en base a los aportes que están en capacidad de ofrecer la ciencia médico legal y las experiencias comunitarias, en salvedad del principio de especificidad de la tutela." En fin, aún queriendo conceder la ausencia de la *prava voluntas* de hacer caso omiso de las decisiones de la Corte, la importancia de lo que está en juego habría sugerido una mayor claridad de propósitos y amplitud de tratamiento. En resumidas cuentas, es oportuno aplazar el examen de la voluntad del legislador -o quizá, más exactamente, del ministro *pro*

tempore- hasta cuando ella llegara a ser más explícita.

Ha sido escrito, en sede de primer comentario a la sentencia n. 179, que "ella es una ulterior y significativa afirmación de la (...) relevancia jurídica (...) de los riesgos profesionales"¹⁴. Como ha sido recordado varias veces¹⁵ la expresión riesgo profesional tiene una pluralidad de significados: indica lo específico de los riesgos a los cuales está expuesto el trabajador en razón de su actividad pero también recuerda el ordenamiento transactivo de los intereses originariamente realizado con la normativa de 1898 y nunca más abandonado por nuestro sistema¹⁶.

Es éste un buen punto de partida para la reflexión sistemática a la cual habría que inducir -¿u obligar?- al legislador: ambos modos de entender el riesgo profesional resultan de hecho obsoletos y por razones entrelazadas. El art. 41, inc. 2 Constitución y el art. 2087 cód. civ. y así mismo la más reciente evolución -también técnica- en materia de responsabilidad de la organización del trabajo acerca de las condiciones de salud -ya sea que se trate de enfermedad o de accidente- de los trabajadores, deberían por fin socavar la base de legitimación del sistema transactivo que consiste en considerar tales eventos como la consecuencia fatal e inevitable del trabajo mismo. Esto es así, con mayor razón, en el caso de las enfermedades profesionales en el cual, como ha sido ilustrado, la reconstrucción en términos transactivos es mucho menos "lineal".¹⁷ Por la falta de eventos que se puedan referir al acaso o a la culpa del trabajador. Recuperada la plena responsabilidad del dador de trabajo¹⁸ -y prescindiendo de posibles formas de seguro por la responsabilidad civil, también en ciertas hipótesis obligatorias -vendría a faltar también la necesidad de que el sistema público de tutela considere el origen laboral de estados de invalidez o inhabilidad como fuente de tratamientos particulares. Al sistema público -ya no organizado en forma de seguro, de modo a garantizar una protección de tipo universal- le quedaría reservada la tutela en relación a la situación de necesidad, indiferenciada con respecto al origen profesional o no profesional del evento; a la responsabilidad del patrono resarcir al ciudadano que haya sido víctima de un accidente o una enfermedad causada por el trabajo.

Así, evidentemente, se pondría fin a una situación causante de contradicciones y dificultades que en última instancia ciertamente no proporcionan ventajas ni a los trabajadores ni a las fuerzas productivas sinceramente interesadas en sistemas de tutela que sean capaces de conjugar eficiencia y efectividad.

En el escenario de una lucha en contra del Estado social que no da visos de bajar la guardia aunque el clamor de los *medios* de comunicación sólo de vez en cuando se sienten atraídos por él, es sumamente importante, creo, mantener despierta la atención de los operadores, de los estudiosos, de los legisladores, acerca de la necesidad de no enrocarse en

defensa de lo existente -además de que este existente no es ciertamente brillante- pero por el contrario desencadenar la fantasía de proyectos con miras a un objetivo que sepa conjugar una mayor tutela, una mayor y más amplia solidaridad con menos peso burocrático y división corporativa.

Notas

*Este estudio, que ha sido presentado como ponencia en la convención: "Las enfermedades profesionales a la luz de las sentencias n. 179 y 206/1988 de la Corte Constitucional" que se realizó en Pavía el 5 de diciembre de 1988 está dedicado a Giuseppe Pera en ocasión de sus sesenta años.

¹Las sentencias del 18 de febrero de 1988, n. 179 y 25 de febrero de 1988 n. 206, están publicadas también en esta revista, II, 0.880 y siguientes con nota de G. Ciafre, *Enfermedades Profesionales: la Corte Constitucional adopta el sistema mixto*.

²Aún con distintos énfasis todos los comentarios ponen de relieve el valor innovador de las sentencias, a veces sin dejar de lado el memorizar sus eventuales caracteres destructivos en relación al sistema en su conjunto. Ver a F. Agostini, (1988) *La tutela de las enfermedades profesionales después de la sentencia de la Corte Constitucional del 18-2-88 n. 179*, RGL, III p. 3 y sig. (ponencia en la convención de patronatos Cgil-Cisl-Uil de mayo de 1988); G. Alibrandi, (1988) *Accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales*, 8 ed. Milano: Giuffrè, (1988) *Sistema mixto para las enfermedades profesionales, después de la sentencia n. 179/1988 de la Corte Constitucional*, MGL, p. 17 sig.; F. Cardinale Ciccotti, (1988) *La adopción del sistema mixto en la tutela de las enfermedades profesionales*, Rimp, p. 1 y sig.; A. Catania, (1988) *Consideraciones acerca de la sentencia n. 179/88 de la Corte Constitucional*, DL, I, p. 227 y sig.; M. Cerreta, (1988) *Enfermedades profesionales, problemas y perspectivas después de la reciente jurisprudencia constitucional*, DL, I, p. 326 sig.; G. Pérsico, (1988) *La enfermedad del trabajo después de la intervención de la Corte Constitucional*, Lpo, p. 1567 y sig.; S. Piccininno, (1988) *La tutela aseguradora de las enfermedades profesionales a la luz de las sentencias de la Corte Constitucional n. 179 y n. 206 de 1988*, Rimp, I, p. 309; P. Pontrandolfi, (1988) *Primeras consideraciones acerca de la normativa de las enfermedades profesionales después de la sentencia 10-18 febrero 1988, n. 179, de la Corte Constitucional*, IP, p. 1153 y sig.; C. Romeo, (1989) *Implicaciones de la sentencia n. 179 de 1988 de la Corte Constitucional y nuevo ordenamiento de la disciplina de seguridad en tema de enfermedades profesionales*, GC, II, p. 438 y sig.; A. Rossi, (1988) *Los nuevos riesgos para la salud de los trabajadores. Tutela de seguridad y tutela preventiva en la más reciente jurisprudencia*, FI, I, c. 1032 sig. También ha sido intensa la actividad a nivel de convenciones que se ha desarrollado inmediatamente a consecuencia de las sentencias, además de la convención de los patronatos Cgil Cisl Uil con una ponencia de F. Agostini ya citada, y en el transcurso de la cual se realizó también, una interesante mesa redonda acerca de las experiencias de algunos países europeos (todo esto publicado en Rgl, III, fasc. 3-4, 1988) recuerdo aquella organizada por el patronato Epaca, publicada en Protosoc, fasc 2, 1988, y aquella organizada por el grupo Ambiente y Seguridad del Iri, con una ponencia de P. Sandulli, en proceso de publicación.

³ Y más precisamente: art. 3 inciso 1 "en la parte en que no prevé que el seguro contra las enfermedades profesionales en la industria es obligatorio también por enfermedades

diferentes de aquéllas comprendidas en las listas adjuntas concernientes a dichas enfermedades y de aquéllas causadas por una labor especificada o por un agente patógeno indicado en las mismas listas, con tal de que se trate de enfermedades de las cuales se haya probado la causa de trabajo"; art. 211, inciso I "en la parte en que no se prevé que el seguro es obligatorio también para enfermedades distintas a las comprendidas en las listas concernientes a las enfermedades profesionales en la agricultura y de aquellas provocadas por una labor específica o por un agente patógeno indicado en las listas mismas, siempre que se trate de enfermedades de las cuales se haya comprobado la causa de trabajo"; art. 134, inciso I, "de la palabra 'siempre y cuando' hasta el final"; art. 254, "de la palabra 'siempre y cuando' hasta el final".

⁴Así, A. Andreoni, (1989) *Las enfermedades profesionales en un sistema mixto y las tareas del legislador*, Ld.

⁵Y ésta parece ser la opinión de F. Agostini, *La tutela de las enfermedades profesionales*, cit. p. 12.

⁶Muy contrario a cualquier intervención legislativa, pero véase infra en el texto, en cambio F. Agostini, *La tutela de las enfermedades profesionales*, cit. A favor, en cambio G. Ciafre', *Enfermedades profesionales*, cit. p. 906.

⁷Más allá de las reformas profundas que el sistema necesitaría para responder realmente a las exigencias de un moderno ordenamiento de seguridad social, resulta ya insoportable el lenguaje viejo y errado con el cual todavía hay que operar: así, es absurdo hablar de "actividades protegidas" encabezamiento del Capítulo I del Título I del T. U. de 1965, cuando protegidas son si acaso las personas; también lo es continuar usando la dicción seguro "contra" los accidentes, cuando se trata de un seguro "para" los accidentes, "contra" si acaso algunas consecuencias económicas de los mismos.

⁸Así por cierto G. Alibrandi, *Accidentes en el trabajo*, cit. p. 21; y *Sistema mixto*, cit. p. 507, véase también G. Ciafre', *Enfermedades profesionales*, cit. p. 901.

⁹Véase por último, recordado por A. Rossi, (1986) *La salud de los trabajadores en la empresa computadorizada: contradicciones del sistema de seguro obligatorio contra accidentes y enfermedades profesionales y perspectivas generales de tutela*, Fi, c. XX; S. Piccininno, (1988) *La evolución tecnológica y los límites subjetivos y objetivos del riesgo profesional, en La evolución tecnológica y el seguro contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales*, Milano: Giuffrè, spec. párrafo 4.

¹⁰El universalismo de la cobertura de seguros en el sector agrícola (artículos 205-209) vuelve mucho menos problemáticos estos perfiles para el sector agrícola.

¹¹F. Agostini, *La tutela de las enfermedades profesionales*, cit. pág. 12 y passim. Gran vigor polémico es desarrollado también en relación al proyecto de ley n. 1293 presentado por el Ministro de trabajo, R. Formica el 11 de agosto de 1988 ("Délega al Gobierno para el nuevo texto único de las disposiciones para el seguro obligatorio contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales"), acusado de ser dirigido a la "criptointención... de anular o cuando menos, reducir drásticamente los efectos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional", así *Las enfermedades profesionales en el Parlamento: ¿una intervención tardía e inútil?* cursivo no firmado de presentación del d.d.l., por lo tanto, atribuible a F. Agostini, Rgl, 1988, III p. 157-158.

¹²Amplias referencias a los comentarios a esas sentencias en la literatura más reciente, véase para todos F. Agostini, *La tutela de las enfermedades profesionales*, cit.

¹³Acerca de la capacidad de dar cuerpo a la "determinación de principios y criterios directivos" como pide el art. 76 Const. se pueden compartir las rigurosas críticas de Las enfermedades profesionales en el Parlamento.

¹⁴G. Alibrandi, *Sistema mixto*, cit. p. 21, pero ver también F. Agostini, *La tutela de*

las enfermedades profesionales, cit. p. 11.

¹⁵Distinguiéndose a propósito entre "noción" y "principio" del riesgo profesional, ver M. Persiani, *La tutela del riesgo profesional en el marco de la prevención social*, Rimp, 1986, esp. pp. 315-316. Por último, ver S. Piccininno, *La evolución tecnológica*, cit. p. 74-75.

¹⁶G. Balandi, (1976) *Un caso de arqueología jurídica: lo que queda hoy en día del "riesgo profesional"*, Rgl, 1976, III, p. 93.

¹⁷Así A. R. Tinti, *Fragmentos de legislación social*, Pd, 1985, p. 608.

¹⁸A propósito de la cual, si bien indirectamente, parece hacer surgir muchas dudas A. Andreoni, *Las enfermedades profesionales*, cit. p. 7 est.

La negociación colectiva de facto en la administración pública costarricense

Mario A. Blanco Vado*

1. Introducción. 2. Concepto de negociación colectiva. 3. Los sujetos. 3.1. Patrono. 3.2. Los trabajadores. 4. El contenido. 4.1. La creación de organismos paritarios. 4.2. Salarios. 4.3. Derechos Sindicales. 5. Conclusiones

1. A partir de 1979, año de aprobación de la Ley General de la Administración Pública, los sectores que impulsan una concepción autoritaria de la Administración Pública costarricense, adquirieron una carta de presentación marcadamente optimista.¹ Los pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, emitidos a partir de ese momento, se orientaron de manera definitiva hacia la eliminación de la Convención Colectiva de Trabajo como instrumento válido para la regulación de las relaciones entre el Estado y sus trabajadores, e hicieron prevalecer una posición que hasta entonces había sido meramente doctrinal.² Así, de una discusión eminentemente teórica sobre la posibilidad de tales instrumentos en el Sector Público, se pasó a su negación real y efectiva, bajo el supuesto del respeto de las nuevas normas jurídicas.

No cabe duda de que la ley citada, apoyo de los pronunciamientos emitidos, inclinó una sempiterna discusión teórica y las concepciones laboristas o contractuales de la relación de empleo público se encontraron a partir de entonces, en una posición si no desventajosa, por lo menos incómoda.

Si hasta 1979 la orientación de nuestra jurisprudencia había sido la de que el Estado podía negociar con los sindicatos los instrumentos convencionales, aunque no se encontraba obligado a ello,³ la nueva legislación, interpretada en sentido desfavorable a los intereses laborales, estableció

* Profesor de Derecho Laboral de la Universidad de Costa Rica. Segundo Vice-Presidente de la Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo. Asesor de la Asociación Nacional de Empleados Públicos.

que a partir de entonces era real la imposibilidad de suscribir nuevas Convenciones Colectivas de Trabajo en la Administración Pública costarricense. Como consecuencia directa de lo anterior, el Consejo de gobierno de la Administración del Lic. Rodrigo Carazo Odio, procede a emitir las denominadas directrices en materia de negociación de Convenciones Colectivas de Trabajo,⁴ ratificadas sin modificaciones sustanciales por los posteriores gobiernos, y según las cuales, solamente resulta posible actualizar los instrumentos suscritos antes de la entrada en vigencia de la Ley General de Administración Pública. Una vez emitidos tales Acuerdos o Directrices, se deslindan claramente dos grandes ámbitos en la Administración Pública costarricense en esta materia: de un lado, aquellos sectores y organizaciones sindicales que habían negociado sus instrumentos antes del 26 de abril de 1979, fecha de vigencia de la Lgap, y por el otro todos aquellos sectores y organizaciones que no lo tenían y que fueron excluidos de tal posibilidad. A partir de esta fecha poco ha cambiado en esta materia pues, con variantes formales, las directrices del Consejo de Gobierno se mantienen vigentes en su línea central, mientras que la jurisprudencia, si bien ha tenido oportunidad de referirse al tema, no lo ha hecho con la firmeza suficiente como para producir su modificación de fondo. Por el contrario, una importante sentencia en esta materia estableció en su oportunidad, que la Convención Colectiva era posible si se respetaba el contenido de la legislación restrictiva, en especial la Ley de creación de la denominada Autoridad Presupuestaria;⁵ pero de inmediato el Poder Ejecutivo, con la inexplicable complacencia de un sector del movimiento sindical, emitió una nueva directriz según la cual se mantenía la prohibición general y se imitaba la suscripción del instrumento al "sector descentralizado y empresas estatales", previa elaboración de una legislación especial sobre la materia, (aún pendiente) y manteniendo vigentes las limitaciones impuestas respecto a las actualizaciones.⁶

No obstante lo anterior, los trabajadores de la administración pública costarricense, dado su relativo buen nivel organizativo, no han quedado excluidos por completo de la negociación colectiva, por el contrario, la negativa a la suscripción formal del principal instrumento del derecho laboral colectivo, ha dado lugar al surgimiento y fortalecimiento de una negociación colectiva directa, no siempre reglamentada, que en ocasiones es disfrazada o bien disminuida, pero negociación al fin y al cabo, y que ha marcado claramente una tendencia hacia la participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones de trabajo en el sector público costarricense.

La anterior será la hipótesis a tratar en la presente investigación, dejando precisado que por ahora no se abordará el tratamiento de otras importantes consecuencias originadas en la actitud negativa del Estado

costarricense, a partir de 1979, entre las cuales se encuentran incluidos el incremento de los procedimientos de fijación judicial de las condiciones de trabajo, específicamente a través del arbitraje reglamentado y oficial,⁷ y las consecuencias financieras y sindicales de tal recurso. Así mismo, prescindimos por ahora, de la confrontación de la restricción del derecho a la negociación colectiva, respecto al contenido de los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (Oit),⁸ y respecto de nuestra propia Constitución Política,⁹ y con ello de las posibilidades reales de que la negociación formal se restablezca mediante el ejercicio de los recursos que brinda en la actualidad la Ley de Jurisdicción Constitucional de reciente aprobación.¹⁰

El surgimiento de una negociación colectiva al margen de los procedimientos e instrumentos establecidos en la Legislación Laboral ordinaria, e incluso, como alternativa a la imposibilidad de recurrir a los mismos en el Sector Público, no es un fenómeno nuevo en Latinoamérica. En términos generales, nuestro interés en el tema nace de la consideración de que las imposiciones financieras de que son objeto la mayoría de los Gobiernos de la región, fundamentalmente en materia de restricción del gasto y volumen del Sector Público, han causado un marcado deterioro de las condiciones de trabajo y un incremento de la conflictividad al interior de la propia Administración Pública, lo que ha obligado y hace evidente, la presencia de formas particulares de negociación colectiva en el sector, precisamente como un medio de atemperar la magnitud de los conflictos laborales.

Al margen de la citada e interminable discusión teórica entre Administrativistas y Laboralistas, (o entre relación estatutaria o relación contractual), la negociación colectiva en el sector público es materia de indudable actualidad,¹¹ no sólo por su apuntada cada vez más marcada presencia y su necesaria evolución, sino por la frecuencia de las medidas de presión, regulares o no, que suelen afectar el sector,¹² antes, durante o con posterioridad a la negociación misma.

Dado que el tratamiento del tema ha sido ya efectuado en relación a otras realidades, y no encontrando razones de consideración para prescindir del término, hemos optado por reiterar a este fenómeno la denominación de negociación colectiva de facto,¹³ o negociación informal, en contraposición a la negociación colectiva reglamentada de la Legislación Ordinaria Laboral, no sin dejar de advertir que, en ocasiones, surgen reglamentaciones que ambas o una de las partes le señalan a la misma, pero siempre manteniéndola al margen de la legislación laboral ordinaria.

2. La hipótesis anteriormente planteada, nos obliga a abordar brevemente el tratamiento del concepto de negociación colectiva.

Partimos de la consideración de que la negociación colectiva no

implica para las partes (patrono o trabajadores), en todos los casos, la suscripción formal de un instrumento que es propio y exclusivo de la Legislación Laboral, homologado por la Autoridad Administrativa de Trabajo y con un contenido mínimo, específicamente definido por la misma legislación ordinaria.

La negociación colectiva consistirá, en sentido general, en los procedimientos seguidos por el patrono, o patronos, o sus organizaciones y los trabajadores o sus organizaciones representativas, destinados a pactar sobre aspectos de las relaciones laborales y de las condiciones de trabajo en general.¹⁴ Es claro que uno de los principales instrumentos de la negociación colectiva será la Convención Colectiva de Trabajo, a la cual, incluso se le asigna con frecuencia una naturaleza jurídica calificada por parte de la legislación laboral ordinaria y a la que en ocasiones, se le otorga incluso la facultad de afectar los contratos individuales de trabajo, actuales y futuros, pero que no por ello permite concluir en que sea éste el único instrumento posible;¹⁵ es decir, del género negociación colectiva así concebida, la Convención Colectiva, será sólo la principal de las especies.¹⁶ Como se verá, en la práctica la negociación colectiva en la Administración Pública asume distintas manifestaciones y tonalidades, en ocasiones —y con sobrada razón— dependientes éstas del nivel organizativo de los trabajadores, pero precisamente por ello, no necesariamente ligada a la existencia de organizaciones formales de trabajadores.

Una apreciación similar, pero orientada en función del instrumento final, ha permitido a la doctrina definir genéricamente al Convenio Colectivo como “los acuerdos celebrados entre un empleador, un grupo de empleadores o una entidad gremial de empleadores con un grupo o sindicato de trabajadores para fijar las condiciones a las que deben ajustarse los contratos individuales de trabajo.”¹⁷

Finalmente entonces, partiendo de la definición anterior, pero tomando en consideración las evidentes particularidades del ámbito a que nos referimos, podríamos ensayar —a los efectos de nuestra hipótesis— el siguiente concepto:

Entenderemos por negociación colectiva en el Sector Público, los procedimientos y encuentros formales, entre los representantes de la Administración Pública, por un lado, y los trabajadores o sus organizaciones sindicales, por el otro, con el objetivo final de suscribir acuerdos, actas o convenios, relativos tanto a las condiciones de trabajo, como sobre temas de interés para los sectores involucrados. Estaremos en presencia de la negociación colectiva de facto, cuando tales procedimientos y/o acuerdos se efectúen o logren al margen de las regulaciones propias de la legislación laboral ordinaria, (en especial, mediante instrumentos distintos al tradicional Convenio o Convención Colectiva de Trabajo) e

incluso, en ocasiones, en contra de disposiciones normativas expresas, ya sean estas decisiones Legislativas, Ejecutivas o de menor rango.

3. Participan en la negociación colectiva de facto en la Administración Pública, costarricense, como ha quedado señalado, por un lado los trabajadores coaligados para esos efectos, o bien representados por sus organizaciones sindicales, y por el otro aquellos funcionarios que ostentan la representación empleadora.

3.1. Como representante del patrono, en este caso la Administración Pública, participan de la negociación colectiva de facto todos aquéllos que el mismo ordenamiento define como tales para los efectos de la atención de la relación de empleo. Una definición directa de los representantes patronales, la encontramos en nuestra legislación laboral en el artículo 5 del Código de Trabajo, comprendiéndose en ellos a todos aquéllos que actúen en funciones de dirección o administración. También la Lgap define la representación para efectos de las relaciones de empleo público, al establecer las atribuciones de determinados típicos funcionarios públicos de gestión.

La revisión de los distintas manifestaciones de la negociación de facto en la Administración Pública costarricense refleja la participación de representantes patronales de distintos niveles jerárquicos, tanto Ministros y Vice-Ministros, como Directores Generales o Regionales, o bien funcionarios de menor nivel, actuando, ya sea por delegación o por su propia decisión, dentro del ámbito de sus responsabilidades. Esta falta de definición previa se manifiesta como una característica que responde, precisamente a la carencia de reglamentación en esta materia.

Un caso de excepción, y que pareciera reflejar una tendencia a la evolución hacia la negociación reglamentada, lo constituyen la definición de representantes de la Administración, establecidos para efectos de la negociación colectiva, a través de Decretos Ejecutivos específicos. En ocasiones, el propio Poder Ejecutivo promueve instancias de negociación, definiendo de antemano cuáles funcionarios públicos serán sus representantes. Tal es el caso de la denominada Comisión Negociadora de salarios de la Administración Pública, órgano de integración bipartita, creado mediante el Decreto Ejecutivo n. 16965-TSS-P del 4 de abril de 1986,¹⁸ en el cual se señala la participación en representación de la Administración Pública, de los Ministerios de la Presidencia, Trabajo, Hacienda y Economía y la cual es asumida en la práctica por los correspondientes Vice-Ministros. De manera también específica, el Decreto Ejecutivo n. 18765-S del 16 de enero de 1989¹⁹ establece que la representación del patrono ante la Junta de Relaciones Laborales del

Ministerio de Salud, será asumida por representantes "de escogencia del Ministro de Salud...", pero la coordinación del ente será asumida por el Director de la División Administrativa.

En ocasiones, la representación patronal es definida parcialmente mediante la participación de las propias organizaciones sindicales. En el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, las organizaciones sindicales, al gestionar la integración de un ente negociador permanente para dicho Ministerio, propusieron también su integración bipartita, la cual, en definitiva, fue aceptada así por el Ministro respectivo, e incorporada en un Proyecto de Decreto Ejecutivo.

El estudio de los distintos acuerdos suscritos en esta materia, refleja también, en relación a la determinación de la representación patronal, que ésta dependerá tanto de la especificidad del tema tratado, como del ámbito de aplicación de los correspondientes acuerdos. Así, cuando se trate de asuntos específicos de un centro de trabajo, el interlocutor de los trabajadores o sus organizaciones será generalmente un funcionario de menor rango, mientras que si se trata de temas de interés general, se pasará a negociar en un plano más amplio, con funcionarios de más alto nivel, tal el caso de las participaciones, frecuentes por demás, de los Ministros de Gobierno, ya se trate en asuntos del interés directo de su Despacho, o en cuestiones de carácter general, que tienden a afectar a toda la Administración Pública. En este último sentido, las negociaciones entre todas las Confederaciones Sindicales del país y el Poder Ejecutivo, efectuadas con bastante intensidad en el período 1986-90, involucraron con frecuencia a ministros y viceministros de distintas carteras.

3.2. Dadas las particulares condiciones de la negociación colectiva en la Administración Pública, si bien resultan posibles, las negociaciones directas, emprendidas por trabajadores coaligados temporalmente a tales efectos, resultan infrecuentes y difíciles de constatar.

Por el contrario, la mayoría de acuerdos existentes reflejan la participación sindical, lo que obedece sin duda en parte a la imposibilidad de tales entes a suscribir Convenciones Colectivas de Trabajo formales; así mismo y en sectores específicos se manifiesta la intervención de entidades que, sin ser formalmente sindicatos, actúan en la práctica como tales, como es el caso de las organizaciones gremiales de maestros.²⁰ Más acentuada será la negociación de facto en aquellos Ministerios o sectores que cuentan con un mayor desarrollo sindical, o en general, que cuentan con un mayor grado de organización permanente.

En lo que se refiere al denominado sector central de la Administración Pública, excluidos los trabajadores de la Educación, conforme a los registros del Departamento de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad social, el porcentaje de afiliación y el número de

organizaciones sindicales registradas o existentes, es considerablemente mayor en los Ministerios de Salud y de Obras Públicas y Transportes (Mopt), que en cualquier otra dependencia pública.²¹ En ambos, la negociación colectiva de facto se ha generado en mayor cantidad y calidad que en cualquier otra dependencia pública, lo que ratifica que la negociación de este tipo responde, en lo fundamental, a la presencia organizativa y que sólo excepcionalmente se refleja en ella la participación de los trabajadores no sindicalizados.²²

Pero la relación negociación de facto-organización de trabajadores-, ha generado efectos no sólo en el contenido mismo de los acuerdos, sino también en relación a la composición del sujeto "trabajadores" de la misma. El desarrollo y la consolidación de esta modalidad de negociación ha ocasionado el surgimiento de coaliciones sindicales, al margen de las agrupaciones formales registradas, ya sean éstas Federación o Confederaciones.

Estas coaliciones sindicales o inter-sindicales, que no ostentan personería jurídica propia y que no siempre son de carácter permanente, en la práctica funcionan como verdaderas federaciones y han asumido, con frecuencia, la titularidad de la negociación colectiva. Así en el Mopt, la titularidad de la negociación la asume el Consejo Permanente para el Estudio y Solución de los Problemas Laborales del Mopt (Cpesmopt), integrado por la Unión Nacional de Trabajadores de Obras Públicas y Transportes (Unatropyt), organización confederada en la Central Nacional de Trabajadores (Cnt), la Unión de Empleados del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (Unemopt), confederado en la Confederación de Trabajadores Costarricenses (Ctc), la Asociación Nacional de Empleados Públicos (Anep), perteneciente a la Confederación Unitaria de Trabajadores, la Asociación de Técnicos y Trabajadores Especializados del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (Attemopt) y la Asociación de Topógrafos del Mopt (Asotop), éstas dos última, entidades gremiales no sindicales y, por ende, no confederadas. Similar situación ocurre en el Ministerio de Salud, en el Sector de la Educación y en otras dependencias, por lo que es válido afirmar que la evolución de la negociación colectiva de facto ha llevado a superar, en la práctica ancestrales diferencias en las cúpulas de dirección confederal costarricense para pasar así a una etapa de unidad de las organizaciones de primer grado.²³

Lo anterior no debe llevar a soslayar, que ocasionalmente, la titularidad recaiga en una sola organización sindical o gremial, ya sea por tratarse de la única con presencia importante en el sector, o bien por la imposibilidad práctica de formular un único y unitario planteamiento, aunque tal situación es actualmente frecuente en sectores de poco desarrollo sindical, en términos generales.²⁴

De todas formas, la unidad prevaleciente por regla general, para

efectos de la negociación, sería en términos teóricos una representación unitaria, aunque no proporcional al número de afiliación, sino igualitaria para todas las organizaciones y que no tiene establecidos mecanismos de resolución de los conflictos de representatividad, los cuales deben ser enfrentados por las propias organizaciones. Este aspecto, sin embargo, no debe considerarse en sentido negativo pues es de esperar que la evolución normal lleve a los participantes a establecer, por sí mismos, criterios de representatividad adecuados, cuando la práctica así lo exija.

Una última apreciación sobre el tema, está referida a la integración de la representación de los trabajadores que establecen algunas normas reglamentarias y las cuales establecen, expresamente, la participación de todas las organizaciones involucradas. Tal concepción obedece a la intención estatal de no restringir la participación y evitar con ello conflictos adicionales, pero ha sido también uno de los factores impulso del fenómeno unitario descrito. En tal línea se enmarcan la integración de la citada Comisión de Negociación Salarial en el Sector Público, que establece específicamente la participación de seis centrales sindicales, dos entidades gremiales no sindicales del Magisterio Nacional (Ande y Apse), y dos organizaciones sindicales de primer grado; y la integración de la Junta de Relaciones Laborales del Ministerio de Salud, en la cual tienen representación todos los sindicatos que operen en el Ministerio.

4. El contenido de la negociación colectiva de facto en la Administración Pública, es sumamente variado. Tal característica puede obedecer, en lo fundamental, a las causas que originan la misma. No obstante, debe advertirse que la distinción entre peticiones o acuerdos de naturaleza jurídica y de intereses o de carácter económico social, de valor y trascendencia en el ámbito del derecho laboral colectivo, no parece tener mayor importancia en este fenómeno, pues los acuerdos versan indistintamente sobre ambos aspectos. Es de presumir, que la posibilidad de pactar sobre la base únicamente de la fuerza sindical, no ha permitido a las partes deliberar sobre cuestiones que podrían, en la negociación tradicional, no ser fácilmente admitidas por su naturaleza jurídica. El contenido de los acuerdos existentes será analizado, en lo fundamental referido a los temas que parecieran de mayor importancia y que reflejan, ya sea el carácter permanente del fenómeno (los organismos paritarios, el desarrollo y ampliación de los derechos sindicales) o las consecuencias económicas de la misma, cual es el caso de la creación de sobresueldos o las modificaciones salariales en general.

4.1. Una constante en los acuerdos suscritos en los últimos años, muestra claramente la tendencia de las partes a la creación de entidades bipartitas de negociación permanente en el sector, o al menos destinadas

a la elaboración de proyectos o reglamentaciones para la aprobación posterior. Este tipo de acuerdos ha sido suscrito, tanto en las negociaciones de carácter confederal,^{24bis} como en las realizadas por organizaciones de primer grado.

Así, en las negociaciones entre las Centrales Sindicales y el Poder Ejecutivo, efectuadas el primero de agosto de 1988, se acordó la integración de una "Comisión Bipartita con el objeto de elaborar un proyecto de reglamento de los Convenios 87, 98, 135 y Recomendación 143 de la Organización Internacional del Trabajo" (Punto Primero del Acuerdo); se le otorga participación a las Centrales en la Comisión de Productividad del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Punto sexto del Acuerdo), y se acordó el fortalecimiento de la Comisión Bipartita sobre Costo de Vida y Salarios, "e integrar una Sub-Comisión con un asesor legal de ambas partes para que preparen... un proyecto de decreto que restructure el actual decreto de la Junta de Adecuación de Precios..." (Punto Séptimo del Acuerdo).²⁵ El Ministerio de Hacienda, representado por su titular, el Dr. Fernando Naranjo V. y las Confederaciones Sindicales, suscribieron un Acta mediante la cual acordaron "establecer un mecanismo mediante el cual, periódicamente, lleven a cabo reuniones para analizar la situación económica y social, en general, del país y en particular de la hacienda pública."²⁶

Por otra parte, el acuerdo suscrito por los Sindicatos Unatropyt, Unemop, Asotop, Attemopt y Anep, (las cuales integran el Cespmopt), con el señor Edgar Meléndez C. Vice Ministro de Obras Públicas y Transportes, el día 1 de setiembre de 1989, estableció que el Ministerio en cuestión "se compromete a analizar y resolver en forma permanente..." con la coalición de las organizaciones sindicales mencionadas, "los problemas que aquejan a los trabajadores de la institución. A estos efectos, se tendrán reuniones, por lo menos una vez al mes. Las representaciones de las partes serán numéricamente iguales, sin perjuicio de que, cada una de ellas asistirá con los asesores que estime necesarios", (Punto 5 del Acuerdo) en igual forma, el pacto comprendía la creación de un "órgano específico", integrado por representantes del Mopt y de los Sindicatos para "estudiar y establecer el procedimiento para la creación de la carrera Técnico-Profesional para los niveles técnico y técnico profesional". (Punto 6 del Acuerdo).²⁷ Recientemente, las más altas autoridades del Ministerio de Gobernación y Policía y de la Dirección Nacional de Comunicaciones, suscribieron un Acuerdo con una coalición de organizaciones sindicales, mediante el cual se crea la "Junta de Relaciones Laborales de Cortel, la cual estará integrada por un representante de cada organización firmante... y por una representación igual de la Dirección Nacional de Comunicaciones... quienes deberán fijar los fines de dicha Junta y su modo de operación."^{27bis}

En ocasiones, los acuerdos tienen como finalidad inmediata la solución de un conflicto laboral que ha llegado ya a las manifestaciones externas. En tales eventos, la creación de organismos bipartitos tiende a la negociación ya sea de las causas mismas del conflicto, o a la solución de cuestiones íntimamente relacionadas con la huelga, como por ejemplo, los despidos o la supervisión del cumplimiento de los acuerdos.

El inicio de la negociación, a través del acuerdo, ha sido puesto de manifiesto en el documento suscrito entre el Consejo Permanente de estudios y soluciones de la problemática de Limón (Cpespl) y el Gobierno de la República representado, entre otros, por los Vice Ministros de la Presidencia y Trabajo y de Seguridad social,²⁸ igualmente, en el "Acta de Acuerdo" suscrita entre el Poder Ejecutivo representado por el Ministro de Justicia, Dr. Hugo A. Muñoz y la Asociación Nacional de Empleados Públicos (Anep), para la finalización de la huelga de empleados de la Dirección General de Adaptación Social, en cuyo punto 4, se trata en específico, en relación al despido de algunos Agentes de Seguridad y Vigilancia, por su participación en una huelga declarada ilegal, y en la cual, se acordó al respecto la integración de una Comisión, con participación sindical, que actuaría como "órgano director de los procedimientos sumarios de la revisión de los mencionados despidos. Tendrá un plazo de quince días hábiles, para que, en resolución debidamente razonada, caso por caso, establezca la participación o no del vigilante en la huelga. En el caso de que esa comisión demuestre que no hubo participación alguna del vigilante en la huelga, se le reintegrará a sus labores y se le pagarán los salarios caídos..."²⁹

Finalmente, en lo que se refiere a Comisiones de carácter bipartito, encargadas del cumplimiento de los acuerdos logrados, cabe señalar lo pactado entre una coalición sindical interesada (Anep, Anaespa) y la Dirección Regional (Región Brunca) del Ministerio de Salud, acuerdo éste en que se señaló: "A efecto de supervisar el cumplimiento de todo lo pactado, se propone lo que sigue. Ambas partes nombrarán dos representantes, a efecto de velar por el cumplimiento de los acuerdos aquí firmados. Cada parte tiene el pleno derecho de convocar a la otra, cuando se considere que ha violado alguno de los acuerdos. El aviso de convocatoria se hará con ocho días de anticipación a la fecha de la reunión."³⁰

La creación de órganos de participación de los trabajadores, originados en la negociación colectiva, ha sido, por lo general, establecida como queda dicho, en los acuerdos mismos, aunque excepcionalmente mediante un Decreto Ejecutivo, o una resolución administrativa, se le ha dado existencia formal al ente.

En lo que se refiere al Decreto Ejecutivo, la Comisión o Junta de Relaciones Laborales establecida en el Mopt, (Cespmopt) ha sido in-

corporada en un Proyecto de Decreto enviado al Poder Ejecutivo recientemente por las autoridades de este Ministerio; y respecto a la integración mediante resoluciones, cabe mencionar la Resolución DG-155-88 de la Dirección General de Servicio Civil, la cual fue producto de una negociación entre las organizaciones sindicales del Ministerio de Salud y el Titular de esa cartera, en la cual, al establecerse el pago de un sobresueldo por "peligrosidad", deja la determinación de los trabajadores finalmente cubiertos a una "Comisión Tripartita, con representantes de la Dirección General de Servicio Civil, de los trabajadores y del Ministerio de Salud".³¹ Igualmente, en la Dirección General de Desarrollo de la Comunidad (Dinadeco) del Ministerio de Gobernación, funciona desde hace varios años, un órgano integrado mediante la negociación directa entre la Administración y representantes del Sindicato de Trabajadores de Desarrollo de la Comunidad (Sitradeco).³²

4.2. La principal objeción formal a la negociación colectiva en este sector, tradicionalmente ha sido el hecho de que resulta imposible la negociación salarial, dados los incrementos del gasto público que la misma genera, y el pretendido carácter estatutario de la relación de empleo público.

No obstante, la realidad revela que con independencia de tales objeciones, la negociación salarial no ha desaparecido con la prohibición de la suscripción de Convenciones Colectivas de Trabajo. Si bien las reivindicaciones salariales han sido canalizadas por otras vías, en especial el arbitraje judicial, aún la negociación colectiva de facto mantiene considerable influencia en el tema.

La negociación salarial se encuentra, en este ámbito, referida a dos subtemas: el aumento general aplicable a los salarios base, logrado en esta área fundamentalmente a través de la Comisión de Negociación Salarial del Sector Público, y la creación o incremento de sobresueldos a través de la negociación de facto, en cada uno de los Ministerios o centros de trabajo en que la misma tiene presencia. El primero de los aspectos citados no parece tener mayor interés, salvo el dejar establecido que desde 1986, año de creación de la Comisión citada, el Poder Ejecutivo mantiene acuerdos de incrementos salariales semestrales, mediante mecanismos de ajuste relacionados con el Índice de Inflación previsto para cada período. Las deficiencias del mecanismo utilizado, sobre todo en relación a determinados sectores de trabajadores, no le resta, a los efectos de esta investigación, valor a la Comisión misma, pues pese a todo, la misma ha sido un ente negociador de los salarios de todo el sector público costarricense.³³

En materia de creación de incentivos o sobresueldos, la negociación de facto se revela particularmente fértil. En el Ministerio de Salud, desde

hace ya varios años, las organizaciones sindicales anualmente negocian los montos a recibir por los trabajadores por concepto de viáticos, estableciendo los incrementos mensuales, no sin tener en ocasiones que recurrir a medidas de presión. El último de tales acuerdos, suscrito entre las organizaciones sindicales Anep, Sinaespa y Sinae por una parte y el Vice Ministro de Salud, el Gerente de la División Administrativa, la Directora de Asesoría Legal y el Gerente de la División Financiera Contable, por otra, se encuentra fechado el dos de octubre de 1989.³⁴

No obstante, lo anterior bien podría ser una excepción a la regla general, pues la tendencia es que los acuerdos sobre incrementos salariales, ya sean éstos a la base o como sobresueldos, sea ratificada con posterioridad, mediante una resolución administrativa, mediante la emisión de un Decreto Ejecutivo, e incluso, mediante la aprobación de una ley.

Como ya se indicó, en el Ministerio de Salud se procedió —por el acuerdo de las partes— a la creación de un sobresueldo por peligrosidad de un 5% sobre el salario base, para los trabajadores de los Departamentos de Citología Exfoliativa, Lucha Antituberculosa, Enfermedades Venéreas y Análisis Químico, el cual fue posteriormente formalizado a través de la emisión de una Resolución de la Dirección General de Servicio Civil (Resolución DG-155-88 del 1-10-88), y como también se indicó anteriormente, la individualización de los trabajadores que devengarían el sobresueldo, quedó a cargo de una Comisión Tripartita.³⁵

En lo que se refiere a la formalización de los resultados de la negociación colectiva de facto en materia salarial, mediante un Decreto Ejecutivo, debe mencionarse que los representantes de las organizaciones gremiales (no sindicales) y sindicales del Magisterio Nacional y de las Confederaciones Sindicales, suscribieron un acuerdo específico con el Poder Ejecutivo (representado por los Vice-Ministros de Trabajo y de Hacienda), para la aplicación de la l.n. 6835 referente a las anualidades por antigüedad en el sector público.³⁶ Dicho convenio, que sin duda pretende solucionar una controversia de naturaleza jurídica, y que estableció un procedimiento gradual de amortización y reconocimiento de las deudas pendientes por una incorrecta aplicación de la ley, fue mencionado expresamente en una circular posterior de la Dirección General de Servicio Civil,³⁷ y fue refrendado en su totalidad, al reproducirse íntegramente por el Decreto Ejecutivo n. 18181-H del 14 de junio de 1988.³⁸ Recientemente se produjo una negociación directa sobre el mismo tema, pero respecto a las trabajadoras de los Comedores Escolares del Ministerio de Educación, agrupadas en el Sindicato de Trabajadores de Comedores Escolares.³⁸

Así mismo, en el caso de los Controladores del Tránsito Aéreo, el "Acuerdo Final", suscrito después de una huelga de grandes repercusiones,³⁹ el Poder Ejecutivo pactó con el Sindicato de Técnicos en Navegación

Aérea (Sitecna), asumiendo el compromiso de emitir un Decreto Ejecutivo creando la Carrera Técnica, estableciendo porcentajes adicionales de sobresueldo por Riesgo o responsabilidad compartida de un 10 a un 25% (con un incremento semestral del 5%) sobre cada salario base y otorgando un incremento general a los salarios base de toda la categoría profesional involucrada.⁴⁰ El contenido del acuerdo fue, en su totalidad, incorporado al ordenamiento mediante el Decreto Ejecutivo No. 18157-Mopt del 16 de mayo de 1988⁴¹, que en definitiva ratificó la terminación de la huelga en el sector.

Particular importancia en este aspecto reviste el acuerdo suscrito entre el Consejo Intermagisterial Asociado (Cima) coalición de organizaciones magisteriales y el Gobierno de la República, el día 29 de abril de 1990, mediante el cual se puso fin a una huelga de doce días y se procedió al reconocimiento de la categoría de "profesionales" a los trabajadores de la Educación costarricense. Dicho acuerdo no sólo implicó importantes incrementos salariales a partir de su firma, sino que su publicación hizo evidente, cómo en ocasiones, la negociación directa se disfraza o encubre en la pretendida unilateralidad del Decreto Ejecutivo.⁴¹ Lo señalado sería suficiente a efecto de demostrar que la negociación colectiva de facto genera también algunos de los incrementos salariales que se pretenden evitar a través de la negativa a la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo; no obstante, ante la objeción de que en ocasiones el incremento salarial queda sujeto únicamente a la emisión de una ley, cabe señalar el caso de los trabajadores de la Dirección General de Adaptación Social, del Ministerio de Justicia, los cuales después de una huelga ilegal de 22 días, suscriben un acuerdo mediante el cual se establece la aplicación de la l.n. 6835 (anualidades por antigüedad), la creación de un sobresueldo salarial de ochocientos colones por concepto de riesgo penitenciario con un incremento del 12,5% anualmente, y la extensión al personal de esta Dependencia del Régimen de Pensiones del Registro Nacional. Las dos últimas reivindicaciones, pactadas en el Convenio final,⁴² fueron incorporadas en dos reformas legislativas posteriores, aprobadas por la Asamblea Legislativa en los meses de setiembre y diciembre de 1984.⁴³ Una faceta importante de la negociación de facto en la Administración Pública, se ha revelado recientemente al surgir negociaciones Poder Ejecutivo - Organizaciones laborales, en relación a la ejecución y cumplimiento de las sentencias arbitrales. Estas negociaciones, tendientes a la solución de discrepancias de carácter jurídico, se han realizado encontrándose los trabajadores en huelga, tanto en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, (en setiembre de 1989), como en el Ministerio de Agricultura y Ganadería (en marzo de 1990).

4.3. La falta de un desarrollo en la legislación ordinaria de la Libertad Sindical establecida en nuestra Constitución Política,⁴⁴ y en los Conve-

nios de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por el país, ha quedado librada a la reglamentación que las mismas partes de las relaciones laborales colectivas acuerden. Si en el pasado fue éste un tema recurrente de las Convenciones Colectivas de Trabajo, en la actualidad, por las razones ya apuntadas, el contenido se ha trasladado, como era de esperar, a la negociación de facto. En esta materia, las regulaciones adoptadas por las partes mantienen la característica apuntada, de ser ratificadas posteriormente por una disposición de aparente soberanía y unilateralidad, ya sea ésta un Decreto Ejecutivo, o una resolución o acuerdo del Jefe correspondiente, aunque en ocasiones y con frecuencia, se prescinde de dicha ratificación posterior y las medidas rigen por el solo acuerdo entre trabajadores o sus organizaciones y los representantes de la Administración Pública.

En lo que se refiere a la incorporación de los acuerdos mediante un Decreto Ejecutivo, cabe señalar dos reglamentaciones originadas en negociaciones al más alto nivel:

En agosto de 1988, las principales Confederaciones Sindicales del país y una delegación del Poder Ejecutivo, encabezada por el señor Ministro de Trabajo, Lic. Edwin León Salazar, pactaron la integración de una Comisión bipartita, con el objeto de elaborar una reglamentación en materia de Libertad Sindical.⁴⁵ Tal compromiso fue reasumido con posterioridad y en enero de 1989, un nuevo acuerdo llevó a la integración de la Sub-Comisión encargada del tema. Finalmente, el documento final de la negociación, suscrito por los Licenciados Edwin León Villalobos, Ministro de Trabajo y por su Vice Ministro Luis F. Vargas Benavides, junto con los representantes sindicales, estableció:

a) "... Tenemos por aprobado el proyecto de Reglamento sobre Libertad Sindical, en los términos del documento adjunto.

b) El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social continuará con los trámites de rigor, a fin de que el presente proyecto se emita con el rango de decreto ejecutivo..."⁴⁶

Pese a que los funcionarios citados no fueron capaces de hacer valer su compromiso, y que las organizaciones sindicales no contaron con la fuerza suficiente para lograr el respeto del acuerdo final, lo cierto es que los procedimientos efectuados son fiel reflejo del reconocimiento que las propias Autoridades brindan a la negociación de facto, y a la posibilidad de que mediante el Decreto Ejecutivo se incorporen sus resultados al ordenamiento.

Con mejor final, en la misma materia, se contó respecto al acuerdo suscrito en negociación efectuada entre las Centrales Sindicales y el Poder Ejecutivo, al pactarse que se tomarían las medidas necesarias para el restablecimiento del disfrute de las licencias para el ejercicio de cargos sindicales,⁴⁷ lo cual, fue finalmente incorporado mediante Decreto Eje-

cutivo de noviembre de 1988.⁴⁸ Es claro que en materia de facilidades para el ejercicio de los cargos y funciones sindicales los acuerdos de las partes, a través de la negociación colectiva, no se limitan a lo descrito.

Innumerables documentos se refieren al tema, aunque debe tomarse en consideración que, en ocasiones, una vez logrados los acuerdos se procede al intercambio de notas formales entre las partes, para que las facilidades aparezcan como concesiones unilaterales de la Administración y no como verdaderos acuerdos, producto de la negociación. Tales son los casos de licencias con goce de salario para la asistencia a actividades sindicales, ya sean éstas educativas (Seminarios, Cursos, Charlas, etc.) o bien, actividades de participación propiamente sindical), como asambleas, concentraciones, etc.⁴⁹

Entre otras, las facilidades que se conceden, a través de la negociación colectiva de facto, pueden listarse de la siguiente manera, con la advertencia de que no siempre se encuentran generalizadas a todo el sector:

-Permisos con goce de salario para la asistencia a las Asambleas Generales, ya sea de los organismos de base de los sindicatos o Asambleas Generales de mitad o fin de período o congresos.^{49bis}

-Facilidades para la emisión del sufragio en los casos de elecciones sindicales por votación universal y secreta en los lugares de trabajo.⁵⁰

-Permisos con goce de salario, para la asistencia a las reuniones de organismos nacionales o regionales de Dirección Sindical⁵¹ y en ocasiones, permisos con goce de salario para el ejercicio de cargos de representación sindical.^{51bis}

-Facilidades para el establecimiento de pizarras o murales sindicales en los centros de trabajo.⁵²

-Permisos con o sin goce de salario para la asistencia a las actividades internacionales de carácter sindical.⁵³

-Permisos con goce de salario para la asistencia a las actividades educativas (Cursos y Seminarios) de las organizaciones sindicales.

-En todos los casos de organismos paritarios existentes, se concede a los integrantes, licencia con goce de salario para la participación y la atención de las funciones propias de los mismos.

-En toda la Administración Pública, incluidas la mayoría de las instalaciones del Ministerio de Seguridad Pública y de la Guardia de Asistencia Rural, se conceden facilidades para el ingreso a los centros de trabajo del personal de las organizaciones sindicales y de los dirigentes sindicales en funciones propias de sus cargos, incluida la distribución de boletines, periódicos y publicaciones, en general, a los trabajadores.

-Permisos para la celebración, en los lugares de trabajo y en horas hábiles, de actividades recreativas o de conmemoración.

-En algunas instituciones, a través de la negociación directa se ha

concedido a las organizaciones de trabajadores, la instalación y utilización de locales sindicales.⁵⁴

5. De todo lo anterior, y del examen parcial del resultado obtenido a través de la negociación directa entre las organizaciones de trabajadores (sindicales y no sindicales), y los representantes de la Administración Pública, algunas conclusiones particulares y una conclusión general, resultan evidentes:

i. La presencia en la Administración Pública, de una negociación al margen de los procedimientos e instrumentos establecidos en la legislación ordinaria laboral, resulta indudable. En los procedimientos y acuerdos suscritos participan, con bastante frecuencia, tanto las organizaciones sindicales, como entidades gremiales no sindicales y las autoridades públicas de distintos niveles jerárquicos.

ii. Los acuerdos finales, producto de la negociación colectiva de este tipo, son por lo general, ratificados con posterioridad mediante actos de aparente soberanía y unilateralidad de la Administración Pública, tales como circulares, resoluciones, decretos o la emisión de una ley.

iii. La suscripción de los acuerdos finales, (actas, convenios, acuerdos) no ha sido impedida ni por la declaratoria de ilegalidad por parte de las autoridades judiciales, respecto a las medidas de acción directa utilizadas por los trabajadores durante la misma, ni el establecimiento de procesos penales en contra de los promoventes de las mismas.

iv. La negociación colectiva directa, parece evolucionar marcadamente hacia el establecimiento de órganos de negociación, participación y consulta, de carácter permanente. Tales órganos bipartitos (Organizaciones-Administración Pública), han sido integrados al ordenamiento, no sólo por el procedimiento de ratificación posterior, sino que, en ocasiones, por el solo acuerdo de las partes.

v. Pese a la inexistencia de normas jurídicas que expresamente la autoricen, y al margen de las discusiones teóricas en torno a la relación de empleo público, el contenido de la negociación colectiva de facto no ha diferido en mayor medida del que se establece legislativamente a los instrumentos formales, salvo en cuanto al contenido de futuros contratos individuales de trabajo. No obstante, de la misma no se ha excluido la solución de discrepancias de carácter jurídico y se ha reglamentado, parcialmente, por el acuerdo de las partes, el contenido de la Libertad Sindical establecido por la Constitución Política y los Convenios Internacionales.

vi. Sin menospreciar otros procedimientos de fijación o determinación de las condiciones de trabajo, y sobre todo de salarios en la Administración Pública, como es el caso del arbitraje judicial, la negociación directa se manifiesta como un factor importante en la creación de sobresueldos y, en general, de la fijación salarial.

Como única conclusión general, parece ineludible dejar establecido que la intensidad alcanzada por la negociación colectiva directa o de facto en el Sector Público, y la participación en la misma de muy variadas organizaciones de trabajadores, hace evidente la necesidad de proceder a una reglamentación de la misma, que permita su desarrollo ordenado. Resulta ineludible proceder a la creación de órganos paritarios de negociación y fijación de las condiciones de trabajo en la Administración Pública, garantizando la participación sindical en la misma y recogiendo con ello la experiencia que la realidad social hace evidente y que demuestra con absoluta claridad, que las prohibiciones formales, no van a impedir a los trabajadores, el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Notas

¹En ese año se dió aprobación y vigencia a partir del 26 de abril de 1979, a la Ley de Administración Pública, n. 6227, cuyo artículo 112 establece: "El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la administración y sus servidores públicos."

²Conforme a lo anterior se indicó: "...no es procedente, en ningún caso, la suscripción de convenciones colectivas por parte del Estado y los demás entes públicos..." Pronunciamento n. C-204-79 del 14 de setiembre de 1979.

³Sala de Casación, n. 58 de las 15:10 horas del 20 de julio de 1951.

⁴Si bien la prohibición del instrumento mediante lineamientos del Consejo de gobierno se inicia antes de 1979 (Sesión del 5 de octubre de 1978 y Sesión del 23 de noviembre de 1978), se procede directamente con el pretendido fundamento en la Ley General de Administración Pública, en la Sesión n. 89 del 7 de noviembre de 1979, cuando se estableció: "El Estado y sus instituciones podrán celebrar Convenciones Colectivas de Trabajo, siempre y cuando, dicha convención sea actualización de una anterior, en la cual se encuentre su génesis y que ésta última haya sido firmada antes del 26 de abril de 1979. Citado por Aguirre Gómez, Rodolfo, *Convenciones Colectivas en el Sector Público*, San José, tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1983, pág. 75.

⁵Así se indicó: "...Ni la aplicación del Derecho Administrativo cuando ello proceda, ni el principio de legalidad, son obstáculos para la suscripción de tales convenciones. En Costa Rica, si bien es cierto que no existe ley que expresamente las autorice y regule, su suscripción sí tiene fundamento legal y ha sido reconocida expresamente por el legislador..." Corte Plena, Laudo Arbitral 16 horas del 14 de junio de 1984. Sobre el tema específico, Véase Van der Laat, Bernardo, *La Libertad Sindical de los funcionarios públicos*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, n. 56, mayo-agosto, 1986, p. 62 y siguientes y Marín Zamora, Raúl, *Estudio sobre la obligación que tiene el Estado y sus instituciones de negociar y firmar convenciones colectivas de trabajo*. Documentos de Derecho Laboral 3, Facultad de Derecho, U. de C. R. poligrafiado.

⁶Conforme al Acuerdo logrado entre el Poder Ejecutivo y algunos representantes sindicales en el mes de setiembre de 1986, se emitió la Directriz n. 4 del 22 de noviembre de 1986 *Acta de Acuerdos, Poder Ejecutivo-Centrales Sindicales, 4 de setiembre de 1986* según la cual, únicamente se reconoce el derecho a la Convención Colectiva de Trabajo en el sector público descentralizado y de las empresas públicas estatales, el cual queda sujeto a la aprobación de una legislación especial, cuyo proyecto sería preparado "en el menor tiempo posible" por una "Comisión de Expertos", sin participación sindical. Así mismo, se estableció que mientras se aprobaba dicha legislación, se mantenían vigentes las limitaciones, tanto en lo que respecta a la prohibición del instrumento, como en relación a las reformas o actualizaciones de las existentes antes de 1979, las cuales deben de contar con el criterio previo de la Autoridad Presupuestaria y de la Procuraduría General de la República, como requisito para su homologación. A mi juicio, la situación no ha sido modificada en beneficio de las organizaciones en ningún sentido. *Consejo de Gobierno, Acta de la Sesión n. 25 del 22-10-86, y Acta de la Sesión n. 4 del 30-05-86, Acuerdo n. 1.*

⁷Tal arbitraje se encuentra establecido en los artículos 519 y siguientes del Código de Trabajo, previsto con carácter obligatorio y como sustitutivo de la huelga, para todos los servicios públicos, entre los cuales se incluyen los servicios del Estado y sus Instituciones (art. 369, inc. a). No cabe duda de que este procedimiento ha sido utilizado, a partir de 1986, con muchísimo mayor insistencia para lograr fijaciones salariales superiores a las establecidas de manera oficial.

⁸En lo fundamental, respecto al Convenio n. 87 (relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación), y Convenio n. 98 (relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva), ratificados por *Ley n. 2561 del 11 de mayo de 1960, La Gaceta n. 118 del 26 de mayo de 1960.*

⁹Constitución Política de Costa Rica, art. 62.

¹⁰Conforme a la legislación actual, de reciente aprobación, bien podría discutirse la violación de los Convenios de Oit, ratificados por Costa Rica en materia de Libertad Sindical, por las directrices emitidas por el Consejo de Gobierno, en lo que se refiere a la Convención Colectiva de Trabajo. *Ley de la Jurisdicción Constitucional, n. 7135 del 5 de octubre de 1989, La Gaceta, Alcance n. 34 al n. 198 del 19 de octubre de 1989.*

¹¹Véase Hernández Álvarez Oscar, *Reflexiones sobre las relaciones y los conflictos laborales en el sector público*, Ponencia Oficial al II Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San José, marzo de 1990, págs. 47 y sgtes.

¹²De 62 huelgas producidas en Costa Rica durante el período 1986-1990, solamente 11 de ellas no afectaron al Sector Público, es decir, del total, el 82.26% se produjeron en el sector. Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Departamento de Relaciones Laborales.

¹³Marín Quijada Enrique, *La Negociación Colectiva en la Función Pública*, Bogotá, Editorial Temis Ltda., pág. 43.

¹⁴Este parece ser el concepto que contiene la normativa internacional, en especial el Convenio n. 154 de la Oit (1981), cuando se refiere a "todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores, o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez". *Convenio n. 154, Sobre el fomento de la negociación colectiva, (1981).*

¹⁵En lo que podríamos llamar negociación colectiva reglamentada, o establecida por la Legislación Laboral en nuestro país, otro instrumento sería el "Arreglo Directo".

¹⁶Otras especies del concepto genérico de negociación colectiva, admitidas por la doctrina serían los convenios colectivos, los contratos sindicales, las actas de avenimiento, las actas transaccionales. Oit. *La Negociación Colectiva en América Latina*, Ginebra, 1980. P. 11.

¹⁷Pla Rodríguez Améric. (1988), *La Definición de los Convenios Colectivos, en 23 Estudios sobre Convenios Colectivos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 11.

¹⁸La génesis del Decreto se encuentra en una de las discusiones del Consejo de Gobierno en las que se imponen limitaciones a la Convención Colectiva (Sesión Ordinaria n. 4 del 30 de mayo de 1980). El Decreto de creación de la Comisión fue publicado en La Gaceta n. 81 del 30-04-86.

¹⁹Publicado en La Gaceta n. 26 del 6-02-89.

²⁰Al igual que en otras realidades, las entidades de maestros se revelan con una fuerte tradición reiviindicativa, y con una marcada presencia en la negociación colectiva de facto, aunque restringida prácticamente a los aspectos salariales. En nuestro país, los acuerdos han sido, en lo fundamental, suscritos por entidades como Ande y Apse, no constituidas formalmente como sindicatos, sino como Asociaciones Civiles, lo que por demás no resulta una innovación, en un sector, que tradicionalmente, ha rechazado su condición de trabajador manual.

²¹Debe tenerse presente, de todas formas, que la tasa de sindicalización de todo el sector público es del 58.6% y específicamente, en el Gobierno Central (excluidas las Autónomas y Semiautónomas), es del 52.4%, porcentajes que se incrementarían, de considerarse la incidencia de formas organizativas no sindicales. *Panorama Sindical n. 16, El Movimiento sindical en cifras. Cepas, agosto de 1989, p. 4.*

²²En el Ministerio de Obras Públicas se suscribió un acuerdo en el que figura, en representación de los trabajadores, una coalición denominada "Comisión del Taller Central" sobre aspectos relativos a Salud Ocupacional y condiciones de trabajo. Dicho acuerdo fue antecedido, incluso, de una huelga del sector. *Acta de Acuerdo, Comité de Trabajadores-Administración del Taller Central del Mopt, 26 de noviembre de 1984.*

²³La unidad de las organizaciones de base, independientemente de las afiliaciones Confederales, es una constante en el Sector Público que adquiere particular reflejo en los planteamientos de los procedimientos arbitraje ante la Autoridad Judicial, como lo demuestran dos de los procedimientos más importantes de los últimos años: el Arbitraje de los trabajadores de la Caja Costarricense de Seguro Social, promovido por el Frente Laboral de la Ccss, integrado por 4 organizaciones (Anpe, Sinae, Sithosajudi y Undeca) y en el Instituto Costarricense de Electricidad, promovido por 9 organizaciones (Siice, Siproceice, Asi, Antea, Antec, Sitet, Asdeice, Acotel, Asofice). En ambos casos, se trata de organizaciones sindicales, coaligadas con organizaciones constituidas al amparo de la legislación civil (Ley de Asociaciones Civiles).

²⁴Ocasionalmente, las negociaciones entre el Poder Ejecutivo y los trabajadores de la Educación se celebran con una sola de las entidades gremiales, en virtud de las diferencias que entre las mismas se mantienen.

²⁵En el acta de Acuerdos Poder Ejecutivo-Centrales Sindicales del 9 de marzo de 1989, se crean, no sólo Comisiones para tratar temas específicos, sino que se resuelve "establecer una Comisión bipartita... coordinada por el Ministro de Trabajo para la discusión y búsqueda de soluciones a los problemas del sector laboral..." Acta suscrita

por los Vice Ministros de Trabajo y Presidencia y por las Centrales Cctd, Ctc, Cut y Cctcr.

²⁵Acta de Acuerdo del 1 de agosto de 1988.

²⁶"Acta de Acuerdo", del 23 de mayo de 1988.

²⁷Acta del 1 de setiembre de 1989.

^{27bis}Acta de Acuerdo suscrita el 22 de junio de 1990, entre el Lic. Luis Fishman Z., Ministro de Gobernación y Policía, Víctor Aguilar G. Director de Cortel y los representantes de las organizaciones Andet, Sinaco, Sitrae, Anro y Anep.

²⁸"Acta de Levantamiento de Huelga", 24 de agosto de 1989. Cpespel-Poder Ejecutivo.

²⁹Acta de Acuerdos firmada entre Anep y el Ministerio de Justicia, el día 26 de junio de 1984.

³⁰"Convenio" de fecha 9 de junio de 1988, suscrita entre los sindicatos y el Dr. Roldán Pérez, en representación de la Dirección Regional Brunca del Ministerio de Salud, y en la cual, además, se establece que "un representante de los sindicatos..." forme parte del "quórum del Consejo Técnico Básico", órgano colegiado de definición de políticas institucionales.

³¹Resolución de la Dirección General del Servicio Civil DG-155-88 del 1-10-88.

³²Asimismo, en el Archivo Nacional, se integró una Comisión bipartita, Anep-Ministerio de Cultura, para que evaluara la situación laboral en dicha dependencia. Resumen de Acuerdos y Recomendaciones de Comisión Evaluadora del Archivo Nacional. *Oficio D. A. P. -380.87 del 3 de diciembre de 1987, suscrito por Ricardo Barquero M., Jefe del Depto. de Personal del Ministerio de Cultura.*

³³Durante prácticamente toda la Administración Arias Sánchez (1986-1989), se mantuvo vigente un mecanismo de fijación salarial, cuyo principio fundamental fue la determinación de un "salario promedio nominal" de todo el sector, al cual se aplicaba el porcentaje de inflación esperado para el período. Tal método se reveló altamente perjudicial para todos aquellos sectores, fundamentalmente profesionales, que se ubicaban por encima de dicho salario promedio. Tal circunstancia —sin lugar a dudas— justificó los incrementos salariales obtenidos por los sectores Profesionales y Técnicos y Profesionales, mediante el arbitraje judicial. (*Acta de la Comisión de Negociación Salarial, art. 2, sesión del 3 de octubre de 1986*). El mecanismo descrito fue modificado para aplicar el porcentaje de inflación a cada salario base en Sesión del 14-12-89.

³⁴Acta de Acuerdo. Suscrita a las catorce horas del dos de octubre de 1989, entre el Vice Ministro de Salud, la Directora de Asesoría Legal del Ministerio de Salud, el Gerente de la División Administrativa, el Gerente de la División Financiera Contable, el Sub-Director del Área de Servicios de Apoyo y las organizaciones Sindicales Anep, Sindicato Nacional de Auxiliares de Enfermería (Sinae) y el Sindicato Nacional de Auxiliares de Enfermería de Salud Pública y Afines (Sinaespa); en igual sentido, el Acuerdo suscrito el 3 de mayo de 1988, entre el Director a.i. de la División Administrativa del Ministerio de Salud, el Director de la División Financiero Contable, el Jefe del Departamento de Administración de Recursos Humanos y la Asesoría Legal, en representación del Ministerio de Salud, y los Sindicatos Sinaespa, Anep y Siteco (Sindicato de Trabajadores Estatales Costarricenses), y en el cual figura como "testigo" el Dr. Víctor Julio Brenes R., Vice Ministro de Salud...

³⁵Véase cita 31 supra.

³⁶Acuerdo de fecha 13-04-88, en el cual figuran como representantes del Poder Ejecutivo el Vice Ministro de Trabajo, Lic. Luis F. Vargas B. y la Licda. Rebeca Grynspan del Ministerio de Hacienda, y por los trabajadores la representación de Anep, Ande (Asociación Nacional de Educadores), del Sindicato de Educadores Costarricenses (Sec) y las Confederaciones Catd y Ctc.

³⁷Inmediatamente suscrito el acuerdo citado, la Dirección General de Servicio Civil, mediante circular a todas las oficinas de Personal, indicó "En virtud del acuerdo suscrito entre los Ministerios de Hacienda y Trabajo y los representantes de las centrales sindicales y el Magisterio Nacional, en cuanto a la forma y a los mecanismos que se utilizarán para el pago de las anualidades por años de servicio al Estado, la Dirección General de Servicio Civil y la Oficina Técnica Mecanizada han definido el siguiente proceso de trabajo..." Oficio Circular DG-419 del 3 de mayo de 1988.

³⁸Decreto Ejecutivo n. 1818-H del 14 de junio de 1988, publicado en La Gaceta n. 120 del 23 de junio de 1988.

^{38bis}Véase "Clima de Agitación Social", p. 4 A y "Pagarán salario...", p. 11 A. La República 25 de marzo de 1990.

³⁹A partir del 21 de abril de 1988, el Sindicato de Técnicos en Navegación Aérea (Sitecna) declaró una huelga indefinida que afectó los servicios en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, al no lograrse un acuerdo en las negociaciones emprendidas con el Vice Ministro (Ministro a.i.) de Obras Públicas y Transportes, Ing. Luis Lanch. Véase "Se inició paro de operadores aéreos", La Nación, 21 de abril de 1988.

⁴⁰El acuerdo final no fue impedido ni por el reclamo de los exportadores, quienes reclamaban pérdidas superiores a los "quinientos mil dólares" (La Nación, 27 de abril de 1988, p. 5A), por la declaratoria de ilegalidad, emitida por el Juzgado Segundo de Trabajo de Alajuela, y por el Tribunal Superior de Trabajo de San José, por la utilización de personal "en retiro" para el restablecimiento parcial del servicio, ni por la "toma de las instalaciones del aeropuerto por personal de la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacional". (La Nación, 23 de abril de 1988, p. 11 A).

⁴¹Decreto n. 18157-Mopt del 16 de mayo de 1988, publicado en La Gaceta n. 101 del 26-05-88.

^{41bis}Véase el Acta de Acuerdo suscrita el día 29 de abril de 1990 entre las autoridades de Gobierno de la República y las organizaciones Apse, Sec, Ucep, Adep, Cl y P, Sinapro y Ande, cuyo contenido, sin mayores modificaciones, se reitera en un Decreto Ejecutivo firmado por el Presidente de la República, el 30 de abril de 1990. Ambos documentos publicados en La República del 1 de mayo de 1990. p. 7 A.

⁴²Acta de Acuerdo del 26 de junio de 1984. vid. cita 29 anterior. Pese a que la huelga en mención fue declarada ilegal, y dio lugar incluso a procesos penales en contra de sus promoventes y dirigentes, mediante un Decreto Ejecutivo, en uno de cuyos Considerandos se indica: "Que en junio de 1984, los trabajadores penitenciarios realizaron un movimiento reivindicativo, en virtud del cual se logró el reconocimiento de varios beneficios por parte del Ministerio de Justicia y Gracia", se Declara... "el 22 de junio de cada año Día Nacional de los Trabajadores Penitenciarios..." Gaceta No. 149 del 8 de agosto de 1988.

⁴³Mediante la Ley n. 6975, publicada en el Alcance n. 22 a La Gaceta n. 230 del 3 de diciembre de 1984, se modificó la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia (l. n. 6739 del 28 de abril de 1982) para que los funcionarios de la Dirección General de Adaptación Social puedan incorporarse al Régimen de Pensiones del Registro Nacional; y mediante l. n. 6966, publicada en el Alcance n. 18 a La Gaceta n. 185 del 28 de setiembre de 1984, se "establece una compensación de ochocientos colones adicional al salario de los funcionarios que laboran en la Dirección General de Adaptación Social ... y que se denominará 'Riesgo Penitenciario', todo ello con carácter retroactivo al 1 de enero de 1984, art. 6, Ley 6966."

⁴⁴Artículo 60 de la Constitución Política.

⁴⁵Punto Segundo del acuerdo del 1 de agosto de 1988, suscrito entre el Poder Ejecutivo representado por el Ministro de Trabajo, y los Vice-Ministros de Planificación

Nacional y Política Económica, de Economía, de Trabajo, de Hacienda y de la Presidencia y las organizaciones sindicales Cctfol, Catd, Cnt, Cut, Ctr y Apse. En igual sentido, el punto primero del Acta del 9 de marzo de 1989 entre Poder Ejecutivo y Centrales sindicales.

⁴⁶Documento de Acuerdo, suscrito el 24 de mayo de 1989. Publicado en el periódico La Nación del 31 de mayo de 1989, pág. 16-A.

⁴⁷Acta de Acuerdos del 17 de marzo de 1988.

⁴⁸Decreto Ejecutivo n. ... del 7 de noviembre de 1988, publicado en La Gaceta n. 223 del 23 de noviembre de 1988.

⁴⁹El Ministro de Salud ha concedido licencias generales para que los trabajadores a instancias de sus organizaciones sindicales, acudan a la Asamblea Legislativa en reclamo de contenido económico para los programas del Ministerio. Oficio DM: 5951:85 del 14 de noviembre de 1985, suscrito por el Dr. Juan Jaramillo A. Ministro de Salud.

^{49bis}Prácticamente en toda la Administración Pública se concede permiso con goce de salario para la asistencia de afiliados a reuniones o Asambleas Sectoriales de las organizaciones sindicales. La licencia general con goce de salario, para las Asambleas generales de final o mitad de período, no resulta frecuente, aunque las dos principales organizaciones no sindicales del Magisterio Nacional (Ande y Apse) realizan su Congreso Anual durante días hábiles y con licencia con goce salarial para los asistentes.

⁵⁰En 1989, a la Anep, al realizar su elección por votación universal y secreta en casi la totalidad de los centros de trabajo del sector público, se le concedieron importantes facilidades, al establecerse en circular a todos los Ministros que: "...las facilidades que se pretenden son: básicamente permiso para ausentarse de sus trabajos a los candidatos, fiscales y miembros de mesa; permiso para el resto de los afiliados y posibilidad de instalar los centros de votación..." Oficio n. DVM-648-89 del 20 de julio de 1989, suscrito por el Vice-Ministro de la Presidencia, Luis A. Cordero.

⁵¹Los siguientes ministerios o dependencias públicas, conceden en la actualidad, entre otros, licencias con goce de salario para la asistencia a reuniones de dirección sindical, ya sean estos cargos en organismos nacionales, sectoriales o de centro de trabajo: Ministerio de Salud, Ministerio de Obras Públicas y Transportes (Mopt), Ministerio de Justicia, Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural (Sinart), Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad (Dinadeco), Instituto Mixto de Ayuda Social (Imas), Instituto de Asistencia en Fármacodependencia y Alcoholismo (Iafa). En el pasado, cuando se les solicitó, concedieron iguales licencias, entre otros, los Ministerios de Economía, de Planificación, de Cultura Juventud y Deportes, y de Hacienda. En todos los casos, tal facilidad ha sido producto de la negociación de facto.

^{51bis}El Acuerdo entre el Ministerio de Gobernación, la Dirección Nacional de Comunicaciones y las organizaciones sindicales interesadas (vid nota 27 bis), estableció en su punto 9, que los "Secretarios Generales de las organizaciones Sindicales 'firmantes' gozarían de licencia, con goce de salario, para las actividades propias de sus cargos.

⁵²Se permite, en la actualidad, el establecimiento de murales o pizarras, entre otros en Sinart, en el Ministerio de Justicia, Mopt, Ministerio de Salud e Imas.

⁵³Se conceden o fueron concedidas, en ocasiones anteriores, en el Mopt, Sinart, Ministerio de Salud, de Economía, de Justicia, de Planificación Nacional, Estadística y Censos.

⁵⁴En la actualidad, mediante la negociación directa, se concede la utilización de un local, al menos, en los siguientes casos: Anep, en el Imas, en el Centro de Menores Luis Felipe González Flores; a cada una de las siguientes organizaciones, en el Mopt: Unemop, Unatropyt, Attemopt, Asotop, Asociación de Pensionados del Mopt y Asocia-

ción de Ingenieros Civiles (Aic), en el Ministerio de Agricultura y Ganadería, un local a cada una de las siguientes organizaciones: Udemag (Unión de Empleados del Ministerio de Agricultura y Ganadería), y Utamag (Unión de Técnicos Agrícolas del Mag, en el Servicio Nacional de Electricidad, (Sne) un local a la organización denominada Aesne, en Dinadeco, un local a la organización Sitradeco.