

EN HOMENAJE A
MARIO BLANCO VADO
Liber amicorum et discipulorum

Estudios de Derecho Colectivo Laboral Costarricense



Editorial Juricentro

Estudios de Derecho Colectivo Laboral Costarricense

EN HOMENAJE A
MARIO BLANCO VADO
Liber amicorum et discipulorum



Editorial Juricentro
Año 2001

CONSEJO EDITORIAL

Gerardo Trejos, Harry Wohlstein

340.01

E79e

Estudios de derecho colectivo laboral costarricense

/ Fernando Bolaños Céspedes ... / et al. / .--

1ª. Ed.. -- San José, C.R. : Juricentro, 2001.

258 p.; 21 x 14 cm.

ISBN 9977-31-103-X

1. Derecho laboral - Costa Rica. 2. Política
laboral. I. Bolaños Céspedes, Fernando. II. Título.

Estudiante: Si verdaderamente no tiene como comprar este libro,
el editor y el autor lo autorizan a fotocopiarlo con fines exclusivamente
académicos y no comerciales y lo relevan de toda responsabilidad.

Dr. Gerardo Trejos Salas

Editor

© EDITORIAL JURICENTRO, 2001

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY

AV. 6, CALLES 15 Y 17

TEL. 221-1407

SAN JOSÉ, COSTA RICA

Diseño y diagramación: Walter Meoño S.

INDICE

1. PRESENTACIÓN

Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo . . 9

2. SEMBLANZA MARIO BLANCO VADO

Asociación Nacional de Empleados Públicos y
Privados (ANEP) 13

3. ESTADO ACTUAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

Lic. Fernando Bolaños Céspedes. 23

4. LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN AMÉRICA Y EL FUTURO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA REGIONAL

Lic. Alexander Godínez Vargas. 69

5. SITUACIÓN DE LOS ALTOS EMPLEADOS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

Lic. Ricardo Vargas Vásquez. 109

6. EL PROCESO ADMINISTRATIVO PARA EL TRÁMITE DE LAS DENUNCIAS POR PERSECUCIÓN SINDICAL Y PRÁCTICAS LABORALES DESLEALES

Lic. Rodrigo Acuña Montero. 133

**7. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS
EN COSTA RICA**

Lic. Huberth May Cantillano 167

**8. DIMENSIONES INTERNACIONALES DE LA
NEGOCIACIÓN COLECTIVA NACIONAL**

Dr. Bernardo van der Laat E. 197

PRESENTACIÓN

La Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo, ha querido rendirle homenaje a uno de los estudiosos del Derecho Laboral más connotados de la última generación, tomando en cuenta su prematura desaparición, pero sobre todo sus méritos personales como hombre de bien y sus aportes al desarrollo de nuestra disciplina en Costa Rica. Don Mario Blanco Vado fue miembro durante muchos años de nuestra Asociación, autor de varias obras en el campo del Derecho de Trabajo, profesor de la cátedra de Derecho Laboral en varias universidades y un luchador social que puso en práctica muchos de los principios fundamentales en que se asienta el Derecho Social.

La Asociación proyectó una obra antológica con artículos y reflexiones en torno al Derecho Colectivo de Trabajo en Costa Rica, considerando no solo la ausencia de literatura jurídica en este tema dentro de nuestro país, sino también la forma apasionada en que nuestro homenajeado cultivó esta rama del derecho durante su prolífica existencia. Para bien o para mal tuvimos que poner una fecha límite para recepción de contribuciones, lo que a la larga impidió contar con la presencia de otros autores a quienes habíamos solicitado su colaboración en la obra colectiva. Esperamos poder contar con la colaboración de esas personas que en esta ocasión no nos enviaron a tiempo sus trabajos, lo mismo que la de muchos otros laboristas de nuestro país, de las viejas y de las nuevas generaciones, para que en el futuro podamos repetir la producción de antologías

como la presente, siempre en el afán de ampliar los horizontes del Derecho Laboral costarricense.

Vaya un agradecimiento de nuestra parte a la Editorial Juricentro por haber comprendido el esfuerzo de producción de esta obra y no haber dudado en ofrecernos el sello editorial para un homenaje muy sentido a nuestro gran amigo y compañero MARIO BLANCO VADO.

JUNTA DIRECTIVA.

Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo

MARIO ALBERTO BLANCO VADO

A su memoria

MARIO EL HOMBRE

Poco antes de las 6 de la mañana, sonó el timbre del teléfono; era Albino: "Freddy, necesito que te vengas inmediatamente, hubo un accidente y hay un muerto, parece que es Mario Blanco..."; un silencio largo nos unió a la distancia, siguió la conversación, el intercambio de voces entrecortadas por el llanto, el tarugo en la garganta y la ilusión vana; increíble de que no fuera cierto esa sensación que uno experimenta ante el horror de perder a un ser querido. Tal vez no sea cierto, un error, alguien muy parecido, un sueño, una pesadilla, no puede ser.

Luego la confirmación, las caras largas en los pasillos de la ANEP y de la Morgue Judicial; los ojos rojos por doquier, los anteojos oscuros, el trajín, la angustia de no poder hablar, de solo vernos y apartar las miradas, los abrazos y el dolor en el corazón por el llanto que no brota.

Los recuerdos inolvidables. El miércoles anterior al accidente, estuvimos juntos en el comedor de la ANEP; en una sesión informal, una mesa de café donde Mario y yo por ser los mayores y protagonistas de un taller de zapatería, recordábamos como se hacen los zapatos. Recoger el "avío", montar el corte y "güesiar" el par para entregarlo; "EL TALLER" de Calufa, era el tema.

De alguna manera habíamos intimidado en aspectos familiares y culturales con diez años de diferencia en

edad, (Mario era menor).a menudo nos encontrábamos en el taller de su abuelo y en el de mi padre, hablando y discutiendo sobre el proceso de la confección de calzado, en un mundo que solo conocíamos de vista y de oídas, porque ni él ni yo aprendimos el oficio tampoco nos vimos nunca en el taller de su abuelo, donde yo de niño, llegaba con frecuencia a recoger los cortes y dejar los zapatos que mi padre fabricaba para aquel remedo de maquila de los años 50 que tenía don Carlos Vado; un gigante nica que tuvo el privilegio de ser el progenitor de la madre de uno de los más connotados abogados laboristas de nuestro país; doña Meibol Vado de Blanco.

Así es que sin ser zapateros conocíamos el taller y entre suelas extendidas en el piso y pieles arrolladas en las mesas de cortar, aprendimos la jerga y la música de los zapateros.

¿Quién con más autoridad que nosotros para discutir sobre "El Taller" de Calufa, en aquella mesa de imberbes, como Saúl, Pata, Susan, María Laura, Gerardo, Retana, Zaida y otros tantos que se acercaron para admirar la sabiduría del abogado en materia de artesanía y música popular y el promotor sindical con sus afirmaciones exageradas, que arrancaban de vez en cuando una risa discreta poco usual en aquella cara peluda?

Nos cuenta don Martín y doña Meibol, padres de Mario, que él nació en Alajuela un 30 de abril de 1956 a las 8 de la noche: "...Fue el mejor regalo de cumpleaños que me mandó el Señor" -dice doña Meibol-, desde ese día solíamos celebrar juntos nuestro cumpleaños feliz. Alajuela no nos dio todo el calor que necesitábamos para criar a Mario y 5 hermanos más que vinieron después (hombres y mujeres) y tuvimos que

buscarlo en Liberia, ciudad que lo vio crecer y a la cual amó y se enorgulleció hasta el final de sus días.

A la edad de los cuatro años ingresó al prekindergarten de la Escuela de Santa Ana en Liberia. A esta edad ya era un gran jinete, pues corría por toda la finca El Capulín (en la cual su padre era mandador), en su caballo "Bodoque", dócil como su nombre.

Su padre lo llevaba a la escuela en una motocicleta, que era el vehículo familiar (entonces Mario no tenía hermanos) y los fines de semana toda la familia se montaba en la moto y se iban a disfrutar del sol a las playas de Guanacaste, en la Kuicli, que más parecía una bicicleta de motor que otra cosa: "...de ida no teníamos problemas porque íbamos de bajada, de regreso, en las cuestas, Martín subía a todo gas, y Mario y yo de la mano lo hacíamos a pie hasta encontrarnos en la cima" -dice doña Meibol.

Un día la costumbre y la destreza del montador, traicionaron a Mario y tuvo un gran accidente. Cuenta don Martín que llevaba al niño para el kinder por las calles blancas del barrio El Capulín, famoso por antonomasia y en una parte del camino llena de irregularidades, la moto saltó como caballo; el niño que viajaba atrás, acostumbrado a cabalgar, "hincó" la moto con los talones como quien hinca la panza de la bestia para no caer, y recibió el impacto de la rueda en uno de sus talones; ese día no pudo asistir a clases y, en su lugar, padre e hijo experimentaron la angustia que se vive en una sala de emergencias.

Liberia crecía como ciudad, al igual que Mario como persona. A los 6 años, fue fundador de la Escuela Laboratorio del lugar, centro educativo donde, por lo general, sólo ingresan niños y niñas con capacidad de aprendizaje por encima de lo normal. Mario no sólo fue

un buen alumno si no que fue excepcional, extraordinario, llegando a ser, año con año (hasta sacar el diploma), el primer promedio de toda la escuela.

Los accidentes persiguieron a Mario. Con su uniforme de "boy scout", rodó por los suelos, junto con otros compañeritos de la tropa quienes regresaban de un campamento en playa Naranjo, cuando el vehículo en que viajaban se volcó. Dichosamente, esa vez no hubo angustia en la sala de emergencias.

Don Martín y doña Meibol no recuerdan por qué razón Mario ingresó al Instituto de Alajuela, viviendo ellos en Liberia. La cosa es que sus padres se quedaron en la pampa y Mario se vino para la casa de sus abuelos, con el fin de hacer sus años de colegio, con guerrera blanca estilo West Point, que caracterizó hasta los años 80 a los estudiantes del Instituto de Alajuela.

Guerrera blanca con charreteras, botones dorados en la pechera y las mangas, pantalón azul, cuadernos bajo el brazo, rebeldía plenamente justificada; derechos humanos, no a la guerra, fuera yanquis de Vietnam, viva Cuba, viva el Che. Estas ideas comunistas, según la mayoría de los profesores y padres de familia de la época, le ocasionaron a Mario grandes problemas en el estudio. Dicen que se escondían para hacer reuniones clandestinas por temor a la dirección y algunos padres conservadores que les querían borrar de la mente aquellas ideas perniciosas. El proceder de los mayores ayudaron a forjar su espíritu revolucionario y consolidaron su carácter; así, ingresó a la Universidad de Costa Rica, luego de graduarse en el año 1973 en el Instituto de Guanacaste, sin guerrera, pero con mayor persecución por sus ideales, por cuanto éstos se exacerbaban conforme crecía el muchacho.

La juventud de Mario se caracterizó por su dedicación al estudio, al trabajo y su convicción en los ideales humanistas; pero, sobre todo, por su gran humildad. "Mario Verduras" le llamaban con cariño sus compañeros de Liberia. Se ganó el mote, porque siempre acompañó a su padre en el camión de verduras que repartían por las calles de la ciudad. A menudo se le veía con un saco de papas al hombro o un racimo de plátanos en la mano, descargando el camión que le daba sustento a la familia Blanco Vado.

En 1974 ingresa a la Universidad de Costa Rica y comienza su trabajo asalariado en el Patronato Nacional de la Infancia, primero en Liberia, luego en Alajuela; allí hacía sus primeras armas como Asistente Legal.

No conozco los pormenores, el cómo ni en cuándo. Mario ingresó al Partido Vanguardia Popular, pero con esa determinación volvieron los problemas: pegas, pintas, manifestaciones callejeras, huelgas, detenciones, habeas corpus, Chile no se rinde, Pinochet asesino, No pasarán.

Con el "No pasarán" se alistó en la brigada internacionalista "Carlos Luis Fallas". Empuñó el "fall" para combatir la tiranía Somosista y regresó ileso después del triunfo sandinista.

No conocí a Mario en el Partido, fue después de llegar a la ANEP. Él llegó primero que yo, y empezó a trabajar en el Departamento Legal. Estando en el mismo se graduó en el año 1983 y empezó su carrera ascendente hasta llegar a ser lo que fue: un hombre de extraordinaria sensibilidad social, que no pudo eludir por ser un profesional su responsabilidad con la lucha de su clase y decide continuar activo, participando en todas las acciones por la defensa del pueblo costarricense. Así lo vimos en todos los acontecimientos revolucionarios

del momento pero Mario no descuida su preparación profesional y se inserta en todas las contiendas sindicales y partidarias: congreso, división, Asamblea ANEP, tendencias, Lucha, UDE, división, intervención del sindicato por parte del Gobierno, pañuelos amarillos, banderas rojas, Coopejama.

Para paliar la mala situación que nos dejó la intervención y el congelamiento de las cuentas en ANEP, en 1984, constituimos Coopejama: un comedor común para los funcionarios de la ANEP donde Mario almorzaba con nosotros y se hacían los mas profundos comentarios del quehacer político nacional, al tiempo que se contaban los mejores chistes y se hacían las más pesadas bromas. Mario nunca faltó a la sesión del almuerzo. Me parece verlo lavando una pila de trastos, después de perder una apuesta con los otros compañeros.

Acostumbraba llegar muy temprano al sindicato, antes o poquito después de Zaidita, quien lo chineó con especial esmero. Fue Secretario General Adjunto, en una de las mejores juntas directivas que ha tenido la organización; después no quiso continuar como directivo, decía que ese no era su campo.

Luchador ineludible por la justicia social, por las reivindicaciones de los trabajadores, elaboró vasta doctrina, para que el movimiento sindical la pusiera al servicio de la clase trabajadora.

Estudiando y trabajando, logró formar su propio hogar. Amó su familia como el que más y le brindó, a la manera que lo hacemos quienes estamos comprometidos con las causas sociales, todo el amor y la seguridad que pudo darles; en uno de sus libros, tal vez en el último, se puede leer esta dedicatoria "A Maritza por tolerar los espacios hurtados al amor y a la familia".

Amaba la vida, el mar, las montañas, la naturaleza, sus amigos, su profesión, los libros, la música, el arte en general; tenía una vasta cultura popular y se identificaba con ella. Fue un fotógrafo anónimo extraordinario; odiaba las corbatas, los vestidos enteros, el protocolo, la publicidad y los canallas.

Los accidentes lo siguieron de cerca. En el último, tampoco fue a la sala de emergencias, trascendió para quedarse entre nosotros para siempre.

Gracias Mario por todo lo que nos enseñaste, Gracias por estar entre nosotros, Gracias por venir a tu propio homenaje.

SAN JOSÉ, 25 DE MAYO DEL 2000

Semblanza elaborada por Freddy Solórzano Jiménez a nombre del colectivo de la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP).

ESTADO ACTUAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

LIC. FERNANDO BOLAÑOS CÉSPEDES

I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo nuestro, publicado en el año de 1987, nos atrevimos a señalar que la historia de la negociación colectiva en el sector público de Costa Rica se dividía en tres etapas: Una primera, anterior a la aprobación del Capítulo de Garantías Sociales dentro de la Constitución Política de 1871, y anterior a la promulgación del Código de Trabajo, en razón de que no fue sino hasta el año de 1943, producto de la llamada "reforma social" de la década de los años cuarenta, cuando se recogió en textos constitucionales y legales la libertad sindical y la libertad de negociación colectiva. Una segunda, que dijimos podría llamarse de la tolerancia, en la cual si bien no era obligatorio para el Estado y sus instituciones negociar colectivamente, tampoco era prohibido. Y una tercera etapa, que denominamos de la prohibición; la cual arranca con la aprobación de la Ley General de la Administración Pública en el año de 1978, y se mantenía con excepciones a la fecha del análisis.¹

Vista en escorzo la delimitación en tres etapas de la historia de la negociación colectiva en Costa Rica, donde la última de ellas implica una prohibición absoluta, bien puede decirse que la misma se mantiene a hoy para un amplio sector de servidores públicos, aunque debemos admitir que se ha consolidado una apertura para otro sector. En esta línea se encarrilan varias sentencias de la

1. Estado Social de Derecho y Negociación Colectiva en el Sector Público" (Editorial CEFOC, San José, 1987); páginas 79 y 80.

Sala Constitucional que han venido delimitando un derecho de raigambre constitucional, con el problema de que en esa labor el resultado de los golpes de cincel que se han producido para moldearlo en su realidad actual, han producido un derecho deformado, discriminatorio de un amplio sector de trabajadores del Estado, y muy desigual, aún para los servidores que tendrían autorizado ese derecho, con respeto al contenido de posibilidades que subsisten para los protagonistas de la relación laboral entre sujetos privados. En efecto, los votos 1996-92, 3053-94 y 4453-2000, han venido a perfilar el contenido actual del derecho a la negociación colectiva para los trabajadores del sector público, sobre la base de una división entre servidores, sectores y "núcleos" de población laboral, que dice de la disfuncionalidad actual del sistema y de su poca justicia. No nos puede sorprender el hecho de que al interior de las relaciones de servicio del Estado-patrono y sus servidores se puedan distinguir lo que en otras latitudes se ha conocido como personal funcionarial y personal laboral, pues este tipo de fenómenos ya se han producido allende nuestras fronteras y en países de mayor desarrollo jurídico.² Lo que nos debe sorprender es la distancia tan enorme entre sector público y privado a los efectos de un derecho que constitucionalmente y en el derecho comparado no admite separaciones tan marcadas.

Al igual que se equivocaban quienes allí de los años ochenta nos hablaban de un "cuarto período" de retorno a la negociación de convenciones colectivas, hoy se han equivocado quienes entienden que no hubo una

2. Es el caso español, donde incluso el Voto 99/ 1987 de 11 de Junio del Tribunal Constitucional Español, acepta que pese al texto constitucional, no es posible eliminar el personal "laboral" de la administración.

época de tolerancia, ya que supuestamente, la sentencia No. 58 de las 15:10 del 20 de Julio de 1951, de la Sala de Casación, habría imposibilitado la negociación colectiva en el Sector Público, prácticamente desde la promulgación del Código de Trabajo.³

El "momentum" histórico que nosotros llamamos de "la tolerancia" se encuentra signado efectivamente por la sentencia de la Sala de Casación del año 1951, que vino a interpretar el texto del artículo 56 del Código de Trabajo, mencionado páginas atrás; y tuvo un último respiro, aún después de promulgada la Ley de Administración Pública del año de 1979, con la sentencia arbitral de Corte Plena de las dieciséis horas de 14 de Junio de 1984, fallo este último que no impidió la continua oposición del Estado, representado por la Procuraduría General de la República, para aceptar sus alcances, ni el posterior vaciamiento del derecho a negociar colectivamente que se ha dado con los votos de la Sala Constitucional Números 1696-92 y 4453-2000.

El fallo del año 1951, lo que vino a indicar es que, conforme con el artículo 56 del Código de Trabajo, no era obligatorio para el Estado y sus instituciones celebrar convenciones colectivas cuando un sindicato lo solicite, puesto que la obligación presente en la citada norma alcanza solamente a los empleadores particu-

3. Esto último es lo que afirma el Voto de Mayoría, de la Sentencia de la Sala Constitucional No. 4453-2000 de las catorce horas cincuenta y seis minutos del veinticuatro de Mayo de dos Mil, cuando en el Considerando VII, para justificar una supuesta coherencia histórica de ese fallo, se permite manifestar lo siguiente: "La posición que la Sala ha venido sosteniendo ha sido la que históricamente ha imperado en Costa Rica. Así la imposibilidad jurídica de la negociación colectiva en el sector público, fue declarada por la sentencia de la Sala de Casación No. 58 de las 15 horas del 20 de Julio de 1951".

lares.⁴ De allí no se deriva ni mucho menos una prohibición de negociar colectivamente para este sector, como lo atestiguan la gran cantidad de convenciones colectivas en el Estado, sus instituciones, municipalidades y empresas públicas, que se firmaron con posterioridad al año de 1951. La interpretación del artículo 56 por parte de los operadores del derecho en Costa Rica, fue pacífica hasta la promulgación de la Ley General de la Administración Pública, en el año de 1979, en el sentido de que resultaba opcional para la Administración Pública el suscribir o no convenciones colectivas. De esto último da fe el Laudo Arbitral de Corte Plena de Junio de 1984, que en su Considerando V expuso lo siguiente: “Ni la aplicación del derecho administrativo, cuando ello proceda, ni el principio de legalidad, son obstáculo para la suscripción de tales convenciones —se refiere a la suscripción de convenciones colectivas en el llamado sector público—. En Costa Rica, si bien es cierto no existe ley que expresamente las autorice, y regule, su suscripción sí tiene fundamento legal y ha sido reconocida por el legislador”.⁵

4. El Considerando I de la Sentencia expresaba lo siguiente: “Que el Tribunal Superior de Trabajo ha interpretado rectamente el artículo 56 del Código de la materia al entender que este impone al patrono particular —en el supuesto a que el mismo se refiere— la obligación de celebrar con el respectivo sindicato, cuando éste lo solicite, una convención colectiva con el fin inherente a tales convenios, obligación ésta que no alcanza al Estado o a sus instituciones, pues el término “particular” que emplea dicho texto circunscribe la obligación a aquellos patronos que no son el Estado o sus instituciones”.

5. Es una verdadera lástima que en el Voto de Mayoría de la Sala Constitucional, correspondiente al Voto No. 4453-2000 se pasara como sobre ascuas encima del Laudo Arbitral de Corte Plena del año 1984, ignorándose la larga tradición de suscripción de convenciones colectivas en el sector público costarricense. El solo considerar ese fallo hubiera impedido realizar un análisis histórico como el que allí se hizo.

En torno a las etapas que han conformado la historia de la negociación colectiva en el sector público, de cara al análisis que hacíamos en el año de 1987, habría que señalar que salvo el caso de los trabajadores que laboran en empresas o instituciones que brindan servicios económicos, o “núcleos” de servidores regulados por el derecho común, la prohibición subsiste para un amplio sector de trabajadores del Estado y sus instituciones, pero además se ha contraído el derecho para aquellos que sí tendrían derecho a acceder a formas de negociación previstas en la ley. Sería muy difícil por tanto sostener que nuestro país ya ha superado la etapa de la prohibición a que lo han sometido las interpretaciones ius publicistas de institutos típicos del derecho laboral, pero debemos aceptar que se ha consolidado una tendencia, al menos en la jurisprudencia constitucional, a distinguir entre diferentes grados de limitaciones posibles. En principio entonces, el colectivo de empleados que padecían de la interdicción absoluta de su derecho se ha reducido, al limitarse a los empleados con régimen de empleo público, distinguiendo ahora —lo cual no se hizo antes— al interior de la administración, entre dos tipos de régimen de empleo, uno laboral y otro público. No sabemos si esta nueva característica bastará para hablar de un “cuarto período” en la historia que se ha acuñado de la negociación colectiva en el llamado sector público, aunque preferiríamos seguir hablando de un período de prohibición modificado, como un subperíodo que apunta hacia nuevas posibilidades, las cuales habrán de evaluarse en el futuro próximo a fin de señalar si efectivamente o no estamos ante una nueva etapa con características autónomas. Nuestro criterio es que

mientras haya un sector importante de la población laboral del sector público sin posibilidad alguna de negociar colectivamente sus condiciones de trabajo, y mientras haya limitaciones totales para negociar en áreas específicas de la relación de empleo para el colectivo que sí podría acceder a la negociación –verbigracia toda la materia financiera y salarial que se ha dejado en manos de la llamada Autoridad Presupuestaria– no es posible creer que se ha superado el período de “la prohibición”.

II. JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL

El primer voto de interés que se intercala en el camino que va desde la sentencia de Corte Plena de 1984, hasta el Voto No. 4453-2000, corresponde al Voto No. 1696-92, conocido en nuestro medio como el voto que pone fin a la posibilidad de aplicar las soluciones tradicionales de conciliación y arbitraje a los empleados con régimen de empleo público. En este voto, el Tribunal Constitucional asegura la existencia de un régimen laboral administrativo autónomo para los empleados que se rigen por una relación estatutaria, sobre la base de que *“los artículos 191 y 192 de la constitución política, fundamentan la existencia, de principio, de un régimen de empleo regido por el derecho público, dentro del sector público, como ha quedado claro del debate en la Asamblea Nacional Constituyente y recoge incipientemente la Ley General de la Administración Pública”*. Para la sentencia *“este régimen de empleo público implica, necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios, ya no solo*

distintos de los del derecho laboral (privado) sino muchas veces contrapuestos a éstos”.⁶

Consecuentemente con la tesis anterior, el fallo anula por inconstitucional la aplicación de las normas ius laborales que se venían aplicando para la solución de conflictos colectivos de carácter económico social en las administraciones que califica como de régimen de empleo público, y en el resto del sector público somete los procesos arbitrales a dos limitaciones importantes: no pueden ser laudos en conciencia, de modo que deben respetar el ordenamiento jurídico administrativo vigente; y los tribunales arbitrales deben estar integrados por abogados.

Vista en perspectiva la sentencia en comentario, encontramos en ella dos hitos de gran relevancia para la jurisprudencia posterior. En primer término, el fallo crea un vacío normativo que antes no existía, en la medida en que deja a los trabajadores con régimen de empleo público sin procedimientos judiciales para la solución de conflictos colectivos de intereses. Dado que en Costa Rica los procedimientos tradicionales para solución de conflictos colectivos de carácter económico social se encontraban judicializados y no existe legislación para la solución de tales conflictos por medio de conciliadores o tribunales administrativos, se comprenderá la gravedad de ese vacío. En segundo lugar, introduce por primera vez una distinción dentro del llamado “sector público”, que con la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria se había pretendido regular bajo una sola identidad, entre administraciones con régimen de empleo público y administraciones con régimen de empleo privado. Tal

6. Ver Considerando XII de la sentencia bajo examen.

diferenciación aparece con nitidez en el siguiente párrafo: *“Obviamente, la declaración contenida en esta sentencia abarca la relación de empleo que se da entre la administración (o mejor, administraciones) pública y sus servidores, más en aquellos sectores en que haya una regulación (racional) que permita a un régimen privado de empleo, la solución debe ser diferente. En estos casos se daría un sometimiento a los procedimientos de arbitraje, pero con ciertas limitaciones, tales como que en ellos no pueden dispensarse ni exceptuarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, por lo que incluso en estos casos, no procederían decisiones (laudos) en conciencia, ni tribunales formados por sujetos no abogados”*. Es claro que con esta bipartición, la Sala Constitucional se hace eco de una distinción que había introducido la Ley General de la Administración Pública, desde el año de 1978, pero que no había sido aplicada por nuestros Tribunales de Justicia, ni por la administración, salvo en algunos tímidos pronunciamientos de la Procuraduría General de la República.⁷

La separación de los empleados de la administración en dos tipos, trasciende el tema del acceso de esos

7. El artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública indica: 1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración a nombre o por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. 2. A este efecto, considéranse equivalentes los términos “funcionario público”, “servidor público”, “empleado público”, “encargado de servicio público” y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario. 3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común”.

trabajadores a las medidas de conflicto colectivo, pues más allá de ello, lo que se está indicando es que en nuestro país existen dentro de la misma administración dos tipos de trabajadores, unos regidos por el derecho público, y otros por el derecho común o laboral. Esta tesis, que en el Voto 1696 se encontraba apenas en estado larvado, es retomada con mucho mayor fuerza en el Voto 4453, como luego veremos.

Volviendo ahora al tema del vacío normativo que crea el fallo 1696-92, es claro sin embargo que ese vacío no abarca a todos los empleados del llamado sector público, sino únicamente a los empleados de administraciones con régimen de empleo público, aunque es evidente que para el resto de trabajadores (administraciones con régimen de empleo privado) creó limitaciones odiosas, si los comparamos con el resto de trabajadores del sector privado. Un simple análisis de derecho comparado demostraría, que la introducción de fosos tan amplios de separación entre empleados del sector público y empleados del sector privado, no parece ser la tendencia dominante en nuestro mundo, actualmente. Sobre este último tema habremos de volver más adelante.

El artículo 112 de la misma Ley, señala por su parte: “1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos. 2. Las relaciones de servicio con obreros, trabajadores, y empleados que no participan de la gestión pública de la administración, de conformidad con el párrafo 30º del artículo III, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos. 3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativas, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo. 4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos”.

Ha de hacerse notar, para concluir nuestro análisis del Voto No. 1696-92, que esta sentencia no se pronunció expresamente sobre el tema de la convención colectiva en el llamado sector público, no sólo porque no fue interrogada la Sala Constitucional en torno a ese instrumento, sino también –pensamos ahora–, por la diferencia abismal entre unos y otros instrumentos del derecho colectivo: mientras que las convenciones colectivas tienen en Costa Rica rango constitucional, no lo tienen en cambio ni la conciliación, ni el arbitraje ni cualquiera otra forma de negociación colectiva.

En la línea de exposición que nos hemos impuesto, correspondería que nos refiramos ahora al Voto No. 3054-94, de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del 24 de Junio de 1994, dictado por la Sala Constitucional, ante amparo formulado por el sindicato que representa a la mayoría de trabajadores de una típica empresa pública, como es la Junta Administradora del Servicio Eléctrico de Cartago, en contra de esa Junta y de la misma Procuraduría General de la República. Esta sentencia, que ocupa un lugar a mitad de camino entre el Voto 1696-92 y el No. 4453-2000, vino a confirmar que con el mencionado Voto 1696-92 se habían cerrado vías de acceso a la negociación colectiva pero también se habían abierto tímidamente otras, que permanecían en una especie de limbo o lado oscuro. En efecto, el voto 3054, nos advierte desde entonces que en realidad, la negativa de admitir procesos ius laborales de solución de conflictos colectivos de carácter económico social para los trabajadores sujetos a una relación estatutaria, no se limitaba a dichas soluciones típicas (conciliación y arbitraje), sino que era posible también extenderlo a otras formas de negociación colectiva como serían las propias conven-

ciones colectivas.⁸ En tal sentido, la Sala Constitucional no duda en rechazar el amparo que se le solicita para obligar a una empresa pública, como JASEC, a negociar una convención colectiva, ya no sobre la base de la vieja interpretación de la jurisprudencia laboral sobre el artículo 56 del Código de Trabajo, sino tomando en cuenta que dentro de una empresa como JASEC vamos a encontrar tanto trabajadores con régimen de empleo público así como empleados con régimen de empleo privado, siendo imposible aplicar un instrumento típico del derecho laboral –convenciones colectivas– a una relación que al menos para una parte de los empleados es de empleo público.⁹ De esta forma, la Sala Constitucional extiende los efectos que en el Voto 1696-92 se habían diseñado únicamente para la conciliación y para el arbitraje al instituto de las convenciones colectivas, dando paso a una categoría más amplia de prohibición del uso del derecho laboral en el régimen

8. En realidad, y según nuestro criterio personal, la Sala Constitucional pudo haber rechazado el Amparo que se le solicitaba, utilizando jurisprudencia de los mismos Tribunales Laborales, conforme a la cual no es posible exigir la negociación de convenciones colectivas a la administración pública, incluyendo empresas públicas, según la interpretación tradicional del artículo 56 del Código de Trabajo. No obstante, esa forma de abordar la problemática planteada hubiera obviado en ese momento la distinción que el propio Tribunal Constitucional había creado en el Voto 1696-92 entre administraciones con régimen de empleo público y administraciones con régimen de empleo privado, sometidas estas últimas el derecho laboral en sus relaciones con los empleados.

9. No es exactamente esto lo que dice la sentencia de la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia, pero es la interpretación que mejor se aviene con su escueta redacción, porque de otro modo no se entendería cómo a un sector de trabajadores les autoriza para concurrir a medidas de conflicto colectivo, utilizando el arbitraje laboral, mientras que al mismo tiempo niega como un todo la posibilidad de suscribir convenciones colectivas.

de empleo público al referirse esta vez a la “negociación colectiva” en general.¹⁰ No estamos seguros de que los integrantes de nuestro Tribunal Constitucional estuviesen conscientes en ese momento de la extensión de los efectos de un fallo referido únicamente a instrumentos de creación legal, respecto de otro instrumento que tenía rango constitucional, lo cual hubiera requerido un mucho mayor análisis del derecho involucrado. Lo cierto es que la tendencia a prohibir la “negociación colectiva” como un todo, en el régimen de empleo público se confirmaría posteriormente en el Voto 4453-2000. Lo importante, en todo caso, es que el análisis de este último voto permitiría concluir que en JASEC no está prohibido ni en absoluto negociar convenciones colectivas, lo mismo que en cualquier otra empresa pública, siempre y cuando la convención cubra solamente a los trabajadores sujetos al derecho común. En tal sentido, no deja de ser una insuficiencia del Voto 3053-94, el haber vislumbrado solo una vía de solución para el conflicto sometido al juicio de amparo, como era el enviar al sindicato y a los trabajadores a las medidas de conflicto colectivo contempladas por el Código Laboral, pues en la perspectiva del voto 4453-2000, también cabía la posibilidad de una convención colectiva limitada a los trabajadores que no tuvieran régimen de empleo público.

Por lo demás y según ya se señaló, el voto 3054, abrió espacios que la jurisprudencia laboral tradicional

10. Así lo expone el voto bajo examen, en el Considerando II cuando expresa: “No procede acoger, por haber sido ya resuelto, en sentido contrario, en la acción de inconstitucionalidad mencionada, el amparo pedido, en cuanto a la denegatoria de negociación colectiva opuesta a los servidores de la J.A.S.E.C.” (la acción de inconstitucionalidad a que se hace referencia es el Voto 1696-92).

tenía cerrados con su interpretación reduccionistas del artículo 56 del Código de Trabajo, al entender que los trabajadores de las empresas públicas –en este caso JASEC– sometidos al derecho común, podían perfectamente acudir a soluciones de conflicto colectivo propios del derecho laboral costarricense, como son el arbitraje y la conciliación.

Visto desde otro punto de vista, el Voto 3053-94 confirma la ausencia de regulación normativa en Costa Rica para un amplio sector de empleados del sector público, quienes no pueden negociar colectivamente con la administración.

Arribamos de esta manera al Voto de la Sala Constitucional 4453-2000 donde de manera más amplia se enjuician las posibilidades de negociación colectiva para todo el sector público, y donde se aborda con más detalle el problema constitucional que obvió el voto 3053-93, al no darle un tratamiento diferenciado a la materia de las convenciones colectivas en ese sector.

La resolución que ahora se comenta es en buena medida continuación o desarrollo de la doctrina que el Tribunal constitucional costarricense ya había sentado en los votos 1696-92 y 3053-94, en cuanto insiste en la separación entre dos tipos de servidores dentro del llamado sector público, unos con régimen laboral y otros con un régimen de lege ferenda, enmarcados en una relación estatutaria. De esta forma, los primeros tendrían abierto el camino de la negociación colectiva, incluyendo la suscripción de convenciones colectivas, aunque con algunas limitaciones en razón del origen de los fondos que manejan esas empresas o instituciones, y los segundos se enfrentarían a una negociación colectiva prohibida. Aunque la distinción anterior ya era conocida por todos, lo interesante de este fallo es la interpretación

más amplia que se hace del artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública, al ubicar personal "laboral", ya no solo en las empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común (artículo 111, inciso 3 de la Ley General mencionada), sino también en otros "núcleos" conformados por obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración, los cuales podrían aparecer, hipotéticamente, en otro tipo de administraciones. A este respecto, el Considerando VI del fallo en cuestión nos describe como sector público en el que resulta constitucionalmente posible la aplicación de la institución de las convenciones colectivas, tanto a las empresas y servicios económicos del Estado, como a *"aquéllos núcleos de personal de instituciones y entes públicos en los que la naturaleza de los servicios que se prestan no participan de la gestión pública, en los términos del inciso 2 del artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública"*. En igual sentido, se manifiesta la sentencia en el Considerando VIII sobre conclusiones, cuando al dejar sentada la tesis general de que ningún funcionario público puede en Costa Rica negociar sus condiciones de empleo tal como si se diera la existencia de un nexo contractual sujeto al Derecho Laboral, admite paso seguido como posible la negociación de convenciones colectivas para los *"empleados y servidores que, no obstante integrar el sector público, rigen sus relaciones por el Derecho Laboral, especialmente en los términos de las definiciones que contienen los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, o sea cuando se trata de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al Derecho común, así como las*

relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración y que se rigen por el Derecho laboral o mercantil, según los casos". Aunque en el Por Tanto del Voto, la sentencia resulte menos explicativa sobre los casos de excepción, nos parece que la interpretación de esa parte resolutive no podrá hacerse prescindiendo de los criterios antes mencionados.

Si bien no estamos seguros de que en el lenguaje de la sentencia contenida en el Voto 4453-2000 se estuviera siempre consciente de las matizaciones a que da pie dicho fallo, al hablar por ejemplo indistintamente de "negociación colectiva", en algunos momentos, y en otros de "convenciones colectivas" como si fuera exactamente lo mismo; o al hablarse en general de las excepciones contenidas en los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, a veces como si se tratara de un mismo grupo de servidores, el fallo plantea a su modo importantes derroteros hacia futuro. En primer término, porque no debe quedar duda de que esta sentencia se refiere a toda forma de negociación colectiva –a pesar de que el origen de la consulta que origina la sentencia se refiriera solo a convenciones colectivas– separándose de esta manera del Voto 1696-92 que resultaba restringido prácticamente al análisis de los medios de solución de conflictos colectivos de carácter económico social en el sector público, incluyendo arreglos directos. En segundo lugar, porque apartándose del fallo 1696-92 en el que la excepción del régimen de empleo público se reducía a las soluciones de conflictividad laboral para administraciones con régimen de empleo privado, sin una clara definición entonces de lo que debíamos entender por tales administraciones, hoy día resulta claro que se nos habla

en general de todo el derecho aplicable a los trabajadores de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común, pero además a otros servidores –obreros, trabajadores y empleados–, que aunque no formen parte del grupo anterior, constituyan un “núcleo” que no participa de la gestión pública de la Administración –referido a la Administración en general–. De acuerdo a todo lo expuesto, la sentencia trasciende la discusión del derecho a la negociación de convenciones colectivas en el sector público, al referirse como un todo al tema de la negociación colectiva en este sector, integrando de esa manera lo resuelto en los votos 1696-92 y 3053-94, pero además, definiendo con claridad los dos regímenes de empleo que para todo efecto legal debemos reconocer en la administración pública: un régimen estatutario regido por el derecho público, y un régimen laboral, regulado por el derecho de trabajo.

Volvemos a insistir en que aunque la sentencia no es lo suficientemente clara en todas sus apreciaciones sobre las materias dichas, bien podría intentarse, a partir de ella, bisectar el personal sujeto a una relación de empleo en el sector público, para que una vez recogida en su sustancia esa distinción, pudiéramos posteriormente entrar a clasificarla y a concretar sus efectos prácticos. En este punto, resulta relevante destacar que para la ubicación del personal que mantiene una relación de servicio con la Administración, se habría seguido en Costa Rica, y a diferencia de otros países donde lo que vale es el nombramiento mismo, un criterio de derecho positivo para separar el personal laboral del “funcionariado”. Pero además, se habría interpretado el dato que aporta el derecho positivo –artículos 111 y 112 de la Ley General de la

Administración Pública– con fundamento en un doble criterio: uno objetivo y otro subjetivo. El criterio objetivo sería el que califica como personal laboral a los empleados de determinado tipo de empresas o servicios, de modo que bajo este crisol habría que atender a la naturaleza de la empresa o servicio al que nos enfrentamos. Un segundo criterio sería el subjetivo, donde indistintamente del tipo de servicio o empresa, es la naturaleza de la prestación del empleado o servidor –no participan de la gestión pública de la Administración– lo que nos determina su ubicación y su régimen de empleo. Esta forma de clasificar los distintos regímenes es sin lugar a dudas una novedad frente a las sentencias anteriores que le sirvieron de antecedente, por parte del Voto 4453-94 y afectará sin lugar a dudas toda la jurisprudencia laboral venidera.

En otro orden de cosas, la Sala Constitucional debió resolver en el fallo bajo examen, la contraposición de tesis jurídicas entre quienes han sostenido que la convención colectiva en nuestro país tiene rango constitucional, conforme al artículo 62 del texto constitucional, por lo que no puede restringirse el ejercicio de ese derecho, ni aún en el sector público; y quienes han venido señalando, desde 1979 o aún antes, que no es posible la negociación de convenciones colectivas en el régimen de empleo público, a pesar de la norma constitucional mencionada.

A fin de cuentas, nuestro Tribunal Constitucional ha querido buscar una posición intermedia –que a nuestro juicio no lo es–, para prohibir del todo la negociación a los trabajadores sujetos a un régimen estatutario y posibilitarlo, con ciertos límites para el resto de empleados de ese llamado sector público. A tal efecto, ha debido considerar, como ya lo había hecho en el

Voto 1696-92, que los artículos 191 y 192 de la Constitución Política crearon un régimen propio y estatutario para los empleados del Estado en general, distinto del régimen común de empleo para el resto de trabajadores del país. Pero más allá de lo anterior, y en vista de que el artículo 62 de la Constitución Política costarricense no hizo distinción entre trabajadores privados y trabajadores sujetos a relación de empleo público a la hora de acceder al derecho de negociar convenciones colectivas por medio de sus organizaciones sindicales, igual que tampoco el artículo 60 de la Constitución patria hizo diferencia entre los derechos de las organizaciones sindicales de un sector o de otro, el voto de mayoría de la Sala incurre en un verdadero atrevimiento histórico que resulta casi increíble, como es el de pretender que el Constituyente de 1949, al introducir el régimen del servicio civil en la Constitución, lo hizo modificando las garantías sociales del año 1942 entre las que se encuentran la negociación colectiva y la libertad sindical. Para llegar a esta conclusión, la sentencia ratifica el contenido de la libertad sindical en Costa Rica, entendida en sentido amplio como inclusiva del derecho a la negociación colectiva y a la conflictividad laboral, por obra de la reforma a la Constitución Política de 1871, para luego indicar que sin embargo, esa reforma del año 1942 se hizo en condiciones distintas a las que prevalecieron en 1949 al promulgar la Constitución vigente. En este sentido, señala que *“uno de los fines perseguidos con el nuevo texto constitucional que se aprobó –posiblemente de los que más discusión suscitó– fue el de incluir la “concepción constitucional de un régimen laboral público, exclusivo para los servidores del Estado, a fin de regular y dirimir las diversas situaciones que afectan esa*

*relación”, cuyas bases primordiales se encuentran en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política”.*¹¹

Como muy bien lo señala el voto de minoría del Magistrado Arguedas Ramírez, único disidente de la sentencia anterior, la tesis histórica y jurídica que pregona el voto de mayoría, en el sentido de pensar que el constituyente de 1949 optó por modificar las garantías sociales –en este caso a negociar colectivamente– que provenía de la reforma social de 1943, es insostenible. No solo porque el Constituyente de 1949 fue muy cuidadoso al mantener inalterable la reforma social de los años cuarenta, como se desprende de los proyectos de Constitución que se discutieron antes de la aprobación de la Constitución de 1949, sino también porque no existe en las actas de la Asamblea ningún indicio de que se deseara suprimir un derecho fundamental de todos los ciudadanos como era el de la negociación colectiva.¹²

Sin ir muy largo en el análisis de la historia del derecho en Costa Rica, es muy claro que la tesis del voto salvado se sostiene sin mayor afán, mientras que el voto de mayoría tiene escasa relación con esa historia reciente. Desde el punto de vista del desarrollo de los

11. Ver Considerando Sétimo, premisa primera de la sentencia en comentario.

12. En cuanto a la hipotética idea de que el Constituyente de 1949 deseara modificar expresa o implícitamente el Capítulo de Garantías Sociales que provenía de la reforma constitucional del año 1943, el voto salvado afirma que: *“Por el contrario, de cara a los derechos fundamentales de los servidores públicos, mi opinión es que, en sentido general, el constituyente fue animado por el propósito de proteger sus derechos: el artículo 192 lo delata”*. En cuanto a que el Constituyente estuviese dispuesto a admitir una restricción a un derecho fundamental que anteriormente no se daba, indica el voto salvado lo siguiente: *“no hay indicación de que tal cosa fuese una decisión voluntaria e intencionada del constituyente mismo, ni está literalmente expresada en el texto de la Constitución”*.

hechos que dieron lugar al rompimiento constitucional en el año de 1948 y su restablecimiento en 1949, luego de la guerra civil de la época, los textos escritos dan cuenta del compromiso del grupo insurgente con el gobierno perdidoso y sobre todo con el grupo bélico que aglutinaba el Partido Vanguardia Popular, en el sentido de que se respetarían las garantías sociales de los años cuarenta.¹³

Aparte de lo anterior, la historia constitucional del país refleja que en contra de la posición de la Junta de Gobierno que había tomado el país en 1949, la cual

13. El historiador costarricense, Oscar Aguilar Bulgarelli, en su obra *"Costa Rica y sus hechos políticos de 1948"*, nos recuerda los siguientes hechos que marcaron la pacificación del país tras la guerra civil de 1948. *"El Partido Vanguardia Popular se negaba a firmar cualquier pacto hasta tanto no se le dieran garantías de tipo político. Para eso, el Padre Núñez, bajo circunstancias especiales, firmó para el partido comunista los siguientes documentos: ..."* Se transcribe íntegramente nota de 19 de Abril de 1948, dirigida al Lic. Don Manuel Mora Valverde, con la posdata que inicia diciendo: *"Adjunto a la presente, siguiendo instrucciones del señor Figueres un pliego que contiene una serie de garantías de carácter político y social que seguramente satisfarán a su partido. El "Ejército de Liberación Nacional" presenta al partido Vanguardia Popular parte de su programa social de gobierno, cuya realización promete a todos los trabajadores de Costa Rica. "1. Las Garantías Sociales no solo serán respetadas sino también realizadas en forma efectiva, en todos aquellos aspectos en que no lo han sido todavía. 2. El Código de Trabajo no sufrirá modificación negativa a los intereses de los trabajadores; por el contrario, será perfeccionado a favor de los mismos. Entre las mejoras consideramos esencial el reconocimiento del derecho de huelga para los trabajadores del país. 3. Observamos el principio de libertad de organización para la clase trabajadora y se darán las garantías para la existencia y actividades de las Centrales Sindicales existentes en el país"* (negrita no es del original). Op. Cit., Editorial EDUCA. Segunda Edición 1994, páginas 310 a 313).

Ver también *"Lucha social y Guerra Civil en Costa Rica 1940-1948"*, de ROJAS Bolaños Manuel, Editorial Porvenir, S.A., Cuarta Edición, 1989, página 138.

propulsaba un texto constitucional totalmente diferente al anterior, prevaleció la tesis conservadora de utilizar como base de discusión del nuevo texto constitucional, la Constitución de 1871, a la cual se le había adherido el Capítulo de Garantías Sociales en el año de 1943. Esta etapa de la historia jurídica nacional es descrita de la siguiente forma por nuestra historiografía: *"El dos de febrero de 1949, se integró la comisión que estudiaría el proyecto y que daría un dictamen al seno de la constituyente. En esta comisión se notaban claramente dos tendencias: una que se inclinaba por una revisión de la Constitución de 1871 por considerarla el bastión de nuestra democracia. Esta idea estaba apoyada por don Everardo Gómez, don Luis Felipe González Flores y don Miguel Brenes Gutiérrez. La segunda posición era la de aceptar el proyecto de Junta por significar una renovación total en el sistema constitucional, no una vuelta al pasado. Esto era apoyado por los diputados Otón Acosta J. Y Rogelio Valverde. Sin embargo, a la hora de votar los diferentes dictámenes, de mayoría y minoría, el señor Gómez y Acosta, votaron por posiciones opuestas a la línea que habían mantenido"*.¹⁴

El hecho además es que revisadas las actas de la Asamblea Constituyente del año 1949, encontramos que en la discusión de la introducción del llamado régimen de servicio civil, no se encuentra por ninguna parte una sola mención de que por esa vía se estuviese reformando el Capítulo de Garantías Sociales para los trabajadores del sector público, y encontramos, más bien, que visto desde el ángulo de los empleados públicos, la finalidad del servicio civil fue la de ampliar sus derechos y nunca la de desmejorar su situación jurídico laboral

14. AGUILAR Bulgarelli Oscar. Op. Cit., página 381.

con respecto al pasado inmediato. Es más, las actas nos hablan del servicio civil, como un régimen claramente proteccionista del empleado público.¹⁵ Espigadas esas actas, no hay pues ningún indicio de que la creación de un servicio civil tuviese como finalidad, entre otras, al menos, la de modificar el régimen de los derechos fundamentales de los trabajadores de la administración pública, agregándose más bien a esos trabajadores, por vía de reforma constitucional, el derecho a la estabilidad laboral de que antes no habían gozado.

El voto salvado a que se ha hecho referencia, plantea además otros problemas de interpretación jurídica del voto 4453-94 con relación a la forma en que vacía contenido un derecho humano fundamental, lo mismo que contradice la línea jurisprudencial en materia de huelga en el sector público, pero preferimos dejar esas apreciaciones para el próximo apartado de este trabajo.

Concluamos esta parte de nuestra historia constitucional reciente indicando, que de acuerdo al Voto 4453-2000, aún para el sector laboral (no funcional o no estatutario), la negociación colectiva se encontraría bastante limitada, en el sentido de que no resulta equiparable a la situación que encontraríamos ante un patrono particular, *“puesto que por esa vía, no pueden dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, ni modificar o derogar leyes que otorgan o regulan competencias de los entes públicos, atribuidas en razón de la jerarquía normativa*

15. Puede consultarse en abono de esta tesis, el Acta No. 167 de la Asamblea Constituyente, de las quince horas del 14 de Octubre de 1949. (ACTAS. Asamblea Nacional Constituyente, Tomo III. Imprenta Nacional, San José, 1956, páginas 475 a 477).

*o de las especiales condiciones de la Administración Pública con relación a sus trabajadores...*¹⁶

III. VISIÓN CRÍTICA DEL ESTADO ACTUAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

La primera pregunta que debemos formularnos en este apartado, en el que pretendemos desarrollar una visión propia del derecho de negociación colectiva en el sector público de nuestro país, es la de si resulta posible, desde el punto de vista constitucional, continuar defendiendo ese derecho. Pues bien, a nuestro juicio la defensa es posible, no sólo porque creemos que en la Constitución Política existe el soporte normativo necesario, sino también por el desarrollo en las fuentes del derecho internacional, incluyendo la doctrina del derecho comparado.

Consideramos para empezar, que el derecho de libre sindicalización establecido en el artículo 60 de la Constitución patria, donde no se hace diferencia entre los trabajadores de la administración pública y los que laboran para la empresa privada, como sí se da en otras

16. Para la Sala Constitucional esta doctrina se desprende del artículo 112 inciso 3 de la Ley General de la Administración Pública, y del Considerando XI de la sentencia No. 1696-92 (Ver Considerando VII, Premisa Segunda, del Voto No. 4453-2000). Estas limitaciones se han hecho más evidentes con el Voto No. 7730, de 30 de Agosto de 2000 en que se han declarado inconstitucionales normas de una convención colectiva de una empresa pública (RECOPE), aplicando ya no solo criterios de legalidad, sino también de proporcionalidad y de conveniencia institucional, al punto de calificar de “enriquecimiento ilícito” el pago de un bono vacacional o el otorgamiento de permisos con o sin goce de salario. Con parecidos argumentos se tacha de irrazonable el pago de primas por asistencia regular al empleo.

constituciones modernas, en las que de antemano se establecen limitaciones para la agremiación de los empleados del Estado,¹⁷ sumado al texto del artículo 62 en que tampoco se hace diferencia entre personal sujeto a relación de empleo público y personal con régimen de empleo laboral a los efectos del derecho a negociar colectivamente, nos permiten pensar que no existe ninguna prohibición válida en nuestro ordenamiento constitucional, tanto para la suscripción de convenciones colectivas, como para la operatividad de otras formas de negociación colectiva, en el llamado sector público. Con esto queremos decir que si hubiera de momento impedimentos formales para que la negociación colectiva operara plenamente, en el sector público, no es posible decir que ello sea el resultado de una prohibición constitucional apriorística. Por el contrario, sentimos que ante la definición de libertad sindical que contienen los Convenios Internacionales ratificados por el país y la conceptualización que de esa libertad ha hecho la misma jurisprudencia constitucional en nuestro país, por ejemplo en los votos 5000-93 y 4453-2000 de la Sala Constitucional, resultaría obligación del legislador nacional dictar con la mayor brevedad la legislación que permita desarrollar la negociación colectiva en el empleo público. En este sentido, quisiéramos discrepar abiertamente del voto de mayoría de la Sala Constitucional No. 4453, cuando pretende

17. Así por ejemplo, el artículo 28 de la Constitución española permite a la ley limitar y exceptuar del derecho de la libre sindicalización a las Fuerzas o Institutos Armados, lo mismo que a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, igual que permite a la ley regular de manera "peculiar" ese derecho para los funcionarios públicos en general, con lo cual autoriza un régimen de libertad sindical diferente para estos últimos, respecto del resto de trabajadores.

sentar la tesis de que ni aún con la aprobación de otros instrumentos de rango inferior a la Constitución sería posible la negociación colectiva para los funcionarios regidos por un régimen de empleo público.¹⁸ Las normas que el voto de mayoría extraña, y que autorizarían la negociación colectiva en el sector público existen en los artículos 60 y 62 de la Constitución, en la medida en que se atiende al contenido básico de la libertad sindical en un estado de derecho, y no se vacíen de contenido esas normas. En efecto, basta con recordar el contenido de la libertad sindical, de acuerdo a jurisprudencia de la propia Sala Constitucional y a las normas de derecho internacional que ha ratificado el país, para darse cuenta de que no es posible una interpretación armoniosa de las libertades constitucionales, introduciendo prohibiciones ajenas al texto de la Carta Política. En tal sentido, quisiéramos recordar aquí un muy conocido voto del Tribunal Constitucional Español, fuente constante de inspiración de la doctrina ius laboral de ese país, cuando señaló que *"el derecho constitucional de libertad sindical comprende no solo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, sino*

18. Así, cuando en la premisa sexta del Considerando VII del Voto No. 4453-2000 se señala lo siguiente: "Pero en nuestra organización jurídica actual, para que los alcances del Convenio –se refiere al Convenio No. 151 de la O. I. T., no ratificado todavía por Costa Rica– fueran de posible aplicación, se requiere que sus principios y normas sean compatibles con los de la Constitución Política y en virtud de lo que se ha dicho en esta sentencia existe, hasta ahora, un impedimento, del más alto rango, para que se pueda aceptar la institución de las convenciones colectivas en todo el sector público, impedimento que se radica en el impedimento de la norma de rango superior a la ley ordinaria, que permita la aplicación de la institución en todo el sector público, haciéndola compatible con los principios y valores de la Constitución Política".

asimismo el derecho a que los sindicatos fundados –y aquellos a los que la filiación se haya hecho– realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordinadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar “contenido esencial” de tal derecho”.

A juicio del Alto Tribunal, estas funciones que constituyen el contenido esencial, comprenden

entre otras, la negociación colectiva, la huelga y el planteamiento de conflictos colectivos.¹⁹

A partir de lo anterior, la doctrina española afirma que a pesar de la redacción del artículo 28 de la Constitución de esa Nación, según el cual la ley podría introducir límites al derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, “las peculiaridades de la libertad sindical de los funcionarios públicos no pueden afectar el contenido esencial, no autorizan a restringir los derechos complementarios de negociación, de huelga y de planteamientos de conflictos colectivos, sino que con esta expresión se trata más bien de adaptar su ejercicio a las especialidades objetivas de la prestación de trabajo en la función pública y de la administración como empleadora. Por todo ello no se puede decir que no exista fundamento constitucional a la negociación colectiva en este sector, pues de lo anterior se ha deducido con claridad que ese derecho para los funcionarios públicos debe extraerse directamente como consecuencia inevitable del derecho de sindicación”.²⁰

19. Tribunal Constitucional Español. No. 70/1982, de 29 de Noviembre. En igual sentido, ver de la autora ROQUETA Buj Remedios, “La negociación colectiva en la función pública”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, página 37.

20. ROQUETA Buj Remedios. Op. Cit., página 42.

Ciertamente, no es posible ignorar en el derecho de la Constitución costarricense la existencia de un régimen distintivo, de carácter estatutario, para los empleados sujetos a una relación de empleo público, conforme con el texto de los artículos 191 y 192 de la Constitución, pero ello no puede ser óbice para vaciar de contenido, como se pretende en la línea jurisprudencial, seguida hasta la fecha, la libertad sindical amplia que conceden los artículos 60 y 62 del propio texto constitucional. Aceptando entonces que los artículos 191 y 192 antes citados, han creado una diferenciación básica respecto de los funcionarios públicos, la que a su vez encuentra fundamento en la naturaleza jurídica especial del Estado como patrono y en la regulación del gasto público por vía constitucional, la forma armoniosa de implementar tanto los derechos sindicales como los intereses del Estado deberá fundarse en una legislación especial que dé marco jurídico a la negociación colectiva de los funcionarios con régimen de empleo público, donde se introduzcan las modulaciones y características propias de un modelo de negociación autónomo pero real. Dicho de otra manera, si la Constitución y los principios del régimen estatutario establecen que la Administración Pública debe actuar con sometimiento a la ley y al derecho, la Constitución también le obliga a contemplar necesariamente los derechos sindicales de los funcionarios públicos, entre los cuales se encuentra el de negociación colectiva. Por tanto, el derecho a la negociación debe darse, aunque dentro de ciertos límites distintivos que otorguen en primer término a la Administración la capacidad negocial que el régimen estatutario le niega en principio, permitiéndole abandonar la posición de supremacía y colocarse en

posición de parte interlocutora empresarial. Además, la legislación deberá establecer las materias propias de la negociación, y los mecanismos para que lo negociado pueda resultar vinculantes para el Estado. Con todo esto queremos insistir en que la negociación colectiva en Costa Rica, para los empleados con régimen de empleo público debe ser posible a fin de cumplir con el propio mandato constitucional, aunque para salvaguardar el principio de legalidad resulte necesario en este momento contar con una ley habilitante, que, debemos aceptar, no existe en el presente.

Muy lejos nos situamos entonces del voto de mayoría presente en la resolución No. 4453-2000 de nuestra Sala Constitucional, según el cual, aparentemente, solo una reforma constitucional podría habilitar la negociación colectiva de los funcionarios con régimen de empleo público, colocándonos más bien en las cercanías del voto de minoría del Magistrado Arguedas y de la tesis que también ha sostenido –no olvidemos que con un régimen constitucional mucho más preciso en cuanto a la distinción de los derechos sindicales de los funcionarios públicos, respecto del costarricense– el Tribunal Constitucional Español.²¹ Nos separaríamos quizá, únicamente, del voto de minoría

21. De acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional Español, 57/1982 de 27 de Julio, donde se analizó el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, si bien dicho Tribunal se niega en principio a reconocer a los funcionarios públicos convenios colectivos con eficacia vinculante, admite sin embargo “la existencia de un nexo conceptual entre el derecho de sindicación y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, si bien considera que este principio puede ser desarrollado por distintas vías... en todo caso, para que ese derecho a participar en la determinación de las condiciones de trabajo cobre efectividad, requiere su concreción legislativa previa...” (Ver ROQUETA Buj, Remedios, Op, Cit., página 58).

antes mencionado, en cuanto insistiríamos no tanto en los límites del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, dada la particular naturaleza del patrono y de los fondos públicos con que se paga a éstos, sino en la necesidad de que independientemente de las características propias de los mecanismos que finalmente se establezcan para la negociación, éstos jamás podrían sustraer el contenido de un derecho constitucional, tornándolo de tal manera respetuoso de la actividad unilateral del Estado que en la práctica se pierda toda posibilidad negocial. Vaya por delante entonces nuestra tesis de que en realidad y a pesar de la naturaleza especial del Estado patrono, éste mantiene una capacidad negocial para suscribir convenios colectivos, aunque dentro de márgenes que deben ser definidos por ley.²²

La posición crítica que mantenemos respecto del Voto 4453-2000 de nuestro Tribunal Constitucional se

Conforme a esta tesis póstuma del Prof. Ortiz, la forma de la convención colectiva se regularía por el derecho público, mientras su contenido sería típicamente laboral, en cuanto resultaría admisible superar los mínimos legales por vía del instrumento convencional

22. Nos alegra pensar que el Prof. Eduardo Ortiz hubiera estado de acuerdo con esta tesis, pues de hecho la defendió en varios de sus últimos trabajos. Así, la tesis final de su trabajo monográfico “Convenciones Colectivas y Módulos Convencionales en la Administración Pública”, fue la siguiente: “La convención colectiva cumple bien en Costa Rica –en tanto tiene efecto imperativo frente a terceros– con el principio de legalidad, al tiempo que da origen a una reglamentación de Derecho Laboral Colectivo, enmarcada por un régimen administrativo, en honor al artículo 112.1 L.G.A.P., con el que también cumple a cabalidad. La convención colectiva en el sector público es no sólo constitucionalmente posible sino también deseable, como la forma más democrática y participativa de regular las condiciones de trabajo, poniendo en comunión y comunicaciones a la Administración y a sus servidores”. (Op. Cit., Editorial IUSTITIA, 1992, página 75).

acentúa si partimos de dos contradicciones adicionales que muestra esa resolución. La primera, ya señalada en el voto de minoría del Magistrado Arguedas, cuando se observa que mientras en el fallo 1317-98 de las diez horas doce minutos del veintisiete de Febrero de 1998, se declararon inconstitucionales varios artículos del Código de Trabajo, para abrir la posibilidad, "otora inexistente de que los servidores públicos puedan recurrir a la huelga legal", ahora se declara prohibida la negociación colectiva para un núcleo central de funcionarios acogidos por una relación estatutaria. El voto de minoría se pregunta entonces: "¿Cómo explicar ahora que pudiéndose realizar huelgas legales por parte de estos servidores, ellos mismos encuentren vedada la vía de resolución de sus diferendos anteriores o posteriores al estado de huelga mediante convenciones colectivas u otras modalidades de negociación vinculante para las partes, siendo la negociación colectiva, como se sabe, la forma más lógica y civilizada para dar terminación a los conflictos colectivos de carácter económico social que se dan en el ámbito de las relaciones de trabajo". Si hubiera que poner lo dicho por el voto de minoría en términos más crudos, habría que decir que la jurisprudencia constitucional está señalando un camino sin salida, al permitir huelgas sin posibilidades de negociar los motivos que las impulsan.²³ El problema es mucho más serio de lo que

23. Acerca de este desfase entre huelga y derecho de negociación colectiva en el sector público, señala la autora Roqueta Puj, lo siguiente: "Ciertamente, sería un contrasentido que se reconociese el derecho de huelga a los funcionarios y no el de negociación colectiva, pues sin duda la huelga suele ser el recurso utilizado al fracasar las vías negociadoras, que, por lo tanto, deben ser las primeras en ser utilizadas. De otro modo y por las mismas razones, como la fijación de las condiciones, dentro de

parece, pues se podría estar alentando la existencia de conflictos abiertos en los servicios públicos, cuyas repercusiones en las finanzas públicas podrían ser desastrosas, más allá de lo que se hubiera afectado a esas finanzas con una negociación razonable.

La otra contradicción a la que pretendemos hacer referencia, nace del enfrentamiento de las siguientes dos posiciones. Por un lado, la que afirma en el Voto 4453, que ni aún aprobando el Convenio No. 151 de O.I.T., —como se sabe mucho más específico en cuanto al derecho de negociación colectiva de los funcionarios del sector público—, sería posible acceder a la negociación para el núcleo de los que hoy tienen prohibido ese derecho, en razón de la existencia de normas constitucionales de mayor rango (arts. 191 y 192 de la Carta Política).

Por otra parte, la defendida en varios de sus fallos por nuestro Tribunal Constitucional, en el sentido de que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (y no tenemos duda de que el Convenio No. 151 de la O.I.T. tiene ese carácter), tienen valor incluso superior a la Constitución Política, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas.²⁴

una concepción estatutaria, supone, por la definición, el ejercicio de potestades normativas del Estado, la huelga de funcionarios en apoyo de sus reivindicaciones e intereses se encontrarían dentro del concepto de huelga política establecido por el propio Tribunal Constitucional, a la cual se le ha negado un reconocimiento constitucional (...) Por todo ello hay que concluir que si no se quiere desnaturalizar el derecho de sindicación, convirtiéndolo en mero derecho de asociación profesional... y se respeta el derecho de huelga de los funcionarios, la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios debe instrumentarse a través de categorías contractuales y no mediante el ejercicio unilateral de potestades normativas". Op. Cit., página 43.

24. Así, por ejemplo, en Voto No. 2313-95 de las 16:18 horas del 9 de Mayo de 1995, la Sala Constitucional señaló: "Sobre esto debe agregarse que en

No es el momento, claro está, de pretender resolver las contradicciones que se han señalado, pero no cabe duda de que existe todo un camino abierto para replantear ante la Sala Constitucional el contenido del Voto No. 4453, de cara a las realidades que se han manifestado aquí.

Decíamos páginas atrás, que otro motivo para creer que el tema de la negociación colectiva prohibida tiene poco asidero en nuestro sistema de derecho, lo encontramos en el derecho comparado, sobre todo en el ordenamiento internacional del que forma parte nuestro país. En este último sentido, no resultaría del todo descabellado pensar, que el Voto No. 4453-2000, pone a Costa Rica por de pronto fuera de los principios que inspiran y norman la existencia de la Organización Internacional del Trabajo, por lo que deberíamos preguntarnos si se puede seguir perteneciendo válidamente a esa organización, ante las limitaciones creadas a un derecho que para tal organización es fundamental. Así, la cláusula III, del Anexo relativo a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, que es documento anexo a la Constitución de la O.I.T.

tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución (vid sentencia No. 3435-92 y su aclaración No. 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años".

del 1919 y sus enmiendas, señala la obligación de fomentar entre todas las naciones del mundo programas que permitan: **"e) lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas"**.²⁵

Por su parte, la *Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, adoptada en la 86.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de 1998, contempla entre los principios y derechos fundamentales en el trabajo lo siguiente: "2. *Declara que todos los Miembros, aún cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de estos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de negociación colectiva...*"²⁶

Por cierto que para el caso de Costa Rica, existe una interesante resolución del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. contenido en el Informe No. 258, casos No. 1129 y 1298, en el cual se señaló lo siguiente: "*Las disposiciones legales que someten las convenciones*

25. Ver: "Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Febrero de 1998, página 23".

26. Ver: "La declaración de principios de la O.I.T.: un nuevo instrumento para promover los Derechos Fundamentales". Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo, Primera Edición, Ginebra, año 2000.

colectivas a la aprobación del Ministerio de Trabajo por razones de política económica, de manera que las organizaciones de empleadores y de trabajadores no pueden fijar libremente los salarios no son conformes al artículo 4 del Convenio núm. 98 sobre el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación colectiva voluntaria".²⁷

Desde otro ángulo, es interesante la posición de la Comisión de Expertos de la O.I.T., que al tratar el tema de la negociación colectiva con el Estado, ha dicho en su "Estudio General" de 1994, lo siguiente: "...debería encontrarse un compromiso equitativo y razonable, entre, por una parte, la necesidad de preservar hasta donde sea posible la autonomía de las partes en la

27. No obstante lo anterior, tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos de O.I.T., tienen especiales consideraciones para la negociación colectiva con el Estado. Así, en el Estudio General del año 1994, la Comisión de Expertos de O.I.T. ha señalado que: "La Comisión es consciente de que la negociación colectiva en el sector público exige la verificación de los recursos disponibles en los distintos organismos o empresas públicas, de que tales recursos están condicionados por los presupuestos del Estado y de que el período de vigencia de los contratos colectivos en el sector público no siempre coincide con la vigencia de la ley de presupuestos del Estado, lo cual puede plantear dificultades. En consecuencia, la Comisión toma nota enteramente en cuenta las graves dificultades financieras y presupuestarias que deben afrontar los gobiernos, sobre todo en períodos de estancamiento económico general y prolongado. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la Comisión considera que las autoridades deberían privilegiar en la mayor medida posible la negociación colectiva como mecanismo para determinar las condiciones de empleo de los funcionarios; si en razón de las circunstancias ello no fuere posible, esta clase de medidas deberían aplicarse durante períodos limitados y tener como fin el nivel de protección de vida de los trabajadores más afectados" ("La Libertad Sindical". Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T., Cuarta Edición, Revisada, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996), página 195.

negociación, y por la otra, el deber que incumbe a los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para superar sus dificultades presupuestarias.²⁸

No encontramos por lo demás, en la literatura de la O.I.T., pronunciamiento o interpretación alguna que nos señale que solamente a través de la ratificación del Convenio 151 de esa Organización, podría tenerse un claro respaldo jurídico para sustentar la negociación colectiva en el sector público. Este postulado, que pareciera desprenderse del voto de Mayoría No. 4453-2000 de nuestra Sala Constitucional, elude en cualquier caso, según se ha visto aquí, otras consideraciones de mayor alcance, como es la inclusión que hace la O.I.T. de la negociación colectiva, en general, dentro del catálogo de derechos fundamentales de los trabajadores, al punto de ser parte de su Carta Constitutiva y de su última Carta de Declaración de Principios.

La evolución del derecho a la negociación colectiva en el sector público, muestra por lo demás en nuestros días y en el concierto mundial, una tendencia contraria a la que observamos en Costa Rica. La evolución es adecuadamente descrita por los tratadistas españoles Tomás Sala Franco e Ignacio Albiol Montesinos cuando indican que "*a partir de la Segunda Guerra Mundial, con carácter general a todos los países, si bien con distintos calendarios, se ha desarrollado un proceso imparable de reconocimiento de los derechos colectivos de los funcionarios públicos. Con anterioridad, la presencia de los derechos colectivos en la Administración Pública, era tradicionalmente denostada por contraria al régimen jurídico estatutario donde los principios de jerarquía administrativa y de continuidad*

28. IBIDEM. Página 195.

en la prestación de los servicios públicos debían prevalecer sobre cualesquiera intereses particulares del personal al servicio de la misma. Primero fue el reconocimiento generalizado de la libertad sindical por el impulso del Convenio 87 de la O.I.T., donde únicamente se admiten limitaciones al derecho de sindicación de los miembros de la policía y de las fuerzas armadas. Más tarde, y en algunos países al mismo tiempo, fue reconocido el derecho de huelga de los funcionarios. Finalmente, en la década de los sesenta, la negociación colectiva, con notables matices, adquiere carta de naturaleza respecto de los funcionarios públicos en la mayoría de países”.²⁹

La tendencia a una genuina “relación de empleo”, típicamente laboral entre empleado público y el Estado, fue descrita por Bruno Veneziani, que distingue dos fases separadas. En la primera “asistimos a una despersonalización, a consecuencia de la separación de los poderes ejecutivo y legislativo. En esta fase, la existencia de una carrera que refleja la organización burocrática de los servicios del Estado, el creciente número de órganos administrativos, la plantilla de tales órganos y la existencia de un personal que no participa directamente en actos en los que se manifiestan los poderes del Estado, caracterizan una relación de derecho privado especial, basado en el antiguo modelo de *locatio conductio operarum*...”. Más importante que lo anterior, es la identificación que hace el mismo autor de la sindicalización como “un nuevo factor... que ayudó a colmar la brecha de hecho entre el derecho laboral público y el privado” por medio de la presión

29. SALA FRANCO Tomás y ALBIOL MONTESINOS Ignacio. “Derecho Sindical”, (4º Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996), página 585.

social y la negociación Colectiva.³⁰ Lo anterior le permite concluir al profesor inglés Alan C. Neal, que: “...en casi todos los países se observa desde los años 60 una tendencia clara a la creciente aparición de pautas del sector público, que se guían por acuerdos desarrollados en el sector privado. Por ello, al igual que para el sindicalismo, al que se refiere Veniziani, encontramos que el marco de referencia –y de hecho la terminología adoptada– par la presentación de las relaciones laborales del sector público, refleja en un grado relativamente alto el comúnmente usado al hablar de temas del sector privado de índole similar”.³¹

Lo interesante del balance actual, en cuanto tendencias visibles dentro de los modelos del derecho comparado, es la influencia del fenómeno de las privatizaciones en las relaciones laborales, acercando las regulaciones propias del sector privado a las del sector público, algo que el autor italiano Tiziano Treu ha calificado como “el deslizamiento general hacia cierto tipo de privatización y desregulación”.³² El mismo autor, en un trabajo reciente, da cuenta del acortamiento de las fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo, en Italia, al informarnos que “*por un lado, empresas propiedad o de control público, las cuales forman una parte grande de la economía italiano, caen dentro de la legislación laboral y legislación privada sobre negociación colectiva. Por otra parte, ha habido un incremento creciente entre los*

30. Citado por el Prof. Inglés Alan C. Neal, en su Informe al XVI Congreso Mundial de Derecho Laboral, celebrado en Jerusalén entre el 3 y el 7 de Setiembre de 2000. Confrontar el documento “General Reports”, página 25.

31. NEAL. C. Alan. “General Report”, op. cit, página 25

32. Citado en “General Report”, Ibidem, página 24.

*principios fundamentales del derecho laboral privado y el derecho del empleo público. La ley No. 29 de 1993 y la subsecuente Ley No. 59 de 1997 ha convertido la legislación previa citada plenamente aplicable al servicio público en dirección a la "privatización" de la relación de empleo con la administración pública (no de las administraciones públicas propiamente) como una manera de aumentar su eficiencia; por lo demás ha extendido la negociación colectiva y los derechos de las organizaciones sindicales a los empleados públicos".*³³

De esta manera, resulta interesantísimo conocer como para un autor de tanta trayectoria en el derecho laboral europeo moderno, como es el caso de Tiziano Treu, la idea de adaptar regulaciones propias del derecho laboral privado al sector público, en este caso a la negociación colectiva, contribuirían a mejorar la eficiencia de las administraciones públicas, tema que también está presente en otras de sus reflexiones acerca de cómo la negociación colectiva –en sentido general y no solo para el sector público– puede permitir una mayor flexibilidad del derecho laboral de corte intervencionista, permitiendo de esta manera a las empresas una mayor adaptabilidad a su entorno.³⁴

Sea como fuere, por influencia o no de los procesos privatizadores en el mundo, no cabe duda que en un cuadro comparativo del desarrollo de la negociación colectiva en el orbe, la tendencia más fuerte apunta hacia la aplicación de esquemas iuslaboralistas al sector público. Así, en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, celebrado en el mes de Setiembre del año

33. TREU Tiziano. "Labor Law and Industrial Relations in Italy", (Editorial Giuffrè, 1998), página 20

34. Ibidem. Página 22.

dos mil, el relator general sobre el tema "Relaciones Laborales en el Sector Público, incluidos Conflictos Colectivos," el Prof. Alan C. Neal, nos da cuenta del siguiente balance, que por su importancia y claridad, nos parece imprescindible citar aquí: *"En un extremo se sitúan países como la República Dominicana, donde de hecho todavía no existe la negociación colectiva para los funcionarios públicos "genuinos". En una posición intermedia está Alemania, donde la negociación colectiva plena se aplica para la mayor parte del sector público, a excepción de los Beamte. En el otro extremo del abanico están sistemas instaurados hace largo tiempo como en el Reino Unido, donde la norma es la comparabilidad plena con el sector privado, y tal es también el caso de Israel desde la fundación del Estado. En la mayoría de sistemas nacionales, empero, se ha producido en cierto momento una reforma de la situación con respecto a la negociación colectiva en el sector público. En muchos de estos países, la reforma es reciente, con una tendencia creciente a acercar las circunstancias del sector público a las del sector privado. En este grupo de "países reformados" cabe distinguir dos grupos. Están, primero, aquéllos en los cuales la reforma ha sido tal que las posibilidades de negociación colectiva solo son equivalentes a las existentes en el sector privado. Así sucede en Argentina (si bien con algunas excepciones fijadas por ley) Francia, España y Uruguay (desde el fin de la Dictadura en 1985). En segundo lugar están aquellos sistemas nacionales que han introducido reformas para las cuales la negociación colectiva del sector público ha sido más o menos equiparada con la del sector privado. Pertenecen a esta categoría Austria, la República Checa, Dinamarca (a excepción del alto personal ejecutivo), Italia, Nueva*

Zelanda y Suecia. Se podría incluir también en este grupo a los Estados Unidos de América, en lo que atañe al nivel federal y 41 estados de un total de 50".³⁵

IV. PERSPECTIVAS FUTURAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO COSTARRICENSE

No puede perderse de vista, como parte final de este apartado, y para ser justos con el análisis que se hace de la posición actual de la Sala Constitucional, que ella permitiría acceder a las convenciones colectivas, aunque fuere solo formalmente, a colectivos de la población laboral del sector público, que de acuerdo a los lineamientos del Consejo de Gobierno del años 1986 y 1987, estarían fuera de tal posibilidad, salvo que hicieran uso del reducido reglamento de negociación colectiva publicado en el año de 1993. Es claro que nuestro Tribunal Constitucional se ha decantado por una solución que no sabemos si consciente o inconscientemente, se acerca a la del Convenio 151 de O.I.T., cuando este último reserva, en su artículo 1.2 la aplicación del convenio, respecto a "ciertos funcionarios de alto nivel", al señalar que: **"la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se consideran normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial"**.

35. "General Reports". Op. Cit., página 33.

Si pudiéramos afirmar, en un tono positivo que el voto No. 4453 de la Sala Constitucional, autoriza en la práctica la negociación colectiva, bajo límites muy definidos, en el sector público, salvo el caso del personal de alto nivel descrito en el artículo primero supra citado del convenio 151, nos parece que se habría dado un paso fundamental hacia la normalidad del ejercicio de un derecho constitucional que solamente pueda ser limitado en la medida en que no pierda sus perfiles y contenido que le son propios. De hecho, una interpretación como lo anterior es posible, en la medida en que según se analizó páginas atrás, la negociación colectiva, incluyendo convenciones colectivas, sería posible tanto para los empleados, obreros y trabajadores de los servicios económicos del Estado, sino también para las administraciones con régimen de empleo público tratándose de los "núcleos" de personal no funcional, sea todo aquel personal que no participa de la gestión pública. Los problemas que se plantean a esta última interpretación que aquí ensayamos son sin embargo de momento bastante complicados. En primer lugar, el tono de la sentencia, al responder una consulta de la Sala Segunda, la cual partía del criterio de la prohibición absoluta de negociar convenciones colectivas en el sector público, no es claro en el sentido de rechazar dicha prohibición, sino que por el contrario, declara la inconstitucionalidad de las convenciones colectivas en el régimen de empleo público, haciéndole una concesión, al menos retórica muy importante a quienes sostenían la posición original de la prohibición total. En segundo lugar, la definición de cuál parte del personal realiza gestión pública y cual no, es totalmente difusa, dejándose a criterio de los Tribunales Ordinarios, en este caso a la jurisdicción

laboral, esas determinaciones. Sabemos por la redacción de la consulta que dio pie al Voto No. 4453 y por la línea jurisprudencial de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que la posición de la Sala de Casación en materia laboral es muy restrictiva respecto de conceder un efecto vinculante a las convenciones colectivas que se celebran en el llamado sector público, lo cual es un mal augurio hacia futuro. Finalmente, los límites de la negociación colectiva que quedaría autorizada no son suficientemente claros, de modo que serán las propias administraciones casi en forma unilateral y los tribunales laborales, encabezados por la Sala Segunda de la Corte Suprema los que definirán tales límites, lo cual delimita un espacio muy cerrado para la negociación colectiva, donde toda la materia financiera y salarial estaría fuera de la negociación.³⁶ Por de pronto, el Voto No. 7730-200 de la misma Sala Constitucional, anulando cláusulas ya negociadas de una convención colectiva de una empresa pública, señala una dirección polémica, pues en lugar de permitir que por mecanismos propios del derecho

36. Para esta última afirmación nos fundamos no solo en pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, como los que cita el mismo voto 4453-2000 sino también en resoluciones recientes de los Tribunales. Del mayor interés nos parece reseñar aquí el voto del Tribunal de Arbitraje de Cartago de las trece horas del primero de noviembre de dos mil, por el que se resolvió el viejo conflicto colectivo entre el sindicato SITET y JASEC, que ya fuera resuelto preliminarmente en el Voto 3053-94, citado aquí. Pues bien, reconociendo la destreza del Tribunal Arbitral de Cartago para resolver un asunto tan novedoso y azaroso, no deja de llamar la atención que en un arbitraje donde se discutía acerca de más de cien cláusulas sobre los más variados temas, el Tribunal solamente concede a los trabajadores derechos en dos áreas: libertad sindical y participación en el Comité de Seguridad e Higiene, considerando que todo el resto de materias están prohibidas para su pronunciamiento, de acuerdo con el voto 1696-92 de la Sala Constitucional.

laboral (denuncia, nulidad o nueva suscripción) se subsanen problemas de razonabilidad de determinadas normas, interviene aplicando criterios sumamente elásticos para declarar inconstitucionalidades de normas ya pactadas.

Así las cosas, pareciera que la perspectiva de una mayor amplitud en los criterios que se han venido aplicando para admitir la negociación colectiva en el sector público y el reconocimiento de un efecto vinculante a las convenciones colectivas que se han firmado en el sector, o se suscriban en el futuro, sigue siendo de muy difícil pronóstico y hasta cierto punto de escaso optimismo. Por ello, pareciera conveniente insistir aquí, como tesis de principio, en la necesidad de regular por vía de ley el derecho de negociación colectiva para todos los empleados del sector público, tanto personal laboral como funcionarial, e insistir en la urgencia de la aprobación del Convenio 151 de la O.I.T. como forma de fortalecer el derecho constitucional consagrado en los artículos 60 y 62 de la Constitución Política.

ENERO, 2001

LOS PROCESOS DE
INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN
AMÉRICA Y EL FUTURO DE LA
NEGOCIACIÓN COLECTIVA
REGIONAL

DR. ALEXANDER GODÍNEZ VARGAS

I. LA INTEGRACIÓN REGIONAL: UN HECHO IRREVERSIBLE

No cabe duda alguna de que vivimos en una especie de "mundo multipolar", caracterizado por bloques regionales que dominan, unos con mayor poder y acierto que otros, la economía mundial.¹ Como si el progreso y la riqueza, fueran el premio, ningún Estado quiere dejar de tomar posesión en el grupo de vanguardia, al lado de los socios más fuertes.

Desde tal punto de vista, las opciones para la mayor parte de los americanos, especialmente en el caso de la América Latina, no son muchas. De hecho, como se ha venido sosteniendo, la escogencia es clara: "integración o atraso".²

Para quienes han venido impulsando esta desenfrenada globalización de la economía, la pequeñez del mercado ha sido un permanente obstáculo al desarrollo económico de los latinoamericanos y por consiguiente, la única forma relativamente rápida de crecer, pasa por aumentar las dimensiones del mercado y ello sólo es posible por medio de un proceso de integración regional.³ Así lo demuestran los ejemplos

1. André Franco Montoro. *Integração da América Latina em um Mundo Multipolar*, ILAM, São Paulo, 1995, p.3.

2. Ibid., p.18.

3. Américo Plá Rodríguez. *Problemática de los trabajadores en el MERCOSUR*, en Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El Derecho Laboral del Mercosur, FCU, Montevideo, 1º reimpresión, 1995, p.18.

clásicos, que reiteradamente suelen citarse, en otras latitudes del orbe, como sucede con la Unión Europea o los llamados "Tigres Asiáticos".

Unido a estas muestras palpables de desarrollo económico, obtenido por quienes desde ya hace mucho tiempo se han metido de lleno en la formación de bloques regionales, suele aparecer una tradición cada vez más fuerte, de carácter lingüístico, que "asocia un elevado valor a lo que se integra, y un valor negativo a lo que se desintegra".⁴

Esta percepción positiva asociada al concepto de "integración", como sinónimo de desarrollo comercial, de riqueza y de progreso social, es sin duda un elemento más que ha facilitado la tarea de los gobiernos, quienes han vendido a los cuatro vientos, el proyecto de integración, sin detenerse a valorar, la "calidad" del proceso.

A. Los procesos de integración regional en América Latina: una vieja inquietud

Los procesos de integración regional vienen precedidos, al menos en América Latina, de viejas inquietudes que bien podrían remontarse con relativa facilidad, sin que necesariamente sean las únicas que puedan citarse ni tampoco las más antiguas, a los ideales proclamados por Simón Bolívar en el sur del continente o a Francisco Morazán, en Centroamérica.

La integración del territorio americano, no es entonces una idea innovadora, sino un nuevo intento por alcanzar una vieja inquietud, que ahora eso sí, se centra muy especialmente en términos financieros y de mercado, lo

4. Roberto A. O. Santos. *Introdução ao estudo do Mercosul e sua questão trabalhista*, Relasur, Montevideo, N°2, 1994, p.110.

que es propio de nuestro tiempo, donde el imperio y la supremacía económica, es más relevante que la territorial.

Pero cuando hablamos de integración en América, debemos hablar en plural y no en singular. Siempre se han puesto en marcha y en forma simultánea, dos o más proyectos, que incluso llegan a superponerse, dilapidando esfuerzos y recursos, pues todos aspiran a ser en algún momento, las bases o simientes de un proyecto hemisférico. Y aunque desde tal punto de vista, el modelo europeo es distinto, desde que es un proyecto único, lo que permite una mejor racionalización del tiempo, esfuerzos y recursos; si existe un factor común entre éste y los que tenemos en nuestro continente, pues así como es imposible pensar en una Unión Europea sin Alemania y Francia, de igual forma no puede concebirse el proyecto continental, sin Estados Unidos y Brasil.

1. Los antecedentes

Común denominador de todas las iniciativas a las que ahora nos referiremos, es la ambición por conformar una zona de libre comercio, siguiendo como ejemplo el modelo europeo, pero tratando de hacer lo mismo en el menor plazo posible. El tiempo se ha encargado de advertir que las décadas de trabajo y esfuerzo empleado al otro lado del atlántico, no ha sido en vano; sin embargo, la enseñanza que un fracaso tras otro nos ha dejado, sigue sin ser asimilada.

Ejemplo de esta ausencia de planificación y de una visión integral de las dificultades que deben enfrentarse en la armonización de muy diversas condiciones sociales, económicas, históricas, políticas y culturales, es el SICA. En esta zona geográfica, se torna anecdótico escuchar hasta hace no poco tiempo, iniciativas

oficiales que pretendían promover una moneda única centroamericana y el libre tránsito de trabajadores, metas que al menos en la Unión Europea, se han cristalizado después de monumentales obstáculos y gracias a un decidido apoyo político y la inversión de grandes cantidades de dinero de los países económicamente más poderosos, en proyectos de cohesión en beneficio de los países menos afortunados. Y en Centroamérica, ¿quién haría de samaritano?

Pero no solo lo económico se constituye en un obstáculo casi insalvable, pues una constante en las iniciativas realizadas, es que se hagan acompañar de un creciente desinterés político, impulsado por la pérdida del entusiasmo inicial y explosivo, usual antes, durante e inmediatamente después de las firmas de los Tratados, ante los pocos progresos obtenidos en el corto plazo y muy lejanos a sus proyectos.

a. De la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) a la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

El Tratado de Montevideo suscrito inicialmente por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay en 1960, actualmente cuenta con 11 miembros, ya que se han incorporado en distintas épocas, Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

Por medio del Tratado se promovió la creación de una zona libre de comercio y la constitución de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC).⁵ Entre los motivos que dieron lugar a la

5. Rodolfo A. Nápoli. *Desarrollo, integración y derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p.161ss.

suscripción del Tratado, se encontraba no sólo la necesidad de reordenar las políticas de comercio exterior frente al creciente deterioro de las relaciones de intercambio entre estos países y sus entonces socios europeos, agrupados en ese entonces en el Mercado Común Europeo; sino también, el de eliminar las limitaciones existentes en el comercio recíproco que mantenían esos mismos países, como producto de numerosos convenios bilaterales.

Vencido el plazo para alcanzar la formación de esta zona de libre comercio, que debía de haberse constituido en un tiempo máximo de dos años a partir de la entrada en vigencia del Tratado, el Protocolo de Caracas da una nueva prórroga que vencería el 31 de diciembre de 1980, sin que se diera un avance significativo y en la Declaración de los Presidentes de América firmada en Punta del Este (Uruguay), el 14 de abril de 1967, se fija una nueva prórroga que vencería en 1985, con idéntica suerte.

La aplicación de la cláusula de nación más favorecida y el desinterés político de los gobiernos a partir de la década de los setenta, tornó cada vez más difícil las negociaciones dentro del ámbito del ALALC.⁶ Precisamente para dar un nuevo impulso al proyecto, se firma en 1980, en Montevideo, un Tratado que crearía la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), cuyos objetivos en comparación con los previstos en la ALALC, son menos ambiciosos y más realistas, de modo que, en vez de pretender buscar una zona de libre comercio, lo que se deseaba era una "zona de preferencias tarifarias" en el interior de la región, restringiendo la aplicación de la cláusula de nación más favorecida. No

6. Roberto A. O. Santos, op.cit., p.112.

obstante, en la década de los ochenta, la ALADI también entró en un período de estancamiento.

b. El Acuerdo de Integración Subregional Andino

El Acuerdo de Integración Subregional Andino fue suscrito en Cartagena, el 26 de mayo de 1969 y en él se integran Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.⁷ Se enmarca dentro de la iniciativa del Tratado de Montevideo de 1960, que procuraba crear una zona libre de comercio y forma parte de los Acuerdos subregionales, cuya creación e importancia para acelerar el proceso de integración económica, aconsejaba la Resolución 222-VII de la ALALC del 17 de diciembre de 1967.

Las metas específicas del Acuerdo de Integración Subregional Andino, fueron tres.⁸ Primero, la eliminación de las barreras arancelarias entre los Estados Partes. Segundo, la complementación económica y la especialización industrial. Por último, un estatuto común sobre el capital extranjero.

No obstante estas buenas intenciones, la no adhesión de Brasil al Acuerdo y la retirada de Chile después del golpe militar de 1973, obstaculizó el cumplimiento de las metas iniciales.

c. Del Mercado Común Centroamericano al Sistema de Integración Centroamericana (SICA)

Deben señalarse como antecedentes de la formación del Mercado Común Centroamericano,⁹ una serie

7. Rodolfo A. Nápoli, op. cit., p.179ss.

8. Roberto A. O. Santos, op. cit., p.112.

9. Jorge Ramón Hernández Alcerro. *Los orígenes del regionalismo centroamericano y su situación actual*, en Seminario sobre los aspectos

de acuerdos bilaterales celebrados a partir de 1951 y hasta 1957, entre los mismos Estados Centroamericanos, además de otros de carácter multilateral, como el Tratado de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana y el Convenio sobre el Régimen de Industrias Centroamericanas de Integración, suscritos en Tegucigalpa el 10 de junio de 1958 y el Convenio Centroamericano sobre Equiparación de Gravámenes a la Importación, firmado en San José el 1° de setiembre de 1959. No obstante, fue con el Tratado de Asociación Económica celebrado entre Guatemala, El Salvador y Honduras y suscrito en la localidad de El Poy, el 6 de febrero de 1960, posteriormente denominado como "Tripartito del Norte", que se sientan las bases de lo que sería el futuro acuerdo de integración económica regional.

El 13 de diciembre de 1960 se firma en Managua, el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, que entró en vigencia en junio de 1961 y al que finalmente se uniría Costa Rica, que lo suscribió el 23 de julio de 1962, fecha a partir de la cual se puede decir que nace el Mercado Común Centroamericano.

Conforme a los arts. I y II del Tratado, los Estados Partes se comprometían a "establecer entre ellos un mercado común" que deberá estar perfeccionado en un plazo máximo de 5 años y una "unión aduanera". El primero de los objetivos sería alcanzado a través de la

jurídicos, económicos e institucionales de la integración centroamericana, Ediciones La Nueva Universidad, Tegucigalpa (Honduras), 1983, p.191ss.; Enrique Delgado. *Evolución del Mercado Común Centroamericano y Desarrollo Equilibrado*, Educa, San José, 1981, p.65ss.; Eduardo Bolaños Santos. *El Mercado Común Centroamericano*, Serviprensa centroamericana, 1981, p.25-29 y SIECA. *Centroamérica y su mercado común*, volumen 3, Guatemala, setiembre, 1965, p.20-25.

creación de una "zona centroamericana de libre comercio" y lo segundo, con la adopción de un arancel centroamericano uniforme.

No obstante, a partir de mediados de 1964 se dan una serie de hechos que provocan la crisis irreversible del proyecto de integración económica regional.¹⁰ En efecto, si durante la Novena Reunión Ordinaria del Consejo Económico, celebrada en Guatemala entre el 30 de julio y el 1° de agosto de 1964, se daban las primeras evidencias de insatisfacción por los avances logrados; el 14 de julio de 1969, estalla el conflicto armado entre El Salvador y Honduras y el 31 de diciembre de 1970, Honduras se retira definitivamente del proyecto de régimen de libre comercio, aduciendo principalmente la aplicación indiscriminada del Arancel Uniforme Centroamericano a las importaciones de mercancías originarias de los países del área centroamericana. Consecuencia de todo lo anterior, en junio de 1971 se crea la Comisión Normalizadora del Mercado Común Centroamericano; sin embargo, debe advertirse desde entonces, un estancamiento en el desarrollo de las expectativas trazadas en el Tratado General de Integración Económica Centroamericana.

En Tegucigalpa (Honduras), 13 de diciembre de 1991 y dentro del marco de la XI Cumbre de Presidentes Centroamericanos, se firma el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), suscrita en Panamá el 12 de diciembre de 1962, constituyéndose así el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), en el cual se entendería

10. Jorge Ramón Hernández Alcerro, op. cit., p.191ss. y Declaración de Principios y Plan de Acción, Summit of the Americas, Dec.9-11, 1994, Miami, Florida, p.89ss.

integrado Panamá. El art. 3 párrafo 1 del Protocolo, establece que el objetivo perseguido es el de integrar a Centroamérica y Panamá, como "Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo".¹¹

2. La situación actual

Como hemos afirmado, la ausencia de planificación política y el desmedido triunfalismo que rodean las iniciativas integracionistas, se encuentran aun hoy, presentes en la mayor parte de los proyectos que pretenden sustituir las antiguas iniciativas ya examinadas.

A pesar de ello, debe resaltarse algunas nuevas variables que han entrado en juego y que permitirían quizás, arribar a consecuencias distintas. Por un lado, la estabilidad democrática de la región, pues con la eliminación de las dictaduras, han desaparecido la mayor parte de los conflictos armados entre países y los grupos guerrilleros.

Si como se ha dicho, se torna cada vez más claro "que el régimen democrático es el camino insustituible para la integración y el efectivo desarrollo de los países de la región";¹² ello ha recibido un claro respaldo en los hechos.

Los Poderes Legislativos de los estados Partes del MERCOSUR, reunidos en Montevideo el 6 de diciembre de 1991, implementando lo dispuesto en el art. 24 del Tratado de Asunción, constituyeron la Comisión parlamentaria conjunta del Mercosur. En la primera sesión de esta Comisión, celebrada en Córdoba en mayo de 1992,

11. Edgar G. Alfaro Muñoz. *Estado de derecho y legislación social*, en Memoria de la Cumbre Centroamericana para el Desarrollo Social, Coronado (Costa Rica), agosto-setiembre 1995, p.141-142.

12. André Franco Montoro, op. cit., p.16.

se acordó la exclusión automática de aquellos Estados en los que se interrumpa el sistema democrático.¹³ Cláusula que ya surtió sus efectos, años después, en los problemas internos que afrontó Paraguay.

Por otro lado, las actuales iniciativas de integración regional son tan diversas, como las economías de los Estados que participan en ellas. Mientras el NAFTA y el MERCOSUR tratan de fortalecer zonas subregionales que no descartan ser hemisféricas, el ALCA pretende absorberlas; y aunque el MERCOSUR es el modelo más próximo a la Unión Europea, los dos restantes se caracterizan por ser procesos parciales, que solo se interesan por una zona de libre comercio y dejan en el absoluto olvido, el desarrollo social.

a. El Tratado de Libre Comercio de Norteamérica

El Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, de los modelos americanos, fue sin duda el que mayor expectación creó, quizás por las dimensiones de la zona geográfica involucrada y la fortaleza de las economías participantes. A decir verdad, cualquier proceso de integración donde participe Estados Unidos debería generar la misma expectación, si se tiene en cuenta que es el socio comercial mayoritario de todo el continente.

No obstante lo anterior, del NAFTA difícilmente puede esperarse un desarrollo pleno, que procure ser algo más que un mercado de grandes proporciones donde puedan circular con alguna libertad, los bienes y servicios. Detrás de él, la sombra del ALCA lo opaca y

13. Rodolfo Capón Filas. *Mercosur y negociación colectiva transnacional: aportes sistémicos*, en Armonización de la legislación social y laboral en el Mercosur, Incasur, Buenos Aires, diciembre, 1994, p.153.

peor aún, si su socio más importante, el mismo Estados Unidos, hace lo imposible por tratar de vender esta otra iniciativa y resaltar el carácter secundario del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica.

Los orígenes del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica deben ubicarse en la reunión de presidentes de México y Estados Unidos de América celebrada el 11 de junio de 1990, en la cual se instruye a los encargados de comercio de ambos países que inicien una serie de consultas preliminares, que pasaron a ser formales a partir del 8 de agosto de ese año. El 5 de febrero de 1991, se anuncia el inicio de negociaciones trilaterales para la conformación de un Tratado de Libre Comercio, que finalizan en Washington el 12 de agosto de 1992 y su texto es firmado el 17 de diciembre de ese mismo año, entrando en vigor el 1 de enero de 1994.¹⁴

Reunidos en Tuxtla Gutiérrez (Chiapas), el 11 de enero de 1991, los Presidentes de México y de los países de la región centroamericana a excepción de Belice, suscriben la Declaración que lleva el mismo nombre de aquella Ciudad, así como el Acta y las Bases para un Acuerdo de Complementación Económica entre México y Centroamérica. El objetivo de la propuesta era conformar a más tardar el 31 de diciembre de 1996 una zona de libre comercio en la región mediante un sistema de desgravación gradual y negociado, así como la eliminación de impedimentos y barreras no arancelarias.¹⁵

14. Macario Schettino. *El TLC, Tratado de Libre Comercio: ¿Qué es y cómo nos afecta?*, Grupo Edit. Iberoamericana, México, 1994, p.6.

15. Ministerio de Comercio Exterior. *Tratado de Libre Comercio entre la República de Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos: documento explicativo*, San José, 1994, p.7-8.

El proceso iniciado en Chiapas, recibe un nuevo impulso el 20 de agosto de 1992, con la firma entre aquellos mismos países del Acuerdo Marco Multilateral para el Programa de Liberalización Comercial entre México y Centroamérica.

Dentro de este marco normativo, Costa Rica fue el primer país que tomó la delantera y luego de un largo proceso negociador que se inició preliminarmente en febrero de 1991 y se formalizó a partir de abril de 1993, se suscribió en la Ciudad de México, el 5 de abril de 1994, el Tratado de Libre Comercio entre ese país y México, que entró en vigencia el 1 de enero de 1995.

Debe destacarse que en este Tratado bilateral no sólo se incorporó la propuesta inicial contenida en el Acta suscrita en Tuxtla Gutiérrez, sino también, algunos otros aspectos que ya en ese entonces formaban parte del NAFTA, lo que tampoco resultó ser una novedad, si se toma en cuenta que uno de los principales objetivos de Costa Rica al iniciar este proceso negociador con México, fue el de colocar a ese país en condiciones de comercio internacional, que permitieran su eventual incorporación al NAFTA.¹⁶

*b. El Tratado para la construcción de un
Mercado Común en América del Sur
(MERCOSUR)*

El Mercosur nace precedido de una serie de Tratados bilaterales dentro del marco del ALADI.¹⁷ En efecto, en 1986, Brasil y Argentina suscribieron el Acta para un Programa de Integración y Cooperación Económica, seguido en 1988 de un Tratado de

16. Ibid. p.10.

17. Roberto A. O. Santos, op. cit., p.113.

Integración, Cooperación y Desarrollo. El 6 de julio de 1990, reunidos en Buenos Aires, se fijaba el 31 de diciembre de 1994, como el plazo máximo para el establecimiento definitivo de un mercado común entre estos dos países.

Este esfuerzo bilateral unido a la invitación realizada a Paraguay y Uruguay de unirse en la elaboración de ese mercado común, permitió firmar en Asunción, el 26 de marzo de 1991, por los Presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, el Tratado que lleva el mismo nombre de aquella Ciudad, y cuyo fin era la construcción de un Mercado Común en esa región, que debería estar conformado, conforme se había acordado por aquellos dos primeros países en la reunión de Buenos Aires, el 31 de diciembre de 1994 (art. 1). La construcción de este espacio común sería posible a partir de una libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente, la adopción de un arancel externo común, la adopción de una política comercial común frente a terceros Estados, que incluya la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes y la armonización de las legislaciones existentes en el Área (Ibídem).

El art. 20 del Tratado deja abierta "la adhesión, mediante negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración", una vez hayan transcurrido 5 años a partir de la vigencia del Tratado. Desde entonces, ningún otro país se ha adherido, aunque Chile, el eterno invitado a ser el primer país que lo haga, se sigue manteniendo bajo el status de socio comercial.

Como ya se ha advertido, el proceso de integración regional llevado a cabo hasta la fecha por los países integrantes del MERCOSUR, es el más próximo al iniciado ya hace bastantes décadas por la hoy Unión Europea. Quizás, una cierta afinidad cultural de un buen porcentaje de la población, de raíces en el Viejo Mundo y el hecho de que de allí provengan la mayor parte de los recursos que se invierten en el área, no permiten mirar con extrañeza, al observador extranjero, esta semejanza.

La seriedad de los intentos realizados por quienes conforman este bloque económico, para tratar de alcanzar un cierto grado de armonía que asegure una base mínima pero sustancial de identidad cultural y social, a pesar de la diversidad histórica y económica de cada una de los países miembros del MERCOSUR, hacen de este proyecto, el más completo del continente americano.

A pesar de ello, la sombra del ALCA como zona de libre comercio de las Américas, también les alcanza y pese a los reiterados intentos de Estados Unidos por tratar de convencerles de las bondades de este último proyecto, todavía existe una fuerte resistencia de los gobiernos a abandonar una iniciativa de la que están convencidos, se derivarán mayores frutos.

c. El Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA)

Durante la Cumbre Presidencial celebrada en Miami en diciembre de 1994, los Presidentes del continente americano deciden establecer el Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA). Como parte de la Declaración de Principios adoptada, se propone tanto la preservación y el fortalecimiento de la comunidad de

democracias de las Américas, como también, la promoción de la prosperidad de la región a través de la integración económica y el libre comercio.¹⁸

Precisamente para conseguir esto último, los Jefes de los Estados Partes, se comprometen a "iniciar de inmediato el establecimiento del "Área de Libre Comercio de las Américas", en la que se eliminarán progresivamente las barreras al comercio y a la inversión", lo que deberá estar concluido a más tardar en el año 2005. Meta que todavía hoy, 6 años después, se mantiene sin alteración.

En lo que respecta a las iniciativas regionales de integración económica ya encaminadas, estas no son excluyentes, pues la Declaración de Miami sostiene que "sobre la base de los acuerdos subregionales y bilaterales existentes ampliaremos y profundizaremos la integración económica hemisférica, haciéndolos más parecidos". Sin embargo, ese pretendido acercamiento entre los acuerdos subregionales es cada vez más difícil, al menos si se piensa en los socios del MERCOSUR, cuyo proyecto está muy distante de los demás.

No obstante lo anterior, también debe advertirse que existen algunos otros elementos que permiten pensar en la viabilidad de esa integración hemisférica, pues la integración regional no sólo es un proyecto ambicioso, promovido por los Gobiernos de turno en cada país del continente americano, sino que además, en algunos casos, forma parte de un proyecto nacional de ineludible cumplimiento, que se encuentra previsto en normas programáticas de carácter constitucional.

18. XI Congreso Nacional de Industriales. *ALCA: Nuevo reto para la industria del 2005*, *Revista Industria*, N°11, mayo-junio, 1996, p.54-55 y Declaración de Principios y Plan de Acción, Summit of the Americas, op. cit.

En este sentido, más que una muestra de la voluntad política de nuestros gobernantes, se trata del cumplimiento de un mandato constitucional. que incluso va más allá de la simple intención de alcanzar acuerdos subregionales. La Constitución de Venezuela de 1961, en su art. 108, dispone que ese país “favorecerá la integración económica latinoamericana”, para lo cual se “procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes”; mientras tanto, con una redacción semejante, el art.100 de la Constitución del Perú de 1979 y el art.4 de la Constitución de Brasil de 1988, mencionan la obligación de estos Estados de “buscar” o “promover” la integración “económica, política, social y cultural” de los pueblos de América Latina, con el fin de formar una “Comunidad Latinoamericana de Naciones”. Forma parte de este último grupo, otros dos países más. De un lado, el art. 6 de la Constitución Uruguaya de 1971, que se refiere a la “integración social y económica de los Estados latinoamericanos” y el art. 227 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que obliga al Estado a promover “la integración económica social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe”, precisamente mediante la celebración de tratados que “sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones”.

B. Una materia pendiente: el paso de la integración regional económica a la social

Con acierto se recuerda, que pese a que la integración de América ha sido promovida por la clase

dirigente, su impacto llega a toda la sociedad y por consiguiente, debe ser considerada finalmente como una obra suya y no de sus dirigentes.¹⁹

Sería absurdo negar por otra parte, que la creación de zonas de libre comercio no tenga efectos sociales en los Estados participantes de la iniciativa y que un nivel profundamente desigual de garantías o beneficios sociales para la población, no influya en el desarrollo de políticas de libre tránsito de bienes o servicios de un sitio a otro, dentro de la misma zona territorial sobre la que se fundamenta el acuerdo de integración. Más aún, “si una buena política sólo puede hacerse sobre la base de una buena política económica y a una buena política general... sin una buena política social no es posible una buena política económica ni una buena política a secas”.²⁰

Sin embargo, pese a estos buenos propósitos, no puede dejarse de reconocer que como proyecto ideado por políticos, la integración económica es una prioridad y la integración social, en muchos casos, una meta secundaria o inexistente.

Volviendo la vista al sur del continente, que es el proceso orgánicamente mejor estructurado, puede observarse con facilidad que a semejanza del modelo europeo, el tratado de Asunción fue preparado y diseñado por economistas y por diplomáticos. Así, por ejemplo, los dos principales órganos creados para su administración y ejecución, son el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común. El primero, integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados Partes y el segundo, por esos

19. André Franco Montoro, op. cit., p.11.

20. Manuel Fraga Iribarne. La dimensión social de la Europa comunitaria”... p.5.

mismos y los Directores de los Bancos Centrales de cada país (arts. 9,11 y 14). En consecuencia, “esto significa que no respondió a una preocupación social, sino a una preocupación económica”.²¹

Esta subordinación de lo social a lo económico en la praxis política y en la estrategia integracionista, puede verse con facilidad en el máximo proyecto que actualmente se pretende desarrollar en América. En efecto, en el Plan de Acción del ALCA, se establece que lo social estará supeditado primero a la promoción de la prosperidad económica, de modo que “en la medida en que avance la integración económica en el Hemisferio, aseguraremos un mayor grado de observancia y promoción de los derechos de los trabajadores, tal y como están definidos en los convenios internacionales pertinentes” (14, numeral 9.2)

Tampoco se trata de un invento de este lado del Atlántico, pues lo mismo ocurrió en Europa. La integración regional se ha realizado siempre bajo el impulso de objetivos económicos, pues “los objetivos sociales se cuidaban en cuanto contribuían a los económicos”.²²

1. El primer paso de la integración social: de la uniformidad a la armonización legislativa

Si la integración social es un hecho ineludible, que tarde o temprano debe alcanzarse, el primer paso que debe enfrentarse es el modo en el que, así como se busca una cierta semejanza en las reglas de juego del

21. Américo Plá Rodríguez, op. cit., p.19.

22. Ibid.

sistema económico al interno de la región y una política semejante en el trato hacia terceros Estados, se establezcan costos sociales similares que impidan, ya sea por un interés igualmente económico, el dumping social o por razones más altruistas, un desarrollo social similar para toda la región.

Sea uno u otro el objetivo, la legislación social deberá ser objeto de modificaciones, las cuales serán más complejas en tanto mayor sean las diferencias de las que se partan. En cualquier caso, como regla general, está claro que “pretender la unificación normativa en el ámbito laboral significaría crear un obstáculo poco menos que insalvable”.²³ De allí, precisamente, que el objetivo en estos procesos de integración, en cuanto se refiere a materia de reforma legislativa en el orden social, sea la “armonización” y no la “uniformidad” normativa.

De hecho, el art. 1 del Tratado de Asunción de 1991, por el que se crea el MERCOSUR, señala que es un medio indispensable para la creación del Mercado Común, “el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración” (art. 1). Algo similar también sucede dentro del marco del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), pues con la firma en el Salvador en 1995, del Tratado de Integración Social Centroamericana y como parte del “Programa de Acciones inmediatas derivadas de la Declaración de San Salvador II, para la inversión en el capital humano”, se instruye a los Ministerios de Trabajo y de Economía, para que presenten en la siguiente reunión ordinaria de Presidentes una propues-

23. Ibid., p.20

ta sobre políticas de salario y fomento de empleo, así como de bases para la armonización de la legislación laboral, de previsión y seguridad social en el área centroamericana.²⁴

Mientras tanto, en el NAFTA, de modo más conservador pero sin abandonar esta misma línea, el art. 2 del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte de 1993, se limita a reconocer "el derecho de cada una de las Partes de establecer, en lo interno, sus propias normas laborales y de adoptar o modificar, en consecuencia, sus leyes y reglamentos laborales". Incluso, cuando en el Anexo N° 1 del Acuerdo se enumeran los principios laborales que deben informar la legislación laboral de la zona recién creada, lo que permitiría acercarnos a una cierta uniformidad, si se tiene en cuenta que la legislación debe responder a estas reglas básicas, lo primero que se advierte es que tales principios "son lineamientos que las partes se comprometen a promover, bajo las condiciones que establezca su legislación interna, sin que constituyan normas comunes mínimas para dicha legislación".

2. El desarrollo de las incipientes vías de participación social

La armonización legislativa debe ser consensuada y en la delimitación de su contenido y alcance, deben lógicamente encontrarse presentes los actores sociales, lo que implica crear instancias de participación en el ámbito regional en el marco de las instituciones creadas para llevar a cabo el proyecto de integración en una zona de libre comercio.

24. Edgar G. Alfaro Muñoz, op. cit., p.147-148.

Estas vías de participación no son nuevas en los modelos que durante décadas se han venido implementando.²⁵ Así por ejemplo, en el marco de ALALC, el art. 43 del Tratado recomienda a las partes contratantes, que a la hora de integrar las Comisiones Nacionales, se haga de forma tripartita; mismo modelo de composición que el Comité Ejecutivo Permanente debía establecer, a la hora de integrar la comisión consultiva en asuntos laborales. En condiciones semejantes, en el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, se constituyó un Consejo de Trabajo y Previsión y dos Comisiones Técnicas, una de Trabajo y otra de Seguridad Social.

Aunque en el NAFTA no existe un verdadero desarrollo de vías de participación que permiten un diálogo social al menos tripartito, no puede dejarse pasar por alto la aprobación como norma programática del preámbulo del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte de 1993, donde se señala que el desarrollo económico debe estar basado entre otras cosas en "el estímulo a las consultas y el diálogo entre las organizaciones laborales, las empresariales y el gobierno, en cada uno de los países y en América del Norte".

En el MERCOSUR la situación ha sido distinta. Después de aprobado el Tratado de Asunción, los Ministerios de Trabajo de los cuatro países se reunieron y fruto de ello, es la declaración conjunta aprobada en Montevideo el 9 de mayo de 1991, conforme a la cual se comprometieron a "estudiar la posibilidad de suscribir un instrumento, en el marco del Tratado de Asunción, que contemple las ineludibles cuestiones laborales y

25. Rodolfo A. Nápoli, p.175-176 y 196.

sociales que traerá consigo la puesta en marcha del Mercado Común del Sur" (apartado IV).

Consecuencia de lo anterior, en la reunión de Presidentes celebrada en Brasilia en diciembre de ese mismo año, se firma un Protocolo Adicional por el se crea dentro del Grupo Mercado Común, el Subgrupo de Trabajo N° 11 dedicado a los Asuntos Laborales. En la primera reunión del Subgrupo ya mencionado, celebrada en Montevideo el 27 de marzo de 1992, se modifica su nombre por el de "Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social". El 7 de mayo de ese mismo año y en aquella misma Ciudad, el Subgrupo de Trabajo N° 11 acuerda constituir diversas Comisiones de Trabajo, entre las que se encuentran las dedicadas al tema de: las relaciones individuales de trabajo, relaciones colectivas de trabajo, empleo, formación profesional, salud y seguridad en el trabajo, seguridad social, sectores específicos y principios.

La última iniciativa que fortaleció la institucionalidad del diálogo social en el MERCOSUR, fue el Protocolo de Ouro Preto, firmado en esa ciudad brasileña el 17 de diciembre de 1994, que incluyó como parte de su estructura institucional al Foro Consultivo Económico-Social, integrado por representantes económicos y sociales de los Estados Partes y que es a partir de entonces, el órgano de carácter consultivo por excelencia y cuya opinión se expresa mediante recomendaciones al Grupo Mercado Común.

3. De las declaraciones de principios a las Cartas de Derechos Sociales

Mientras en el NAFTA se firma como normativa complementaria al TLC, el Acuerdo de Cooperación

Laboral de América del Norte, en el año de 1993, que como ya hemos indicado enlista una serie de principios que deberían de servir, al menos en principio, como base para una eventual armonización de la legislación laboral de la región; en el MERCOSUR se dan avances muy importantes hacia una Carta de Derechos Sociales, a semejanza de los grandes instrumentos normativos de materia social que se han suscrito en Europa.

Precisamente, como parte del temario que debe desarrollar la Comisión N° 8 del Subgrupo N° 11, dedicada a principios, se encuentra la elaboración de una "Carta de Derechos Fundamentales en materia laboral" y en la reunión celebrada por esta Comisión en Montevideo, los días 3 y 4 de agosto de 1993, se acuerda la creación de una subcomisión específica para el tratamiento de este tema, integrada de modo tripartito y que recibirá luego, el nombre de "Subcomisión de la Carta de los Derechos Fundamentales", en la reunión del Subgrupo N° 11, celebrada en Buenos Aires los días 9 y 10 de diciembre de 1993.

Como parte de las actividades llevadas a cabo en procura de la redacción de esta Carta, el Subgrupo 11 encomendó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social argentino y a la OIT., la organización de la "Jornada Técnica sobre la Carta de Derechos Fundamentales en Materia Laboral del Mercosur", que tuvo lugar en Buenos Aires, el 6 de diciembre de 1993.²⁶

En diciembre de 1993, las Organizaciones Sindicales de los países componentes del Mercosur, presentan un Proyecto de la Carta de los Derechos Fundamentales del

26. O.I.T.-Relasur. *¿Una Carta social del Mercosur?*, Trabajos de la Jornada Técnica sobre la Carta de Derechos Fundamentales en Materia Laboral del Mercosur, Montevideo, 1994.

MERCOSUR, cuyo art. 1, párrafo 1° establece que: "Los Estados Partes se comprometen a desarrollar un proceso de integración que no se limite al espacio y a los efectos económicos, a las normas de comercialización y a la libre circulación de mercaderías y capitales, sino que desarrolle simultáneamente una comunidad jurídica, política, humana, laboral, social y cultural, inspiradas en los imperativos de solidaridad y cooperación regional".

Mientras tanto, en otras latitudes del continente, como es el caso de la región centroamericana, el modelo europeo de cartas sociales encuentra otro reflejo, pues en la I Cumbre Centroamericana para el Desarrollo Social, llevada a cabo en Coronado (Costa Rica), del 10 de agosto al 1 de setiembre de 1995 y como parte de las propuestas para la armonización de la legislación social centroamericana, se dio a conocer lo que era un proyecto de "Carta Comunitaria de Derechos Sociales y Fundamentales de los Trabajadores de Centroamérica";²⁷ que hasta la fecha, no ha tenido respaldo alguno ni ha provocado la redacción de textos sustitutivos.

II. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INTERNACIONAL COMO PARTE DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN REGIONAL

En el ámbito de los actuales procesos de integración regional, impulsados por las iniciativas que ya hemos examinado, especialmente por el NAFTA y el MERCOSUR y en muy menor medida por el

27. Edgar G. Alfaro Muñoz, p.152ss.

SICA o el PACTO ANDINO; el desarrollo del derecho colectivo del trabajo va ligado necesariamente a la expansión de las zonas de libre comercio, las que a su vez, provocan el redimensionamiento de los mercados de trabajo, que dejan de encontrarse limitados por las fronteras nacionales.

A pesar de que se trata de una copia del artículo 118 B del Tratado de Roma, modificado por el Acta Única Europea, sobre la eventual internacionalización de la negociación colectiva, en la propuesta de "Carta Comunitaria de Derechos Sociales y Fundamentales de los Trabajadores de Centroamérica", se señalaba en su numeral 12, párrafo 2° que "el diálogo entre las partes sociales, en el ámbito centroamericano, que debe ser instaurado y desarrollado, puede desembocar si estas lo estiman conveniente, en relaciones convencionales, sobretudo en el plan interprofesional y sectorial".²⁸

Ahora bien, tampoco puede dejarse de reconocer que una de las formas más directas de armonización de la legislación de países miembros de un mismo proyecto regional, es por medio de la celebración de negociaciones colectivas internacionales, que permitan cierta homogeneidad en las condiciones de trabajo de un mismo sector o actividad económica e incluso, dentro de los centros de trabajos de una única empresa multinacional.

Esta internacionalización de las relaciones de trabajo, no es tampoco sólo consecuencia de la venida de capitales extranjeros o de la proyección mundial de capitales nacionales, sino que también es el producto de la creación de foros o encuentros institucionalizados, donde tienen participación los actores sociales que

28. Edgar G. Alfaro Muñoz, op.cit., p.154.

conviven en una misma región. Trabajadores y patrones, han tenido que crear o fortalecer organizaciones representativas de sus intereses, que les permitan expresar sus posiciones y defender sus intereses, allí donde se toman las decisiones.

En síntesis entonces, la negociación colectiva no sólo puede ser "un objeto afectado por la integración económica", sino también, puede convertirse en "un agente que puede actuar sobre ella".²⁹

A. Las características del régimen general

La puesta en marcha de un modelo de negociación colectiva internacional, exige de previo, la armonización de una serie de variables que pueden dificultar muy seriamente, la celebración y aplicación de convenios colectivos internacionales.

¿Son los Estados quienes deben regular al detalle la dimensión internacional de la negociación colectiva o debe dejarse al libre arbitrio de las partes sociales, para que sean éstas quienes implementen el mecanismo que mejor se amolde a sus necesidades y experiencias?

¿Debe impulsarse y privilegiarse los acuerdos sectoriales sobre los empresariales?

¿Los derechos contenidos en los acuerdos adoptados, deben incorporarse a los contratos individuales indefinidamente o sólo en forma temporal?

Está claro que no podría sobrevivir el modelo si los actores sociales de los países que intervienen en la negociación, se rigen por reglas que no son homogéneas. No podría pensarse por ejemplo, en que celebrándose una negociación colectiva sectorial, cuyo

29. Oscar Ermida Uriarte. *Negociación colectiva e integración*, Revista do Tribunal Regional do Trabalho, 8ª Região, Belém (Brasil), jan.-jun., 1994, p.34.

ámbito es la zona de libre comercio, para surtir sus efectos en un determinado país deba cumplirse con un procedimiento muy detallado por el legislador y en otro, porque son las mismas partes las que lo definen para cada caso concreto, no exista impedimento para aplicarlo. O bien, que al tratarse de un acuerdo sectorial, no sea bien recibido en aquellos países donde la negociación es primordialmente de ámbito de empresa. O lo que es peor todavía, en un país los beneficios negociados se incorporen de forma automática a los contratos individuales y en otro, sólo siga manteniéndose su vigencia, mientras no se haya vencido el plazo.

Que tan difícil o fácil es el camino que todavía nos falta por recorrer, para llegar a un marco legislativo idóneo que permita el desarrollo de negociaciones colectivas internacionales, es lo que vamos a intentar analizar, tomando por ejemplo el modelo de integración regional que en el continente americano se encuentra más cerca de ello: el MERCOSUR.

1. Del autonomismo (descentralización) a la regulación heterónoma (centralización)

La negociación colectiva internacional puede ser consecuencia de la reglamentación creada por el propio MERCOSUR, o del surgimiento de una negociación regional autónoma, de carácter informal o formal (acuerdo marco supranacional).³⁰

Un ejemplo de esta segunda opción es el Tratado de Maastricht, que excluye el derecho sindical de su ámbito de regulación, de modo que no puede ser

30. Ibid., p.38-39.

reglamentado por medio de directivas comunitarias. En el fondo, si bien se trata de un reforzamiento de la autonomía colectiva, es también una forma más de defender un sistema flexible de relaciones laborales.

El grado de intervencionismo y reglamentarismo estatal es muy diferente en los Estados miembros del MERCOSUR. Mientras en Argentina, Brasil y Paraguay existe una intensa reglamentación heterónoma, que comienza a ser abandonada en forma notoria por los dos últimos Estados y muy tímidamente por el primero;³¹ en Chile la legislación es al extremo detallista, mientras que en Uruguay, no existe y se rige por un sistema de carácter autónomo.

2. La forma que adopta la negociación

La propuesta de implementar un modelo de negociación colectiva internacional "necesita gradualismo para ser eficaz".³² No se puede pretender alcanzar una exitosa negociación en el ámbito supra nacional, si antes las partes sociales no tienen la experiencia y la madurez suficiente para enfrentar las dificultades propias de todo proceso negociador, en una circunscripción territorial más cercana.

Lo más cercano a una negociación colectiva internacional, es la celebración de convenios colectivos en empresas multinacionales. Hasta 1998, el único ejemplo que podía citarse de esta naturaleza en el continente americano, era la negociación sostenida entre la empresa automotriz Chrysler y la United Auto Workers, en representación de los trabajadores que

31. O.I.T. *Las relaciones laborales en el Cono Sur: informe Relasur*, MTSS, Madrid, 1995, p.63.

32. Rodolfo Capón Filas, op. cit., p.167.

laboraban en las plantas ubicadas en ciudades fronterizas de EUA y Canadá, cuya firma se alcanzó en noviembre de 1967.³³

Otras experiencias de carácter binacional que podrían rescatarse, aunque no tienen por producto una negociación colectiva articulada, sino sólo la implementación de procedimientos para resolver temas particulares son:³⁴ por un lado, la firma del Protocolo de Trabajo y Seguridad Social de la entidad binacional Yacireta, que preveía la creación de comisiones de conciliación formadas de modo bipartito para la solución de conflictos, pero que no se ha demostrado que funcionaran efectivamente; y de otro, durante la construcción y explotación de la represa para la generación de energía hidroeléctrica de Salto Grande sobre el río Uruguay, que se crea una comisión paritaria semejante a los consejos de empresa y una comisión tripartita con representantes de los trabajadores residentes en Argentina y en Uruguay.

Salvo estas experiencias, las negociaciones en empresas transnacionales se hacen, de manera desarticulada y con total independencia de la suerte que se corra en los demás centros de trabajo existentes en otros países.³⁵

Aunque el ámbito habitual de negociación se encuentra relacionado con el grado o nivel de represen-

33. Gerardo Cedrola Spemolla. *Negociación colectiva internacional: ¿realidad o utopía?*, Relasur, N°6, Montevideo, 1995, p.14-15.

34. Jorge Rodríguez Mancini. *Las dimensiones internacionales de la negociación colectiva: aspectos jurídicos*, Informe nacional de Argentina al XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, fotocop., p.6.

35. João Hilário Valentim. *Les dimension internationales de la négociation collective*, Rapport Brésilien XV Congrès Mondial de Droit du Travail et de Sécurité Sociale, fotocop., p.12.

tatividad, debe señalarse que dos son las modalidades que por excelencia se desarrollan en los países del MERCOSUR.

Así, mientras en Argentina, Brasil y Uruguay el ámbito de negociación es esencialmente por rama de actividad, en Chile³⁶ y Paraguay la negociación tradicionalmente es de empresa.

Pero tampoco puede decirse que se trate de modelos estáticos,³⁷ pues en Argentina existe una tendencia a una mayor descentralización, pasando de lo sectorial a lo empresarial, primero con el denominado decreto de desregulación de 1991 y luego, y sobre todo a partir del Decreto N° 470 de 1993, al introducirse la noción de módulos, especialmente de carácter particular. En Brasil, también se ha venido dando una tendencia de descentralización al ámbito de empresa, de modo que por ejemplo, de las casi 25.000 negociaciones colectivas celebradas en 1990, el 70% correspondió en el ámbito de empresa. Mientras tanto, en Uruguay es previsible una mayor descentralización, a partir de la desarticulación de los Consejos de Salarios.

3. Los efectos del convenio

Este es sin duda, uno de los aspectos más difíciles de superar para alcanzar un punto de equilibrio que permita la aproximación de las distintas soluciones normativas, que ya como punto de partida, se encuentran muy distantes.

36. Emilio Morgado Valenzuela. *Las dimensiones internacionales de la negociación colectiva: aspectos jurídicos*, Informe nacional de Chile al XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, fotocop., p.3.

37. O.I.T., op. cit., p.36, 72, 81 a 83.

El obstáculo es doble, si se tiene en cuenta que una cosa es la posibilidad de extender el convenio a empresarios no firmantes y otra, si los derechos incluidos en el convenio, se incorporan a los contratos individuales como derechos adquiridos.

Si se trata de lo primero,³⁸ la variedad de las normativas que lo regulan nos lleva al siguiente recorrido.

En Argentina, una vez homologado por el Ministerio de Trabajo, afecta a todos los empleadores de la actividad, afiliados o no.

En Brasil, si se trata de una convención, afecta a todos los empleadores de la categoría.

En Uruguay, en principio, sólo es obligatorio para los firmantes y sus representados, pero puede ser extendido; sin embargo, suele recurrirse a la extensión de los efectos a través de los Consejos de salarios, creados en 1943 (de composición tripartita y por ramas de actividad), donde una vez aprobados por estos, es aplicable a toda la rama. En otras ocasiones, algunos convenios, los que siguieran la política salarial del gobierno, eran transformados en decretos. A partir de 1990, se observa un abandono de los Consejos de salarios y de toda intervención estatal. De este procedimiento se eximen los convenios celebrados en el sector de la construcción, a los que la ley le otorga expresamente el efecto erga omnes.

En Paraguay se parte de la misma regla vigente en Uruguay, sin embargo, también puede ser extendido o transformado en un "contrato ley", por resolución fundada de la autoridad administrativa, a petición de parte o de oficio, siempre que haya sido pactado por las dos terceras partes de los empleadores y trabajadores sindicalizados.

38. Ibid., p.36, 73 y 88.

Respecto del segundo tema,³⁹ en general, existe un efecto erga omnes como punto de partida, pero a partir de allí existen diferencias sustanciales. En Paraguay, las cláusulas del convenio se incorporan o integran a los contratos individuales. En Chile, igual con la excepción hecha del reajuste de las remuneraciones y otros beneficios pactados en dinero. En Argentina, la incorporación es temporal mientras dure el convenio, pero el convenio posterior no puede perjudicar las disposiciones contenidas en el contrato individual o en el acuerdo pluriindividual. En Brasil la incorporación es temporal, al igual que en Uruguay.

B. Los presupuestos esenciales para una efectiva participación sindical

No puede darse un proceso de negociación colectiva internacional sin una efectiva participación sindical y para que esta sea una realidad, los actores sociales deben encontrarse organizados en el nivel donde se van a celebrar las rondas de negociación.

En el ámbito institucional del MERCOSUR, la experiencia para las organizaciones sociales ha sido más que satisfactoria, aunque todavía puede calificarse de "incipiente";⁴⁰ sin embargo, los ejemplos de los logros que se pueden alcanzar son evidentes. En el Foro Consultivo Económico-Social, ya hace mucho tiempo se aprobó la reglamentación interna del órgano supranacional con participación principalmente de trabajadores

39. Ibid., p.90-91.

40. Eduardo J. Ameglio y Hugo Barretto Ghione. *Las dimensiones internacionales de la negociación colectiva: aspectos jurídicos*, Informe nacional de Uruguay al XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, fotocop., p.16.

y empresarios, en sendas reuniones celebradas en Montevideo en julio de 1996 y Buenos Aires en agosto de ese año; mientras que la delimitación de temas de discusión dentro del Subgrupo N° 10 del Grupo Mercado Común, de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social, se logró gracias a esa misma intervención de las partes sociales.

Queda en todo caso mucho camino por recorrer y dos temas por solucionar de máxima prioridad: la determinación de los parámetros de representatividad sindical de ámbito regional y los alcances del derecho de información de las centrales sindicales regionales.

1. La representatividad sindical de ámbito regional

Ahora bien, aunque es cierto que un movimiento sindical fundamentado en pequeños sindicatos de empresa, "no está en condiciones de abordar una labor macrosocial, macropolítica y macroeconómica",⁴¹ pues la ausencia de roce, puede propiciar una negociación imprudente, entre otras cosas; también debe tenerse en cuenta que "las pesadas estructuras burocráticas de las organizaciones sindicales internacionales y las diferencias de estrategias provocadas por las distintas ópticas ideológicas", han contribuido a esa falta de preparación sindical para una negociación colectiva internacional.⁴²

La negociación colectiva internacional puede ser llevada a cabo por muy diversos sujetos, que han sido clasificados de la siguiente manera:⁴³ actores naciona-

41. Oscar Ermida Uriarte, op. cit., p.47.

42. Gerardo Cedrola Spremolla, op. cit., p.13.

43. Ibid., p.9.

les que actúan a nivel internacional en ámbitos institucionalizados de composición bi o tripartita, actores nacionales que actúan a nivel internacional, pero fuera de ámbitos institucionalizados o actores supranacionales que actúan a nombre propio o en representación de actores nacionales.

En cualquiera de estos casos, cuando los actores son dos o más, la pregunta que nos hacemos es la misma: ¿es posible tenerles a todos ellos como representantes de determinados grupos de interés o en caso contrario, cuál es el más representativo?

En el caso del MERCOSUR paulatinamente se han ido definiendo los actores sociales que serán los interlocutores del futuro inmediato. Del lado de los empleadores, éstos han formado el Consejo Industrial del MERCOSUR, donde se integra la Cámara de Industrias del Uruguay, la Confederación Nacional Industrial del Brasil, la Unión Industrial Argentina y la Unión Industrial Paraguaya. Del lado de los trabajadores, se encuentra la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur, creada en 1986 como resultado de un encuentro sindical auspiciado en Buenos Aires, por la CIOSL y la ORIT, la cual si bien es geográficamente más amplia, al agrupar a la mayoría de las grandes centrales sindicales de Argentina (CGT), Bolivia (COB), Chile (CNT), Brasil (CUT, CGT y FORZA SINDICAL), Paraguay (CUT, CNT y CPT) y Uruguay (PIT-CNT), desde 1992 trabaja con una Comisión Sindical del MERCOSUR.⁴⁴

A nivel del Foro Consultivo Económico-Social y del Subgrupo de Trabajo N° 10 del Mercado Común, las centrales ya indicadas de los Estados partes, han venido actuando como representantes de los trabajadores, con

44. O.I.T., op. cit., p.46.

fundamento en el reconocimiento de que gozan en sus países y conforme a su legislación interna, mientras que en el caso de Brasil, por el amplio reconocimiento que reciben del Gobierno.⁴⁵

Esta misma aparente simplicidad para resolver el tema de la representatividad sindical en las instancias donde se encuentra prevista la participación institucional de los actores sociales, no es tan evidente cuando se examina en el ámbito nacional, el grado de representatividad del sindicato firmante, pues las reglas existentes de un país a otro son muy distintas y especialmente condicionadas a las reglas que fijan los ámbitos posibles de negociación.

En el caso de Brasil, a partir del art. 8. II de la Constitución Federal de 1988, en cada ámbito territorial o profesional, sólo un sindicato estará legitimado para negociar y como el único Sindicato es el de categoría o rama de actividad, se descarta el de empresa.⁴⁶ Se habla entonces, de que en Brasil reina el principio de unicidad sindical, "es decir, de la unicidad impuesta por el Estado".⁴⁷

En Argentina, sólo puede negociar el Sindicato al cual el Poder Ejecutivo le haya otorgado "personería gremial" (art. 1 L.14.250), pero ésta sólo puede ser concedida a un Sindicato para cada ámbito territorial y personal, el que además de cumplir otros requisitos formales, debe ser el más representativo (art. 25 ss. L.23.551). Entre esos otros requisitos formales se encuentran: a) una antigüedad no menor de seis meses y b) afiliar al menos un 20% de los trabajadores

45. Eduardo J. Ameglio y Hugo Barretto Ghione, p.21.

46. OIT., op. cit., p.50 y 54.

47. João Hilário Valentim, op. cit., p.7.

en el ámbito que actúa; y si varios lo tienen, se escogerá al que acredite el mayor porcentaje de afiliados y el Ministerio de Trabajo es quien delimita los ámbitos de actuación. Además, los sindicatos que no fueron considerados más representativos pueden solicitar la revisión después de transcurridos seis meses.⁴⁸

En Uruguay, dos o más Sindicatos pueden negociar conjuntamente, pero en caso de que no exista acuerdo, únicamente es válida la celebrada por el más representativo (art. 1 L.13.556).⁴⁹ Esa mayor representatividad se determina en primer lugar, sobre la base de los resultados electorales de los delegados a los Consejos de Salarios, etc., y luego, en función de la antigüedad, continuidad e independencia de cada organización.

En Chile, en ámbitos supraempresariales de negociación reglada, la representación se otorga por mayoría absoluta de los trabajadores afiliados y expresada en votación secreta.⁵⁰

2. El Derecho de información de los sindicatos

Aunque es cierto que los convenios colectivos celebrados en el ámbito de empresas de dimensión europea, por ahora no regulan salarios ni otras condiciones de trabajo, sino únicamente mecanismos de información y consulta;⁵¹ debe superarse tanto allá

48. Relasur. *Estrutura da negociação coletiva: sujeitos, níveis e articulação*, Relasur, Montevideo, N°2, 1994, p.94.

49. OIT., op. cit., p.75.

50. Ibid., p.76.

51. Oscar Ermida Uriarte, op. cit., p.45.

como aquí, la resistencia de los empresarios a suministrar información, temiendo que pudiera haber una divulgación indiscreta o perjudicial.⁵²

El derecho de información entonces, es esencial en el proceso negociador y así también se concibe en la legislación argentina, de los Estados parte del MERCOSUR.

Así, por ejemplo, en Argentina, la Ley N° 23.546 sobre negociación colectiva, imponía el deber general de que "ambas partes están obligadas a negociar de buena fe" y en la Ley N° 24.185 del 16 de diciembre de 1992, sobre convenios colectivos para los trabajadores del Estado, se incorpora como parte del principio de buena fe en la negociación, el derecho y obligación de las partes al "intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate" (art. 9). Intercambio de información que también ha sido reconocido en la Ley N° 24.467 de 1995, sobre las pequeñas y medianas empresas, cuyo art. 100, establece como parte del principio de buena fe, el "intercambio de información".⁵³

En Chile, mientras el Código de Trabajo establecía que no sería objeto de negociación las materias que restrinjan o limiten la facultad de dirección empresarial, por consiguiente incluía lo relativo a los mecanismos de participación como información y consulta de los trabajadores; el proyecto de ley presentado por el Gobierno en enero de 1995, califica de práctica desleal del empleador, no suministrar información a los

52. Américo Plá Rodríguez, op. cit., p.31.

53. Jorge Rodríguez Manzini, op. cit., p.10.

representantes sindicales “para la preparación, desarrollo y conclusión de la negociación colectiva”.⁵⁴

Reconocido el derecho de información, sigue siendo materia pendiente no sólo delimitar los temas que son susceptibles de ser conocidos por los trabajadores, sino también, las reglas que sancionan la violación del deber de confidencialidad, que es aún más difícil de resolver cuando se trata de negociaciones que ya de por sí, en razón de su ámbito de aplicación, necesariamente provocan el uso de los datos suministrados en instancias no solo supraempresariales, sino también supranacionales.

SITUACIÓN DE LOS ALTOS EMPLEADOS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

LIC. RICARDO VARGAS VÁSQUEZ

54. OIT., op. cit., p.79 y 85.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR:

Como se sabe, el tema de la negociación colectiva en el sector público ha sido uno de los más controversiales en el campo del derecho colectivo del trabajo costarricense. El análisis de la jurisprudencia laboral sobre esa materia se remonta prácticamente medio siglo atrás (a partir de la Casación de 15:10 hrs. del 20 de julio de 1951). Por su parte, la Procuraduría General de la República –a través de la jurisprudencia administrativa– también se ha ocupado del tema mediante dictámenes que datan del año 1973.

No obstante, no es sino hasta el fallo de la Sala Constitucional N° 1696-92 de 15:30 hrs. del 23 de junio de 1992, cuando se emitió criterio, ya con el carácter vinculante erga omnes que caracteriza a tales sentencias, y así dio inicio lo que a estas alturas constituye una tesis jurisprudencial bien consolidada sobre el tema.

La tesis allí imperante, y que culminó con el fallo N° 4453-2000 (precedido del N° 3053-94 DE 9:45 HRS. DEL 24 DE JUNIO DE 1994, que también versó sobre materia de convenciones colectivas)¹ fue en el sentido de que constitucionalmente en el sector público estatal sólo procede la negociación con el personal que no califica

1. Aunque en el "Por Tanto" la Sala confundió el instituto de la convención colectiva –que era el tema en discusión en ese recurso de amparo– con el del conflicto colectivo de carácter económico social que, como es sabido, lo que genera son los laudos arbitrales, los cuales ya habían sido declarados inconstitucionales en el citado fallo 1696-92.

dentro del concepto de “servidores públicos”; lo anterior según la definición que de éstos dan los artículos 111, aparte 3. (“empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común”), y 112, aparte 2 (“obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3° del artículo 111”). Igualmente, para efectos de tal distinción, en el citado fallo 1696-92 la Sala también basó su criterio en lo establecido por el artículo 3. 2 de la Ley General de la Administración Pública (“El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro pueden estimarse como empresas industriales y mercantiles comunes”).

Puede decirse entonces que la Sala en sus fallos hizo lo que podría llamarse una “constitucionalización” de las indicadas disposiciones de la L.G. A.P.; o sea, que dejó sujeta la posibilidad de negociación a que el grupo de asalariados públicos de que se trate califique o no dentro del concepto de “servidores públicos”. Si se ubican allí, les está vedada la posibilidad de negociar; de lo contrario, sí pueden hacerlo. No obstante, tampoco quedó autorizada una negociación irrestricta (equiparable a la que puede efectuar un patrono privado, que tiene libre disposición de sus fondos), sino que, siguiendo también los postulados de la jurisprudencia constitucional, “deberán respetarse leyes, reglamentos y directrices gubernamentales”;² igualmente,

2. Un ejemplo de ello, aunque refiriéndose a los laudos arbitrales, fue la condición que impuso en el citado fallo 1696-92 la Sala –para quienes estaban bajo un régimen de naturaleza laboral– y que consistió en que no se pueden tramitar más conflictos colectivos de carácter económico social mientras no se reforma el Código de Trabajo en cuanto permite al

está vedado “modificar o derogar leyes que otorgan o regulan competencias de los entes públicos, atribuidas en razón de la jerarquía normativa o de las especiales condiciones de la Administración Pública con relación a sus trabajadores...”.

Por su parte, la Procuraduría General de la República, siguiendo los criterios de la jurisprudencia laboral y constitucional, también se ha pronunciado profusamente sobre el tema. Incluso, su posición fue expresamente avalada por el Tribunal Constitucional, de lo que es una clara muestra lo expresado en la citada sentencia N° 4453-200 donde, en lo que interesa, se expresó que: “La Sala estima que es jurídicamente compatible con el derecho de la Constitución, la posición que en el desarrollo histórico de la institución de las convenciones colectivas, ha venido sosteniendo la Procuraduría General de la República en su informe a esta Sala, en especial a partir de la sentencia N° 3053-94 de 9:45 horas del 24 de junio de 1994.”

Ahora bien, la tesis de la Procuraduría en cuanto al personal que puede celebrar convenciones colectivas de trabajo, ha sido en el sentido de que sólo pueden hacerlo quienes laboran para “empresas o servicios económicos del Estado”, conceptos estos que pueden encerrar una amplia gama de organismos públicos (JAPDEVA, el INS, los bancos estatales, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, Correos de Costa S.A., etc.). Ese criterio se siguió en los dictámenes C-260-98 y C-279-98 de 3 y 21 de diciembre de 1998 respectivamente.

Luego, con respecto al personal que sirve en organismos que no califiquen como tales, o sea, de una

tribunal arbitral “resolver con entera libertad y en conciencia” (artículo 532 en su párrafo primero, antes 525); igualmente, en cuanto contempla la posibilidad de integrar dicho tribunal con “sujetos no abogados”.

naturaleza distinta, la tesis que ha prevalecido es la de definir su régimen de empleo como de carácter público. De ahí que en criterio de la Procuraduría –lo cual comparte el autor de este artículo– en ese caso los funcionarios de alto nivel que se desempeñan en ellos no podrían disfrutar de beneficios de convenciones colectivas. Lo anterior por la simple razón de que allí está jurídicamente vedada esa posibilidad para todo el personal, incluidos aquellos de rango superior.

Por consiguiente, el tema que se va a desarrollar en el presente artículo se referirá únicamente a los funcionarios de alto nivel de empresas y servicios económicos del Estado en las que priva un régimen de empleo de naturaleza laboral, sin que resulte necesario entrar en más detalle sobre la situación relativa a sus homólogos que sirven en otro tipo de organismos, donde lo que rige es el derecho administrativo para todo el personal (tanto superior como subalterno).³

Finalmente, ha de advertirse que en el respectivo estudio no se entrará a cuestionar el punto relativo a la

3. Sí cabe hacer la observación de que se han dado situaciones en donde en una institución con régimen de empleo de naturaleza pública por excelencia, haya aparecido –por razones muy particulares– un sector de servidores cuyo régimen es distinto. Tal es el caso de los llamados agentes de ventas del sistema de ahorro y préstamo del INVU, de quienes la Sala Constitucional muy recientemente (fallo N° 2000-6974 de 14:06 hrs. del 9 de agosto del 2000) sostuvo que: *“...su labor es de carácter meramente comercial, basada en el trato directo con el público para la venta de un determinado servicio...no están encargados de llevar a cabo labores propias del servicio público, sino de desempeñar una actividad regida por el Derecho Privado, tal como es la colocación de contratos de ahorro y préstamo. Su relación con la institución es pues meramente laboral.”*. Desde luego que esa situación es muy excepcional, y hasta resulta extraño que allí se haya adoptado una contratación de tipo laboral ante una actividad que pareciera más propia de ser desarrollada por empresas comercializadoras.

modalidad de convenio colectivo que autoriza y regula el llamado “Reglamento de Negociación Colectiva para los Servidores Públicos (Acuerdo del Consejo de Gobierno, Sesión Ordinaria N° 25 de 6 de octubre de 1992, publicado en La Gaceta N° 45 de 5 de marzo de 1993). Ello por cuanto considero que no resulta relevante, dado que el ámbito de negociación, no sólo es muy reducido, sino que también limita la posibilidad de regular extremos que tengan implicaciones económicas que, como es sabido, son los que representan el mayor interés en cualquier tipo de negociación de condiciones de empleo. En todo caso, a manera de ilustración, ha de agregarse que ese tipo de convenio, de acuerdo con el citado fallo constitucional 4453-2000, también mantiene plena vigencia.

Establecido lo anterior, se pasará de seguido a desarrollar el punto medular del presente estudio, a saber, la determinación de si existen funcionarios en “las empresas o servicios económicos del Estado” a quienes no se les pueden aplicar los beneficios de convenciones colectivas de trabajo; ello en razón del vacío existente en la jurisprudencia constitucional, pues en los citados fallos números 1696-92, 3053-94 y 4453-2000, apenas se han sentado reglas generales sobre la distinción entre personal con opción a disfrutar de beneficios convencionales y los que no tienen esa posibilidad.

2. SITUACIÓN DE LOS ALTOS EMPLEADOS DE EMPRESAS Y SERVICIOS ECONÓMICOS DEL ESTADO:

a. Posición de la doctrina:

Sobre el particular, y dentro de las limitaciones de espacio que deben observarse, cabe indicar al respecto

que el autor Enrique Marín Quijada, al tratar el tema de los alcances del convenio de la OIT. N° 98, analiza la situación de los altos funcionarios de la Administración, y sostiene que: *"A primera vista, parecería razonable marginar de los beneficios de la negociación colectiva a funcionarios que pudieran tener una influencia decisiva en la formación de la voluntad de la Administración, hasta el punto de que, en la práctica, ellos estarían negociando consigo mismos. No obstante, los términos en que se plantea esta limitación originan reservas en cuanto a la situación real de los funcionarios afectados, la manera en que son afectados y el número de éstos, y concluye expresando que: "En definitiva, el derecho de negociación colectiva se mantiene como un principio fundamental del derecho internacional del trabajo, vinculado al ejercicio de la acción sindical y aplicable a la generalidad de los funcionarios públicos, a reserva de señalar en la práctica excepciones en los casos en que ese derecho sea incompatible con la función atribuida al agente."* (el destacado no es del original. "La Negociación Colectiva", págs. 157 y 158).

Por su parte, Cabanellas al referirse al tema "EXCLUSIÓN DEL AMPARO DE LAS CONVENCIONES NORMATIVAS", aunque con un enfoque dirigido a la empresa privada, también se inclina por la improcedencia de los beneficios de convenciones a favor de los puestos de alto nivel. En lo que interesa, expresa que: *"...cuando por la naturaleza especial de la prestación del servicio, o por la categoría de éstos, existe cierta especialización profesional o una determinada jerarquía en el orden laboral, se presume que tal trabajador no es sujeto de la convención normativa, porque no necesita su amparo. Lo contrario significaría que, dentro de estas convenciones, debería*

incluirse a todos los trabajadores; medir por el mismo rasero laboral a los directores y empleados superiores de las empresas que serían al mismo tiempo sujetos beneficiarios de la convención y parte de ésta, pues normalmente son ellos quienes representan a los empresarios en las discusiones o tratos que anteceden a la firma de la convención. De ahí que establezcamos que se encuentran excluidos, por razón de las características de sus prestaciones, los altos empleados de las empresas o aquellos que, por razón de sus funciones jerarquizadas o representativas, estén fuera de su ámbito protector." (Cabanellas, Guillermo, "Tratado de Derecho Laboral", Editorial Claridad S.A., Buenos Aires, 1989, T. III, Vol. 3, p. 162. El subrayado no es del original.)

Incluso, si se recurre a la legislación comparada, en otros países, lo cual no ocurre con nuestro Código Laboral, se ha regulado sobre la materia. Al respecto, la Ley Federal del Trabajo Mexicana, al tratar sobre los trabajadores de confianza, en su artículo 184 contempla la posibilidad de esa exclusión, el expresar que: *"Las condiciones de trabajo contenidas en el contrato colectivo (figura equivalente a nuestra convención colectiva) que rija en la empresa o establecimiento, se extenderá a los trabajadores de confianza, salvo disposición en contrario consignada en el mismo contrato colectivo"* (el destacado y lo escrito entre paréntesis no son del original).

También, el propio Cabanellas en la obra citada, al referirse al tema indica que: *"El artículo 110 del Cod. Del Trab. De la República Dominicana establece que los pactos colectivos de condiciones de trabajo no se aplican, salvo excepciones, a los contratos de trabajo de las personas que desempeñan puestos de direc-*

ción o de inspección laborales" (el destacado no es del texto).

b. Jurisprudencia constitucional sobre el tema:

Con respecto los llamados "altos empleados", la Sala Constitucional también ha establecido en forma categórica que éstos deben quedar excluidos de los beneficios de las convenciones colectivas.

Lo anterior ha sido sostenido reiteradamente en sus fallos, entre los que cabe citar, siguiendo un orden cronológico, el N° 3854-92 de 15:42 horas del 2 de diciembre de 1992, relativo a un funcionario que ocupaba el puesto de Director de la División de Asuntos jurídicos de una entidad bancaria. En ese caso, según lo estableció la Sala por vía de sentencia de amparo, la exclusión de ese cargo de la convención colectiva se encontraba ajustada a derecho.

Igualmente, en el N° 2308-95 de 16:03 horas del 9 de marzo de 1995, en donde se declaró sin lugar una acción de inconstitucionalidad en contra de una cláusula de la convención colectiva de JAPDEVA que excluía de sus alcances a "Los miembros de la Junta Directiva, Gerentes, Auditor y Asesores Legales". En esa oportunidad, en lo que interesa, la Sala sostuvo que: "La estructura de la negociación... explica y justifica la exclusión de algunos funcionarios de la aplicación de los beneficios de la negociación. Se trata de aquellos cuya posición y funciones son tales que resultan incompatibles con la posibilidad de tenerles también como beneficiarios del derecho de negociación colectiva, sin riesgo del interés de la Administración, del interés público; puesto que en ellos radica realmente la capacidad de configurar y expresar la voluntad de la

Administración frente a los demás empleados, valga decir, puesto que ellos son quienes detentan directamente e influyen de modo determinante en las decisiones que la Administración tome en la negociación con sus empleados, la exclusión se impone al sentido común como objetiva, razonable, y, por ende, no discriminatoria."

La anterior posición también se mantuvo en la sentencia N° 5577-96 de 11:18 horas del 16 de octubre de 1996, relativa a otra acción de inconstitucionalidad establecida por quien fuese asesor legal de JAPDEVA. En esa oportunidad se impugnó lo dispuesto por la cláusula 1°, aparte D) de la convención colectiva allí vigente, en cuanto expresaba que: "No serán cubiertos por esta Convención el Presidente Ejecutivo, sus asistentes y asesores, el Vice Presidente Ejecutivo; Gerentes, sus asistentes; Auditor y Sub-Auditor y Asesores Legales.". Y en lo que interesa, se sostuvo allí: "Resulta notorio desde esa perspectiva que tanto en el caso de los gerentes (que se expuso en la sentencia número 2308-95, recién citada) como para el de los asesores legales que ahora se examina, nos encontramos ante una particular y distinta situación con relación a la generalidad de empleados de una organización, esto por el decisivo poder de organización e influencia que tienen sobre el devenir de la institución y su capacidad para comprometerla, lo que conlleva que sus decisiones produzcan efectos sobre ellos mismos..."

Finalmente, en alguna medida resulta de interés la sentencia constitucional N° 1355-96 de 12:18 horas del 22 de marzo de 1996, en cuanto tuvo como sustento del criterio allí vertido, lo sostenido en una resolución interlocutoria dictada por la Sala (N° 6725-93 de 14:06 horas del 22 de diciembre de 1993); específicamente

en cuanto expresó: *"Por último el alegato de fondo está dirigido a alegar contra la violación que se produce por la no aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, en el procedimiento de separación del Ejecutivo Municipal...dicho lo anterior, no puede una Convención Colectiva incluir en el régimen de servicio a quien por Constitución Política y por norma especial, dada la naturaleza de sus funciones, está excluido de ese régimen."*

Como puede observarse, en los indicados fallos la Sala Constitucional fue muy clara en el sentido de que los llamados puestos gerenciales y de fiscalización superior, no pueden quedar protegidos por la normativa convencional –producto de la negociación con el respectivo sindicato– que regula las condiciones de empleo.⁴

4. Incluso, el anterior criterio sobre exclusión, también se ha seguido en lo que toca a beneficios derivados de laudos arbitrales. Así, en la sentencia de amparo N° 7596-94 de 11:12 horas del 23 de diciembre de 1994, se reiteró el rechazo de ese tipo de beneficios, invocándose la tesis sostenida en el fallo 564-I-94 de 14:04 horas del 9 de noviembre de 1994 (cuyo número no parece ser el correcto), y donde se expresó que: *"II. Para la resolución de este caso resulta de mucha importancia destacar la abundante jurisprudencia –judicial y administrativa– vertida en el sentido de que los funcionarios ubicados en el "nivel gerencial" de las instituciones autónomas son considerados representantes del patrono –el Estado– y en tal concepto, obligan a éste en sus relaciones con los servidores del Ente, de tal modo que, los incrementos salariales acordados para los empleados no pueden disfrutarlos y su estipendio, en consecuencia, debe ser revisado con arreglo a un procedimiento distinto del de aquéllos. De lo expuesto se colige que los funcionarios de nivel gerencial –al que pertenecen los promoventes– no se encuentran en una misma condición que el resto de los servidores a favor de los cuales se aprobó el incremento salarial, de manera que no pueden alegar discriminación alguna en su perjuicio y el recurso deviene en improcedente."*

c. Criterio de la Procuraduría sobre el tema:

Conforme quedara ya establecido, la tesis de ese Órgano Consultivo también ha coincidido con la seguida por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, según los términos expuestos en un inicio. Incluso, hasta se remonta más tiempo atrás del dictado de las sentencias a que se ha hecho referencia.

Así, a partir del dictamen C- 063-87 de 17 de marzo de 1987, aunque sólo se refiriera a los mecanismos de fijación salarial para esos puestos, ya se comenzó a trazar una línea jurisprudencial sobre la improcedencia de la cobertura a sus titulares con los beneficios de convenciones colectivas. A aquél lo siguieron el C-187-88 de 7 de octubre de 1988, el C-211-92 de 17 de diciembre de 1992 (confirmado luego por el C-063-94 de 27 de abril de 1994), donde ya se hizo expresa referencia a la improcedencia de aplicar convenciones colectivas en los indicados puestos.

Finalmente, y ya en forma más reciente, según lo dicho en el punto 1 del presente estudio, tal posición sobre la exclusión de los beneficios derivados de convenciones colectivas, se reiteró en los dictámenes C-260-98 y C- 281-98.

d. Opinión personal sobre el asunto:

Entrando ya a desarrollar el tema, considero que la Sala Constitucional en los citados fallos 1696-92, 3503-94 y 4453-2000, no ha sido lo suficientemente clara y precisa en definir *–ya para la generalidad de los casos–* si existe personal en las empresas o servicios económicos del Estado que deba ser excluido del reconocimiento de los beneficios contenidos en los citados instrumentos colectivos. Lo anterior en razón de

que en esos pronunciamientos la Sala –según se dijo en su oportunidad– se limitó a hacer una remisión a lo dispuesto por los numerales 111.3 y 112.2 de la L.G.A.P. para efectos de definir el régimen de empleo aplicable, y con ello la posibilidad de acceder a los beneficios de la normativa colectiva. Al respecto recuérdese que en las otras sentencias (de 38854-92, 2308-95, 1355-96 y 5677-96), lo que ha existido son pronunciamientos **sobre situaciones concretas**, en donde efectivamente se ha expuesto argumentos en apoyo de la indicada exclusión (los que incluso tendrían que ser considerados como jurisprudencia constitucional vinculante, en los términos del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

El problema existente radica entonces –se repite– en que los argumentos allí utilizados considero que resultan insuficientes para definir quiénes son los asalariados de empresas o servicios económicos del Estado cuyo status resulta incompatible con los beneficios contenidos en los instrumentos colectivos de interés. Lo anterior, a mi juicio –se repite– debido a que la Sala hasta la fecha no ha entrado a definir con suficiente claridad y precisión –y ya en términos generales– cuál debe ser el personal cubierto por un régimen de empleo de naturaleza pública, y cuál por uno de carácter laboral; ello ya sea considerando que debe hacerse algún tipo de distinción dentro de un mismo organismo público (que es lo que se analiza en este trabajo) o que no cabe hacer tal división. Al respecto ha de indicarse que en el citado fallo 4453-2000, el Tribunal Constitucional lo que en definitiva resolvió fue: “d) *Corresponde a la administración y a los jueces que conocen en los juicios laborales, en su caso, de la aplicación de las convenciones colectivas,*

determinar si los trabajadores involucrados, dada la naturaleza de las funciones que cumplen o cumplían están regulados por el derecho público o el común, a los efectos de definir si pueden ser sujetos activos en la aplicación de las convenciones colectivas.”

Ahora bien, quien sí podría afirmarse que tomó partido sobre el punto, fue la Procuraduría General de la República, al haber adoptado una posición más definida, y que fuera exteriorizada en los citados dictámenes C- 260-98 y C-279-98, al igual que en la contestación que diera a la audiencia de ley en la consulta de constitucionalidad formulada por la Sala Segunda de la Corte que generó aquel último fallo. El criterio allí seguido por el Órgano Asesor, podría resumirse en que para éste, tratándose de las llamadas “empresas o servicios económicos del Estado” la generalidad de su personal, **con excepción de los altos funcionarios**, sí queda cubierto por las convenciones colectivas; mientras que en los organismos que no tengan aquella naturaleza, no existe la posibilidad jurídica de celebrar convenciones y, por ende, de que **todos** sus servidores públicos puedan “ser sujetos activos” de tales instrumentos normativos.

Sin embargo, con respecto a los indicados dictámenes, habría que hacer la observación de que el argumento fundamental utilizado para tener por excluidos de la convención a los funcionarios de alto nivel, tuvo como motivo que el primero de ellos (C-260-98), respondió a una consulta de JAPDEVA, en cuyo caso la Sala Constitucional ya había emitido pronunciamiento –incluso en dos ocasiones– sobre esa situación concreta; o sea, sobre la exclusión de este tipo de servidores contenida en la propia convención colectiva de esa Entidad (cuya naturaleza, según lo establecido en dicho dictamen, era de empresa

estatal). De manera que como el argumento principal de la exclusión fue por haberse así resuelto en el caso concreto del instrumento allí vigente –donde la Sala avaló tal excepción– tampoco la Procuraduría tuvo que profundizar mucho sobre el asunto, sino que simplemente expresó que la solución estaba “*en atenderse a lo establecido por la Sala en sus resoluciones*”.

Ahora bien, con respecto a dicha jurisprudencia constitucional relacionada con esas situaciones concretas –se reitera– a nuestro juicio a ésta le ha faltado profundizar más sobre el tema. Ello debido a que el argumento fundamental de la Sala ante aquellos casos, fue en el sentido de que debía haber una exclusión, dada la participación activa que los funcionarios de alto nivel tienen en la fase de negociación, traducida en la presunción de un interés personal de su parte en obtener las ventajas del instrumento (una especie de “legislar en beneficio propio”). En otras palabras, que se presume la existencia de lo que podría llamarse “intereses contrapuestos” (el de aquellos y el interés público insito en el organismo patronal), dada la indiscutible influencia que podrían ejercer. No obstante, ese razonamiento se ha pretendido desvirtuar, sosteniéndose que en la práctica ello no ocurre, pues se aduce que quienes representan a la parte patronal en las negociaciones son otras personas; incluso, se ha dicho que no son necesariamente funcionarios de planta, lo que torna aún más polémico el tema.

Por ello, como objetivo de este estudio he considerado de interés agregar otros argumentos –ya válidos para la generalidad de los casos– que considero complementan y, por ende, dan una mayor consistencia a la posición de la Sala Constitucional (la que a mi juicio, es

la que resulta más ajustada a derecho). Para tal efecto, estimo que si bien la generalidad del personal de las llamadas empresas o servicios económicos del Estado está dentro de un régimen de empleo de naturaleza laboral, ello no ocurre con los funcionarios de alto nivel (presidentes ejecutivos, gerentes, directores ejecutivos, auditores, subauditores, así como otros que les resulten homólogos). Lo anterior independientemente de la influencia o no que puedan ejercer ellos en la negociación de una convención colectiva de trabajo.

Los argumentos que considero pueden agregarse a los que se han utilizado por la Sala Constitucional, son dos muy concretos, a saber:

i. Normativa especial con respecto a nombramiento y remoción, así como en cuanto a las atribuciones:

Al respecto, considero que cobra relevancia la situación tan particular de esos puestos, representada en primer lugar por la existencia de una normativa que regula, tanto el sistema de nombramiento y remoción de esos funcionarios, como de lo que son propiamente sus funciones, lo cual marca la diferencia con respecto al resto del personal en lo que al régimen a aplicar se refiere. Tal normativa puede ser tanto de carácter general, como también contemplada en las leyes orgánicas o de creación de cada entidad.

Un claro ejemplo de las primeras lo constituye el artículo 6° de la ley N° 4646 de 24 de setiembre de 1973 (Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional), donde a los nombramientos de los **Gerentes y Subgerentes** de instituciones descentralizadas (**no sólo las bancarias**) se les fijó un período de seis años. En el mismo sentido,

en el numeral 39 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (N° 1644 de 26 de setiembre de 1953, reformado por la citada 4646), en el caso de los bancos estatales (típico ejemplo de régimen de empleo de naturaleza laboral), también se estableció que el nombramiento de los **gerentes** y **subgerentes** sería por seis años, plazo en el cual incluso en forma expresa se dice que "Serán inamovibles".⁵ Igualmente, y sin necesidad de mayor análisis, las funciones de esos altos puestos (artículos 40, 41 y 42 de la citada ley N° 1644), dada la jerarquía allí asignada, son incompatibles con las normas y principios que se deben aplicar al personal laboral subalterno.

Queda así patente que a esa gama de puestos gerenciales se les asignó una modalidad de nombramiento especial, al haberseles ubicado legalmente dentro de los llamados "funcionarios de período" (cuyo vínculo se equipara a la figura del contrato laboral a plazo fijo). Y tal modalidad de "contratación" tiene la particularidad de que durante el período del nombramiento el funcionario goza de la garantía de la **estabilidad en el puesto**, de la cual, salvo disposición especial en contrario, no disfrutaban los demás empleados dentro de un régimen de naturaleza laboral; o sea, los que sirven en las "empresas o servicios económicos del Estado" en los demás puestos subordinados, distintos de los del nivel superior. Lo anterior fue categóricamente establecido en los antecedentes de la Ley General de la Administración Pública, concretamente en las intervenciones que tuvo

5. Ese término técnicamente no es el más correcto, y así lo ha establecido el fallo constitucional N° 1119-90 de 14:00 hrs. del 18 de setiembre de 1990, pues de lo que cabe hablar más bien es de **estabilidad** en el puesto.

el Lic. Ortiz, Ortiz ante la Comisión de Gobierno y Administración, donde hizo referencia a la posibilidad de remoción por la sola voluntad del patrono de ese tipo de empleados. Ello, según manifestó, para evitar la creación "...de una serie de entramamientos tremendos para empresas que tienen que funcionar en condiciones de competencia iguales a las de la empresa privada. Por ejemplo, un agente del INS que sea un mal vendedor de pólizas, deberían poderlo despedir con igual facilidad con que se puede despedir a un empleado privado...".

Igualmente, mediante la ley N° 5507 de 19 de abril de 1974 (llamada "de Presidencias Ejecutivas"), en el artículo 6° se les confiere un status especial a los gerentes, al expresarse allí que "*Los gerentes continuarán siendo los principales funcionarios administrativos.*". Luego, en lo que toca a los **Presidentes Ejecutivos**, mediante la reforma hecha por esa última ley al artículo 4° de la N° 4646, aunque no se les fija un período (lo que les daría la indicada estabilidad temporal), en el fondo, y así ha venido operando en la realidad, salvo que concurren circunstancias especiales, éstos tienen una clara posibilidad de permanecer en el puesto durante los cuatro años de cada gobierno. Además, y esto también resulta determinante para considerar su vínculo como de derecho público, la posición jerárquica y demás características relacionadas con las atribuciones del presidente ejecutivo fijadas en esa misma norma (inciso 1, apartes a, b y c), son obviamente incompatibles con un régimen propio del personal laboral.

Por su parte, en relación con los puestos de **auditoría**, también existe normativa especial que marca una clara diferencia con un régimen laboral común, como es el numeral 15 de la Ley Orgánica de la Contraloría General

de la República, en cuanto expresa que “*El auditor y subauditor de los entes u órganos de la Hacienda Pública son inamovibles*” (término que, según se vio, no es técnicamente el más apropiado); igualmente, el 62, en cuanto los hace depender orgánicamente del jerarca unipersonal o colegiado del ente. Y dicha norma agrega luego que para su destitución se requiere el cumplimiento de la garantía del debido proceso, así como dictamen previo de la Contraloría. En sentido similar, aunque sólo referido al auditor, está la disposición contenida en el artículo 18 de la Ley Sobre Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos (N° 6872 de 17 de junio de 1983). Luego, en lo que toca a las funciones de esos puestos (llamados también de fiscalización superior) éstas resultan ser de gran relevancia y delicadeza (artículo 61 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría), lo que también hace que resulten incompatibles con un régimen de derecho laboral.

Además, y conforme se expusiera al principio de este literal d, las anteriores regulaciones existen sin perjuicio de la normativa especial, ya contemplada dentro de las leyes orgánicas o de creación de los organismos de interés, en donde a tales puestos se les da un régimen distinto en cuanto a nombramiento y remoción, así como atribuciones propias que también los hacen claramente incompatibles con un vínculo de naturaleza laboral.⁶ Por razones de espacio, y por

6. Cabe mencionar, como otro elemento que marca una clara distinción de este tipo de funcionarios con respecto a la generalidad de asalariados, que la competencia, tanto en lo relativo a su nombramiento como remoción, recae en el órgano colegiado director del organismo. Lo anterior, aparte de la normativa especial que rija para cada entidad o grupo de ellas, también lo establece —ya como regla general— la L.G.A.P. (artículo 104, aparte 2).

resultar innecesario, no se hará un examen particular sobre ese otro tipo de normativa.

ii. Fijación especial de los beneficios económico-salariales para los funcionarios de nivel superior:

Luego, existe otro argumento a agregar, también de suma importancia, consistente en que para esos puestos existe una fijación, tanto del salario principal, como de sus demás componentes, mediante un mecanismo muy particular, incompatible también con la negociación colectiva. En efecto, y derivado también de las características de esos puestos, los salarios de quienes los ocupan han venido siendo fijados por vía de **directrices gubernamentales**. Al respecto debe tenerse en consideración también que el salario se convierte en la condición o extremo laboral más importante a negociar en una convención colectiva de trabajo.

Ahora bien, las directrices de interés, han sido emitidas principalmente en uso de las potestades conferidas por la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria (N° 6821 de 19 de octubre de 1982, inciso a) de su artículo 1°). Tales directrices han venido dándose periódicamente, y su contenido ha versado tanto sobre montos salariales a reconocer en los distintos ejercicios presupuestarios (fijaciones específicas), como también a través de reglas generales que deban observarse. Así, mediante la Directriz Presidencial N° 2 de 22 de marzo de 1995 (con intervención también de la Autoridad Presupuestaria), se fijaron las reglas a observar para la determinación de los salarios de los puestos gerenciales y de fiscalización superior. Allí, aparte de haberse asignado a dicha Autoridad la

fijación de los salarios y aumentos a los titulares de los indicados puestos (artículo 3°), también se estableció que éstos “...no podrán percibir los beneficios derivados de instrumentos, tales como laudos, convenciones colectivas y similares.” (artículo 4°). Luego, recientemente y también por vía de directriz se estableció el sistema de reajustes por costo de vida para tales puestos, así como la revisión de las respectivas revaloraciones, lo que también se encomendó a la Autoridad Presupuestaria (D. E. N° 28545-H de 14 de marzo del 2000).

Por su parte, en lo que toca a entidades excluidas del ámbito de la Autoridad Presupuestaria, también se ha utilizado el mecanismo de las directrices, en ese caso emitidas por el Presidente de la República de conformidad con el numeral 26, aparte b) de la Ley General de la Administración Pública, y en uso del poder directivo que le confiere el artículo 100 ibídem. Tal es el caso de la materia relativa a los salarios de los bancos estatales (Directriz N° 25 de 14 de octubre de 1997, publicada en La Gaceta de 23 del mismo mes y año), cuyas regulaciones, para lo que interesa al presente estudio, y según lo establecido en el dictamen de la Procuraduría C-258-98 de 30 de noviembre de 1998, también resultan aplicables a los puestos “del nivel ejecutivo”.

Por consiguiente, y según lo expuesto con anterioridad, la fijación salarial para los puestos de interés por vía de directrices gubernamentales, se convierte en otra clara razón que excluye la posibilidad de que las respectivas remuneraciones de quienes los ocupan puedan derivar de convenciones colectivas de trabajo.

3. CONCLUSIÓN:

Con fundamento en las razones expuestas a través del estudio precedente, cabe concluir que en las llamadas empresas o servicios económicos del Estado, a pesar de que la jurisprudencia constitucional autorizó allí la celebración de convenciones colectivas (sujetas a limitaciones), existe un grupo de funcionarios que no pueden ser sujetos activos de los respectivos beneficios. Se trata de los llamados altos empleados o funcionarios de nivel superior, quienes a pesar de pertenecer a organismos donde priva un régimen de empleo de naturaleza laboral, debido a la modalidad de su nombramiento (de período), así como a las particulares atribuciones del cargo, no les resultan aplicables los indicados instrumentos colectivos. Lo anterior se sustenta en lo establecido por la jurisprudencia constitucional (al pronunciarse sobre situaciones concretas de convenciones colectivas), así como en las razones adicionales que se han expuesto en el presente estudio –relacionadas tanto con la existencia de normativa especial en materia de nombramiento y funciones, como con la emisión de directrices gubernamentales– que tornan incompatible la situación de esos cargos con el instituto de la convención colectiva de trabajo.

LIC. RICARDO VARGAS VÁSQUEZ

SAN JOSÉ, ENERO DE 2001.

EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO PARA EL
TRÁMITE DE LAS DENUNCIAS
POR PERSECUCIÓN SINDICAL Y
PRÁCTICAS LABORALES
DESLEALES

LIC. RODRIGO ACUÑA MONTERO

1. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo es un análisis teórico-práctico del quehacer cotidiano en la Inspección General del Trabajo sobre el tema de los procedimientos administrativos, sobre las denuncias por Persecución Sindical y Prácticas laborales desleales a partir de la publicación de la Ley N° 7360 del 4 de noviembre de 1993.

Este procedimiento, ha sufrido cambios importantes desde que fue creado con carácter especial por medio de la citada ley. Es necesario decir que el origen del capítulo "***De la Protección de los Derechos Sindicales***" –médula de la ley citada– tuvo su origen en parte en la acción de las propias organizaciones sindicales, así como en la Queja No. 1483 presentada en 1988 por varios sindicatos ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT. contra nuestro país, es sin duda el antecedente clave en la aprobación de la Ley No. 7360.¹

A partir de la entrada en vigencia de dicha normativa se dan una serie de resoluciones administrativas y judiciales² que han venido delimitando tanto aspectos de trámite como de fondo del procedimiento que debe seguir la Inspección de Trabajo. La Sentencia No. 5000-93 de octubre de 1993 –dictada poco antes de esa ley– y

1. Ver Blanco Vado: "La lucha por la libertad sindical en Costa Rica"; 1994.

2. Todas ellas han tenido origen en recursos ordinarios en sede administrativa o de amparo, interpuestos por organizaciones sindicales (ver Briones Briones: "Diversos procedimientos laborales en sede administrativa"; pps. 20-30)

el Voto No. 4298-97 de octubre de 1997, ambos de la Sala Constitucional; han creado las pautas o criterios jurídicos básicos para la correcta aplicación del procedimiento. Especialmente con base en ésta última las autoridades del Ministerio de Trabajo han venido perfilando un tipo de procedimiento con rasgos menos formales y más ágil. En este sentido es importante citar las Resoluciones números 298-7 del 12 de noviembre de 1997 y la 290-98 del 20 de julio de 1998, ambas dictadas por el Ministro de Trabajo, y que, atendiendo al Voto en cuestión, establecen que en el trámite de las denuncias no aplica el procedimiento ordinario de la Ley General de la Administración Pública. Por último, la Directriz DNI-1331-98 del 27 de julio de 1998 emitida por el suscrito, termina de definir el procedimiento, de manera que no es casual que, como se verá, a partir de ese mismo año el trámite de las denuncias no sobrepasa como antes el plazo de un año para su resolución final. Con relación a los datos estadísticos a los que hago referencia en la conclusión del presente ensayo debo indicar que son el extracto de un trabajo elaborado por el Lic. Franklin Benavides Flores, denominado: "Denuncias por Persecución Sindical y Prácticas Laborales Desleales", el cual formará parte de una posterior publicación que realizaremos sobre el tema.

En este sentido hay que alabar la actitud del Licenciado Mario Blanco Vado, ya que desde el seno del Consejo Superior de Trabajo y posteriormente a nivel judicial, dio una lucha de frente para eliminar lo que erróneamente veníamos aplicando en la Dirección General de Trabajo, como lo era el procedimiento ordinario que consagra la Ley General de la Administración Pública en sus artículos 308 y siguientes, en los casos de persecuciones sindicales y prácticas

laborales desleales, cuyo fruto se dio con el voto 4298-97 supra citado, donde se elimina tal procedimiento y se toma como un procedimiento sumario de acuerdo a los numerales 363 y siguientes del Código de Trabajo.

1.1 Definición de prácticas laborales desleales

Se dice que son prácticas laborales desleales de empleadores o sus respectivos sindicatos o asociaciones, aquellas acciones u omisiones que tienden a evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos de los trabajadores, sus sindicatos o coaliciones de trabajadores, representantes de trabajadores elegidos libremente (comités permanentes), o todo acto tendente a trabar la acción gremial, bien sea de una persona, varias personas o grupos en una actitud de violación de lo que se considera leal y ético en esta clase de relaciones, por lo cual tales actos lesionan el interés colectivo.³

Estriban en toda conducta del empleador que directa o indirectamente se encamine a menoscabar, perturbar u obstruir la acción y el desarrollo de las organizaciones de trabajadores y de los derechos que en su consecuencia se reconocen a los individuos.

Expresado en otra forma, la práctica laboral desleal consiste en la negación, menoscabo o violación del interés colectivo que representa la organización.

Las organizaciones deben ejercer una conducta ajustada a la ley, porque si la organización o representación de trabajadores, actúa en forma ilegal contra el patrono o siquiera actúa más allá de lo que sus facultades legales les concede, dejan de desenvolverse

3. BLANCO VADO, "Mario Alberto". La libertad sindical en Centroamérica, su regulación y vigencia efectiva. INTERNET. Págs. 22-33.

en un ámbito legítimo; en consecuencia, el empresario o patrono que proceda contra la entidad gremial, sin incurrir en delito o falta especialmente previsto, no puede ser sancionado, por más que se alegue lesión de intereses sindicales.

Pueden tipificarse como prácticas laborales desleales, sin menoscabo de otras más, las siguientes:

- A. Los despidos injustificados o ilegales, que tiendan a disminuir el apoyo a los movimientos colectivos de los trabajadores o sus sindicatos
- B. Las sanciones disciplinarias o de otra índole, que no estén debidamente justificadas.
- C. Publicaciones, por cualquier medio, que tiendan a injuriar o a calificar indebidamente a los movimientos colectivos, a los trabajadores o a sus representantes.
- D. La negativa injustificada a negociar los instrumentos colectivos previstos en nuestra legislación, cuando corresponda, con quien tenga la titularidad debidamente acreditada. (Función que como derecho de las organizaciones sindicales, se contempla en los artículos 60 y 61 de la Constitución Política)
- E. La negativa a deducir las cuotas sindicales ordinarias, debidamente solicitadas por el sindicato u organización.
Tal omisión constituye una infracción del derecho a la libre sindicalización. Artículo 69 inciso k) del Código de Trabajo. Convenio 87 de la OIT. (Voto Sala Constitucional No. 1036-94 de las 11 horas 24 minutos del 18-2-94)
- F. Inducir a los trabajadores, por cualquier medio, a afiliarse o a retirarse de determinado sindicato u organización.

- G. Intervenir o interferir en la administración o en asuntos propios del sindicato u organización a la cual están afiliados sus trabajadores; igualmente en lo que se refiere a los representantes de los trabajadores elegidos libremente por ellos, conforme a nuestra legislación.
- H. Intervenir en la vida de los sindicatos o promocionarlos directa o indirectamente, por medio de coacción, dádivas o promesas a los trabajadores, para que asuman una conducta determinada respecto de su organización gremial. Igualmente en lo que se refiere a representantes de los trabajadores.
- I. Adoptar represalias contra los trabajadores en razón de sus actividades sindicales o de haber acusado, testimoniado o intervenido en los procedimientos vinculados al juzgamiento de las prácticas laborales desleales.
- J. No respetar el ejercicio de los derechos sindicales que la ley concede, por medio de suspensiones o modificaciones de los contratos o condiciones de trabajo.
- K. No respetar el ejercicio de los derechos de los trabajadores que gozan de la estabilidad sindical, siempre que no se trate de una medida de "aplicación general o simultánea a todo el personal del establecimiento, departamento o sector, o que mediar causa justa".
- L. Negarse a reservar el empleo o no permitir el reingreso de los trabajadores, una vez concluida la licencia gremial.
- LL. Subvencionar en forma directa o indirecta a una asociación gremial, con el propósito de influir en la toma de decisiones.

- M. Coartar el derecho de los trabajadores a elegir libremente sus representantes.
- N. Hacer por medios directos o indirectos, discriminaciones entre los trabajadores por su condición de afiliados o representantes, o tomar represalias contra ellos por el mismo motivo.
- Ñ. Inducir a los trabajadores a que se incorporen al sindicato u organización dominada por la empresa.⁴

1.2. Concepto de fuero sindical

La naturaleza etimológica latina la encontramos en la palabra "forum", foro o tribunal como raíz de la voz "fuero". Se define como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, trasladados, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa, con motivo de su actividad sindical. Hay que indicar que tal protección puede establecerse por Ley, Convención Colectiva, Arreglo Directo o Conflicto Colectivo de carácter económico social.

Este privilegio debe circunscribirse a la actividad sindical, para buscar la correspondiente efectividad de la libertad de asociación y para amparar la autonomía de los dirigentes gremiales que conservan sus puestos de trabajadores subordinados.

"Actualmente la noción de fuero sindical amplio, incluye también aquellas prerrogativas o facilidades que se conceden a dirigentes o representantes sindicales o, eventualmente, a los trabajadores en general, para facilitar, promover o favorecer la actividad gremial. De manera que el Fuero Sindical puede definirse actual-

4. BLANCO VADO. "Lucha por libertad sindical en..."Op. Cit. Pág. 35.

mente como "conjunto de medidas de protección del trabajador contra todo perjuicio que pueda sufrir por su actuación sindical y que posibiliten un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical".⁵

1.3. Libertad sindical y actividad sindical

La primera de éstas integra hoy día el elenco de los derechos humanos, destacándose por disponer, desde hace ya años, tanto de una consagración normativa internacional, como de mecanismos y procedimientos internacionales de control y protección. (Ermida Uriarte Oscar, Sindicatos en Libertad Sindical). Ésta tiene diversos aspectos o puede considerarse desde distintas perspectivas. Por un lado concierne a los individuos (aspecto individual) y consiste en la libertad de constituir asociaciones profesionales o de afiliarse a ellas, y por el otro se refiere a estas mismas asociaciones, su organización, administración y funcionamiento (aspecto colectivo, llamado también autonomía sindical o colectiva). Este segundo aspecto, consiste en la protección de la existencia de las asociaciones profesionales y el derecho de realizar sin trabas, las tareas que les son propias. De acuerdo con esto, la libertad sindical, no debe verse únicamente como expresión del derecho de afiliación o de formación de un sindicato, sino que abarca el derecho a la "Actividad Sindical", o desarrollo de las tareas que son propias del sindicato. El derecho de acción constituye entonces, otro aspecto de la libertad sindical, que descansa en el principio de autonomía y constituye una de sus reglas...

5. Tribunal Superior de Trabajo. Sección Primera. San José, Resolución N° 777 de las catorce y treinta horas del 12 de agosto de 1992.

la facultad de acción sindical referida a la actividad del sindicato que debe ser elegida, proyectada y realizada libremente por éste, utilizando los medios necesarios para la realización de sus fines, tales como la negociación colectiva.⁶

La teoría de la libertad sindical (llamada también teoría triangular de la libertad sindical), lo conforman tres aspectos esenciales:

1. El libre ingreso y retiro del sindicato;
2. La pluralidad de agrupaciones sindicales;
3. La autonomía necesaria de las asociaciones sindicales para actuar libremente frente al Estado, frente a otras organizaciones o frente al empleador, todo con el fin de que las agrupaciones colectivas puedan desarrollarse y cumplir con sus objetivos sin injerencias negativas extrañas a sus fines específicos. Esta teoría encuentra sustento en el Código de Trabajo a partir del artículo 339 y particularmente en el artículo 60 de la Constitución Política.⁷

2. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION A SEGUIR EN CASO DE DENUNCIA POR PRACTICAS LABORALES DESLEALES

La Sala Constitucional mediante el Voto No. 4298 de las 16:45 horas del 23 de julio de 1997, aclaró el procedimiento a seguir en las investigaciones por la comisión de supuestas prácticas laborales desleales, manifestando dentro de lo que más nos interesa, lo siguiente:

6. RESOLUCIÓN N° 777. Op. Cit.

7. SALA CONSTITUCIONAL. Voto N° 5000. de las diez horas con nueve minutos del 23 de julio de mil novecientos noventa y siete.

“Mediante ley 7360 del 04 de noviembre de 1993, se adicionaron siete artículos al Código de Trabajo, introduciendo un nuevo capítulo numerado Tercero, llamado “De la protección de los derechos sindicales” (artículos 363 a 370), mediante los cuales el legislador protegió los intereses colectivos de las asociaciones de trabajadores, cobijando tanto a los representantes, dirigentes y afiliados de aquellas, a fin de no ser perturbados en su libre asociación, todo de conformidad con lo dispuesto por los numerales 25 y 60 de la Constitución Política. Se estableció para dicho fin, un procedimiento que inicia en sede administrativa ante el Departamento de Inspección Nacional de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuya labor se circunscribe a realizar una investigación que determine si existe mérito o no para plantear denuncia ante la vía judicial competente, procedimiento que encuentra sustento en el Convenio número 87 de la Organización Internacional de Trabajo (Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección al Derecho de Sindicación)...

El procedimiento que contemplan los artículos 363 y siguientes del Código de Trabajo, es de carácter especial, pues su función primordial es la de velar porque exista armonía en las relaciones entre trabajadores y patronos, y en consecuencia, se observen las disposiciones legales de carácter laboral, sin que su objetivo fundamental sea el de dirimir en definitiva el conflicto suscitado entre las partes, sino que, tal y como se indicó, la participación de la sede administrativa es tan sólo para que se determine si existe o no mérito para plantear denuncia ante la sede jurisdiccional competente. Resumiendo, el procedimiento establecido en el Código de Trabajo, éste puede ser iniciado a petición de parte, o de oficio; si de ésta y de los documentos aportados se desprende que

debe conocerse el fondo del asunto planteado, se convocará a las partes interesadas a una audiencia en la que se recibirán todas las pruebas que se estimen necesarias; en el supuesto de que los documentos y pruebas ofrecidas por el denunciante resulten insuficientes para determinar si se debe conocer o no el fondo del asunto, la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo deberá ordenar al Inspector designado, que realice una investigación previa, en la que podrá indagar por los medios que estime convenientes, los hechos violatorios de que tenga conocimiento, y si de esta investigación preliminar considera que debe entrarse a conocer el fondo de lo planteado, les concederá a las partes la audiencia prevista en el artículo 365 del Código de Trabajo, a fin de que éstas se manifiesten sobre los hechos investigados; una vez celebrada esta audiencia, se levantará un acta y se rendirá el informe respectivo ante el Director Nacional de Trabajo, quien resolverá si interpone la demanda ante la autoridad judicial competente, o bien ordena archivar el expediente mediante resolución fundada, contra la cual cabe recurso de revocatoria y apelación ante el Ministro de Trabajo".⁸

2.1. Plazo para el trámite de la investigación

En referencia al plazo para tramitar la investigación de la denuncia, la Sala expresó: "...En cuanto a este aspecto, debe mencionarse que no existe norma de corte laboral que establezca un límite en el tiempo para el desarrollo del procedimiento administrativo, por lo que en principio no existiría un plazo legal para que la

8. Anexo N° 1, CIRCULAR DNI- 1331-98.

Inspección Nacional de Trabajo de por concluido su labor administrativa. Debe partirse del hecho de que por su naturaleza especial de procedimiento investigativo, éste difiere del procedimiento general que establece la Ley General de la Administración Pública..., y para el caso concreto los Decretos Ejecutivos número 8979-P y 9469-P, establecen que se exceptúan de la aplicación de la Ley General, los procedimientos especiales contemplados en el Código de Trabajo, con lo cual, técnicamente, no puede aplicarse de forma supletoria la normativa general administrativa.

Por lo expuesto, estamos frente a un procedimiento no sujeto a un término expreso, pero ello no obsta para que sean aplicados los principios generales del derecho laboral, como lo es la razonabilidad, derivado de lo dispuesto por el artículo 15 del Código de Trabajo... lo cierto es que por razones de seguridad jurídica, no puede dejarse sin establecer un límite en el tiempo que circunscriba la actuación de la administración. Por lo que, ante la omisión legislativa y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 del Código de Trabajo, debe aplicarse en el caso bajo examen el principio general laboral de razonabilidad. Así, si la ley General de la Administración Pública establece un plazo de dos meses para dar por concluido el procedimiento ordinario que resuelve en el fondo un conflicto, ponderando dicha situación, en la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 363 y siguientes del Código de Trabajo, el cual como se indicó, no resuelve el conflicto suscitado, sino que se trata de una investigación, es razonable entender que la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo deberá respetar un plazo idéntico al mencionado para dar por concluido su intervención administrativa (desde la

debida presentación de la denuncia ante ese órgano y hasta la decisión de denunciar en sede judicial o el archivo del expediente".⁹

2.3. Información mínima que debe contener la denuncia

La denuncia por las presuntas prácticas laborales desleales, debe de contener como mínimo la siguiente información: Como ejemplo, Resolución de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo No. D.N.I. 01831-97 de las 11 horas con 50 minutos del 21 de octubre de 1997, que en lo que más interesa indica:

"Visto el escrito No. SH-159-97 de fecha 19 de setiembre de 1997, suscrito por..., en su condición de Secretario General del Sindicato de..., mediante el cual solicita la intervención de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, por cuanto dicha organización sindical ha sido objeto de obstrucción y persecución sindical, por parte de los representantes patronales del Ministerio de... SE RESUELVE: De previo a tramitar dicha solicitud, se le previene al denunciante que en el término de cinco días hábiles, deberá indicar en forma clara, en que consiste la obstrucción (hechos) y la persecución sindical de que es objeto esa organización sindical, de igual forma señalar los nombres y direcciones de las personas afectadas, así como las pruebas en que basa sus manifestaciones. Caso de incumplimiento de la presente prevención, se procederá al archivo del presente asunto...

Corolario, toda denuncia por prácticas laborales desleales, debe de contener como mínimo los siguientes datos:

- A. Los hechos o situaciones específicas dadas, que se consideran como prácticas laborales desleales o persecución sindical.
- B. Nombre de los trabajadores afectados (caso de despido, la dirección de los mismos).
- C. Nombre, ocupación o puesto del (los) representante(s) patronales, que se presumen como responsables de los hechos denunciados.
- D. La prueba en que se fundamenta la denuncia.

En caso de que no se aporte alguno (s) de los datos indicados, se procederá conforme a la citada resolución de la Dirección Nacional.

2.4. Investigación previa

Si hubiese necesidad de realizar una investigación previa, por ser insuficiente la prueba aportada, ésta se limitará a una entrevista inicial con los trabajadores afectados, con las personas denunciadas, si se considera necesario y la consecución de alguna otra prueba documental, para de esta forma establecer por lo menos, la existencia de indicios claros y concretos sobre la comisión de los hechos denunciados.

Ejemplo de citación audiencia

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.
DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO... o INSPECCION
PROVINCIAL DE TRABAJO o INSPECCION CANTONAL
DE TRABAJO. LUGAR, A LAS... HORAS DEL DIA... DEL
MES... y AÑO.

Vista la denuncia por presuntas prácticas laborales desleales interpuesta por... en su condición de... del Sindicato... Asociación, etc.... contra (nombre de la persona o personas denunciadas) y el cargo que ocupan.

9. CIRCULAR. Op. Cit.

De conformidad con el Voto de la Sala Constitucional No. 4298-97 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del día veintitrés de julio de mil novecientos noventa y siete, artículos 365 siguientes y concordantes del Código de Trabajo, existiendo suficiente mérito para conocer sobre el fondo de los hechos denunciados por las pruebas aportadas e investigación realizada, se CONVOCA a: nombre de las personas denunciadas, agregándosele: como presuntos responsables de los hechos antisindicales denunciados (indicar en que consisten los hechos), nombre del o los denunciantes, a UNA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA la que se fija para las... ¿ horas del día... del mes... del año..., a efectuarse en (la Inspección o lugar de que se trate, ubicación), la que será atendida por los suscritos Inspectores de Trabajo, a efecto de que presenten las pruebas pertinentes de cargo y descargo sobre la denuncia interpuesta. Se les hace saber a las partes involucradas y a sus testigos, que en el acto de la audiencia deben de presentar su cédula de identidad u otro documento análogo en caso de que no cuenten con ésta. Se les advierte que antes o en el momento de la audiencia, deben aportar certificación de personería vigente, en la cual se demuestre que tienen poder suficiente para comparecer a dicho acto. Queda a disposición de las partes el expediente para el conocimiento del mismo, el que podrán solicitar a los Inspectores de Trabajo encargados de la tramitación del presente caso.

2.5. Informe resultante de la audiencia

El informe que el Inspector de Trabajo elabora como resultado de la audiencia y de todo lo aportado al

expediente, será amplio y claro, exponiendo los hechos concretos demostrados, los que no lo fueron y razonando su conclusión con fundamento en la normativa general aplicable a la materia.

3. PRINCIPIOS UNIVERSALES RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE:

3.1. La libertad sindical:

Se define como el derecho fundamental de agruparse para fines lícitos sin que intervengan en ello presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, mayo de 1948), Artículo XXII: Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras personas para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos, de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.
2. Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, diciembre de 1948), Artículo 20: Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, diciembre 1966), Artículo 22: Toda persona tiene el derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho de formar sindicatos y afiliarse a ellos para protección de sus intereses.
4. Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José, noviembre de

1969), Artículo 16: Todas las personas tienen derecho de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.

5. Constitución Gaudium et Spes, promulgada por el Concilio Vaticano II, diciembre 1965. (Se incluye por cuanto de conformidad con el Artículo 74 de la Constitución Política, los derechos y garantías sociales deben considerarse desde la perspectiva de los principios cristianos de justicia social), parte del párrafo No. 68 de esta Constitución: "Entre los derechos fundamentales de la persona humana debe contarse el derecho de los obreros a fundar libremente asociaciones que representen auténticamente al trabajador y puedan colaborar en la recta ordenación de la vida económica, así como también el derecho de participar libremente en las actividades de las asociaciones sin riesgo de represalias."¹⁰

3.2. Normativa nacional

En el ámbito laboral la libertad de asociación y su consecuente derecho de representación en beneficio de los trabajadores, se encuentran reconocidos, organizados y protegidos, tanto por la Constitución Política, como por convenios específicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobados por la

10. O.I.T. "La Libertad Sindical." Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T., Capítulo Segundo, Recomendaciones 32 y ss. Cuarta Edición, 1996.

Asamblea Legislativa aplicables en nuestro país y el Código de Trabajo.

- A. Constitución Política, Artículo 25: Los habitantes de la República tienen derecho de asociarse para fines lícitos. Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna.
Artículo 60: Tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales.
Queda prohibido a los extranjeros ejercer dirección o autoridad en los sindicatos.
- B. Convenio de la OIT No. 87 denominado Convenio Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, aprobado mediante Ley No. 2561 del 11 de mayo de 1960.
- C. Convenio de la OIT No. 98 denominado Convenio Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, aprobado mediante Ley No. 2561 del 11 de mayo de 1960.
- D. Convenio de la OIT No. 135, denominado Convenio Relativo a la Protección y Facilidades que deben otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en la Empresa, aprobado mediante Ley No. 5968 del 9 de noviembre de 1976, referente al despido.
- E. Código de Trabajo, Artículos 70 inciso c), 363 siguientes y concordantes.

4. CONCLUSIONES

Del estudio de las denuncias por supuesta persecución sindical y prácticas laborales desleales

presentadas ante la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo (DNI) desde junio de 1993 y hasta mayo del 2000 y a las cuales se le dio trámite hasta resolución final en sede administrativa, se tienen las siguientes conclusiones:

1. Concentración de la acción denunciativa:

Se observó la existencia de lo que se denomina *concentración de la acción denunciativa*,¹¹ es decir, de la presentación de denuncias por un grupo relativamente reducido de denunciantes. Esta concentración se manifiesta de tres maneras:

1.1. Los **Sindicatos Industriales**¹² plantearon del total de 186 denuncias, 85, o sea, el 45.7%. En tanto los Sindicatos de Empresa¹³ plantearon el 36.6% y las **Confederaciones o Federaciones** sindicales apenas el 3.2% (ver Cuadro 3).

1.2 Al reagrupar las 159 denuncias presentadas por organizaciones sindicales, resultó que los **Sindicatos Industriales** presentaron el 72.6% (77) de las denuncias correspondientes al **Sector Privado** y tan sólo el 20.7% (11) de las del **Sector Estatal**. Los **Sindicatos de Empresa** interpusieron el 23.6% de las denuncias asociadas con patronos del **Sector Privado** y, en cambio, el 81.1% de las asociadas al **Sector Estatal**. Por tanto, la *concentración de la acción denunciativa* por parte de los **Sindicatos Industriales** se da en el **Sector Privado**. (Ver anexo 3).

11. Ver anexo 2.

12. Ver la definición de Sindicato Industrial en la nota 1 de la página 9.

13. Ver la definición de Sindicato de Empresa en la nota 2 de la página 9.

1.3. **Cinco Sindicatos Industriales**¹⁴ interpusieron del total de 186 denuncias el 35%, o sea, 65. Este dato denota la gran *concentración de la acción denunciativa* en muy pocos sindicatos; pero si se toman en cuenta únicamente las 159 denuncias presentadas por organizaciones sindicales (el 85.5% del total), se tiene que de éstas, las planteadas por esos **cinco Sindicatos Industriales** constituyen el 53.4%, es decir, más de la mitad (Ver anexo 3 y 4). Aún más, si se toman en cuenta las 106 denuncias correspondientes al Sector Privado, se tiene que las organizaciones citadas interpusieron el 61.3% de esas.

2. Focalización de las denuncias en las Plantaciones Bananeras, Industria Manufacturera y Transporte Público Remunerado de Personas:

Probablemente en correspondencia con la tendencia apuntada anteriormente, el estudio de las denuncias evidenció que las mismas están "focalizadas" en el Sector Privado:

2.1. El 69.4% de las denuncias por persecución sindical y prácticas laborales desleales está asociada con el **Sector Privado**, mientras el restante 30.9% lo está con el Estatal.

2.2. Dentro del **Sector Privado**, las denuncias correspondientes a las **plantaciones bananeras**

14. Sean: el **Sindicato de Trabajadores Agrícolas, Ganaderos y Anexos de Heredia** (SITAGAH) con el 12.9% de la totalidad de denuncias, el **Sindicato de Trabajadores de Plantaciones** (SITRAP) el 8.1%, el **Sindicato de Trabajadores Agrícolas de Limón** (UTRAL) el 2.7%, el **Sindicato de Trabajadores Industriales de la Empresa Privada** (SITEP) un 6.5% y el **Sindicato Costarricense de trabajadores del Transporte** (SICOTRA) el 4.8%.

(67), **industria manufacturera** (33) y **transporte público** (13) representan el 36.0%, el 17.7% y el 7.5%, respectivamente. Sumadas esas tres actividades, representan el 87.6% del total de las 129 que involucran a patronos de ese sector (Ver Anexo 2).

3. No se encontró una tendencia clara y regular en lo que se refiere al volumen de denuncias por año:

Aunque el período estudiado (de junio de 1993 a mayo del 2000) puede dividirse en dos subperíodos de tres años cada uno (1994-1996 y 1997-1999), lo cierto es que lo que pareciera una tendencia a la disminución en el volumen de denuncias interpuestas por año, especialmente a partir de 1997, no puede afirmarse con certeza debido a que la "tendencia" a la disminución se interrumpe en uno de los tres años del subperíodo 1997-1999. Hacer una afirmación en el sentido de señalar una tendencia a la disminución del volumen de denuncias topa con dos inconvenientes. Por un lado, la tendencia a la **concentración de la acción denunciativa**, hace posible que factores de tipo coyuntural asociados con el funcionamiento interno de las cinco organizaciones sindicales que presentaron el 35% del total de las denuncias, determinen un comportamiento no regular de la presentación de denuncias. Por otro lado, la brevedad del período en estudio (seis años en total) y los cambios en la aplicación del procedimiento en sede administrativa, nos obligan a esperar que corra más tiempo para poder hacer apreciaciones más certeras.¹⁵

15. BENAVIDES FLORES, (Franklin). "Denuncias por Persecución Sindical y Prácticas Laborales Desleales. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, San José, Setiembre 2000. Págs. 6, 10, 12 y 15.

4. Los plazos reales de resolución en sede administrativa tienden a disminuir, especialmente desde 1997:

El examen de los datos en relación con el plazo real de resolución indica que existe una clara tendencia a la disminución de los mismos. Así, en 1993 el 66.7% de las denuncias duraron 3 años o más para recibir la resolución final en sede administrativa. En 1994 los casos que se resolvieron desde "un año a menos de dos años" y hasta "tres años y más", representaron el 77.4. En 1995 las denuncias cuyo plazo fue de entre un año a tres o más, fueron el 71%. En 1996 las denuncias con el mismo plazo que el año anterior ascendieron al 85%. En cambio las denuncias cuya resolución dura más de un año y hasta tres y más, disminuyeron a partir de 1997: en este año ellas representaron el 15%, en 1998, 1999 y 2000 no hubo ninguna denuncia que durara un año o más. No obstante, tan sólo aproximadamente el 30% de las denuncias se resuelve dentro del plazo legal de dos meses¹⁶ (Ver anexo 4).

5. Los hechos denunciados se relacionan mayoritariamente con despidos injustificados y se presentan especialmente dentro del Sector Privado:

Son siete los tipos de hechos denunciados: i) Despido de dirigentes, ii) Despido masivo de afiliados, iii) Despido de un afiliado, iv) Discriminación, v) Hostigamiento y vi) Obstrucción de derechos o labor sindicales—estos últimos tres orientados tanto contra dirigentes como contra afiliados como represalia

16. Recuérdese que según el Voto No. 4898-97 de la Sala Constitucional ese es el plazo en que debe resolverse una denuncia en sede administrativa.

patronal por dicha condición, y, vii) Violación de Convenciones u otro acuerdo colectivo. Los primeros tres, los despidos, representan el 55.6% del total, el iv), v) y vi) el 36.6% y el vii el 7.8%.

Se encontró al reagrupar los hechos denunciados por sector de actividad, que de las 123 denuncias asociadas con el **Sector Privado**, 84, o sea, el 68.3% se referían a despidos injustificados. Mientras en el porcentaje para el Sector Estatal es de 28.1%. Esto se hace aún más patente al señalar que total de 41 denuncias asociadas con despidos masivos de afiliados, tan solo 2 (el 4.9% de ellas) se relacionan con el **Sector Estatal**. Es decir, el 95.1% de las denuncias por despidos masivos se concentran en el **Privado**. Estos despidos que en su mayoría corresponden a las actividades de **plantaciones bananeras o industria manufacturera**, están vinculados por lo general con la creación de un sindicato o la afiliación a uno existente de los trabajadores del centro de trabajo.

Pareciera entonces que dentro del **Sector Privado** se da un nivel de intolerancia patronal contra la organización sindical bastante mayor que en el **Estatel**. Aún así es importante destacar que casi un tercio de las denuncias se enfila contra instituciones del Sector Estatal.

6. Poco más de un tercio de las denuncias son declaradas "con lugar"¹⁷ y pareciera existir una tendencia al aumento de las mismas:

El 47.3% de las denuncias presentadas ante la DNI desde 1993 "se archivaron", el 17% se declararon "sin lugar" y el 35.7% "con lugar".

17. Tómese en cuenta que a partir del Voto No. 4298-97 ya citado la resolución en sede administrativa no hacer más que determinar si existe o no mérito

Es interesante el resultado que se obtuvo al comparar las denuncias declaradas "con lugar" con el año de resolución. Ellas pasaron de representar un 24.2% en 1994 a un 27.3% en 1995, a 40.0% en 1996, a 38.5% en 1997 y al 63.3% en 1998. Pero de éste último año a 1999 la "curva" desciende vertiginosamente desde el 63.3% que representaron las resoluciones "con lugar" en aquel año, hasta el 11.8%.

Nuevamente no se logra encontrar una tendencia regular y permanente en el comportamiento de las denuncias. Pareciera que las resoluciones de las denuncias al igual que su volumen, no siguen una tendencia clara, sino que en algunos años muestran variaciones que rompen con los cortos períodos en que se da cierta regularidad.

para establecer la denuncia ante los Tribunales de Trabajo. De manera que declarar "con lugar" significa para el tipo de denuncia estudiada "que existe mérito".

ANEXO I

CIRCULAR No. DNI-1331-98

A: TODOS LOS FUNCIONARIOS

DE: RODRIGO ACUÑA MONTERO, DIRECTOR
NACIONAL E INSPECTOR GENERAL DE TRABAJO

ASUNTO: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO REFERENTE AL VOTO 4298 SOBRE PERSECUCIONES SINDICALES Y PRACTICAS LABORALES DESLEALES.

FECHA: 27 DE JULIO DE 1998

PRIMERO: APLICACIÓN DE LA LEY No.7360 DEL 12 DE NOVIEMBRE DE 1993, ARTICULOS 363 AL 370 DEL CODIGO DE TRABAJO. ARTICULOS 25 Y 60 DE LA CONSTITUCION POLITICA. CONVENIO 87 DE LA OIT (Protege los intereses colectivos de las Asociaciones de trabajadores, representantes, dirigentes y afiliados, a fin de no ser perturbados a su libre asociación.)

4. PROCEDIMIENTO ESPECIAL

La solicitud puede ser a petición de parte o de oficio.

Si de la denuncia y documentos aportados, se desprende que debe conocerse sobre el fondo del asunto, se convocará a las partes a una audiencia en la que se recibirán todas las pruebas que sean necesarias. (esa convocatoria se notificará con un mínimo de 3 días hábiles de anticipación a la audiencia, que en todos los casos se realizará con un máximo de 10 días naturales)

B.1. Si de la documentación aportada se desprende que no hay suficiente prueba, el Inspector realizará una investigación previa, en la que podrá indagar por los medios que estime convenientes los hechos violatorios de que tenga conocimiento y si de esa investigación considera que debe entrarse a conocer el fondo, les concederá a las partes la *audiencia previa* del artículo 365CT. A fin de que se manifieste sobre los hechos investigados, todo dentro de quince días naturales, teniendo en cuenta que la notificación a esa audiencia se hará con 3 días hábiles de anticipación.

Corolario, se levantará una acta de todo lo actuado y se rendirá un **INFORME** ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, en un plazo máximo de cinco días hábiles contados a partir de finalizada la audiencia o investigación, según sea el caso.

El Director Nacional e Inspector General de Trabajo, resolverá si interpone la demanda ante la autoridad judicial competente o bien si ordena su archivo. En éste último caso, la resolución deberá ser fundada y contra la misma proceden los **RECURSOS DE REVOCATORIA Y APELACION** ante el Señor Ministro de Trabajo.

SEGUNDO: El plazo para resolver el asunto es de dos meses máximo a partir de la fecha de la

presentación de la denuncia o desde el conocimiento administrativo que se tuvo de la misma.

ANEXO 2

DENUNCIAS SEGÚN LA PROVINCIA DE ORIGEN DEL CENTRO DE TRABAJO (1993-2000)

Provincia	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
San José	74	39,8	39,8	39,8
Limón	57	30,6	30,6	70,4
Heredia	26	14,0	14,0	84,4
Puntarenas	12	6,5	6,5	90,9
Alajuela	8	4,3	4,3	95,3
Cartago	7	3,8	3,8	99,0
Guanacaste	1	0,5	0,5	99,5
No hay dato	1	0,5	0,5	100,0
Total	186	100,0	100,0	
TOTAL	186	100,0		

ANEXO 3

DENUNCIAS SEGÚN SECTOR DE ACTIVIDAD DEL
CENTRO DE TRABAJO INVOLUCRADO (1993-2000)

Sector actividad	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Plantación Bananera	67	36,0	39,0
Resto de agricultura	2	1,1	37,1
Industria manufacturera	33	17,7	54,8
Transporte público (privado)	13	7,0	61,8
Servicios-comercio (privado)	14	7,5	69,4
Institución Estatal descentralizada	28	15,1	84,4
Municipalidad	15	8,1	92,5
Gobierno Central	14	7,5	100,0
TOTAL	186	100,0	

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA CON BASE EN EXPEDIENTES DE LA DNI.

ANEXO 4

DENUNCIAS SEGÚN EL TIPO DE DENUNCIANTE
(1993-2000)

Nombre de la organización	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Sindicato industrial	85	45,7	45,7
Sindicato de Empresa	68	36,6	92,3
Confederación o Federación	6	3,2	85,5
Comité Permanente	14	7,5	93,0
Personal	12	6,5	99,5
Defensoría de los Habitantes	1	0,5	100,0

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA CON BASE EN EXPEDIENTES DE LA DNI.

ANEXO 5

**DENUNCIAS POR TIPO DE SINDICATO, SEGÚN
SECTOR DE ACTIVIDAD, AB. Y %
(1993-2000)**

Tipo de sindicato	Sector privado	Sector público
Industrial	77 72,6	11 20,7
De empresa	25 23,6	43 81,1
Federación o Confederación	4 3,6	2 3,8
TOTAL	106 100,0	53 100,0

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA CON BASE EN EXPEDIENTES DE LA DNI.

BIBLIOGRAFÍA

- BENAVIDES FLORES, (Franklin). "Denuncias por Persecución Sindical y Prácticas Laborales Desleales", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. San José, 2000.
- BLANCO VADO, (Mario). "La lucha por la libertad sindical en Costa Rica"; EN: Ensayo de Derecho Laboral Costarricense; Editorial Juritexto, San José, 1994.
- BLANCO VADO, (Mario). "Fallo 5000 de la Sala Constitucional-Ley No 7360. Comentario del Lic. Mario Blanco Vado"; Editorial ASEPROLA, San José, Costa Rica.
- BRIONES BRIONES, (Eric). "Diversos procedimientos laborales en sede administrativa"; EN: IVSTITIA año 12, No. 139-140, Julio-agosto de 1998, San José, Costa Rica (pps. 20-30).
- INEC, CCSS y MTSS. "Encuesta de hogares de propósitos múltiples. Módulo de empleo"; Instituto Nacional de Estadística y Censos, CCSS y MTSS, San José, Costa Rica, julio de 1999.
- MTSS. "Estudio de sindicatos, federaciones y confederaciones a setiembre de 1997"; Dirección Nacional de Planificación, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, marzo de 1998, San José, Costa Rica.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "La Libertad Sindical". Cuarta edición revisada. 1996.

LA HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COSTA RICA

MÁSTER HUBERTH MAY CANTILLANO

Profesor Universitario

Especialista en Derecho Laboral

1. INTRODUCCION

La huelga como derecho de naturaleza fundamental de la persona humana que trabaja en relación de subordinación, viene reconocido en el artículo 61 constitucional. Su contenido mínimo se puede reducir al derecho de "holgar", es decir, derecho de suspender labores con el fin de obtener mejoras de naturaleza económico social o profesional, todo ello, valga la redundancia, legalmente. Pero es lo cierto que en la práctica este derecho se ha desconstitucionalizado, y su reglamentación legal ha sido desde siempre y hasta la fecha absolutamente inoperante. Una de las principales razones que explican lo anterior tiene que ver con el concepto "servicios públicos", cuyo alcance legal parece contradictorio con el espíritu del Constituyente en esta materia.

Hasta hace poco tiempo, situación que ha cambiado después del voto 1317-98 de Sala Constitucional, se consideraba que no procede la huelga en los servicios públicos y por tales entendía la legislación y la jurisprudencia prácticamente toda la actividad pública estatal e incluso buena parte de la actividad económica privada. Así, a pesar de ser la Huelga un derecho humano de naturaleza instrumental (un medio y no un fin) y a pesar de estar prevista y reconocida, aparte de la Constitución Política, en variedad de instrumentos internacionales de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales artículo 8; Carta de la OEA artículo 44; Carta Internacio-

nal Americana de Garantías Sociales artículo 27, Convenio 87 de la OIT), es lo cierto que en Costa Rica no ha tenido vigencia práctica y que la normativa regulatoria establecida en el Código de Trabajo, especialmente en el artículo 376 (antiguo 369), ha vaciado de contenido tal derecho produciéndose la situación de que en sus años de vigencia, muy pocas huelgas han reunido los requisitos para ser declaradas legales, y todo ello a pesar de no ser pocas las veces que los trabajadores han recurrido a este medio de presión.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha intervenido en este tema del Derecho de Huelga en los servicios públicos, de lo cual es fiel reflejo las resoluciones o informes N° 164, caso 845 párrafo 42, Informe 54, caso 179, párrafo 55, informe 12 caso 60 párrafo 53; Informe 30, caso 172, párrafos 178 a 180, caso 1304, párrafo 99). Sostenemos la tesis de que el pensamiento de la OIT, contenido en esos pronunciamientos, es bastante coincidente con el espíritu de la discusión que se dio en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 en cuanto a los alcances del derecho de Huelga en general y específicamente para el sector público

El legislador costarricense en el Código de Trabajo, artículo 369, actual 376, definió por servicios públicos una gran gama de actividades. Aunque el concepto fue variado por el Constituyente del 49, en la práctica todo continuo como antes. Equívocamente se entendió que la remisión hecha por el artículo 61 constitucional, para que el legislador definiera el concepto de servicios públicos, estaba satisfecha por el Código de Trabajo del 43. El efecto práctico de esta situación fue que se hizo prácticamente nugatorio el derecho de huelga en casi toda actividad laboral en nuestro país. Y todo ello, no

obstante que el legislador nacional también había aprobado varios convenios internacionales emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre ellos el número 87, el 98, y el número 11, cuyo contenido estaba, en la materia que nos ocupa, claramente en contradicción con el Código de Trabajo. Convenios de los cuales se deduce la libertad de huelga en muchas actividades en las que ha estado y estuvo prohibida por el Código de Trabajo. Esta contradicción, lógicamente, debe resolverse en favor de las normas internacionales puesto que ellas tienen una jerarquía superior a las leyes.

De esta manera, sigue vigente la necesidad de realizar modificaciones en el Código de Trabajo, o, también posible, la emisión de una Ley de empleo público, con el fin armonizar nuestra legislación con los principios de la Libertad Sindical establecidos en los Convenios de la OIT de manera que el derecho de huelga pueda ser ejercitado, en forma razonable, en el sector público, que es el titular principal, y parece que lo va a seguir siendo, de los más importantes servicios públicos.

Y decimos que sigue vigente tal necesidad de ajuste en el derecho positivo, porque si bien la Sala Constitucional; en Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por los licenciados Fernando Bolaños Céspedes y el suscrito, actuando como apoderados de varios sindicatos y tramitada en Sala Constitucional bajo expediente número 4222-92; declaró inconstitucional mediante voto 1317-98, los incisos a), b) y e) del artículo 376 (antiguo 369) del Código de Trabajo, es lo cierto que la remisión constitucional aún sigue en pie, y que el legislador necesariamente debe definir qué son servicios públicos, de conformidad y observando los parámetros establecidos para ese efecto por la

Constituyente, por la OIT y, ahora, por la referida sentencia de la Sala Constitucional.

El voto de Sala Constitucional no resuelve el problema de la huelga en los servicios públicos, y menos aún cierra la discusión sobre este tema. Para ilustrar lo anterior sólo obsérvese lo siguiente: para la OIT es posible negar el derecho de huelga en los servicios de salud por ser un servicio esencial. De conformidad con el voto de la Sala Constitucional, al mantenerse vigente el inciso d) del artículo 376 (antiguo 369), en los servicios relacionados con la salud es posible la huelga, aunque se pueda poner en peligro la vida y salud de las personas. Ello es así porque el referido inciso no prohíbe la huelga en los servicios públicos de salud, que son los más, ni tampoco la regula para personal no esencial en los privados. Para comprender porque se dan este tipo de absurdos, es necesario retomar, desde el inicio mismo, toda la problemática del tema de la huelga en los servicios públicos en nuestro país. Más necesario aún, si tomamos en cuenta que a la fecha se desconoce el análisis realizado por la Sala Constitucional sobre este punto a pesar de haberse resuelto el asunto desde el año 1998.

2. EL CONCEPTO SERVICIOS PÚBLICOS

El Concepto servicio público es estudiado por el derecho administrativo. Dados los valores y fines que permean y explican este derecho; que tienden a garantizar la libertad de los particulares frente a la autoridad así como la regulación de la prestación de servicios a la comunidad, debemos decir que no todo lo

que sostiene el derecho administrativo respecto de este asunto es de nuestro interés, ni puede ser acogido en su totalidad por el derecho laboral colectivo.

Se refiere el concepto servicios públicos a las actividades esenciales e imprescindibles que, en el interés general de la sociedad brinda, principalmente, aunque no exclusivamente, el Estado. Desde la perspectiva del derecho administrativo, prácticamente todo servicio de interés público, por el sólo hecho de serlo, es esencial, y no puede ser de otra manera, pues precisamente el Estado tiene la responsabilidad insoslayable de velar y garantizar la prestación de los servicios. Este enfoque, si bien no puede dejarse de lado, no es adecuado para nosotros, pues la idea de la esencialidad de los servicios públicos a los efectos de la huelga parte de premisas diferentes.

Es difícil definir a priori qué actividades son o no servicios públicos, pero una vez definidos, pueden adoptarse tres posiciones sobre ellos: a. prohibir la huelga en los servicios públicos, b. permitir el derecho de huelga en los servicios públicos pero con ciertas restricciones y estableciendo una regulación cuidadosa y específica para su ejercicio, c) permitirla al amparo de la legislación ordinaria que regula el ejercicio común del derecho de huelga. El legislador ordinario se ha inclinado por la primera opción. El Constituyente era participe más bien de la segunda. En el estado de cosas actual, y después del voto 1317-98 de Sala Constitucional, pareciera que lo que aplica es la tercera opción.

En todo caso, es lo cierto que la noción de servicio público se utiliza para prohibir o regular en forma restrictiva el derecho de huelga. Conviene entonces ver cuales son los fundamentos y características del servicio público.

Se pueden señalar cuatro características a saber:

- a) Finalidad. El servicio público tiende a satisfacer una necesidad pública esencial, fundamental, de interés general. Ha dicho Brewuer-Carias en su obra *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, página 250 que: "...se caracteriza por el hecho que tiene que procurar una prestación a la población, es decir, que su finalidad es asegurar de forma positiva la satisfacción de la colectividad. El servicio público es un servicio prestado al público. La construcción y la conservación de las vías públicas, los cuidados a los enfermos en los hospitales públicos, los correos y telecomunicaciones, la enseñanza pública, las redes públicas de distribución de agua, gas y electricidad, los puertos y los aeródromos públicos, las bibliotecas públicas. He aquí algunos ejemplos de servicios públicos". Por estas características algunos distinguen¹ entre servicios esenciales y otros servicios que sin dejar de ser públicos no son esenciales, todo desde la perspectiva del ejercicio del derecho de huelga.. La Huelga se podría permitir incluso en los servicios públicos esenciales, pero manteniendo la prestación de servicios mínimos y con garantías de publicidad y de preaviso.
- b) La Continuidad: característica íntimamente ligada la anterior. Se considera que los servicios públicos deben funcionar en forma ininterrum-

1. ARRIAGA DÁVILA (Hugo). "La Huelga en los Servicios Públicos". Bogotá. Ponencia al V Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 23-27 marzo de 1988. Universidad Católica de Colombia. Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, pp. 289-290.

pida. Y ello porque se trata de: "...servicios de una importancia capital y el Estado tiende a que estos no puedan ser interrumpidos".² Es precisamente con este principio de continuidad que chocaría la huelga. El referido principio de continuidad viene recogido en nuestro caso expresamente en el artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública Costarricense.

- c) Interés en juego: los servicios públicos tienden a satisfacer un interés general, el cual tiene primacía sobre el interés particular. Por ello algunos han dicho que: "... la huelga contra todos, como sería la de un servicio público esencial: v.gr., la prestación de energía eléctrica, ciertos transportes o la comunicación telefónica, no puede ser ejercida indiscriminadamente sino, a la manera del artículo 28.2 de la Constitución Española de 1978, asegurando el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad".³ No se trataría entonces de que el interés particular, supuestamente el de los trabajadores, ceda ante el general, sino de que se ejercite la actividad reivindicadora bajo ciertas regulaciones y precauciones que garanticen los servicios esenciales.

2. JAVILLIER (Jean Claude) "La Huelga en el Sector Público. Reflexiones a partir del Derecho Comparado". En *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, número 50, mayo-agosto, 1984, p. 23.

3. DE BUEN LOZANO (Néstor). "El Derecho del Trabajo en busca de sí mismo". Bogotá. Ponencia al V Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 23-27 de marzo de 1988. Universidad Católica de Colombia, Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, p. 278.

- d) Los servicios públicos no son privativos del Estado y pueden ser prestados por particulares: "Existen servicios esenciales para la comunidad que son suministrados por empresas particulares que deben entrar en la gama de servicio público y que por otro lado pueden excluirse de la categoría de servicio público algunas actividades que si bien son ejecutadas por el Estado no implican una necesidad esencial para la comunidad ni es indispensable la continuidad en su ejercicio".⁴

Como se ve en términos del servicio público late la necesidad de distinguir entre aquellos esenciales y los no esenciales, factor que juega en favor de una mayor limitación y reglamentación de la huelga en los servicios públicos, pero no necesariamente en su prohibición. Adelantándonos un poco debemos decir que muchas de las actividades que en Costa Rica tradicionalmente se han considerado servicios públicos, no son esenciales y su interrupción no afecta bienes jurídicos primarios como la vida o la salud.

En tema de derecho de huelga el concepto que más nos ayuda a ubicar el tema es el de servicios públicos esenciales o servicios esenciales. En verdad la Constitución Política en su artículo 61, si bien utiliza las palabras "servicios públicos" el contenido de estas palabras viene configurado por la noción "servicios esenciales" y dicha noción ha sido desarrollada principalmente por la Organización Internacional del Trabajo. En esa labor, La OIT ha comprobado tres

4. SOLÍS MIRANDA (Carmen). "La Huelga Libertad Pública? Tesis Para optar al título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 1983, p. 242.

directrices de los Estados que han reconocido los servicios esenciales:

- "1. Servicios que tienen por objeto proteger el equipo industrial y preservar la salud y seguridad de los ciudadanos (p. ej. Relativos a la fuente de energía, elaboración y distribución de productos alimenticios básicos, salud e higiene públicas, fuerzas armadas, policía y bomberos)
2. Actividades que están destinadas a proteger el aparato productivo, o la salud y seguridad, pero cuya interrupción prolongada puede causar graves perjuicios en la economía nacional (tendencia cada vez más sensible en los países en vías de desarrollo, en actividades como la minería, cultivo y refinado de azúcar, frigoríficos);
3. Países en que no existen enumeraciones taxativas de los servicios esenciales, previniéndose que las mismas puedan ser ampliadas o complementadas por el Poder Ejecutivo mediante un procedimiento expedito" (ver Amespiel, Isabel y otro citado por Procuraduría General de la República en Informe a Sala Constitucional con motivo de Acción de Inconstitucionalidad número 4222-92, p. 11).

Estas directrices no coinciden necesariamente con el concepto acuñado por OIT sobre servicios esenciales pero son elementos a tomar en cuenta en esta discusión.

3. TRATAMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN

Muchos de los servicios que brinda el Estado costarricense no son esenciales. A pesar de ello, el

concepto legal de servicio público que se consignó en el Código de Trabajo, no sólo incluía casi toda la totalidad de la actividad estatal como servicio público, sino que se extendía a muchas de las actividades económicas privadas.

A lo anterior debe agregarse que el Estado costarricense sigue siendo hasta la fecha un Estado empleador. Es por ello paradójico y absurdo que el Estado este dispuesto a reconocer sin mucha reticencia el derecho de huelga a los trabajadores del sector privado y se lo haya negado a sus propios trabajadores, al inscribirlos dentro de la prohibición.

El artículo constitucional que recoge el derecho de huelga tiene la misma redacción desde su promulgación en el año de 1943. La Constitución del 49 prácticamente vino a ratificar el mismo texto. Si nos atenemos a una interpretación literal, el constituyente costarricense, tanto el del 43 como el del 49, optó, en la redacción del artículo relacionado con la huelga, por una fórmula aparentemente prohibitiva.

El artículo 61 de la Constitución establece en lo que interesa:

"Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga; salvo en los servicios públicos de acuerdo con la determinación que de estos haga la ley..."

Tanto el Constituyente del 43 como el del 49, expresamente delegaron, aunque por razones distintas, en el legislador, la determinación de este concepto jurídico indeterminado. De acuerdo con Solís⁵ ello se hizo, en el caso de la reforma constitucional del 43, para

5. Ibid p. 195.

que no pudiera tildarse de inconstitucional la inclusión de la agricultura como servicio público en el Código de Trabajo. Lo anterior es bastante congruente con la determinación del Dr. Calderón Guardia⁶ de no permitir la huelga en el sector agropecuario. Es conforme también con el informe de la Comisión Legislativa que acogió el Código de Trabajo.⁷

De lo anterior podemos sacar una primera conclusión: no puede afirmarse que el constituyente del 43 tuviera en mente un específico concepto de servicio público. La determinación de este concepto quedó entera y exclusivamente en manos del legislador, al cual se remite. Código de Trabajo y Constitución Política del 43 eran entonces congruentes.

Pero, con posterioridad, en la Asamblea Nacional Constituyente⁸ se abrió discusión sobre cuál era el término más apropiado a utilizar: si el término servicio público o el término utilidad pública. Lo fundamental, lo decisivo para desechar el concepto "utilidad pública", fue la amplitud de tal concepto, que permitía incluir como servicio público cualquier tipo de actividad y más específicamente que prohibía el derecho de huelga a los trabajadores del agro. Es decir en la Asamblea Constituyente prevaleció la tesis de que lo mejor era desechar la noción de "utilidad pública" por ser un concepto sumamente abarcativo y amplio. En su lugar se acogió el concepto servicio público, más restrictivo

6. CALDERÓN GUARDIA (R). Citado por VAN DEER LAAT. "La Huelga y el Paro en Costa Rica", San José, Ed. Juricentro, 1979, p. 77.

7. Texto del dictamen que rindió la Comisión Especial del Congreso sobre el proyecto del Código de Trabajo. Citado por VAN DER LAAT. "El derecho Colectivo y los Trabajadores Agrícolas en Costa Rica". En Revista Judicial, San José, # 25, junio de 1983, p. 30.

8. Ver actas 122 y 123 de Asamblea Nacional Constituyente, Tomo III.

en su acepción, y por tanto más permisivo en cuanto al derecho, y que no incluía (o mejor aún excluía) a los trabajadores de agro. Lo que diferencia al constituyente del 49 de su antecesor es que en esta última Constitución sí existe un concepto sustancial de servicio público y por lo tanto el legislador no tiene discrecionalidad absoluta en cuanto a la determinación del contenido del tal derecho. ¿Cuál entonces es el contenido del derecho constitucional a la Huelga? Uno sumamente amplio. La Constitución reconoce la huelga como un derecho, sólo restringida por la noción de servicios públicos, noción a su vez restringida y limitada, como limitado y restringido tiene que ser todo lo que delimite el ejercicio de un derecho fundamental.

En esencia lo anterior es lo que quedó consignado y lo que se deduce del análisis de las actas números 122 y 123 de la Asamblea Nacional Constituyente mismas que recogen el debate sobre el tema de la huelga. Pero esta tesis sólo quedó en las Actas de la Constituyente y no en el texto de la Constitución, por donde en la práctica quedó en pie por muchos años la definición de servicio público que hizo el legislador del 43 en el Código de Trabajo. El Código de Trabajo venía así a desconstitucionalizar el ejercicio de un derecho fundamental. Y la máxima expresión de esta desconstitucionalización fue esta resolución de la Corte Plena: "...no es dable escindir el conocido concepto unitario de servicios públicos, pretendiendo establecer una dicotomía de servicios públicos especiales y servicios públicos no especiales; porque admitir en el campo laboral esa división de tanta importancia para la sociedad y el estado, sería entronizar una anarquía sujeta a fluctuantes criterios e interpretaciones casuísticas que el constituyente ni siquiera previó ni

menos aún estableció" (Corte Suprema de Justicia). Resolución de 8:00 hrs. de 7 de nov de 1979).

Todo lo contrario. Precisamente lo que la Constituyente debatió, analizó y resolvió, fue acerca de la existencia de servicios públicos esenciales y no esenciales. Los no esenciales, que se querían introducir por vía del concepto amplio de "servicios de utilidad pública" quedaron por fuera de la prohibición o restricción. El razonamiento de la Corte Plena sólo sería correcto si se refiriese a los servicios esenciales porque aquí sí existe un concepto unitario delimitado por la Constituyente. Es cierto entonces que el legislador no tiene discrecionalidad en cuanto a la determinación del contenido del concepto servicio público, pero el correcto sentido de este asunto se refiere a que el legislador no puede restringir el derecho de huelga más allá de lo que ya lo hizo la Constitución, y precisamente para cumplir con la Constitución es necesario e inevitable hacer la distinción en discusión.

En suma la Constitución Política reconoce el derecho de huelga en forma amplia, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la definición restringida y lo menos abarcativa posible que de estos haga la ley, para lo cual se hace necesario distinguir, atendiendo a la voluntad del legislador constituyente, entre servicios esenciales y servicios públicos no esenciales. Los no esenciales no serán servicios públicos a los efectos de interés en esta materia de huelga. Descubrir cuáles son los servicios públicos a que se refiere el constituyente en el artículo 61 Constitucional es la clave de una legislación o jurisprudencia conforme con la Constitución.

Es sumamente importante entonces, seguir insistiendo en conocer cuales son los antecedentes y

alcances de la noción "servicios públicos" en la Constitución.

En el proyecto elaborado por la Comisión redactora de la nueva Constitución, encargado por la Junta de Gobierno, ya se hacía una diferenciación importante entre "servidores públicos" y "servicios y actividades fundamentales para la economía nacional", estableciendo que en el caso de estos últimos sería permitida la huelga observando, de previo, medidas especiales que establecería la ley" (Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Tomo I, Antecedentes Proyecto Reglamento Actas, Imprenta Nacional, 1953, p 648).

Posteriormente, al reelaborar la Junta Fundadora de la II República el proyecto rendido por la Comisión Redactora, no solo se eliminó una referencia genérica a la prohibición de la huelga en los servicios públicos, sino además se limitó cualquier prohibición, únicamente a aquellos servicios públicos directamente conectados con la salud de la población. Al respecto, establecía el artículo 98 inciso 5 del proyecto en referencia:

"Inc. 5. "Derecho de huelga para los trabajadores con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económico-sociales o profesionales.

Se exceptúan los servicios públicos directamente conectados con la salud de la población.

En los otros servicios públicos y para los servidores públicos, el ejercicio de este derecho estará sujeto a una reglamentación especial.

Queda terminantemente prohibido el ejercicio de la violencia o la coacción como medio de impulsar, mantener o paralizar el movimiento de huelga.

La huelga no se podrá declarar sino después de haber sido agotados los procedimientos y cumplidos los requisitos que la ley establezca" (op. cit. Tomo I, p. 37).

4. TRATAMIENTO QUE SE LE HA DADO AL SERVICIO PÚBLICO EN EL NIVEL LEGAL

Desde nuestro punto de vista, el legislador ha desarrollado en dos momentos diferentes la reserva legal del artículo 61 de la Constitución Política. El primer momento es en 1943, con la aprobación del artículo 369 (actual 375) del Código de Trabajo. El segundo momento se dio con motivo de la ratificación por nuestro país de los convenios 87 y 98 de la OIT. Pensamos que hoy en día es a esta última normativa a la que remite el artículo 61 constitucional.

Paso a explicar las razones por la cuáles sostenemos la inconstitucionalidad del referido concepto legal sobre servicios públicos.

a. Los trabajadores del Estado como concepto de servicio público

En el Código de trabajo el legislador delimitó el concepto de servicio público de la siguiente manera. Primero en el artículo 368 (actual 375) estableció que no se permitirá la huelga en los servicios públicos. En el siguiente artículo señaló:

"Artículo 376 Para los efectos del artículo anterior se entiende por servicios públicos:

- a. Todos los que desempeñen los trabajadores del Estado o de sus instituciones, cuando las actividades de aquel o de estos no sean también propias de empresas particulares de lucro...". Este inciso fue declarado inconstitucional mediante voto 1317-98 de Sala Constitucional.

Como se ve utilizó el legislador un criterio subjetivo para determinar lo que es servicio público, o lo que es

lo mismo para establecer donde no procede la huelga. De acuerdo con ello ¿quienes son los sujetos que no pueden ir a la huelga? La respuesta es los trabajadores del Estado. De seguido se establece una excepción utilizando un criterio objetivo, es decir por el objeto o actividad. Si pueden ir a la huelga los trabajadores que se desempeñen en actividades propias de empresas particulares de lucro.

Como veremos la OIT regula en forma diferente estos aspectos.

Pero de acuerdo con el artículo se permitiría la huelga en aquellas actividades del Estado que también realicen empresas particulares de lucro. Podrían darse dos interpretaciones. 1 Amplia: que se trate de actividades que teóricamente pueda desarrollar la empresa privada con fines lucrativos, que abarcarían una amplia gama. Restrictiva: que se trate de actividades realmente existentes en el país. Esta última interpretación tendría la finalidad de mantener igualdad de tratamiento entre quienes realizan labores iguales y es la que se estimó en doctrina más conforme con la actitud restrictiva de legislador.⁹

De acuerdo con lo anterior estaría permitida la huelga en todas aquellas empresas organizadas por el Estado como sociedades comerciales anónimas.¹⁰

Como dijimos los aspectos que regulan el inciso en estudio fueron tratados en forma diferente en los Convenios de la OIT, Convenios que son el segundo momento en el que el legislador reglamenta el derecho de huelga en relación con el concepto servicio público.

9. VAN DER LAAT. La Huelga y el Paro en Costa Rica, San José, Ed Juricentro, 1979, p. 75.

10. Ibid p. 76.

El artículo 11 del Convenio 87 establece:

“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual este vigente el presente convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.

Por otra parte el artículo 2 establece la libertad sindical para los trabajadores sin distinción alguna, es decir:

“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”.

Artículo autoejecutable y por tanto inmediatamente aplicable.¹¹

Como vemos la OIT establece en el Convenio 87 la libertad sindical. Esta libertad se entiende como comprensiva del derecho de huelga. El derecho de sindicación, comprendido el de huelga, no está aquí limitado por un criterio subjetivo. Por tanto todos los trabajadores, entre ellos los que se desempeñen en el Estado, tienen derecho de sindicación y consecuentemente derecho de huelga. No se distingue entre trabajador estatal o privado, por tanto todos los trabajadores están cubiertos por los principios de la libertad sindical. La única limitación establecida por el Convenio en cuanto al ejercicio de la libertad sindical se refiere a las fuerzas armadas o a la policía de la siguiente manera:

11. Ver MONTERO (Osvaldo). “El Derecho a la Sindicalización en la Función Pública”. Jornadas de Derecho Colectivo del Trabajo. Caracas, Fundación Procuraduría General de la República, 1987, p. 27.

"Art. 9.1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas en el presente convenio".

Puede deducirse que los principios de libertad sindical se aplican a todos los trabajadores, entre ellos los funcionarios o empleados públicos. El artículo 578 del Código de Trabajo define lo que es trabajador del Estado. Desde la perspectiva del derecho público se ha cuestionado el carácter de trabajador del funcionario público a efecto de sostener que no se rige por el derecho del trabajo, y que por tanto no le sería extensible el derecho de huelga. Sobre este punto no vamos a profundizar en esta oportunidad, pero baste decir que esta tesis es contradicha desde el mismo derecho público pues el artículo 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo remite lo laboral estatal al ámbito jurisdiccional laboral. Para el derecho laboral en todo caso es un asunto intrascendente pues en materia laboral (que no deja de serla por tratarse de empleados del Estado) el derecho público no está previsto ni siquiera como fuente supletoria de derecho, lo anterior si nos atenemos al artículo 17 del Código de Trabajo. En suma es indiscutible que el tema de la huelga de los empleados públicos se rige por el Código de Trabajo y se tramita en esa jurisdicción especializada.

Hecha la anterior aclaración, hay consenso en que a los únicos a los que se les puede limitar el derecho de huelga es a los funcionarios públicos por no ser ellos trabajadores.¹²

12. VAN DER LAAT "La Huelga y el Paro en Costa Rica" op. cit. p. 74.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este aspecto y además de precisar el alcance de la noción servicio público. Dice el Comité de Libertad Sindical en el caso 1304:

"A este respecto, el comité desea recordar que el derecho de huelga sólo puede ser objeto de restricciones importantes o de prohibición con respecto a los funcionarios públicos que actúan como órganos de poder público (entre los cuales claramente no se enumeran los que prestan servicios bancarios) o con respecto a los trabajadores de los servicios esenciales en el sentido estricto del término (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población)... El Comité ha considerado que el sector bancario no constituye un servicio esencial en el sentido expuesto: véase 233er informe, número 1225 (Brasil) párrafo 668..."

Como se ve la única distinción que se hace es referente a funcionarios públicos (entendidos como órganos de poder público). Ello es lógico puesto que estos son funcionarios "...cuya vinculación orgánica con el Estado y sus instituciones les otorgan especiales facultades de coerción y mando, como titulares de una función estatal o de derecho público..."¹³

Debemos mencionar que los citados criterios de la OIT influyeron en el Juzgado Segundo de Trabajo para que se declarara legal una huelga de los Trabajadores del Banco Nacional.¹⁴

13. BOLAÑOS CÉSPEDES (Fernando). "Estado Social de Derecho Y Negociación Colectiva en el Sector Público" San José, Ed. Centro de Formación Costarricense, 1987, pp. 57-58.

14. Juzgado Segundo de Trabajo Sentencia número 578 de las 16:00 hrs. de 18 de agosto de 1986.

Con la ratificación del Convenio 87 de la OIT por nuestro país, la cuestión de la Huelga de los empleados públicos debió quedar aclarada, no sólo para Costa Rica sino también para países. Así por ejemplo sobre el particular y respecto de Venezuela, es interesante reproducir el siguiente comentario:

"...en todo caso, no debe quedar duda que la ratificación del convenio 87 importó una declaración parlamentaria favorable a la huelga de los funcionarios públicos, razón por la cual no parece ahora dudosa la existencia de ese derecho en nuestro ordenamiento jurídico."¹⁵

De manera que la legislación aplicable en tema de derecho de huelga de los servidores públicos en verdad era y es el Convenio 87 de la OIT y no la disposición del Código de Trabajo ahora derogada por razones aún desconocidas pero que creemos serán análogas a las que aquí hemos brindado.

Es necesario insistir en que la huelga es un corolario obligado del reconocimiento de la libertad sindical. Efectivamente, no tiene sentido reconocer la libertad y autonomía sindical si no se reconoce a su vez el derecho de huelga. La libre sindicalización de los funcionarios públicos viene establecida en el artículo 60 constitucional en el que no se establece discriminación o diferenciación alguna. Ejerciendo esta libertad sindical los funcionarios o empleados públicos se han organizado constituyendo un sector significativo y numeroso en el plano sindical nacional. Aunque el dato es antiguo sirve para nuestro propósito: "... según la información que suministra el registro de Organizacio-

15. AGUILERA VOLCÁN (R). "El derecho de Huelga en la Función Pública". Jornadas de derecho Colectivo del Trabajo op. cit. p. 69.

nes Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social existen 352 sindicatos con un total de 132.549 afiliados de los cuales 122 son de empleados públicos con 70.079 afiliados".¹⁶ Como se puede observar los trabajadores estatales son los que están más organizados en el ámbito sindical, una razón más para reconocerles el derecho de huelga.

La Sala Constitucional ha declarado inconstitucional este concepto de servicio público, de manera que se debe concluir en la vigencia actual del derecho de huelga de los empleados públicos. Debe interpretarse, salvo criterio en contrario de Sala Constitucional, que aún queda pendiente por aclarar y definir si los miembros de la fuerza pública pueden ser cobijados bajo el concepto servicio público.

Los Trabajadores del Agro como concepto de servicio público. (Inciso también declarado inconstitucional por voto 1317-98 de Sala Constitucional.)

La segunda delimitación utilizada del concepto de servicio público fue el considerar las actividades desempeñadas por los trabajadores agrícolas como servicios públicos. Se indicaba en el párrafo primero del inciso b) del artículo 376 Código de Trabajo lo siguiente:

"b. Los que desempeñen los trabajadores ocupados en la siembra, cultivo, atención o recolección de productos agrícolas, pecuarios o forestales, lo mismo que su elaboración, cuando de no realizarse su beneficio inmediato deterioren dichos productos..."

Origen de la disposición: La consideración de la actividad agrícola como servicio público es un criterio

16. VAN DER LAAT (Bernardo). "La Libertad Sindical en los Funcionarios Públicos". En Revista de Ciencias Jurídicas San José, # 56 may-ag. 1986, p. 56.

particular de nuestro legislador que no se ha presentado en casi ningún otro país¹⁷ Todo parece indicar que la explicación es de orden político. Los gobernantes del 43 no querían entrar en roces con los empresarios de explotaciones agrícolas y ganaderas dado los niveles de reacción que se habían dado con motivo de la promulgación de la legislación social.¹⁸

En el dictamen de la Comisión Especial del Congreso que estudió el proyecto del Código de Trabajo hay varias expresiones que ratifican esta apreciación. Dijo esta Comisión al inicio del Dictamen:

“En esta tarea nos guiamos por un equilibrado afán de defensa de la clase propietaria, especialmente de los agricultores y ganaderos”¹⁹ Luego refiriéndose a la exoneración del pago de horas extraordinarias cuando se trabaja voluntariamente señala: “Esta importantísima reforma debe mantenerse aunque perjudique a los trabajadores campesinos, como una de las muchas naturales concesiones que el proyecto hace en favor de los dueños de explotaciones agrícolas y ganaderas”.²⁰

La existencia de esta normativa permitió eliminar el derecho de huelga a más de la mitad de los trabajadores costarricenses.²¹

La norma era evidentemente inconstitucional. Los diputados constituyentes expresamente se habían

17. VAN DER LAAT (Bernardo). “El Derecho colectivo y los trabajadores agrícolas en Costa Rica”, op cit , p. 29.

18. VAN DER LAAT (Bernardo). “La Huelga y el Paro en Costa Rica”. Op. cit. p. 79.

19. Citado por VAN DER LAAT. (Bernardo) “El Derecho Colectivo y los Trabajadores Agrícolas en Costa Rica”, op cit. p. 30.

20. Ibid p.30.

21. VAN DER LAAT (Bernardo). “Límites al Derecho de Huelga en Costa Rica. Actualidad y Perspectivas”. Revista de Ciencias Jurídicas. San José # 47, may-ago, 1982 p. 20.

manifestado en contrario de prohibir la huelga a los trabajadores agrícolas, criterio expresado con motivo de la discusión sobre el concepto de servicio público. Se afirmó en esa oportunidad:

“En Costa Rica la gran mayoría de los trabajadores son de la agricultura, cuya rama evidentemente es de utilidad pública. De mantenerse este concepto, es lógico que el derecho de huelga habrá desaparecido en nuestra legislación”.²² También se dijo: “En el futuro un congreso puede interpretar en una forma muy amplia los alcances del término servicios de utilidad pública, menoscabando el derecho de huelga. Se puede hasta llegar a decir que un contrato bananero, por ejemplo, es de utilidad pública, para poner a la empresa al margen de los movimientos huelguísticos”.²³ Y todo ello se dijo respecto de la decisión de utilizar el término “servicios de utilidad pública” o “servicios públicos” en el artículo constitucional que reconocería el derecho de huelga. Es evidente que para el constituyente del 49 el concepto de servicio público no comprendía las labores agrícolas; de donde el inciso b del artículo 369 (actual 376) se encontraba tácitamente derogado al tenor del artículo 197 Constitucional pues este último deroga implícitamente todas las normas que se le opongan. Asimismo el inciso b del referido artículo 369 (actual 376) se encontraba en contradicción con el Convenio Número 11 de la OIT relativo a los derechos de asociación de los trabajadores agrícolas-. El artículo 1 de este Convenio dice: “Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente convenio se obliga a asegurar a todas las personas ocupadas en la agricultura los mismos derechos de coalición y de asociación que a los trabajadores de la industria, y a derogar cualquier disposición legislativa o de otra clase que tenga por efecto menoscabar dichos derechos en lo que respecta a los trabajadores agrícolas”.

22. Ver Actas de la Asamblea Nacional Constituyente. Imprenta Nacional. Tomo I. p. 136.

23. Ibid p. 135.

El Dr. Calderón Guardia, impulsor del Código de Trabajo, tenía muy presente la contradicción y la incompatibilidad existente entre este convenio y el propuesto Código de Trabajo. En la exposición de motivos, Calderón Guardia señaló:

"Bien sabemos que la Organización Internacional del Trabajo adoptó el 12 de noviembre de 1921, un convenio en Ginebra que obligó a sus signatarios a garantizar a todas las personas ocupadas en agricultura, los mismos derechos de coalición que a los trabajadores urbanos y a derogar toda disposición legislativa o de otra clase que tenga por objeto restringir dichos derechos en lo que atañe a los trabajadores agrícolas, pero nuestro íntimo convencimiento es que la agricultura, lo mismo que sus actividades conexas, constituyen en un país como el nuestro que depende y vive exclusivamente de lo que producen sus campos, un verdadero servicio público que no puede ni debe paralizarse por razones de interés común a causa de una huelga o de un paro".²⁴

Pero este convenio fue posteriormente ratificado por Costa Rica mediante ley número 3172 del 12 de agosto de 1963, norma superior a la ley, por lo que debería entenderse que el citado inciso b del artículo 369 del Código de Trabajo quedó tácitamente derogado en esa oportunidad.

- c. El último criterio de interés, también declarado inconstitucional en el referido voto 1317-98, es el inciso e) del artículo 376, que establece prohibición de huelga en los servicios públicos que determine el Poder Ejecutivo una vez que la

24. CALDERÓN GUARDIA. Citado por VAN DER LAAT "El Derecho Colectivo y los Trabajadores Agrícolas en Costa Rica" op. cit. p. 29.

Asamblea Legislativa haya hecho uso de la facultad de suspender las garantías constitucionales. De conformidad con el artículo 121 inciso 7 Constitucional es atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa suspender el ejercicio de derechos fundamentales, estando el de huelga en tal categoría. La norma claramente deviene en inconstitucional y suponemos fue por tales razones que también se declaró inconstitucional.

5. EL CONCEPTO DE SERVICIOS ESENCIALES

Como dijéramos, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha tenido que intervenir en el tema del Derecho de Huelga en varias resoluciones, algunas de ellas referidas específicamente a nuestro país. Así es apropiado rememorar el pensamiento de la OIT:

"A este respecto, el Comité desea recordar que el derecho de huelga solo puede ser objeto de restricciones importantes o de prohibición con respecto a los funcionarios públicos que actúan como órganos de poder público (entre los cuales claramente no se enumeran los que prestan servicios bancarios) o con respecto a los trabajadores de los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población... El Comité ha considerado que el sector bancario no constituye un servicio esencial en el sentido expuesto (tomado del caso 1304, párrafo 99)", (En el mismo sentido se puede ver la sentencia número 33 de las 16:00hrs del 18 de agosto de 1986 redactada por la jueza Rosa Esmeralda Blanco Matamoras).

Vida, seguridad y salud son los valores que se constituirían en límites legítimos de restricción del

derecho de huelga. Los inciso c) y d) del artículo 376 del Código de Trabajo, que se encuentran vigentes, no se corresponden íntegramente con estos conceptos. De hecho la OIT se ha lamentado de que aún se mantenga tal prohibición. La suspensión legal de labores en el sector transporte ferroviario, marítimo y aéreo podía estar reglamentada en forma específica, como ya se intentó hacer en el pasado mediante ley 773 de 16 de setiembre de 1946²⁵ la cual introducía un sistema de conciliación y aviso previo, pero que fue declarada inconstitucional por Corte Plena en atención a criterios que no se corresponden con la noción de servicios públicos esenciales. El inciso d) del artículo 376 del Código de Trabajo tampoco viene a ser congruente ni conforme con el concepto servicios esenciales, pero ahora en sentido inverso, pues entre otras cosas deja por fuera la actividad de los entes públicos de salud, que son los mayoritarios, quienes paradójicamente sí podrían ir a huelga legal sin cumplir con una garantía de servicios mínimos que resguarden la vida y salud de las personas.

La aplicación del concepto servicio público contenida en el Código de Trabajo ha significado la principal limitante para el ejercicio de este derecho. En aplicación de tal concepto la jurisprudencia consideró en el pasado como ilegales huelgas desarrolladas en campos tan diversos como la actividad agropecuaria, fincas bananeras, ingenios azucareros, centros hospita-

25. Sobre este particular se puede consultar la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por Alvaro Rossi Chavarría y resolución de Corte Plena, ambas contenidas en "Documentos Para el Estudio del Derecho Laboral Serie Jurisprudencia", Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 1991, pp. 285-311.

larios, y toda clase de instituciones estatales incluidas las empresas públicas. El anacronismo y el desfase respecto de la realidad del concepto de servicio público han sido puestos en evidencia dado que en la mayoría de tales servicios públicos se han desarrollado innumerable cantidad de huelgas exitosas como movimientos de hecho. Se cumplió en nuestro país aquello de que "... la huelga excesivamente controlada, acaba por convertirse en huelga de hecho".²⁶ La huelga como un hecho no es más que la negación del derecho de huelga. Significa la renuncia del ordenamiento jurídico para encauzar la convivencia pacífica y civilizada. Es una renuncia a los principios estructurales más básicos en que se asienta toda sociedad organizada jurídicamente como Estado de Derecho. Muchos autores hacen una comparación entre huelga y guerra. Efectivamente la huelga como hecho es un estado de guerra, una situación primitiva que genera incertidumbre, incerteza, inseguridad, uso de la fuerza y no de la razón, negación de la sociedad, del pacto social y de la necesidad de la existencia del mismo Estado. Por ello es necesario salir de ese estado de primitivismo y ajustar y regular, en forma adecuada, razonable, realista, el derecho de huelga en general pero sobre todo en los servicios públicos y dentro de estos en los esenciales.

26. DE BUEN (Néstor), "El derecho del trabajo en busca de sí mismo". Op. cit. p. 283.

DIMENSIONES INTERNACIONALES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NACIONAL

DR. BERNARDO VAN DER LAAT E.¹

1. El presente trabajo recoge, en lo fundamental, la ponencia oficial presentada en el XV Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos aires, 1997.

Palabras previas

En 1994 Mario Blanco me pidió, que presentara su obra "*Ensayos sobre Derecho Laboral Costarricense*"; en esa ocasión indique lo siguiente:

"Conocí a Mario Blanco Vado, cuando fue mi alumno en los cursos de derecho laboral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Siempre me llamó la atención su mezcla de idealismo y decisión con una serena calma propia para la reflexión y el análisis profundo.

No era un estudiante conformista; por el contrario siempre se apreciaba su deseo de un mayor análisis, de una más profunda reflexión sobre los asuntos que se discutían.

Su tesis de graduación que realizó junto con otro distinguido colega y jurista, licenciado Manuel Hernández, es fiel reflejo de las características que le hemos venido apuntando.

La cátedra de Derecho Laboral por esas cualidades lo integró considerando que incorporaba un elemento muy valioso.

Y no nos equivocamos. Ha sido Mario Blanco uno de los especialistas que más está aportando al desarrollo del Derecho Laboral Costarricense. Con una permanente y constante producción científica, de gran valor, en las que une su serenidad y reflexión combinada con la experiencia que le depara su participación en las luchas sindicales unida a una valiosa objetividad, prácticamente no ha habido tema de importancia en el mundo de las relaciones laborales en los últimos años en Costa Rica, en el que no haya dado su aporte el autor cuya obra hoy presentamos".

Hoy, que lamentamos su temprana desaparición, valoramos aún más, esas condiciones que en 1994 destacamos de Mario, y nos hace ver la magnitud de la pérdida, que ha significado su muerte.

Los elementos internacionales de la negociación colectiva nacional, los analizaremos considerando los principales componentes de este proceso: (A.) el trabajador (el trabajador extranjero que labora en el país y el asalariado nacional expatriado), las partes sociales: el Sindicato (B.) y el Empleador (C.) y las medidas de presión con ocasión de la negociación (D.).

A. SITUACIÓN DEL TRABAJADOR

En cuanto al sujeto individual beneficiario o actor en un proceso de negociación colectiva nacional consideraremos dos situaciones: 1) el trabajador extranjero que trabaja en un determinado país y que por su condición de tal encontrará las restricciones generales respecto de todo extranjero que quiera incorporarse a la fuerza laboral de ese país, (punto a), que puede ser requisito para poder ser sujeto de la negociación colectiva nacional y una vez incorporado a la fuerza laboral del país, las restricciones que puede encontrar para el ejercicio pleno de sus derechos colectivos (punto b); y 2), el trabajador nacional en el extranjero. Obviamente será un trabajador extranjero en ese determinado país y como tal enfrentará los obstáculos que debe superar esta categoría de trabajador. Pero, además, podemos analizar su situación respecto de la normativa convencional de su país de origen que eventualmente "lleva" consigo al trasladarse al exterior. Analizaremos la situación cuando el convenio colectivo no se le aplica (2-a) y cuando le beneficia el convenio (2-b) así como los diversos conflictos que pueden surgir entre la convención colectiva del país de origen del trabajador y la legislación del país en donde trabaja (c-1) y entre dos convenciones colectivas aplicables, una

del país y entre dos convenciones colectivas aplicables, una del país de origen del trabajador y otra del país en que labora (c-2).

1. El trabajador extranjero

Las declaraciones generales sobre la igualdad de trato y no-discriminación del trabajador no nacional son amplias en los diversos niveles normativos.² No obstante ellas, diversos factores

2. En las constituciones nacionales es usual que, cuando menos una norma, establezca disposiciones que garantizan la igualdad de trato, el libre ingreso (Uruguay, 8); la igualdad de trabajo (Argentina, 1; Brasil, 1; Chile, 1; Turquía, 1), la prohibición de la discriminación según el origen (Francia, 5; refiere que las jurisdicciones judiciales no temen referirse al preámbulo de la constitución, que en términos generales prohíbe toda discriminación en razón del origen, para paralizar o anular disposiciones privadas que comporten una discriminación en razón de la nacionalidad). La incorporación al ordenamiento nacional de diferentes convenios de la Organización Internacional del Trabajo, refuerza la protección constitucional. Los informes nacionales refirieron específicamente tres convenios: Convenio 97 Convenio Relativo a los trabajadores migrantes (realizado en 1949) (Argentina, 1; Brasil, 5, Uruguay, 9); el Convenio 111 Convenio Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Brasil, 5) y el Convenio 143 Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la protección de la igualdad de oportunidades y de trato a los trabajadores migrantes (Brasil, 5). Múltiples instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, de amplia adhesión, contemplan la no-discriminación para el extranjero. A manera de ejemplo y, por lo tanto, sin ser exhaustivos —en cuanto a su enumeración— referimos los siguientes: la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre aprobada por la Novena Conferencia Internacional Latinoamericana del 5 de mayo de 1948 (artículo 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 5), la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada

van a incidir en la posibilidad de inserción en el mercado nacional de trabajo de un trabajador extranjero, consecuentemente, de su posibilidad de ser actor o destinatario de los procesos de negociación colectiva nacional.³ El tema de los trabajadores migrantes ya fue objeto de estudio en el XIV Congreso de nuestra Sociedad celebrado en Seúl (Corea), en setiembre de 1994. Por ello no pretendemos hacer un análisis exhaustivo del tema sino las referencias necesarias para ubicar los principales elementos que inciden en la posibilidad de que un no nacional labore en un determinado país.

b) Restricciones generales a la incorporación del trabajador extranjero a la fuerza laboral nacional

Los factores restrictivos son, al menos: 1) la posición del país respecto de las migraciones, 2) la coyuntura política, 3) la participación del respectivo país en un proceso de integración regional, 4) las regulaciones sobre el trabajo de extranjeros, 5) el status migratorio.

1. La posición del país respecto de las migraciones

Hay países que desde siempre han mostrado una apertura a la recepción de migraciones,

en el cuadragésimo cuarto período del resumen de la Asamblea General de las Naciones Unidas (artículo 2; el artículo 1 define como niño "todo ser humano menor de 18 años").

3. Véase el informe general, K. OGUZMAN, "Los trabajadores migrantes", Revista Derecho Laboral, Montevideo, N° 176, octubre-diciembre 1994, pp. 611 y ss.).

por motivos tales como el escaso crecimiento de la población y razones de solidaridad. Aún a nivel constitucional, se han regulado aspectos de esta naturaleza; en Argentina,⁴ el artículo 25 de la Carta Fundamental, encomienda al Gobierno Federal, el fomento de la inmigración europea y prohíbe que se restrinja, limite o grave con impuesto la entrada de extranjeros "que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes".

También es el caso de Uruguay, cuyo informe nacional,⁵ relata dos anécdotas ilustrativas de esta situación, como es un hecho ocurrido en 1901, cuando el gobierno argentino expulsó a varios agitadores anarquistas y socialistas extranjeros, los cuales fueron recibidos por las autoridades uruguayas. El presidente, don José Battle Ordóñez, responsable de la autorización de ingreso al país de dichos señores, contestó las críticas que se le hacían, diciendo que este tipo de personas es "los que despiertan al obrero de su letargo". Posteriormente, en 1915, cuando se legisla sobre el límite de la jornada de trabajo a ocho horas, el mismo Presidente, recomendó se designara como inspectores para el control del cumplimiento de esa ley, a dirigentes sindicales de origen anarquista, entre los cuales se encontraban los extranjeros que habían sido expulsados de la

4. Argentina - I

5. Uruguay, 8.

Argentina, considerando que, por sus convicciones, estas personas serían fieles vigilantes del cumplimiento de las normas.

2. *La existencia de una situación política particular en un determinado país*

Es la situación que refiere el informe nacional de Israel⁶ que indica la existencia de cuatro grupos importantes de trabajadores extranjeros: los trabajadores palestinos de los territorios ocupados que trabajan legalmente; aquellos trabajando ilegalmente; trabajadores extranjeros trabajando legalmente; y trabajadores extranjeros trabajando ilegalmente. Destaca que la distinción entre trabajadores palestinos y trabajadores extranjeros es principalmente de índole política.

3. *La participación del país en un proceso de integración regional*

Los procesos de integración regional implican, a partir de un determinado momento, la libre circulación de trabajadores o, al menos, de algunas categorías de éstos.⁷ Se generan así, desde este punto de vista, dos categorías de trabajadores no nacionales: los de origen comunitario y los extra comunita-

6. Israel, 6.

7. Consideradas en su conjunto, las disposiciones TLCAN relativas a la movilidad de ciertas categorías de personas —gente de negocios, transferencia de personal de dirección al interior de una empresa, profesionales— parecen de naturaleza excepcional y no favorecen la movilidad en general, contrario a lo que ocurre, por ejemplo, al interior de la Unión Europea.

rios,⁸ los cuales suelen tener un régimen jurídico diferente y privilegiado para la primera categoría.⁹

4. *Regulaciones relativas al trabajo de extranjeros*

Son usuales las regulaciones o limitaciones del trabajo de los extranjeros en varios aspectos:

a. Exigencia de un número mínimo de trabajadores nacionales

La posibilidad de trabajo del extranjero puede estar limitada en una empresa o centro de trabajo, porque sea obligatorio ocupar a un porcentaje mínimo de mano de obra nacional; dos terceras partes en Brasil¹⁰ o del 85% en Chile.¹¹

b. Porcentaje de los salarios pagados

Generalmente unido al requisito referido en el punto anterior, está el de que, además, el porcentaje de los salarios pagados a los asalariados nacionales debe ser, cuando menos, de un determinado porcentaje del pago total de salarios de la respectiva empresa: así, en el caso del Brasil¹² es de dos terceras partes, que es la misma proporción de los trabajadores nacionales.

c. Actividades reservadas a nacionales

Otra forma de limitar el acceso del extranjero al mercado de trabajo, es

8. Francia - 1, Suecia - 1.

9. Suecia - 4.

10. Brasil - 3.

11. Chile - 1

reservando el ejercicio de determinadas funciones o actividades al trabajador nacional. Es el caso del Brasil¹² donde en las embarcaciones nacionales, los brasileños serán los armadores, propietarios, comandantes y al menos, dos tercios del equipaje. En las aeronaves, el trabajo remunerado a bordo, está reservado a los titulares de licencias específicas que deben ser los brasileños. Tampoco puede el no nacional ser, periodista, responsable, orientador, intelectual o administrativo de empresas periodísticas de cualquier clase, y de empresas de televisión y de radiodifusión; de ser "courtier" de barcos, de fondos públicos, agente de aduana, piloto práctico de puertos, ríos, lagos y canales.¹⁴ En Suecia, se requiere la ciudadanía sueca para ser Juez, Procurador o para enrolarse en las fuerzas de policía y defensa.¹⁵

d. Prioridad a la hora de un despido

El asalariado extranjero puede tener prioridad, en algún caso, pero será negativa. Así ocurre cuando con ocasión de falta de trabajo, debe producirse el licenciamiento del trabajador extranjero antes del nacional¹⁶ que ejerce una actividad similar.

12. Brasil - 3

13. Brasil - 3

14. Brasil - 4

15. Suecia - 2

16. Brasil - 3

5. *El status migratorio*

El trabajador ilegal es el que carece de los permisos de residencia y de trabajo, aunque, como lo señala el informe francés¹⁷ con frecuencia se confunden esos dos requisitos, "está en la sombra de la ley",¹⁸ pues su situación de ilegalidad le sitúa al margen de la protección de la legislación laboral y de la seguridad social, especialmente por su limitación a recurrir ante las autoridades administrativas o judiciales, ya que pondría así en evidencia su situación ilegal; sin embargo, Canadá ofrece una regulación muy interesante en la materia, por cuanto no establece relación entre la legalidad del ingreso al país y la legalidad del empleo,¹⁹ de tal manera, que no exista un estímulo para el empleador de ocupar mano de obra ilegal, por su bajo costo. Aunque señala el informe que algunas disposiciones de la legislación pueden tener un impacto desproporcionado en los trabajadores extranjeros. Algunas jurisdicciones canadienses, excluyen a ciertos grupos ocupacionales del derecho a negociar colectivamente y no tienen acceso al esquema de solución de conflictos laborales. Estos grupos de trabajadores, tradicionalmente han tenido un amplio componente extranjero, como son los trabajadores domésticos, agri-

17. Francia, 6

18. Israel, 6

19. Canadá, 8.

20. Canadá, 8.

colas y profesionales, según la Ley de Relaciones Laborales de Ontario, por ejemplo.²⁰

Una situación similar expone el informe francés,²¹ refiriendo que el contrato de un trabajador ilegal sería nulo o que le limitaría el ejercicio de funciones como las de delegado sindical, pero que no afecta, en principio el disfrute de los derechos fundamentales, tales como la libertad sindical.

El status migratorio limita el trabajo remunerado: turistas, estudiantes, los titulares de visas temporales no pueden ejercer labores remuneradas; y los residentes permanentes sólo pueden desarrollar la labor y en la jurisdicción territorial que específicamente se les autorizó.²²

b) Restricciones respecto al ejercicio de los derechos colectivos

1. En relación con la Libertad Sindical

Supuesto esencial de la negociación colectiva, es la libertad sindical. De los informes nacionales se deduce que es generalizado el reconocimiento de esta libertad fundamental al trabajador extranjero,²³ la cual, sin embargo, puede encontrar ciertas restricciones, en algunos países.

21. Francia, 5.

22. Brasil, 2-3.

23. Brasil, 4; Chile, 1; Francia, 2; Israel, 7; Reino Unido, 3; Turquía, 2; Uruguay, 9.

La fuente de este reconocimiento, en varios casos, es la Constitución; así en Uruguay²⁴ y en Brasil.²⁵ También deriva de la ratificación de convenios de la Organización Internacional del Trabajo, como en Uruguay,²⁶ y en Israel²⁷ o de la participación en un proceso de integración regional como la Unión Europea, ámbito en el cual el artículo 48 del Tratado de Roma establece el principio de libertad de movimiento de trabajadores y en apoyo de esta misma, la directriz 1612/68 garantiza a ese trabajador igualdad respecto del nacional respecto de la membresía de un sindicato y el ejercicio de los derechos sindicales,²⁸ o en la ley, como en Argentina, donde existe la prohibición para las organizaciones sindicales, de establecer diferencias entre sus afiliados, entre otros motivos, por razón de su nacionalidad.²⁹

En Japón no hay ley o decisión judicial que restrinja la libertad sindical del extranjero. Sin embargo, hay dos teorías sobre la aplicación de los "derechos sociales fundamentales" (libertad de asociación, derecho a negociar colectivamente y a las actividades colectivas): la tradicional que sostiene que esos derechos se aplican sólo a los japoneses y que el poder legislativo puede discrecio-

24. Uruguay, 9.

25. Brasil, 4.

26. Uruguay, 9; este país ha ratificado los convenios 11, 87, 98 y 110.

27. Israel, 7.

28. Suecia, 4.

29. Argentina, 2.

nalmente definir cuando un extranjero disfruta de ellos. Y la posición de la mayoría de los académicos que consideran que luego de que Japón ratificó el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en 1979, los asalariados no nacionales deben ser tratados en la misma forma que los japoneses.³⁰

Desde una perspectiva del futuro, el Proyecto de la Carta de Derechos Fundamentales del MERCOSUR, prevé el derecho de los trabajadores a afiliarse a organizaciones sindicales constituidas en cualquiera de los estados parte³¹ Suecia, 4.

Sin embargo, esa amplia libertad encuentra diversos límites, respecto al derecho de fundar sindicatos y del ejercicio de la representación del sindicato y de los cargos sindicales, pues es usual encontrar restricciones para que el extranjero pueda ser fundador de un sindicato, ocupe determinados cargos o realice determinadas funciones ya que se reserva tal derecho al nacional.³² Así en Turquía, la totalidad de los integrantes de los órganos del sindicato deben ser turcos.³³ En Argentina, el 75% de los cargos sindicales debe ser desempeñado por ciudadanos argentinos, incluyendo al cargo de mayor jerarquía y su reemplazante.³⁴ En Brasil, el presi-

30. Japón, 1.

31. Uruguay, 10.

32. Turquía, 2.

33. Turquía, 2.

34. Argentina, 2.

dente no sólo debe ser nacional, sino debe serlo por nacimiento y el 100% de los cargos de administración y representación, los deben ocupar nacionales.³⁵

Pero también, encontramos ejemplos de países que han eliminado de su ordenamiento jurídico tales limitaciones, iniciando así, tal vez, una tendencia a la supresión de esas barreras. En efecto, en Francia mediante dos leyes, la del 11 de julio de 1975 y la del 28 de octubre de 1982, se eliminó la restricción. La primera ley permitió a los extranjeros ser designados como delegados sindicales en la empresa; y la segunda, suprimió los últimos límites que existían para el acceso de extranjeros a las organizaciones de dirección y administración de los sindicatos.³⁶ En Chile, la ley 1969 de 1991 derogó la regulación de ser chileno o casado con chilena, o extranjero con más de cinco años de residencia en el país.³⁷ El Comité de libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT, propugna la flexibilidad en las legislaciones para que el trabajador extranjero pueda tener acceso a las funciones sindicales, aunque acepta la posibilidad de que se exija un período razonable de residencia.³⁸

35. Brasil, 4.

36. Francia, 3.

37. Chile, 1.

38. OIT, La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, 1996, 4ta. edición revisada, p. 89, N° 382.

Una importante observación aparece en el informe de Israel, en el sentido de que la inexistencia de garantías para los trabajadores extranjeros, puede ser considerado –prima facie– como neutralidad respecto del tema de la nacionalidad en el contexto de la ley laboral; sin embargo, la realidad sugiere que el silencio de ley, puede ser interpretado como discriminatorio.³⁹

La discriminación puede tener origen en la normativa interna del sindicato; tal es la situación en Israel, en donde las organizaciones sindicales únicamente aceptan como miembros a los ciudadanos israelíes y residentes.⁴⁰ Sin embargo, refiere el informe que las cortes laborales tienen medios legales para atacar dicha cláusula discriminatoria de los estatutos de los sindicatos y declararla nula, basados en la parte general de la Ley de Contratos de 1973. La situación referida genera en la práctica un choque entre el derecho de asociación de los individuos y el de la organización de darse sus estatutos, aspecto que ha quedado para ser definido por los tribunales

39. Israel, 7.

40. Israel, 7; según el informe, tal norma aparece en la Constitución de la HISTADRUT, en el capítulo relativo a los afiliados; indica que una norma similar existe en el estatuto de la Asociación de Periodistas, y en la Asociación de Académicos, aunque aclara el autor del informe nacional, que le informaron que un académico que visite una universidad israelí, usualmente es automáticamente agregado a la lista de los miembros, salvo que específicamente decline tal afiliación, esta práctica tiene sus raíces en conveniencias administrativas, independientemente de las formalidades.

en el futuro, toda vez que hasta el momento, lo han evitado.⁴¹

El caso del trabajador ilegal, presenta connotaciones diferentes. En Francia, se le niega toda posibilidad de ser elegido como delegado sindical, pero no se afecta su derecho al disfrute de derechos fundamentales, como la libertad sindical.⁴²

2. *Respecto de la representación de los trabajadores*

Las limitaciones que en algunas legislaciones existen para el ejercicio de cargos y representación del sindicato por el asalariado extranjero, también trascienden al plano de la representación de los trabajadores en el ámbito de la empresa y puede presentarse también en los consejos de empresa. Por ejemplo, en Austria, puede ser elector pero no electo en ese puesto que está reservado al nacional.⁴³ En Suecia, la “Ley de Representación en la Directiva de los Trabajadores del Sector Privado (“Act on Board Representation for Privately Employed Employees”), se reconoce el derecho de los trabajadores a designar dos y aún tres miembros en la Junta Directiva de la empresa empleadora, también en la de la empresa matriz. El representante debe ser trabajador de la empresa. La ley referida no hace regulación de la

41. Israel, 7- 8.

42. Francia, 5.

43. Austria, 10; advierte el informe que hay un proyecto para eliminar esa discriminación que aún no ha sido votado.

nacionalidad. Sin embargo, otra ley, la de asociaciones, establece que el presidente de la Junta Directiva y cuando menos la mitad de los miembros deben tener domicilio en el ámbito económico europeo ("European Economic Area"), pero los demás pueden ser de cualquier nacionalidad.⁴⁴

En Uruguay,⁴⁵ en ausencia de un sindicato representativo, el sujeto al que se le reconoce la capacidad de celebrar el convenio colectivo debe tener ciudadanía legal con tres años de antigüedad contada desde su otorgamiento.

3. *Respecto del ejercicio de cargos sindicales*

En cuanto al ejercicio del cargo de representante sindical por un extranjero, debemos distinguir dos situaciones: el asalariado no nacional trabajando en el país y que es electo –según la ley nacional– como representante sindical. Este por lo general, goza de toda la protección que dispondría un ciudadano nacional ejerciendo idénticas funciones.⁴⁶

Y el trabajador extranjero que no trabaja en el país, y es representante de un sindicato no nacional, el cual generalmente no tiene ninguna protección particular, sino aquella derivada del ejercicio de la libertad sindical.⁴⁷ La protección al sindicato es indirecta en Suecia, pues el derecho de organización

44. Suecia, 2.

45. Uruguay, 9.

46. Francia, 11; Uruguay, 12; Reino Unido, 8.

47. Argentina - 2, Brasil - 9; Chile, 3; Chile, 3; Francia, 11; Reino Unido, 8.

sindical es un beneficio del asalariado individual.⁴⁸

La defensa de ese derecho implica una protección indirecta del sindicato. Esta misma protección se aplica a las actividades de un representante de un sindicato extranjero.

4. *Con relación a la negociación colectiva*

La igualdad de trato referida respecto del asalariado extranjero y el reconocimiento de la libertad sindical para ellos con las limitaciones comentadas, nos llevan a cuestionarnos sobre cómo opera la negociación colectiva respecto de estos trabajadores.

Básicamente son dos las situaciones que encontramos dependiendo de si la convención colectiva tiene efectos "erga omnes" (punto a) o si se aplica sólo a los miembros del sindicato titular del convenio (punto b).

a. Si a la convención colectiva el ordenamiento jurídico nacional le reconoce efectos "erga omnes", se aplicará a todos los trabajadores que entran en su campo de aplicación independientemente de su nacionalidad.⁴⁹ El derecho comunitario europeo impone también la igualdad de tratamiento en materia de condiciones de trabajo a los asalariados de los países de la comunidad.⁵⁰

48. Suecia 10.

49. Argentina, 2; Brasil, 5; Francia, 5; Uruguay, 9.

50. Francia, 6.

b. Pero si el convenio se aplica sólo a los miembros del sindicato pactante y existen limitaciones para que el asalariado extranjero se afilie a la organización titular de la negociación, habrá una situación discriminatoria. En Israel, como fue apuntado atrás,⁵¹ la Histadruth no afilia al trabajador no nacional, pero no se le discrimina, en cuanto a ser sujeto beneficiario del convenio, puesto que el sindicato representativo está obligado por un deber de buena fe respecto de todos los trabajadores de la unidad negociadora, sean miembros o no de la organización aunque el no-miembro debe pagar una cuota al sindicato ("agency fee").⁵²

Puede ocurrir que una negociación colectiva nacional sea realizada por un sindicato en el que todos los miembros son extranjeros. Esta particular situación se presentó en Japón, cuando un sindicato constituido por profesores extranjeros de idiomas, ante la negativa de su empleador a negociar, gestionó para que se cesara esa práctica laboral desleal ante la Comisión de Relaciones Laborales de Osaka, que ordenó al empleador negociar con ese sindicato.⁵³

Se plantea el problema si la convención colectiva puede contener cláusulas diferentes para los extranjeros.

51. Vid. A-1-b-1.

52. Argentina, 2; Brasil, 5; Francia, 5; Uruguay, 9.

53. Japón, 3.

En Suecia, se acepta que no hay limitación legal para incluir en una convención colectiva, cláusulas específicas para el trabajador extranjero aunque no se conocen ejemplos concretos.⁵⁴ El informe alemán se remite no a la territorialidad sino a la "Lex Laboris" respecto de la aplicación de la convención colectiva en el extranjero (ver el informe general, infra). El informe de la República Dominicana refiere que algunas convenciones colectivas tienen cláusulas que reconocen un derecho de prioridad al trabajador nacional sobre el extranjero en caso de vacantes o creación de puestos.⁵⁵

En Israel se ha celebrado un convenio colectivo entre la Histadruth y una agencia privada de empleo que lleva trabajadores extranjeros a Israel, respecto del que han surgido dudas sobre su legalidad por diversas razones, pues la Histadruth para firmar un acuerdo de este tipo debe ser el sindicato representativo lo que no puede ser, pues los trabajadores extranjeros no pueden ser miembros de ese sindicato. Para solucionar el problema estos trabajadores deberán firmar un documento teniendo a la Histadruth como su agente para los propósitos de una negociación colectiva, a pesar del hecho de que no sean miembros. Sin embargo, esta solu-

54. Suecia, 3.

55. República Dominicana, 3.

ción presenta problemas prácticos toda vez que la política de la Secretaría de Trabajo es otorgar los permisos de trabajo para el trabajador extranjero, a los contratistas, más que a las agencias privadas de empleo que llevan los trabajadores a Israel. La Secretaría está pidiendo que se incluya una cláusula en los convenios colectivos determinando que se aplicará sólo a trabajadores respecto de quienes su empleador tenga un permiso para emplear. Dado que el empleador que firma el convenio colectivo es la agencia privada de colocación, ésta no puede obtener permiso de empleo para estos trabajadores, por lo que el convenio de hecho queda sin ningún significado.⁵⁶

2. El trabajador nacional en el extranjero: régimen normativo aplicable.⁵⁷

La permanencia de un trabajador en el extranjero plantea el tema del régimen normativo aplicable: de si se le aplica la convención colectiva que lo beneficie en su país de origen y consecuente-

56. Israel, 10.

57. El informe de Uruguay (Uruguay, 10-11) refiere ámbito de protección importante, para el trabajador nacional que labora en el extranjero, originado en convenios interestatales, bilaterales y multilaterales, en materia de seguridad social, mediante los cuales se protege al trabajador nacional que va a laborar al extranjero, permitiendo, según las alternativas que prevén, que el trabajador uruguayo que va temporalmente al extranjero, continúe cotizando hasta por veinticuatro meses en la seguridad social uruguaya, o que cotice a la del país en que se encuentra y después se utilice el sistema de totalización de servicios. El informe de Uruguay (Uruguay, 10-11) refiere ámbito de protección

mente, si una convención colectiva tiene aplicación extraterritorial. Los informes nacionales, refieren dos situaciones: a) la no-aplicación de la convención colectiva nacional al nacional en el extranjero, b) la aplicación extraterritorial del convenio, sea por disposición expresa de éste o de un contrato individual de trabajo.

a) La no-aplicación de la convención colectiva nacional en el extranjero

El tema de la llamada extraterritorialidad de las convenciones colectivas, nos recuerda el informe francés, es sumamente complejo, y su amplitud sale de los términos que permite este tipo de informe o reporte.

La vigencia del ordenamiento jurídico del país en que se trabaja, al no existir normas legales ni convencionales que rijan la materia⁵⁸ es una situación que se presenta en varios países, por lo tanto, en ellos el trabajador nacional queda sometido al ordenamiento jurídico del país en que presta sus servicios, aunque se admite la posibilidad de que con base en el principio de la norma más favorable, puede aplicarse lo dispuesto en la convención, siempre que no contradiga las normas de orden publico.

importante, para el trabajador nacional que labora en el extranjero, originado en convenios interestatales, bilaterales y multilaterales, en materia de seguridad social, mediante los cuales se protege al trabajador nacional que va a laborar al extranjero, permitiendo, según las alternativas que prevén, que el trabajador uruguayo que va temporalmente al extranjero, continúe cotizando hasta por veinticuatro meses en la seguridad social uruguaya, o que cotice a la del país en que se encuentra y después se utilice el sistema de totalización de servicios.

58. Argentina, 3; Brasil, 8; República Dominicana, 4; Uruguay, 10

En Turquía, de conformidad con la regulación legal de las convenciones colectivas, el ámbito de aplicación territorial es nacional, lo que no puede ser modificado por las partes⁵⁹ y, por lo tanto, no puede celebrarse una convención para los asalariados que se encuentran en el extranjero.⁶⁰ En Argentina,⁶¹ se ha interpretado que la elección del derecho extranjero puede presumirse por la permanencia del trabajador en país distinto al del país de origen. En Brasil, la jurisprudencia predominante del Tribunal Superior de Trabajo, ha determinado que la relación jurídica laboral, se rige por las leyes en vigor en el país de la prestación de los servicios y no por las de aquél en que se celebró el enganche, aunque existe una excepción, establecida en la ley 7064 de 6 de diciembre de 1982, respecto de los trabajadores de servicios de ingeniería, incluyendo la sociedad de asesoría, proyectos y trabajos de montajes, administración y similares, toda vez, que independientemente del lugar de ejecución de los servicios, le aplican la ley brasileña de protección al trabajo, en todo aquello en que no sea incompatible con la norma más favorable de la ley territorial, y respecto de otras materias.⁶²

59. Turquía, 4.

60. Turquía, 5.

61. Argentina, 3.

62. Brasil, 6; también se le aplica lo relativo a la seguridad social y al "Fundo de Garantía por tempo de serviço (FGTS) y el Programa de Integración Social", la sujeción del salario base a los reajustes y aumentos fijados por decisiones judiciales previstos por la legislación brasileña, la estipulación del salario base obligatoriamente en moneda nacional, la facultad de disfrutar de vacaciones anuales en Brasil, después de dos años de

Una situación especial, es la de las bases militares que operan en el territorio nacional de un país. El caso fue analizado en Canadá,⁶³ en relación con civiles canadienses que fueron empleados en una base naval de los Estados Unidos. Estos trabajadores habían firmado un compromiso de no recurrir a la huelga, el sindicato solicitó a la Junta Canadiense de Relaciones Laborales "certificación" para representar a esos empleados y la Junta consideró que tenía jurisdicción, a pesar de que el gobierno de los Estados Unidos había alegado inmunidad. La mayoría de la Corte Suprema de Canadá consideró que la base no había perdido su inmunidad soberana y, por lo tanto, estaba fuera de la jurisdicción de cualquier tribunal nacional; asimismo, interpretó que realizar una negociación colectiva bajo la orden y control del estado canadiense, constituía una interferencia inaceptable con la soberanía americana. Sin embargo, la ausencia de disposición concreta en la legislación nacional, respecto a su aplicación al nacional que labora en el extranjero, se ha interpretado, en el sentido de que no necesariamente significa la exclusión del ejercicio de sus derechos, pues, interpreta el informe chileno⁶⁴ que las exclusiones legales son taxativas.⁶⁵

permanencia en el extranjero con los gastos pagados por el empleador, los gastos de viaje, ida y regreso y seguro de vida y de accidentes personales, en favor del empleado por todo el tiempo de la permanencia en el exterior.

63. Canadá, 14-15.

64. Chile, 2.

65. Chile, 2; dichas exclusiones son: los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, los contratados exclusivamente para el desempeño de una

Pero aparte de la discusión sobre la aplicación extraterritorial, factores prácticos pueden incidir en dicha aplicación, tal como lo refiere el informe chileno,⁶⁶ que indica que si en una negociación colectiva no participa una organización sindical, se exige que el correspondiente proyecto de contrato colectivo debe contener la firma o impresión digital de todos los trabajadores involucrados, lo mismo que si se trata del caso de un trabajador que no es miembro de un sindicato que negocie colectivamente pero que adhiere al proyecto de contrato colectivo.

b) La aplicación extraterritorial de la convención colectiva

La aplicación de una convención colectiva nacional al trabajador nacional en el extranjero, puede ocurrir por disposición de la ley, o si expresamente se ha pactado esa aplicación, casos en los cuales es necesario verificar los límites que la ley del país receptor señala para tal aplicación. Pero también puede estar en función de la duración de la permanencia del trabajador en el extranjero o del propósito de la contratación extraterritorial.

determinada obra o faena transitoria; los gerentes, subgerentes, agente y apoderados si están dotados, o a lo menos, de facultades generales de administración; los que están autorizados para contratar y despedir trabajadores y los que ejercen un cargo superior de mando e inspección y están dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos y de comercialización.

66. Chile, 2.

1. Por disposición de la ley

La ley puede prever la aplicación de la convención colectiva extraterritorialmente. Es el caso de Suecia, en donde, de conformidad con las disposiciones de la "Joint Regulation Act", que regula la negociación colectiva, el convenio se aplica a todo centro de trabajo que tenga una significativa conexión con Suecia o las condiciones suecas, como es el caso del trabajo localizado en ese país o si el trabajo es ejecutado afuera si ambas partes, empleador y empleado, son ciudadanos suecos,⁶⁷ aunque una compañía subsidiaria de un grupo sueco, no es considerada como nacional.⁶⁸

El informe canadiense⁶⁹ refiere la situación particular de ese sistema de relaciones laborales, en el cual constitucionalmente se reconoce la posibilidad que tiene el gobierno federal canadiense, de legislar extraterritorialmente y la ley de casos ha confirmado que, bajo el Código de Trabajo de Canadá, la Junta Canadiense de Relaciones Laborales tiene autoridad para certificar como unidad negociadora a una que incluya trabajadores que trabajan fuera de Canadá. Para ese propósito, deben reunirse los siguientes requisitos, establecidos en el caso "Bell-Canada": 1) los empleados comprendidos en la unidad de negociación propuesta deben

67. Chile, 2.

68. Suecia, 3

69. Canadá, 10-13.

ser residentes del Canadá, 2) estos empleados deben ser contratados en su territorio, y 3) la compañía empleadora debe estar registrada para la finalidad de llevar a cabo negocios en Canadá y tener operaciones en Canadá relacionados con sus actividades extraterritoriales. Esta posibilidad de extraterritorialidad no se les reconoce a las provincias y territorios, por lo que está limitado a aquellos trabajadores que caen bajo la regulación del Código de Trabajo de Canadá. Esta circunstancia hace que en la realidad no sean muchos los canadienses que trabajan afuera y están cubiertos por convenciones colectivas de aplicación extraterritorial.

2. *Por haber pacto expreso*

En cuanto a la aplicación de la convención colectiva nacional por haberse así pactado, se observan en los informes nacionales, básicamente, dos supuestos: a) el que la convención colectiva se aplique por voluntad de las partes pactantes, al prever que ésta se aplique parcial o totalmente al trabajador expatriado, o b) cuando la convención colectiva se aplica por estar así establecido en un contrato individual de trabajo o un anexo firmado con ocasión del desplazamiento.⁷⁰ Aunque se presenta también la situación contraria: la convención que establece que el trabajo en el exterior debe ser regulado por un contrato individual.⁷¹

70. Argentina, 3; Francia, 8-9; República Dominicana, 5.

71. Suecia, 7.

3. *Según la duración de la estadía del trabajador en el extranjero o el propósito de su contrato*

Pero también incide en la aplicabilidad de los convenios colectivos, la duración de la permanencia del trabajador en el extranjero o el propósito de la contratación. Así, si la permanencia es simplemente temporal, generalmente se le tratará como si trabajara ordinariamente en el país de origen. Si es contratado para trabajar fuera del país, probablemente no se le aplicará la ley nacional, si es contratado por una empresa transnacional controlada por el país de que se trate, pero que para trabajar principalmente afuera, probablemente no se le aplique la legislación local.⁷²

Al margen de la situación en estudio, tenemos el caso de Reglamentos Internos de Trabajo ("Company Internal Working Rules") que contienen regulaciones para los trabajadores enviados al exterior.⁷³

c) **Conflictos de normas aplicables al trabajador nacional en el extranjero**

Cuando un trabajador nacional se encuentra fuera de su país suele ocurrir que simultáneamente sea destinatario de una convención colectiva de su país de origen y de una norma de origen estatal vigente en el país en que trabaja. La vigencia de normas de origen convencional y de origen estático, aplicables al trabajador en

72. Reino Unido, 5

73. Japón, 4.

el extranjero, puede generar conflictos. El reporte francés los clasifica en "falso concurso" ("faux concours") y "verdadero concurso" ("vrai concours"). El primero es el que ocurre cuando la aplicación de la ley o de una convención colectiva vigente en el lugar de trabajo, no permite en razón de su objeto, la intromisión de una norma de otro sistema, consecuentemente, la aplicación de ésta se limita; ofrece como ejemplo el de una ley que ordene los aumentos salariales que no podría ser afectada por la norma extranjera.⁷⁴ El segundo se da en el caso en que ambos tipos de normas –la nacional y la externa– están en posibilidad de ser aplicadas.⁷⁵

Se desprende de los reportes nacionales, que este tipo de conflicto no se plantea con frecuencia ante los tribunales, por lo que la jurisprudencia es poca y por ello, los informantes, en varios casos, plantean hipótesis.

Dos son las situaciones que se analizan en los pocos casos que se han presentado o en las opiniones expresadas en los informes nacionales:

1. El conflicto entre una convención colectiva nacional y el derecho del país extranjero

El informe francés considera que muy probablemente un juez recurriría al principio de norma más favorable para resolver este tipo de conflictos.⁷⁶ En la República Domini-

74. Francia, 10

75. Francia, 10.

76. Francia, 10

cana, jueces de menor jerarquía han sostenido ese criterio.⁷⁷ En Argentina, los conflictos que se han presentado son entre leyes más que de convenciones colectivas, pero en el criterio del informante nacional se aplicarían los mismos principios generales de derecho internacional privado, esto es, se aplicaría la norma de la convención colectiva vigente en la empresa nacional en que fue contratado el trabajador, sin perjuicio de la aplicación de la norma más favorable.⁷⁸

El informe israelí destaca la poca probabilidad de que se presente un conflicto por la limitada aplicabilidad de los convenios colectivos domésticos. Sin embargo de presentarse el conflicto, la Histadruth considera que la ley extranjera debe ser respetada. De darse un conflicto se resolvería sobre la base de los principios que se usan para resolver los conflictos de leyes.⁷⁹

En Alemania⁸⁰ la determinación de la ley que regulará un convenio colectivo, depende en primer lugar de la elección de las partes.

77. República Dominicana, 6.

78. Argentina, 3.

79. Israel, 18. En Israel, sólo se ha dado un caso importante y se refiere a un conflicto de leyes relacionado con un trabajador israelí empleado por un empleador israelí en los territorios ocupados del Sinaí (antes de que fueran regresados a Egipto). En ese caso, la Corte Laboral, dio prioridad a la "Lex Contract", otro cuando entrara en conflicto con disposiciones de orden público evento en el cual la Corte siguió la ley territorial del lugar del empleo. En el evento de que el conflicto fuera entre convenios colectivos nacionales o extranjeros, la jurisprudencia israelí ha establecido que debe prevalecer la norma más favorable al trabajador).

80. Alemania, 1-2.

Como regla, una escogencia tácita de la ley ocurre, por ejemplo, cuando las partes hacen referencia a una ley nacional de convenios colectivos o con el registro de un convenio colectivo en un determinado país. Si como caso excepcional, un convenio tácito entre las partes no puede ser determinado, la más cercana conexión con el convenio colectivo y la ley nacional es la determinación de la ley que regirá.

La territorialidad como regla en los conflictos de ley, según el informe alemán⁸¹ es inaceptable. La más cercana conexión de un convenio colectivo con un estado es determinada por la nacionalidad común de las partes; alternativamente por el centro espacial de gravedad del acuerdo colectivo. La capacidad para ser parte de un convenio colectivo no está sujeta a especiales conflictos de ley, ellos son cubiertos por la ley que regula el convenio colectivo.

En Inglaterra, según lo estableció la jurisprudencia, se aplica la ley señalada en el convenio. En ausencia de esta elección, se aplica la prueba de "la más cercana y real conexión", a fin de establecer cual es la ley contractual, que podría ser la del país en donde se prestan los servicios. En el evento de que fuera la ley inglesa, las Cortes, señala el informe, no aplicarían las disposiciones del convenio colectivo contrarias a las leyes de orden público.⁸²

81. Alemania, 2.

82. Reino Unido, 6-7.

En Austria este tipo de conflicto sólo se presenta si se trata de derecho privado que tiene una relación con disposiciones de derecho público, como por ejemplo, el día de descanso semanal que sería el domingo en Austria y el viernes en los estados árabes. En este supuesto, el derecho nacional no se impone al derecho extranjero pero la compensación monetaria por trabajo en día de descanso semanal, se rige por el derecho austríaco (ley o convención colectiva).⁸³

En Japón, los empleadores han aplicado las normas colectivas japonesas. Los conflictos en esta materia son recientes y se diferencian las siguientes situaciones: a) Conflicto respecto de normas laborales del país en donde se trabaja. Suelen presentarse dos situaciones: 1) el caso de un convenio colectivo que exige aplicación a los trabajadores que laboran en el exterior. Se aplica la norma o convenio colectivo de conformidad con la "Regla de autolimitación sustantiva" ("Self Limiting Substantive Rule") si la ley contractual es la ley extranjera. En tanto el convenio colectivo se rija por la ley japonesa, su efecto normativo tendrá efecto aún en el centro de trabajo que está en el extranjero. Si las normas laborales obligatorias del país extranjero son más favorables al empleado, entonces dicha ley se aplicará. 2) Cuando el convenio colectivo no exige su aplicación a los trabajadores domésticos en el exterior, la

83. Austria, 3.

decisión de cuál norma laboral debe aplicarse es decidida de conformidad con la ley contractual. b) En caso de materia laboral colectiva. El convenio colectivo de la empresa japonesa debe ser aplicado en el exterior en tanto contenga reglas de autolimitación y no viole disposiciones imperativas del lugar de trabajo extranjero. Si el convenio colectivo no tiene reglas de autolimitación, la determinación de qué derecho se aplica dependerá de la "Ley adecuada para el nivel de relaciones colectivas" ("Proper law of collective level relations"). Si la ley imperativa del derecho laboral colectivo, en un lugar de trabajo ubicado en el extranjero contradice el orden público japonés, de acuerdo al derecho internacional privado japonés, el derecho extranjero no debe ser aplicado y en su lugar se aplicará el convenio colectivo japonés.⁸⁴

El informe sueco⁸⁵ señala que no conoce la existencia de convenciones colectivas que se apliquen a los trabajadores domésticos que laboren en el exterior. Con las excepciones de los convenios relativos a aspectos de seguros y pensión de 1985, conflictos entre convención colectiva nacional y ley extranjera que se aplique al trabajador en el exterior, no tiene conocimiento de que hayan ocurrido, aunque no quiere decir que no se hayan presentado.

84. Japón, 5-6.

85. Suecia, 3.

2. *Conflicto entre una convención colectiva nacional y una extranjera*

Otro conflicto que puede surgir es cuando respecto de un sujeto rigen dos convenios, uno de su país de origen y otro del país en que labora.

En Suecia, en general, el convenio colectivo sueco se aplica sólo al trabajo en Suecia, por lo que en teoría no debería existir el conflicto referido. De conformidad con los principios suecos de derecho internacional, una disputa relativa a un convenio colectivo, como cualquier otro tema de derecho privado de contratos, debe ser analizado con base en la ley contractual, por lo que el orden legal sueco debe ser aplicado a una disputa relativa a una convención colectiva sueca aún si la disputa concierne una cláusula relativa a trabajo en el exterior. Si el convenio colectivo es de carácter internacional, las partes deben decidir entre ellas cuál es la ley aplicable. Cuando las partes optan por esta solución, las Cortes suecas han hecho uso del método individualizado para determinar cuál es la ley aplicable. Este método implica que la Corte decida el caso con base en el ordenamiento legal que tiene la más fuerte y natural conexión con el convenio en disputa. Aspectos como la nacionalidad, el lugar del domicilio, el convenio y el trabajo son tomados en consideración.

Destaca el informe⁸⁶ que el ingreso en la Unión Europea, tiene un impacto en l.

86. Suecia, 5-8.

elección de la ley aplicable. La Convención de Roma de 1980 (Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales 80-934-EECICATO) ha sido aplicada por la Corte Suprema de Justicia sueca, considerando que es una fuente de legal.

Recientemente, el Consejo de la Unión Europea permitió una directiva el 18 de setiembre de 1996, relativa a la "Colocación de trabajadores dentro del marco del suministro de servicios" "posting of workers in the framework of the provision of service"), puede ser implementada por los estados miembros a más tardar el 18 de setiembre de 1999. Hace referencia su preámbulo a la Convención de Roma, cuyo artículo tercero establece, como regla general, la libre elección de la ley, hecha por las partes, pero que en ausencia de ella, el contrato debe ser regulado de conformidad con el artículo seis, por las leyes del país en que el empleado normalmente lleva a cabo la ejecución de su contrato, aún si temporalmente está empleado en otro país o, si el empleado no realiza habitualmente su trabajo en otro país, por la ley del país en cual él fue enganchado, salvo que aparezca de las circunstancias que como un todo el contrato está más cercanamente conectado con otro país, en cuyo caso el contrato debe ser gobernado por la ley de este país.

En Inglaterra, tomando en cuenta las particularidades del sistema inglés, el convenio colectivo para que sea aplicable debe constar por escrito y contener la aceptación expresa

de las partes y ser incorporada en el contrato individual de trabajo, por lo que es probable que se aplique el convenio inglés y no el del país de origen.

En Austria, este conflicto sería imposible que se presentara, pues por tratarse de derechos de derecho privado, habría que coordinarlas en función del campo de aplicación personal.⁸⁷

En opinión del informante japonés, ambas convenciones colectivas deben ser simultáneamente aplicadas en principio. Si de esta aplicación simultánea, se obtiene un resultado impropio, debe ser superado con la aplicación de las Reglas Reconciliación ("Application reconciliation rules").⁸⁸

Toda la situación que hemos comentado, es sintetizada en el informe francés,⁸⁹ que hace la observación de que el trabajador nacional que labora en el extranjero está integrado en una colectividad de trabajo que tiene sus propias reglas "las cláusulas susceptibles de ser aplicadas en el extranjero son, pues, aquellas que no perturban la organización colectiva en el extranjero, es decir, aquellas que se prestan a una individualización; esto excluye, por ejemplo, las cláusulas relativas a la salud y a la seguridad en el trabajo".

B. LOS SINDICATOS EXTRANJEROS: SU TRATAMIENTO

El segundo elemento que analizaremos es la forma en que un determinado ordenamiento jurídico

87. Austria, 3.

88. Japón, 6.

89. Francia, 9

nacional regula la participación de un sindicato singular o complejo, en los procesos de negociación colectiva (punto 1) y en el consecuente y eventual recurso ante los Tribunales de Trabajo para plantear reclamos relativos al convenio (punto 2).

Es propiamente para la negociación de convenios colectivos que surgen las limitaciones y obstáculos.

1. Respetto de la negociación de convenios colectivos

El grado de regulación autónoma o heterónoma que se reconozca a los sindicatos en el sistema de relaciones laborales de un país, incide definitivamente en la posibilidad de las organizaciones de trabajadores no nacionales de operar en mayor o menor grado en el ámbito nacional. Así, en Uruguay, con escasa o casi nula regulación heterónoma, lo que garantiza una amplia autonomía para la determinación del tipo de organización y estructura del sindicato y la ausencia de autorizaciones o registros administrativos para el ejercicio de la personería gremial, tendrían igualdad de trato según la opinión de los informantes uruguayos, respecto de las organizaciones sindicales nacionales para efecto de la negociación colectiva.⁹⁰

Una situación similar, ofrece el sistema de Israel,⁹¹ por lo menos desde el punto de vista legal, toda vez que no existen requisitos que exijan que el sindicato tiene que estar establecido en el país, ni tampoco define la ley los requisitos que debe reunir para ser considerado un sindicato represen-

90. Uruguay, 12.

91. Israel, 15.

tativo para efectos de la negociación colectiva. Sin embargo, en la práctica, dadas las especiales circunstancias del sistema de relaciones laborales de Israel y el dominio –importantísimo– que tiene la Histadruth, es difícil el surgimiento de otros sindicatos y menos si estos son extranjeros.⁹²

Amplitud pero limitada también ofrece la legislación chilena,⁹³ que consagra el derecho de las organizaciones sindicales a constituir organizaciones internacionales de trabajadores y afiliarse o desafiliarse de ellas; por lo que estima el informante nacional, que la protección legal se extiende a los extranjeros que en el ejercicio de sus funciones representen a organizaciones sindicales internacionales a las que se encuentre afiliada la organización sindical.

No obstante la apertura que muestran diferentes países respecto del funcionamiento de un sindicato extranjero,⁹⁴ las regulaciones propias y los requisitos que se requieren para la negociación colectiva conspiran contra la operación del sindicato extranjero.

En Suecia un sindicato adquiere la capacidad para actuar si reúne varios requisitos: tener un nombre, sus propios estatutos en los que quede claro que la organización debe actuar en interés de los trabajadores, un cuerpo director y no deben tener propósitos de lucro. Estas mismas condiciones se exigen al sindicato extranjero o internacional que pretenda negociar colectivamente.⁹⁵

92. Israel, 15.

93. Chile, 3.

94. Vid. Supra el punto A-1-9.

95. Suecia, 7.

La titularidad de la negociación colectiva se otorga con frecuencia al "sindicato representativo". El informe francés plantea el problema de que, no obstante que no existe ninguna imposibilidad legal para que un sindicato extranjero pueda ser representativo, de hecho es casi imposible considerar que llegue a obtener tal representatividad en los términos que señala la ley francesa.⁹⁶ No se excluye la posibilidad de que a pesar de no reunir la calidad de representativo, firme algún tipo de acuerdo el cual no sería un acuerdo o convenio colectivo, según lo define la ley, sino que tendría la fuerza jurídica de un acuerdo suscrito al margen de esa regulación y con valor de compromiso unilateral del empleador, amplio y aplicable, en principio a todos los trabajadores de la empresa.⁹⁷ En el caso de Argentina, hay dos tipos de convenciones colectivas, la de efecto normativo general, que corresponde negociar a los sindicatos con personería gremial. Y la convención colectiva de efecto limitado, que es la que se aplica exclusivamente a los afiliados a la respectiva organización sindical. Para ambos casos se requiere de una entidad organizada de conformidad con la ley argentina.⁹⁸ Situación similar se presenta en la República Dominicana, pues el sindicato para celebrar un convenio debe estar regulado en Secretaría de Estado de Trabajo,⁹⁹ de conformidad con la ley.

96. Francia, 12

97. Francia, 12; una situación similar plantea el informe austriaco.

98. Argentina, 4.

99. República Dominicana, 7.

El nivel en que se realiza la negociación colectiva en un determinado país, también afecta la posibilidad de que el sindicato extranjero negocie un instrumento colectivo de este tipo; tal es el caso de Chile,¹⁰⁰ país en que la negociación colectiva es muy descentralizada, favoreciendo el nivel de empresa o establecimiento, dificultando así la negociación en niveles supraempresariales. Este marco de negociación colectiva tan descentralizada, lleva a considerar que únicamente cabría una participación indirecta en la negociación colectiva del sindicato extranjero, a través de la organización que sea titular, sea un sindicato, federación o confederación chilena.

En el caso del Reino Unido,¹⁰¹ los requisitos internos se refieren a dos materias, el reconocimiento que tiene que hacer el empleador del sindicato para efectos de la negociación colectiva y de que se trate de un sindicato independiente, toda vez que el derecho de información, para efecto de la negociación, está limitado a los sindicatos que reúnen esos requisitos.

Canadá es un país que ha tenido una larga historia de sindicalismo internacional. La legislación canadiense no hace distinción de sindicatos extranjeros o sindicato de trabajadores extranjeros, habla en general de sindicato, por lo tanto, mientras cumpla con todos los requisitos para obtener el reconocimiento para negociar, como

100. Chile, 3-4. La dificultad respecto de la participación de organismos sindicales extranjeros en la negociación a nivel de empresa en Chile se origina también en que las partes en esta negociación, del lado sindical "deben estar constituidas de acuerdo a la ley nacional.

101. Reino Unido, 8.

agente negociador de los empleados de una unidad, carece de significación que ese sindicato represente a trabajadores extranjeros que puedan trabajar en Canadá o que la oficina central del sindicato, tenga su sede en otro país.¹⁰²

Una situación bastante similar se presenta en Israel desde el punto de vista legal, aunque no se ha planteado en el pasado como práctica.¹⁰³

En Japón, también el sindicato extranjero puede ser parte en la negociación colectiva.¹⁰⁴

Otros sistemas son muy restrictivos pues solo permiten fundar sindicatos al nacional lo que cierra la posibilidad al sindicato extranjero para celebrar una convención colectiva, y ser parte en las negociaciones.¹⁰⁵

2. Respetto de la posibilidad de accionar judicialmente

La posibilidad para el sindicato no nacional de acudir ante los tribunales a exigir el cumplimiento de un convenio colectivo, está íntimamente relacionado con su posibilidad de ser titular de dicha convención. Por ello, en los países que no tienen obstáculo para ser titulares de la negociación colectiva¹⁰⁶ podrán hacerlo válidamente. Pero en aquellos países que no tienen la titularidad,¹⁰⁷ tal posibilidad les es negada.

102. Canadá, 15.

103. Israel, 15.

104. Japón, 9.

105. Turquía, 6; Argentina 4; Brasil 8; Chile 55.

106. Canadá, Israel, Suecia, Uruguay.

107. Argentina, Brasil, Chile 4.

El informe francés¹⁰⁸ refiere dos posibilidades de acción adicionales para el sindicato: el ejercicio de una acción individual basado en una convención colectiva; y una muy original del derecho francés, que permite a los sindicatos plantear una acción en el interés colectivo de la profesión, que los convierte en "procureurs sociaux", aunque en ambos casos se presenta el problema de determinar bajo cuál ley debe ser apreciada la posibilidad del sindicato de ejercer la acción y que el informante siguiendo a M.L. NIBOYET-HOEGY, considera que debe ser la ley que rige la organización sindical que pretende actuar, la que tendrá siempre el límite de las leyes de orden público.

Para la protección de la buena fe en las relaciones colectivas de trabajo en las diversas legislaciones, a partir de la Ley Taft Hartley de los Estados Unidos de América, han tipificado una serie de conductas de las partes en las relaciones colectivas de trabajo como prácticas laborales desleales, entre ellas, las relativas a la discriminación, antisindical y maniobras contra la negociación colectiva.

La doctrina japonesa ha discutido si un sindicato extranjero puede ser reconocido en los términos de la "Labor Union Act (LUA)", para exigir remedios a esas conductas. Dos han sido las tesis: la que sólo el sindicato que domicilio habitual en Japón puede ser reconocido y la que considera que dicha ley tiene jurisdicción internacional y que un sindicato extranjero puede actuar en tanto satisfaga los requisitos de la ley.¹⁰⁹

108. Francia, 13.

109. Japón, 7.

3. Acuerdos intersindicales de cooperación

El informe israelí¹¹⁰ refiere la existencia de un acuerdo entre la Histadruth y el "Palestinian General Federation of Trade Unions (PGFTU)" de mayo de 1995, para dar protección a los trabajadores palestinos en Israel. Comprende el establecimiento de un comité de coordinación para resolver los problemas de los trabajadores palestinos en Israel. Contempla también, la distribución de las cuotas sindicales pagadas por los trabajadores palestinos en Israel, de tal manera, que la Histadruth devolverá a la PGFTU la mitad del 1% pagado por dichos trabajadores, y el compromiso de que la otra mitad será usada por la Histadruth para actividades sindicales para proteger a esos trabajadores y defender sus derechos.

C. EL EMPLEADOR EXTRANJERO: SU TRATAMIENTO

Por empleador extranjero en general entendemos para los efectos del presente informe las personas físicas o jurídicas no nacionales que tienen a su servicio trabajadores subordinados. Sin embargo, podría ocurrir en algún caso concreto que se consideren como empleadores no nacionales sociedades constituidas en el país de que se trate, en las que un determinado porcentaje de su capital social sea propiedad de extranjeros. También las inversiones de un nacional domiciliado en el extranjero.

Los informes nacionales, en su mayoría fueron pocos en precisar los requisitos para que un

110. Israel, 12

inversionista extranjero pueda realizar una inversión en el país¹¹¹ solo el informe de República Dominicana señala los requisitos que deben cumplirse para realizar una inserción por parte de un extranjero.

En general, los informes nacionales destacan, la igualdad de trato entre la empresa nacional y la no nacional, respecto de la aplicación de la ley laboral, tanto en sus aspectos individuales como en cuanto a las instituciones del derecho colectivo.¹¹² Francia reporta un "arret" de la casación social que con gran claridad estableció, que las leyes relativas a la representación de asalariados y la defensa de sus derechos e intereses son leyes de policía que se imponen a todas las empresas y organismos asimilados que ejercen su actividad en Francia". Sin embargo, existe una limitación y es, respecto de aquellas prerrogativas que serían incompatibles con la existencia en el extranjero de la sede social, aunque siempre deben tener un interlocutor válido los representantes sindicales.¹¹³ En el caso de Canadá¹¹⁴ la única excepción que indica el informe, es la relativa a que se trate de trabajadores de un estado extranjero o de una agencia de un estado extranjero que estén protegidos por la "Ley de Inmunidad Estatal" ("State Immunity Act").

El informe canadiense¹¹⁵ plantea si en una economía globalizada, en que actúan muchas importantes corporaciones transnacionales, el término de

111. República Dominicana, 9.

112. Argentina, 5; Brasil, 9; Canadá, 16; Chile, 4; Israel, 16; Japón, 10; Reino Unido, 9; República Dominicana, 8; Suecia, 8; Turquía, 6; Uruguay, 13

113. Francia, 14.

114. Canadá, 16.

115. Canadá, 17

empleador "extranjero" tiene alguna utilidad o si es un anacronismo; sin embargo, el caso canadiense, en el que un empleador ocupando asalariados en Canadá, es simplemente un empleador para los efectos del Código de Trabajo Canadiense, es más bien la excepción en este momento.

Dentro de la igualdad de trato entre empleador nacional y no nacional referiremos dos aspectos específicos: respecto de la aplicación de las convenciones colectivas (punto 1) y respecto de los eventuales beneficios para establecerse en el país de que se trate en general, o, en una región determinada.

1. Respecto de la aplicación de los convenios colectivos

En cuanto a las normas de origen autónomo, la situación se plantea diferente a las de origen étático, pues su vigencia respecto del empleador extranjero, estará condicionado a que entren en el campo de aplicación de la normativa convencional. Cuando se trata de convenios colectivos, que de conformidad con la legislación nacional, puede extenderse su vigencia a empresas o a un determinado campo, territorio o profesión, la aplicación es general.¹¹⁶ Si se trata de convenios colectivos y no se extienden obligatoriamente es requisito la pertenencia del empleador a la organización patronal firmante.¹¹⁷

En el Reino Unido, como el empleador formalmente debe aceptar la aplicación de la convención colectiva dependerá de esta decisión.¹¹⁸

116. Francia, 15

117. Francia, 15, Suecia, 11

118. Reino Unido, 9.

En Turquía se requiere que la empresa extranjera sea miembro de la organización patronal que es parte en la convención para que ésta lo obligue, aunque tiene la posibilidad de firmar un convenio vinculante sólo para él.¹¹⁹

Situación similar se presenta en Austria, donde normalmente deben ser miembros de la cámara económica competente.¹²⁰

El sistema israelí de relaciones laborales presenta un aspecto particular, los empleadores extranjeros, por lo general, no son partes en las negociaciones colectivas en Israel. La negociación colectiva por la parte empleadora, básicamente la realizan la "Manufactures Asociation" y "Coordinating Council of Economic Organization" y las empresas extranjeras generalmente no se afilian a estas dos organizaciones precisamente para no estar obligados por los convenios colectivos generales que firman, situación esta que ocurre con el consentimiento tácito de la Histadruth. Sin embargo, las organizaciones empleadoras tienen un status de miembro parcial reservado para empresas extranjeras que significa que son miembros para todos los propósitos, salvo para el de la negociación colectiva. Para las empresas nacionales esto puede tener una ventaja porque implica la garantía de que las empresas extranjeras operando en el país, tendrán una política de salarios y de condiciones laborales no inferior a la de las empresas domésticas, de tal manera que no se les coloque en una situación de desventaja.¹²¹

119. Turquía, 6-7.

120. Austria, 6.

121. Israel, 17.

2. Respecto de los eventuales beneficios para establecerse en el país o en una región determinada

La existencia de estímulos a la inversión, respecto de empresas extranjeras, de zonas libres, plantea si el tema implica también una ventaja respecto de la normativa laboral que rige a estas empresas, frente a las que regulan ese mismo aspecto a los empleadores nacionales. En general, los informes refieren que no existe ninguna regulación especial laboral de favor para este tipo de empresas,¹²² o en otros casos no existe del todo esa institución.¹²³ En los países de la Unión Europea, se destaca que ésta ejerce controles muy rigurosos sobre la ayuda a empresas, la que en principio es incompatible con el sistema comunitario.¹²⁴ En Canadá es usual que las municipalidades y provincias compitan en atraer inversores –tanto nacionales como extranjeros–, aunque se les da igual trato.¹²⁵ Sin embargo, el informe canadiense refiere un caso que se presentó en la provincia de Nova Escocia, cuando en 1980, se aprobó la “Ley Michelin” (“Michelin Bill”) reformando el Código de Trabajo, en el sentido de que cualquier solicitud para negociar respecto a una empresa que tenga más de una planta dentro de la jurisdicción, debe ser hecha por el representante de los trabajadores de una unidad que comprenda todas las plantas. La reforma ocurrió cuando había la solicitud de negociación en una

122. Argentina, 5; Chile, 4; Francia, 15; Reino Unido, 9.

123. Japón, 10; Suecia, 11.

124. Francia, 15.

125. Canadá, 16.

de las plantas; pero, destaca el informe que la técnica utilizada consistió en alterar una regla de aplicación general a todos los empleadores, no haciendo concesiones específicas a un empleador extranjero.¹²⁶ En Uruguay se encuentra en trámite un proyecto de ley que procura establecer un régimen especial de promoción a la inversión en general y particularmente a la extranjera, originada en los procesos de integración regional, que permite en materia laboral a las empresas inversoras, celebrar convenios colectivos de trabajo con las organizaciones que representen a sus trabajadores, en los que se establezcan regímenes de horario, descanso semanal e intermedios, sumas para mejor goce de la licencia y cómputo de las horas extra diferentes en más o en menos a las contenidas en disposiciones legales reglamentarias, emanadas de otros convenios colectivos vigentes. Este proyecto vendría a modificar la tradición de negociar por rama de actividad y facilita el convenio colectivo de empresa que no ha sido tradicional en el sistema uruguayo,¹²⁷ y abre la alternativa de la negociación colectiva a la baja con el límite de las disposiciones contenidas en los convenios internacionales ratificados por Uruguay. En Israel, la “Free Export Trade Zone Act” de 1993, prevé algunas restricciones sobre la aplicación de la legislación de empleo, pero se aplican por igual a las empresas nacionales y extranjeras, no establece ninguna restricción a la posibilidad de negociar colectivamente, o a la

126. Canadá, 16.

127. Uruguay, 13.

libertad de asociación en dichas zonas. La única modificación importante, es respecto de la aplicabilidad de los decretos expedidos por el Ministerio de Trabajo y Bienestar, que extienden el ámbito de los convenios colectivos, a todo un sector, o aún, a toda la población trabajadora, los cuales no se aplicarán en respecto de las zonas de explotación referidas.¹²⁸

D. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS

La negociación colectiva suele ser fuente de conflictos que pueden generar medidas de presión. Para el propósito del presente informe interesan los elementos internacionales que puedan presentarse o incidir en ellos. Así analizaremos la dimensión internacional en los conflictos colectivos respecto la nacionalidad de los sujetos (punto 1), respecto de la huelga en el extranjero y sus efectos (punto 2), respecto de la sustitución de los huelguistas por parte del empleador (punto 3), respecto de otras acciones patronales ante la medida de presión de los trabajadores (punto 4), respecto de la huelga de solidaridad (punto 5) y del boicot (punto 6).

1. Respecto la nacionalidad de los sujetos

Un primer elemento internacional respecto de las medidas de presión, es la nacionalidad de los sujetos, activo y pasivo y su incidencia en las posibilidades de acción, lo que se resuelve en función de las pautas que han sido señaladas respecto de la igualdad de trato y sus límites.

¹²⁸. Israel, 1.

Específicamente de acuerdo con ellas, el sindicato no nacional enfrentaría los mismos obstáculos que tiene para negociar colectivamente. Pero, no parece existir límites para que el asalariado extranjero participe en la huelga. Por el contrario, sería contrario a la regulación legal sobre la huelga y la no-discriminación si se le limitara.¹²⁹

2. Respecto de la huelga en el extranjero y su efecto

La negociación colectiva puede generar una huelga en el extranjero. Los informes nacionales analizan la ley que le es aplicable y los efectos sobre el contrato de trabajo.

En Francia se reporta la dificultad de sacar conclusiones de algunos "arrets" que se han producido. La huelga, sea con fundamento en las leyes de policía o por la vinculación bilateral de ella con el lugar en que se desarrolla, parece que debe regularse por la ley del país en que ocurre.¹³⁰

En República Dominicana, con base en la territorialidad de las leyes laborales se llega a una conclusión igual.¹³¹

En Suecia el punto sería resuelto sobre la base de la ley aplicable en el lugar en que ocurre la huelga aunque se señala que en el supuesto que nos ocupa (huelga de un trabajador nacional en el extranjero por una disputa en una negociación colectiva nacional), probablemente será examinada de conformidad con la ley sueca.¹³²

¹²⁹. Japón, 11

¹³⁰. Francia, 10.

¹³¹. República Dominicana.

¹³². Suecia, 9; observa el informe que de conformidad con el principio de subsidiariedad el derecho de huelga no ha sido regulado en la comunidad europea.

En Alemania los tribunales juzgaron el punto de conformidad con la ley que regula el conflicto.¹³³ En Turquía no se reconoce el derecho de huelga al trabajador nacional que labora en el extranjero.¹³⁴ Los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo plantea lo que el informe francés señala como el punto más delicado del derecho internacional de la huelga,¹³⁵ por la situación que se presenta de que si bien un despido o una sanción se rige por la ley que regula la relación de trabajo es difícil no tomar en cuenta la ley del lugar en que ocurre la huelga para apreciar la legalidad de la medida de presión y consecuentemente el comportamiento de los huelguistas.¹³⁶

En Inglaterra los efectos de la huelga serán determinados por la ley contractual, si el contrato fue celebrado fuera de la Unión Europea se aplicará la prueba de la conexión más cercana y real. Si es ejecutado en la Unión Europea, se aplicará el artículo 6 de la "Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales" de 1980.¹³⁷

3. Respetto de la sustitución de los huelguistas por parte del empleador

Otro elemento internacional, con ocasión de una huelga en la empresa empleadora nacional, es la posibilidad del empleador de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros no nacionales. Esta

133. Alemania, 4.

134. Turquía, 6.

135. Francia, 11.

136. Francia, 11.

137. Reino Unido, 8.

es una posibilidad real aunque no exenta de excepciones y limitaciones.

Algunos países no la permiten del todo se trate de trabajador nacional o extranjero.¹³⁸ En otros, no existe regulación al respecto.¹³⁹

En Brasil, dentro del marco de protección a la huelga, está la prohibición del enganche de trabajadores sustitutos, con la excepción de aquellos casos en que no haya mediado acuerdo entre el sindicato y el empleador y sean necesarios para mantener en actividad aquellos servicios cuya paralización provoquen daños irreparables, o sea, necesario para mantener servicios esenciales para reactivar la actividad de la empresa, o cuando no se han observado las normas contenidas en la ley de huelga, o si la paralización continúa después de que se haya firmado un acuerdo, convención o decisión de la justicia del trabajo.¹⁴⁰

La posibilidad de sustitución puede ser amplia, en casos tales como cuando no existe regulación al respecto.¹⁴¹ O si se considera que una huelga es una violación repudiable del contrato de empleo,¹⁴² pues se permite al empleador la terminación del contrato sin preaviso y por lo tanto, la sustitución de los huelguistas.¹⁴³

En otros sistemas encontramos diferentes límites:

138. Turquía, 7; Argentina, 5.

139. República Dominicana, 10.

140. Brasil, 11.

141. Suecia, 9.

142. Reino Unido, 10.

143. Argentina, 5.

a. Según el plazo del contrato de trabajo del nuevo trabajador

No se permite la sustitución del trabajador huelguista por uno contratado a plazo fijo, pero sí puede sustituirse independientemente de su nacionalidad, por trabajadores a plazo indeterminado.¹⁴⁴ Dentro del espíritu de este límite, no se permite el recurrir a las empresas especializadas en trabajo temporal, para el envío de trabajadores sustitutos.¹⁴⁵ En Israel, una ley reciente que regula las agencias privadas de empleo, no les permite el envío de trabajadores a empleadores con la finalidad de reemplazar a trabajadores huelguistas.

b. Según el poder del sindicato.

El informe de Israel hace referencia al dominio de la Histadruth, que no permitiría la sustitución del huelguista; aunque la pérdida de fuerza que ha ido teniendo, abre la posibilidad como hipótesis hacia el futuro, de que el empleador trate de sustituir a los huelguistas.¹⁴⁶

c. Aspectos migratorios.

Puede existir prohibición en la ley relativa al empleo de extranjeros, de autorizar el trabajo de estos en una empresa en la que hay una huelga.¹⁴⁷ Además, de lo que ya fue expresado sobre esta materia,¹⁴⁸ debe tomarse en cuenta

144. Francia, 16.

145. Francia, 16.

146. Israel, 18.

147. Austria, 5; Canadá 18, Israel 19.

148. Vid. Supra 7.

que generalmente el permiso de trabajo de un extranjero en el país que lo recibe, será para el caso concreto y que estos trámites toman tiempo, por lo que difícilmente podrá contar, un empleado en forma inmediata o a corto plazo, con trabajadores extranjeros con los que pueda sustituir a los huelguistas.

Un aspecto político importante, relacionado con esta situación, lo señala el informe israelí,¹⁴⁹ al indicar que los permisos de trabajo de extranjeros se otorgan restrictivamente, toda vez, que se dan respecto de un solo empleador, tomando en cuenta las situaciones del mercado de trabajo, por lo que sería difícil que el Ministerio de Trabajo otorgue permisos a trabajadores extranjeros para reemplazar a trabajadores nacionales en huelga.

Pero, esta situación presenta un ángulo diferente, si se trata de un país integrado en un ámbito regional en el que existe la libre circulación de trabajadores, toda vez que la limitación señalada, obviamente no existirá aunque se reconoce que es una hipótesis posible, aunque rara.¹⁵⁰

El control de los requisitos migratorios no es sólo estatal, sino que los sindicatos pueden ejercer presión en la materia, así en Uruguay,¹⁵¹ con ocasión de una huelga prolongada en el sector de la construcción, los empresarios recurrieron a la contratación de trabajadores brasileños. Como reacción el sindicato de inmediato, reclamó la

149. Israel, 19.

150. Francia, 16 en nota 13.

151. Uruguay, 15.

intervención de la Inspección General de Trabajo y la Seguridad Social, a fin de que constatará el cumplimiento por parte de estos trabajadores de las normas migratorias y laborales.

d. Altas tasas de desempleo

Siendo el desempleo un fenómeno generalizado en el mundo salvo casos específicos de categorías de trabajadores respecto de lo que existe faltante en el mercado nacional, y tomando en cuenta lo anotado en el párrafo anterior, no es práctico pensar en recurrir a trabajadores extranjeros, cuando están disponibles de inmediato en el país.¹⁵²

e. Que existan regulaciones al respecto en una convención colectiva

El informe japonés indica que no es raro encontrar en estos convenios, cláusulas con previsiones sobre la sustitución de huelguistas japoneses por extranjeros ("scab clause").¹⁵³

f. La estrategia del empleador

En Uruguay, el sector patronal privado, en caso de prolongación de una huelga, opta por garantizar el derecho al trabajo de quienes quieren terminarla a través del otorgamiento de garantías y seguridades para el reingreso, en vez de contratar esquirolas.¹⁵⁴

152. Canadá, 18.

153. Japón, 12.

154. Uruguay, 1.

4. Respecto de otras acciones patronales ante la medida de presión

Otros medios de reacción a los que puede recurrir el empleador, no encuentran límites, así puede repartir su producción a otros centros de trabajo no afectados por la huelga en el país, o remitirlo al exterior, como también utilizar la sub-contratación.¹⁵⁵ Sin embargo, si la huelga se da con ocasión de una negociación colectiva, ese tipo de acciones no serían aceptables, de conformidad con la "Declaración Tripartita de Principios sobre la Empresa Multinacional y la Política Social (adoptada por el Consejo de Administración de la OIT, el 16 de noviembre de 1977, punto 52).

El momento en que ocurra la huelga podría significar un eventual límite, a la posibilidad del empleador de trasladar su producción. En efecto, en el informe de Chile¹⁵⁶ se hipotiza que de ocurrir durante una negociación colectiva, podría tipificar una práctica laboral desleal del empleador, pues puede considerarse que es una acción "que revele una manifiesta mala fe que impide el normal desarrollo de la misma" (se refiere a la negociación colectiva); aunque parece que la hipótesis referida contempla la medida del empleador sin estar en una situación de huelga.

5. Huelga de solidaridad

La abstención del trabajo de los asalariados en apoyo a una huelga decidida por los trabajadores de otro centro de trabajo, sea que esté ubicado en

155. Argentina, 5; Austria, 5; Francia, 16; Japón, 9; Reino Unido, 10; Turquía, 7.

156. Chile, 4.

el país o en el exterior, estará condicionado por el grado de regulación (límites) al ejercicio del derecho de huelga.

En Uruguay se reconoce la huelga a nivel constitucional, como un derecho gremial y se le dio un mandato al legislador para que reglamentara su ejercicio y efectividad, que ha cumplido, en forma muy limitada, pues solo ha regulado cierta formalidad respecto al ejercicio de la huelga (plazo de siete días) y aspectos relacionados al mantenimiento de los servicios esenciales. Como no se ha regulado lo relativo a la finalidad que puede tener la huelga, se admite la legalidad de la huelga de solidaridad, independientemente del carácter extraterritorial del conflicto.¹⁵⁷

Si la regulación es más intervencionista, la legalidad de la huelga de solidaridad será verificada de conformidad con la legislación nacional.¹⁵⁸ En Suecia, la huelga de solidaridad será legal si la huelga principal en el extranjero también lo es.¹⁵⁹

Un aspecto limitante es la exigencia de un ámbito subjetivo específico, esto es de que la huelga para que sea lícita, debe limitarse a un conflicto entre el empleador y sus trabajadores.¹⁶⁰

En Francia se exige un elemento de conexión, entre las reivindicaciones de la huelga a la que se apoya y la de los huelguistas solidarios, lo que obliga a comparar o analizar las reivindicaciones iniciales y las de los huelguistas por solidaridad.

157. Uruguay, 15.

158. Por ejemplo, República Dominicana, 11; Canadá 18.

159. Suecia, 13.

160. Argentina, 6; Brasil, 10; Chile, 5; Nueva Zelanda, 8; Reino Unido, 11; Turquía, 7.

Esto plantea un difícil problema aún no resuelto, y es el de bajo cuál ley apreciar las reivindicaciones iniciales y su legitimidad, la huelga inicial o la del movimiento de solidaridad.¹⁶¹

Otro límite viene dado por la existencia de cláusulas de paz laboral en convenios colectivos.¹⁶²

6. El boicot

El boicot como arma de presión en las relaciones colectivas, no ha sido muy utilizado.

Debemos distinguir diferentes modalidades. Cuando un sindicato o una organización de trabajadores llama a no comprar un determinado bien o utilizar un determinado servicio, en apoyo a los trabajadores que enfrentan un conflicto. Este es el caso de los conocidos boicots en los Estados Unidos contra la empresa Campbells en apoyo a los trabajadores del tomate o el que se dio en apoyo a los trabajadores de la uva. Esta forma de boicot no incide en las relaciones laborales de la empresa en que labora quien apoya la medida de presión. También ha sido usual este tipo de presión; por razones de índole política, como ocurrió en el pasado con Suráfrica por el "apartheid", respecto de países con dictaduras o en determinados conflictos armados.

Otra modalidad del boicot, es cuando los trabajadores de una empresa, se niegan a prestar determinados servicios a otra empresa que tiene un

161. Austria, 10 (opinión dominante); Francia, 18; Japón, 12.

162. O. BUENO MAGANO, Os grupos de empresas no direito do trabalho, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1979, p. 198; S. MARIS NADAL, La Empresa Transnacional en el marco laboral, Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1983, p. 77.

conflicto con sus trabajadores. Estamos en presencia de una presión fundada también en razones de solidaridad, por lo que en la práctica nacional se le da un tratamiento similar al de la huelga de solidaridad.¹⁶³

Si los promotores del boicot son los mismos trabajadores de una empresa en la que se negocia colectivamente, en Chile podría considerarse que se está en presencia de una práctica laboral desleal del trabajador o de sus organizaciones, pues son consideradas así las conductas que revelen una manifiesta mala fe que impidan el normal desarrollo de la misma (la negociación colectiva).¹⁶⁴

En Canadá, la negativa a dar el servicio a la empresa cliente se ha considerado como una huelga ilegal¹⁶⁵ según la posición más usual, esto, al menos, si el sindicato no había adquirido el derecho de ir a la huelga respecto al empleador de los trabajadores que representa, lo que sería más bien fortuito.

Si se trata de un boicot en el país en apoyo de un conflicto en el extranjero, para que sea lícito, puede requerir tener conexión con el conflicto local como se señaló en el caso de la huelga de solidaridad en el caso de Francia.¹⁶⁶ Por lo tanto, presenta el mismo problema de incertidumbre respecto a la legislación que servirá de base para determinar la conexión.¹⁶⁷ En la opinión del infor-

163. Argentina, 6.

164. Chile, 4.

165. Canadá, 17.

166. Francia, 18.

167. Francia, 18.

mante del Japón,¹⁶⁸ la legalidad debe ser decidida con base en la ley del país que tenga la más cercana relación con la relación laboral colectiva en el conflicto, que no siempre es la del lugar donde ocurre el boicot.

Sin embargo, el boicot tiene consecuencias.

En Francia, según una jurisprudencia de principio de siglo, el boicot no necesariamente, es ilícito, pues puede ser considerado como una expresión de la libertad de acción sindical cuando tiende a la satisfacción de un interés profesional.¹⁶⁹ Pero, refiere el informe de ese país, la dificultad de prever cual será la posición actual de los jueces aunque recientemente se negaron a condenar el boicot de una empresa que iba a relocalizar sus actividades;¹⁷⁰ y advierte que sería audaz generalizar lo resuelto. Si se optara por la ilicitud del boicot, sería como una manifestación de una falta extracontractual y si el daño fue causado en Francia, podría convocarse la ley francesa.¹⁷¹

En Brasil no se trata al boicot como un fenómeno laboral sino civil y no existe prohibición legal de rechazar individual o colectivamente productos extranjeros.¹⁷²

Similar situación se presenta con Austria.

En Canadá el sólo llamado público de boicotear un producto sin hacer piquetes o huelgas no viola la legislación laboral. Una campaña sindical

168. Japón, 12.

169. Francia, 17.

170. Francia, 17.

171. Francia, 17.

172. Brasil, 11.

estimulando al público a boicotear una empresa extranjera, siempre que no constituya difamación o una conducta similar, estará protegida por el derecho constitucional de la libertad de expresión.¹⁷³

173. Canadá, 18.