

Lic. Mario Blanco Vado

LA TRANSFORMACION DE LA CESANTIA EN EL MARCO DEL AJUSTE ESTRUCTURAL

Serie "FORO SINDICAL"

OBRAS PUBLICADAS:

Actualidad del Movimiento Sindical
en Costa Rica - Nº 1
Rodrigo Aguilar Arce



2

**FRIEDRICH
EBERT**
STIFTUNG

El material que publicamos es de exclusiva responsabilidad de sus autores y no refleja necesariamente el pensamiento de la Fundación Friedrich Ebert. Se admite la reproducción parcial o total de sus trabajos a condición de que sea mencionada la fuente y se haga llegar copia al autor.

Para la solicitud de ejemplares comunicarse a:

Fundación Friedrich Ebert
Representación en Costa Rica
Apdo. Postal 874-1000, San José, Costa Rica
Teléfonos: 96-0736/96-0737/96-0738 - Fax: 96-0735

Impreso en Costa Rica, 1993
Impreso por Edicosta S. A. - Tel/fax: 55-4265

LA TRANSFORMACION DE LA CESANTIA EN EL MARCO DEL AJUSTE ESTRUCTURAL.

Lic. Mario A. Blanco Vado

Serie "FORO SIND'CAL"

2

**FRIEDRICH
EBERT****STIFTUNG**

338,97286

B57a Blanco Vado Mario

Auxilio de cesantía y ajuste estructural
/Mario Blanco Vado. -- 1ed. --San José :
Fundación Ebert, 1993
60 p.; 21 cm.

ISBN 9977-961-15

1. Costa Rica - Política Económica 2.
Desarrollo Económico - Costa Rica I. Título

PRESENTACION

Una de las actividades realizadas por el Foro Sindical durante el año 1993 fue la mesa redonda sobre el "Fondo de Capitalización Laboral y Democratización Económica", en la que participaron los licenciados Rafael Angel Rojas, uno de los autores del proyecto y Mario Blanco, asesor legal de la Asociación Nacional de Empleados Públicos (ANEP), quien nos ofreció un análisis interesante y distinto de la propuesta gubernamental, especialmente en sus antecedentes históricos y sus repercusiones para la clase trabajadora, y que se detalla en el estudio que presentamos en esta oportunidad.

Si bien es cierto que el anhelo de constituir un tercer sector de la economía que le ofreciera a los trabajadores costarricenses la posibilidad de alcanzar mayores niveles de democratización, no es algo nuevo ni desconocido — recordemos el último de los esfuerzos en el gobierno de Luis Alberto Monge con la iniciativa del sector de Economía Laboral (SEL)— lo presentado en esta oportunidad por el Gobierno de la República, en asocio con algunos dirigentes políticos de los dos partidos mayoritarios y de algún sector de los empresarios, podría tener características adicionales que el Lic. Blanco, de gran trayectoria y experiencia en la vida sindical y laboral del país, nos ofrece con este trabajo que contó con el apoyo decidido de la Fundación Friedrich Ebert.

En tiempos de flexibilización de las relaciones de trabajo, de la búsqueda de mayores niveles de eficiencia y productividad y de nuevos esquemas de

calidad y de organización de los trabajadores, las anotaciones que le hace el autor al proyecto conocido como la reforma al "Auxilio de Cesantía" son de profunda meditación para la dirigencia sindical del país, que más halla de buscar la transformación de la cesantía de una expectativa de derecho a un derecho real y debe saber ubicar esta iniciativa en su contexto.

Hasta ahora la discusión más importante ha girado sobre el tema de la administración de los recursos, aspecto desde luego fundamental del proyecto, sin embargo el Lic. Blanco trasciende los asuntos formales de la iniciativa para mostrarnos en el marco de la celebración de los 50 años de las garantías sociales y de las dos acusaciones presentadas contra nuestro país, ante la OIT y el Gobierno de los Estados Unidos, por violación a los principios mínimos de libertad sindical, otros elementos a tener en cuenta para el apoyo y posterior aprobación de este proyecto. La posibilidad de flexibilizar las relaciones obrero-patronales al desaparecer el concepto de sanción para el patrono por despido sin causa justa, la contratación por servicios profesionales escapándose de esta manera, a la cobertura y beneficios de esta legislación, y la posibilidad de utilizar los recursos de los trabajadores en el financiamiento del sector privado antes que producir una verdadera democratización de la economía, son parte de las observaciones que se nos ofrecen con este esfuerzo.

Deseamos que esta segunda publicación de la serie del Foro Sindical sea una herramienta para toda la organización laboral del país y contribuya en el esclarecimiento de aquellos aspectos que, no estando explícitos en el proyecto, son de igual o mayor trascendencia para los trabajadores.

La importancia de esta propuesta aunada a las reformas laborales que recientemente se aprobaron en la Asamblea Legislativa como parte de los compromisos que se asumieron con la OIT, podrían constituir un escenario favorable para el sindicalismo costarricense que le permita la recuperación de un papel protagónico en la vida nacional.

Guillermo Villalobos Solé
*Coordinador del Programa Sindical
 de la Fundación Friedrich Ebert.*

INDICE

PRESENTACION.....	7
INTRODUCCION	9
PARTE I: LA LEGISLACION LABORAL ACTUAL	13
A. INTERVENCION ESTATAL EN PROTECCION DEL TRABAJADOR	13
B. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA RELACION	15
C. MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS	15
D. RESISTENCIA A LA TERMINACION	17
E. CONSECUENCIAS DE LA TERMINACION INCAUSADA ...	18
1. INDEMNIZACION POR TERMINACION	19
2. PRIMA DE ANTIGUEDAD	21
F. REGULACION CONSTITUCIONAL	22
PARTE II: LA PROPUESTA NEOLIBERAL	
DE TRANSFORMACION DEL AUXILIO DE CESANTIA	25
A. AJUSTE ESTRUCTURAL-RELACIONES LABORALES	25
B. FLEXIBILIZACION DE LA RELACION LABORAL	26
C. INDEMNIZACION - PRIMA DE ANTIGUEDAD	27
D. MOVILIDAD EXTERNA	29
E. MOVILIDAD INTERNA	33
1. JUS VARIANDI	33
2. SUSPENSIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES	34
F. AJUSTE ESTRUCTURAL Y CAPITALIZACION LABORAL	36
1. FONDO DE CAPITALIZACION	36
2. ADMINISTRACION Y RENTABILIDAD	37
3. EMPRESAS DE PROPIEDAD LABORAL	40
PARTE III: ESTABILIDAD LABORAL,	
DEMOCRATIZACION Y CESANTIA	43
A. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO	43
B. FONDOS LABORALES HACIA LA DEMOCRATIZACION	45
C. ADMINISTRACION DE LOS FONDOS	46
D. PARTICIPACION SINDICAL	47

INTRODUCCION

La transformación del auxilio de cesantía ha sido una permanente aspiración de los trabajadores costarricenses y consigna del movimiento sindical. En el planteamiento sindical, la cesantía debe ser un "derecho plenamente vigente y no como una mera expectativa" (CATD/CNT:1988,23), la cual debe pagarse al trabajador en todos los casos de terminación de la relación laboral y por el período de prestación del servicio sin tope alguno (ASEPROLA:1988,20).

Un sector del Partido Liberación Nacional (PLN) también asumió la iniciativa de modificar la regulación legislativa sobre el tema, cuando la concepción del Estado "empresario" entró en crisis a finales de la década 1970-1980, y propuso el proyecto de Transformación del Auxilio de la Cesantía y de creación de un Sector de Economía Laboral (SEL), del cual se elaboraron distintas versiones.

La propuesta liberacionista pretendía la creación de un sector económico en manos de los trabajadores que, junto al sector estatal y al sector privado, constituyeran los motores del desarrollo socio-económico y democrático del país (MORALES:1978,23ss). Sin embargo, las distintas corrientes sindicales rechazaron la propuesta debido a que, cual "propuesta patronal", el proyecto prescindía de resolver primero la fuerte represión sindical que ha impedido la consolidación de un "fuerte y vigoroso movimiento sindical" (ESPINOZA:1979,81).

Por otra parte, los últimos gobiernos se han caracterizado por la omisión casi absoluta de nuevas disposiciones legislativas de contenido social y, menos aún, de reformas fundamentales a la legislación laboral.

El actual Gobierno, cuestionado por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el manejo antisindical del usufructo de la cesantía¹, presentó al trámite legislativo un tímido e insuficiente proyecto de ley que busca modificar exclusivamente el monto del auxilio, manteniendo las restantes regulaciones².

El Poder Ejecutivo se ve obligado a presentar a conocimiento de la Asamblea Legislativa un nuevo proyecto de ley³ que evita el manejo exclusivo de la cesantía por una única organización social, como resultado de las obligaciones expresamente adquiridas ante la Misión de Contactos Directos del Comité de Libertad Sindical (OITa/1991,sp).

Oficialmente, la nueva propuesta gubernamental se inscribe en la celebración del cincuentenario de la legislación laboral, pese al compromiso internacional indicado y a la participación del país en la Conferencia Internacional de la OIT.

La iniciativa coincide con la propuesta social-demócrata original en la exposición de motivos y varía en los aspectos concretos (MORALES:1985).

Esta reforma no resuelve la apuntada carencia de respaldo a las propuestas y modificaciones sustanciales, en favor de los trabajadores, de la ley laboral costarricense del último decenio. Cabe preguntarnos, entonces: ¿A qué obedece la repentina preocupación social de los actuales gobernantes? ¿Se trata tan sólo de la celebración del cincuentenario de la aprobación del Código de Trabajo? ¿Cual es la influencia de los nuevos planteamientos sobre el papel del Estado y la nueva concepción de la economía, que orientan a los

1 Nos referimos al 278 Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT y a la 250 Reunión del Consejo de Administración, Ginebra, mayo-junio de 1991, que se pronuncian sobre el caso No. 1483: "Queja contra el Gobierno de Costa Rica presentada por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL)".

2 Proyecto de Ley de Reforma a varios artículos del Código de Trabajo. Expediente Legislativo No. 11167. Publicado en La Gaceta No. 69 del viernes 12 de Abril de 1991.

3 Proyecto de Ley para la Creación del Fondo de Capitalización Laboral y Democratización Económica. Comisión Permanente de Asuntos Sociales. Expediente Legislativo No. 11522.

actuales gobernantes, sobre la propuesta social-demócrata original? ¿Tiene el proyecto una orientación liberal? ¿Es realmente una propuesta de democratización de la sociedad?

En este trabajo, se pretende demostrar que el Proyecto de Fondo de Capitalización Laboral y Democratización Económica es parte de los requerimientos urgentes que, en materia de relaciones laborales y mercado de trabajo, se plantean los actuales gobernantes. Queremos demostrar que el proyecto es parte de las medidas que pretenden adaptar las relaciones laborales a las nuevas condiciones imperantes en el mercado de trabajo.

En ese sentido, conforme a las reglas de una economía que tiende a liberalizar cada vez más las relaciones entre los sujetos -en este caso laborales-, se pretende introducir y consolidar un nuevo modelo, acorde con tal concepción, sin prescindir por ello del carácter compensatorio del ajuste estructural para el sector trabajador.

Flexibilizar la relación laboral, incluida su terminación, es uno de los objetivos centrales del proyecto; la propuesta gubernamental busca la liberalización de las relaciones laborales en una economía de mercado en el que la ley de la oferta y la demanda prevalece sobre el interés social.

El proyecto de ley incluye otros objetivos ligados al proceso de adaptaciones y modificaciones en ejecución en toda la sociedad costarricense, que aparecen disfrazados bajo el manto de una supuesta democratización. De esta forma, los recursos económicos -en apariencia propiedad de los trabajadores- se destinan al financiamiento del arduo y necesario proceso de reconversión industrial y de capitalización de las empresas.

Develar este espejismo resulta una tarea urgente para los trabajadores. Para ello se requiere de previo revisar los principales enunciados de nuestra actual ley laboral en materia de terminación de la relación laboral (PARTE I) y precisar posteriormente el desarrollo y las coincidencias de la propuesta gubernamental en el marco del ajuste estructural (PARTE II).

Finalmente se exponen algunas de las modificaciones de fondo que resultan urgentes al proyecto, y que son el resultado de la discusión y elaboración colectiva en la que se ha visto involucrada la dirección y el equipo de trabajo de ANEP en los últimos meses (PARTE III).

PARTE I

LA LEGISLACION LABORAL ACTUAL

Teóricamente, las relaciones laborales y el derecho laboral pueden ser clasificados resolviendo la dicotomía intervencionismo (fuerte presencia reglamentista del Estado en las relaciones laborales) y autonomismo (autonomía de los sujetos de las relaciones laborales)(URIARTE:1988,7). Ambos modelos responderán a su vez a la concepción general que prevalezca sobre el papel del Estado en las relaciones entre los sujetos.

En el caso de Costa Rica nuestra ley no sólo se ubica como marcadamente intervencionista, sino que para la tutela del trabajador establece una clara presencia del principio de la continuidad laboral, el cual implica o conlleva una restricción parcial de la autonomía de la voluntad en cuanto a la terminación de las relaciones laborales, sin conferir una estabilidad absoluta en el empleo.

A. LA INTERVENCION ESTATAL EN PROTECCION DEL TRABAJADOR

Con la aprobación del actual código de trabajo, la legislación laboral costarricense ha sido de un marcado corte intervencionista, como reacción al liberalismo que la precedió, según algunos analistas. Recién iniciada la década de 1940, la sociedad costarricense vio consolidarse una legislación laboral con esa característica en un cuerpo orgánico y sistemático.

Consecuente con las concepciones imperantes entonces respecto del papel de intervención del Estado en la sociedad y específicamente en el mercado de trabajo, el legislador de 1943 reunió en una única ley una serie de disposiciones. De esta forma el Código de Trabajo complementa y perfecciona lo hasta entonces regulado, (jornadas, salarios, accidentes, etc.) y amplía las regulaciones laborales, consecuencia directa e inmediata de la importante reforma constitucional de 1943 que incluyó las garantías sociales a la vieja constitución liberal de 1871.

La nueva legislación fue una clara manifestación de un Estado con hondas preocupaciones sociales, para el cual las relaciones entre particulares debían de ser afectadas por la directa participación y vigilancia estatal. El Estado no sólo era un legislador social sino que intervenía en las relaciones de trabajo mismas. La voluntad de los sujetos laborales se restringe considerablemente al imponer mínimos y máximos a pactar; así como a que se vigile y controle - a través de las Autoridades administrativas- la correcta aplicación de la ley laboral.

La marcada presencia estatal en las relaciones laborales es consustancial a la mayoría de legislaciones laborales Latinoamericanas, tales como la legislación Mexicana de 1932, que marcó además el proceso codificador de muchos de nuestros países Costa Rica, Nicaragua (1940), Guatemala (1947) y Honduras (1959).

Las manifestaciones concretas de tal tendencia interventora y reglamentista -en el ámbito individual- se encuentran en innumerables disposiciones de nuestra ley; por ejemplo lo dispuesto sobre la obligatoriedad del contrato escrito, el contenido mínimo de los contratos de trabajo, la obligación del registro de los contratos ante la Autoridad Administrativa, la fijación estatal de los salarios mínimos por ocupación, la fijación de jornadas máximas de trabajo, los períodos mínimos de descanso diario, semanal y anual, etc.

Aún la legislación emitida posteriormente, como es el caso de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social⁴ o las reformas más recientes a la ley laboral⁵ no se apartan de la concepción de intervención y tutela estatal de las relaciones laborales.

4. Ley No. 1860 y sus reformas. Publicada en La Gaceta del 6 de junio de 1956.

5. Ley de Riesgos del Trabajo No. 6727 del 9 de marzo de 1982.

En conclusión, el carácter intervencionista, de fuerte participación estatal comprendido en nuestra ley, tiene el origen o intencionalidad de tutelar o proteger al trabajador inmerso en una relación laboral.

En todo derecho laboral el Estado se involucra en relaciones privadas protegiendo a la parte más débil de esa relación, precisamente en atención a tal tutela, la ley ordinaria recoge y establece una serie de manifestaciones concretas, elevadas a la categoría de principios generales por la doctrina, que se encuentran entrecruzados entre sí por una única función tutelar del trabajador (PLA:1978,156).

Estos principios generales, acompañados a su vez de manifestaciones legislativas concretas, se encuentran en la base de todo derecho laboral, el nuestro no es la excepción.

El principio protector (y sus reglas), el principio de la irrenunciabilidad, el principio de la primacía de la realidad, el principio de la razonabilidad y el principio de la continuidad de la relación, no son sino manifestaciones o consecuencias de la citada intervención estatal en la búsqueda de brindar efectiva protección al trabajador.

B. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA RELACION

Si bien todos los principios se entrelazan en la búsqueda del objetivo tutelar apuntado, en lo referido a la terminación y a las vicisitudes que afectan el desarrollo de la relación laboral, el denominado principio de continuidad cumple un papel preponderante. Las manifestaciones concretas de este principio, en la actual ley, son de particular importancia cuando se analiza un proyecto relacionado con la terminación de la relación laboral.

Este principio introduce una restricción importante al mercado de la contratación laboral, admisible sólo cuando previamente se ha admitido la abierta y válida intervención del Estado en las relaciones privadas; con ello se pretende brindar un mínimo de estabilidad a los trabajadores, obligados a la venta de su fuerza de trabajo como medio de subsistencia.

C. MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS

Las manifestaciones concretas del principio en nuestra ley pueden ser expuestas de la siguiente manera:

- a. La ley costarricense privilegia y acentúa la existencia de relaciones laborales a tiempo indefinido, por sobre las relaciones a tiempo definido.

De ello deriva que la regla general será que el contrato de trabajo es a tiempo indefinido, y sólo excepcionalmente y ante circunstancias muy calificadas, se admiten las contrataciones a tiempo definido⁶.

Como consecuencia directa de la regla citada, se establecieron presunciones específicas en favor de las relaciones a tiempo indefinido o indeterminado, cuando a la finalización persistieran las causas que originaron la contratación, o bien cuando la naturaleza indefinida de la relación derivase de la prestación misma (Ibídem, artículos 26 y 27) buscando con ello el beneficio y protección del trabajador.

- b. Una segunda derivación del principio de continuidad, implica que las relaciones laborales se conciben dentro de un marco de extrema o persistente resistencia.

Esta derivación del principio de continuidad tiene a su vez al menos tres ámbitos de expresión en nuestra ley:

- b.1 En primer lugar se establecen como simples suspensiones lo que en otros ámbitos sería considerado como verdaderas interrupciones de la relación entre los sujetos. Ello lleva sin duda al legislador a admitir como válidas las denominadas suspensiones de la relación laboral (colectivas e individuales) y en aras de la protección de la continuidad en el empleo, se llega a señalar incluso que las mismas no afectan la antigüedad del trabajador (Ibid artículos 30 inciso c) y 153).

- b.2 En segundo lugar, se produce una restricción importante en materia de las modificaciones unilaterales -por parte del patrono- de la relación laboral. A pesar que el patrono ejerce un poder disciplinario, el cual le faculta de disponer de la fuerza de trabajo, tal poder no deviene en ilimitado. De tal manera, el ejercicio abusivo del denominado "jus variandi" se revela como un incumplimiento contractual grave de su parte y da lugar a las indemnizaciones que proceden para el caso de despido injustificado.

6. Código de Trabajo de Costa Rica. Ley No. 2 del 27 de Agosto de 1943. Editorial Lehmann. San José, 1988. Art. 22 inciso c).

En lo que aquí interesa, el Estado interviene también en el seno de las relaciones laborales restringiendo la facultad patronal de disposición de la fuerza de trabajo, en protección del trabajador y en aras de la continuidad de la relación (Ibid artículo 83).

- b.3. Finalmente tal rigidez lleva a que la sustitución del empleador no se considera un evento que afecte la continuidad de la relación, por el contrario expresamente la ley señala que en tal circunstancia el nuevo empleador asume las obligaciones derivadas de la antigüedad de los trabajadores. (Ibid artículo 37)

D. LA RESISTENCIA A LA TERMINACION

También el principio de continuidad genera una tendencia del ordenamiento laboral hacia la resistencia a admitir la terminación de la relación. De esta forma, la finalización de todas las relaciones laborales es un suceso de alta relevancia para nuestra ley laboral, objeto como tal de una exhaustiva regulación y dotada de características particulares.

Como regla general, la terminación sólo resulta admisible y no genera responsabilidad patrimonial como una manifestación (o consecuencia) del incumplimiento contractual de alguno de los sujetos. De ello deriva sin duda que en nuestra ley la relación termine únicamente por faltas graves del trabajador (Ibid artículo 81) o por un incumplimiento contractual también grave del patrono (Ibid artículo 82). Cuando la ley costarricense admite como excepción que la "sola voluntad patronal" (artículo 85, inciso c) código de trabajo) pueda generar la terminación de la relación, refuta la misma como un incumplimiento (contractual) patronal grave y que conlleva la reparación patrimonial respectiva, lo que resulta correlativo al incumplimiento contractual que se imputa también a la simple renuncia al empleo por parte del trabajador.

Lo exhaustivo de la regulación legislativa en este aspecto, en todo momento orientada por el principio de continuidad indicado, no impide el enunciado taxativo de otras situaciones de terminación admitidas como tales por la ley.

Se trata en tal caso de lo que podríamos denominar "supuestos taxativos de terminación", estableciendo como propios el advenimiento del término o plazo preestablecido (en las relaciones que lo admiten conforme a su naturaleza), el mutuo acuerdo (Ibid artículo 86 inciso c) y las causas válidamente

consignadas en el contrato de trabajo (Ibid; artículo 86 incisos b) y c)); mientras que devendrían ~~en~~ impropios la muerte, la jubilación, pensión o incapacidad permanente del trabajador (Ibid; artículo 85) o bien aquellas situaciones en que se asimila el riesgo de empresa al incumplimiento contractual (asimilados) como es el caso de la muerte, quiebra o insolvencia del patrono cuando tenga como consecuencia necesaria y directa la terminación de la actividad empresarial (Ibid; artículo 85 inciso c)).

En protección del trabajador (o su familia) y para desestimar la finalización de la relación, los supuestos de terminación impropios y asimilados generan las correspondientes obligaciones patronales de carácter económico tendientes a la reparación del daño patrimonial.

E. LAS CONSECUENCIAS DE LA TERMINACION

Esta legislación de corte intervencionista y protectora del trabajador aprobada hace ya cincuenta años, estableció consecuencias inmediatas a la terminación incausada de la relación laboral. Si se atiende a la clasificación tradicional de la terminación de la relación laboral, que distingue entre terminaciones causales e incausadas, habría que señalar que cuando se carece de causa justa para la terminación (despido y situaciones que se asimilan) tal incumplimiento contractual obligará al pago de una indemnización a cargo del patrono.

Esta indemnización sólo será admisible en legislaciones de carácter intervencionista, producto de la presencia estatal en las relaciones privadas - cuando la misma deriva en imposición legislativa- porque en la situación contraria (autonomismo) la misma sería libremente establecida por los sujetos de la relación laboral y no por el Estado.

En nuestro medio, la terminación incausada de las relaciones laborales se encuentra regulada por ley en aras de la defensa del principio de continuidad laboral y en beneficio del trabajador. Por ello una serie de indemnizaciones que operan ante supuestos de incumplimiento contractual de los sujetos no son sino manifestaciones concretas de la característica apuntada.

Sin embargo, junto a tales indemnizaciones operan también sumas de dinero a cargo del patrono que se encuentran lejos de tener tal carácter y que más bien se ubican como verdaderas primas de antigüedad, a pesar de su distinta naturaleza, el legislador utilizó la misma denominación para ambos grupos.

1. LA INDEMNIZACION POR LA TERMINACION INCAUSADA

La apuntada preeminencia de la terminación de la relación laboral por el incumplimiento contractual de alguna de las partes o sujetos, tiene una consecuencia inmediata y directa; en nuestra legislación laboral las situaciones de incumplimiento contractual grave, que generen la terminación de la relación laboral, obligan al pago de una indemnización, cuando es el patrono el que incumple. Excepcionalmente incluso dicha indemnización surge también a cargo del trabajador, en los casos de incumplimientos del contrato o relación a tiempo definido (Ibid; artículo 31).

Cuando es el patrono el que pone término a la relación sin que exista justa causa de despido, dado que el trabajador no ha incurrido en ninguna falta grave a sus obligaciones, se encuentra el patrono obligado al pago de una clara indemnización derivada precisamente del incumplimiento contractual (patronal) que conlleva el ejercer la terminación sin incumplimiento grave del trabajador. Si se trata de relaciones a tiempo indefinido, estaremos en presencia de lo que nuestro legislador ordinario llamó el auxilio de cesantía (Ibid; art. 29 C.T.).

En un análisis detallado de dicha indemnización habría que denominarla como la típica indemnización tarifada, (relacionada a la antigüedad en el empleo y al promedio salarial del último semestre), que repara parcialmente el daño patrimonial (pérdida del empleo) mediante una estimación global de carácter social. (PLA:1985,2)

Esta connotación de estimación y reparación global del daño causado, la refleja la regla de que la indemnización se paga "aunque el trabajador pase de inmediato a servir a las órdenes de otro patrono" (Código de Trabajo, art.29 inc.e).

La indemnización llega a aumentarse -excepcionalmente- para cuando al momento del despido se argumente la comisión por parte del trabajador de una falta laboral que no se pruebe en juicio (Ibid; artículo 82) obligando al pago del monto de los salarios dejados de percibir desde el despido a la fecha en que recaiga sentencia desfavorable para el patrono. Pese a que el monto y procedencia de este extremo ha sido restringido jurisprudencialmente, lo cierto es que esta variable bien podría obedecer a la reparación del daño moral que la falsa imputación de una causal conlleva, y operaría complementariamente a la indemnización tradicional (Ibid. artículo 29) que pretendería la reparación del daño patrimonial de manera global y estimada.

Si por el contrario se trata de una relación a tiempo definido, la regla sigue siendo la misma en cuanto a la reparación patrimonial si se le pone término injustificadamente antes del plazo o conclusión de la obra, pero en tal caso la indemnización a cargo del patrono será la establecida por el artículo 31 del Código de Trabajo, referida tanto a daños como a perjuicios, y sin prescindir tampoco de una fijación tarifada adicional establecida por la misma norma.

Igual carácter indemnizatorio tendrá el pago de las sumas (derivadas del artículo 29), por la terminación que obedece no a un incumplimiento contractual directo del patrono sino indirecto, las cuales se producen con ocasión del riesgo de empresa, que en aras de la protección del trabajador se establecen en su beneficio, específicamente en las situaciones de quiebra, insolvencia o muerte del empleador cuando generen el cese de la actividad empresarial (Ibid; artículo 85 inciso c).

Cuando se trata del incumplimiento contractual del trabajador cabe distinguir también entre varios supuestos. Por una parte la renuncia pura y simple al empleo, porque tratándose de una relación a tiempo indefinido, se obliga al trabajador a conceder un término de preaviso (Ibid; artículo 28), el cual si se omite adquiere un carácter evidentemente indemnizatorio en favor del patrono; y en las relaciones a tiempo definido, en las cuales la renuncia injustificada al empleo genera también una obligación indemnizatoria a cargo del trabajador (Ibid; artículo 31 C.T.). En ambos casos, indemnizaciones lógicamente reclamables judicialmente por el patrono afectado.

Por otra parte y finalmente, el incumplimiento contractual del trabajador puede manifestarse no en una renuncia incausada al empleo, sino en una deficiente y culposa prestación del servicio, o bien en una conducta que ligada o no a la prestación misma haga imposible la continuación del servicio, incurriendo con ello en alguna de las conductas que la ley define como faltas graves (Ibid; artículo 81). En tal caso, si bien no se establece expresamente el pago de una indemnización a cargo del trabajador, el legislador autorizó el despido sin responsabilidad patronal (despido causal o disciplinario) entendiendo como suficiente sanción, ante tal incumplimiento, la pérdida definitiva del empleo mismo.

Llegados a este punto, concluimos que resulta innegable que el "auxilio de cesantía" costarricense conlleva una naturaleza indemnizatoria al menos cuando su pago obedece al incumplimiento grave de las obligaciones propias de la relación laboral por parte del patrono.

También resulta fundamental dejar establecido que la existencia de indemnización (o sanción)-para el despido injustificado- tanto en las relaciones a tiempo indefinido (art.29) como en las relaciones a tiempo definido (art.31) tiene por objeto apuntalar la existencia de una relativa y primitiva estabilidad en el empleo generada por la preocupación de un Estado interventor en las relaciones entre particulares, las cuales se resistió a dejar -en materia de terminación- libradas a la sola autonomía de la voluntad. Así como se restringieron y regularon aspectos del contenido de la relación, también se restringió, parcialmente la terminación incausada como un desarrollo específico del principio de continuidad.

2. LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD

En situaciones en donde no media un incumplimiento contractual patronal o del trabajador, el legislador estableció el pago de sumas de dinero a cargo del patrono constituyéndolas como una falsa indemnización o supuesto "auxilio de cesantía". Se trata de aquellas situaciones que hemos denominado como "supuestos taxativos impropios de terminación", en los cuales se mantiene la obligación patronal de pagar una suma igual a la cesantía, pero liberada por completo de su carácter indemnizatorio. Tales como la muerte, jubilación, incapacidad permanente y pensión del trabajador. Las consideramos sin carácter indemnizatorio, porque en tales circunstancias no existe (y existiendo resultaría irrelevante) un incumplimiento contractual grave del trabajador, por lo que procede el pago de una prima de antigüedad.

En este caso, la opción legislativa, deficiente tal vez técnicamente, al omitir la distinción en cuanto a la naturaleza de las sumas, estableció una verdadera prima de antigüedad, solo para tales supuestos, pagadera al momento de terminación de la relación laboral y mediante el sistema tarifario utilizado para el cálculo de la verdadera indemnización.

Asume así el auxilio de cesantía en nuestra ley un doble y excluyente carácter: Por una parte, se trata de una típica indemnización en los supuestos de terminación injustificada de la relación laboral (Ibid artículos 29 y 82) y por otro, una clara y evidente naturaleza de prima de antigüedad en los eventos admitidos por la ley misma (Ibid artículo 85) y en los cuales no existe calificación respecto a la naturaleza justa o injusta de la causa de terminación de la relación.

F. LA REGULACION CONSTITUCIONAL

Sin llegar a distinguir entre la distinta naturaleza de la cesantía como verdadera indemnización y la cesantía como falsa indemnización de la ley ordinaria (indemnización-prima de antigüedad) la reforma constitucional de 1949 ratificó la existencia del auxilio de cesantía como una indemnización. Erróneamente se consideró que se trataba del mismo principio que ya recogía "la legislación de trabajo" de entonces, a juicio del legislador Monge Alvarez.⁷

Ante la propuesta de la fracción social-demócrata, se incorporó el actual artículo 63 de la Constitución Política, según el cual los trabajadores despedidos "sin justa causa" tendrán derecho a una indemnización hasta tanto no exista un seguro de desempleo⁸.

La norma es lo suficientemente clara en cuanto a la cesantía como una indemnización derivada del incumplimiento contractual que conlleva el despido injustificado o incausado, lo cual -como se vio- es sólo parcialmente lo establecido por la ley ordinaria, puesto que ignora la existencia de la prima de antigüedad.

Pero también es reveladora la condición impuesta por el constituyente de que la indemnización sólo existirá mientras no se encuentre vigente un seguro de desocupación para los trabajadores costarricenses. Es decir, la puesta en práctica del seguro de desempleo, haría desaparecer la indemnización para el despido sin justa causa.

Adicionalmente, podemos concluir que dado que ya existían -en 1949- las primas de antigüedad en el Código de Trabajo (artículo 85, C.T.) es de suponer que las mismas quedaron convalidadas en la particular redacción de la norma y sobre todo porque nada consta al respecto en la precaria discusión legislativa generada con la propuesta de actual artículo constitucional (Constitución Política, artículo 63).

7. Actas de la Asamblea Constituyente de 1949. Editado por la Imprenta Nacional, San José, 1957. Tomo III, pag. 23, Sesión No. 123.

8. Constitución Política de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949. San José, Imprenta Nacional, 1984. El artículo 63 establece: "Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación"

En concordancia con lo anterior, podemos concluir que resulta enteramente posible -en el ámbito constitucional- mantener las actuales primas de antigüedad o bien crear nuevas primas de antigüedad que operen al término de la relación laboral y con independencia de las causas que originen la terminación, para lo cual resultaría intrascendente que ya exista o llegue a existir el seguro de desocupación previsto en este nivel.

El único límite ubicable en este ámbito del tema sería que tales primas no pueden por sí solas hacer desaparecer la obligación indemnizatoria que ampara a los trabajadores despedidos sin justa causa.

Sin embargo, la cesantía como indemnización por el despido injustificado queda sujeta a la no existencia del seguro de desocupación; la procedencia de las primas de antigüedad -las existentes o nuevas- no parecen por el contrario tener impedimento constitucional alguno.

PARTE II

LA PROPUESTA NEOLIBERAL DE TRANSFORMACION DEL AUXILIO DE CESANTIA

La propuesta gubernamental de transformación del auxilio de cesantía en una prima de antigüedad, pagadera como tal sin límite y en todos los casos de terminación de la relación, implica el quebranto de las manifestaciones concretas contenidas en nuestra ley del principio de continuidad de la relación laboral. Por esta razón, nos encontramos ante una grave disminución de la función tutelar asignada a la ley laboral desde su misma aprobación, al flexibilizar el contenido de la relación (3.1).

De este estudio también se colige que el objetivo central del proyecto es más el atender necesidades propias del ajuste estructural en cuanto a la capitalización de la actividad empresarial y el mercado financiero, que la verdadera democratización de la sociedad a través del establecimiento de un sector de economía laboral (3.2). Aunado a ello se revela la concepción de que a través de políticas compensatorias se "contribuye a aliviar" el costo social del ajuste de largo plazo, con específicos auxilios parciales por desempleo (OIT:1991,71).

A. AJUSTE ESTRUCTURAL-RELACIONES LABORALES

El proceso de ajuste estructural en ejecución propone como un objetivo central, la realización de una serie de reformas en la estructura productiva del país, con el propósito de ligar, de manera permanente, nuestra economía a la economía mundial y con ello la inmersión del país en las nuevas relaciones

económicas imperantes en el mundo (GAETE:1992,6). Tales medidas tienden a la liberalización de la economía y a la transformación en la estructura productiva (GARCIA:1991,32). El nuevo orden económico propuesto parte de la regulación de todas las actividades de la sociedad mediante las leyes del mercado, incluyendo obviamente nuevas propuestas sobre las relaciones laborales.

Para cumplir el objetivo apuntado, se realizan una serie de medidas de implementación del ajuste estructural, que tienen claras repercusiones en el derecho laboral y en otras áreas de la vida de los trabajadores. Entre estas medidas, deben citarse al menos la promoción de las exportaciones, (Exoneraciones, Zonas Francas, contratos de exportación, Maquila, CAT), la Promoción del Ahorro Interno, las nuevas reglas en materia de importaciones (Reducción de Aranceles, GATT) y la reducción del mercado interno (entre otros, salarios decrecientes, eliminación de subsidios a la producción nacional de granos básicos y a la pequeña empresa).

Algunos de los cambios han sido previstos por los propios interesados, cuando se anuncia -por ejemplo- la necesidad de un proceso de reconversión industrial que permita a algunas empresas soportar su inserción en un nuevo mercado, regido en lo fundamental por la oferta y la demanda y con nuevas exigencias de calidad. Sólo este aspecto conlleva en sí mismo consideraciones de diversa índole sobre la contratación, la terminación y diversos aspectos de las relaciones laborales. Pero en todo caso se afirma válidamente que no resultan posibles los cambios en la estructura productiva sin "modificar las relaciones laborales" (MERTENS:1992,1).

También en el ámbito de la relación laboral individual muchas de las medidas apuntadas implican tanto el surgimiento de nuevas formas salariales no tradicionales⁹, como es el caso de los salarios mixtos (salario por hora-salario rendimiento) las primas al rendimiento, los ajustes en la prestación laboral producto de nuevas exigencias de calidad, así como la mayor presencia de las relaciones a tiempo definido (plazo y por obra) ligadas claramente a las variaciones del mercado laboral.

Una de las principales contradicciones que se plantean a los propulsores del ajuste, -relacionada a lo anterior-, se refiere a como adaptar una legisla-

9. Por ejemplo los salarios mixtos (salario por hora o salario por rendimiento), las primas al rendimiento y los ajustes en la prestación laboral producto de nuevas exigencias de calidad.

ción laboral, surgida en la década de 1940, como producto de la preocupación social de un Estado claramente interventor y con amplio arraigo en los principios protectores tradicionales del derecho laboral, a esas nuevas condiciones y situaciones del mercado de trabajo y a las concepciones del nuevo papel del Estado y de la economía. ¿Cómo hacer, en síntesis, para que el marco normativo -configurado para una realidad cada vez más lejana- se ajuste o adapte también a esos nuevos requerimientos?

B. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA RELACION LABORAL

Para responder a tal interrogante, una nueva corriente del derecho laboral moderno ha propuesto un proceso de flexibilización o adaptabilidad de las normas a esa nueva realidad social, que permita eliminar y atenuar las normas protectoras del trabajador, en "aras de aumentar el empleo, la inversión y la competitividad internacional" (URIARTE:op.cit1988,19).

Se trata en suma de la flexibilización de las relaciones laborales, eliminando los entramientos propios de una legislación de características interventoras y tutelares de relaciones privadas en el ámbito del mercado de trabajo. Tal proceso tendría como contenido mínimo al menos cinco áreas básicas que serían: las políticas salariales, la organización del tiempo de trabajo, la "pluralidad de las relaciones laborales" y la movilidad interna y externa a la empresa (ARRIGO:1988,106). Los matices de semejante adaptación son distintos en cada realidad, como también se difiere del papel que en la misma cumplirían las instituciones del derecho colectivo del trabajo.

Si bien resulta innegable que el proceso de flexibilización se encuentra bastante avanzado en sociedades altamente industrializadas, debe tenerse presente que en todos esos casos, han tenido una fundamental participación las organizaciones sindicales a través de la negociación colectiva, como marco de regulación a la flexibilidad en ejecución, y como mecanismo de canalizar coincidencias sobre la protección de los trabajadores (Ibid,123ss).

En conclusión, existe una tendencia hacia la flexibilización de las relaciones laborales mediante la disminución de las protecciones e intromisiones estatales en las relaciones del mercado de trabajo y la eliminación de los principios generales derivados de la función tutelar del ordenamiento laboral, prescindiendo del freno y contrapeso reconocido a la negociación colectiva y la participación sindical. Esta situación parece no sólo imprudente, sino que sería la condena al desamparo absoluto a cientos de miles de trabajadores.

C. INDEMNIZACION-PRIMA DE ANTIGÜEDAD

El proyecto en comentario elimina, de nuestro ordenamiento, la indemnización que corresponde al trabajador cuando el despido no obedece a falta grave de su parte; es decir, el despido sin justa causa no se acompaña del pago de la correspondiente indemnización.

Conforme a esta propuesta, la indemnización actual se convertiría en una prima de antigüedad, pagadera cualquiera sea la causa de la terminación de la relación laboral y sin el límite de 8 salarios o años. La creación de la prima de antigüedad, prescindiendo de la cesantía-indemnización deja sin desarrollar el principio constitucional en esta materia (Constitución Política: artículo 63).

Resulta evidente que la única posibilidad constitucional de que no exista indemnización del despido sin justa causa es la existencia de un seguro de desocupación. A falta de tal seguro, en nuestro ordenamiento el trabajador debe recibir una indemnización por el incumplimiento contractual que conlleva su despido incausado. Dado que el proyecto no se constituye en un seguro de desocupación, no puede pretenderse que la indemnización del daño moral prevista y vigente en nuestro ordenamiento (Código de Trabajo, artículo 82) cumpla la previsión constitucional, puesto que sólo opera en los casos de imputación de una falsa causal de despido acompañada además de una errónea limitación jurisprudencial en cuanto a su extensión e incluso en cuanto a su procedencia¹⁰.

Pero el tema tiene también un aspecto adicional de trascendental importancia.

Con lo propuesto se afecta o se elimina una de las principales manifestaciones del carácter intervencionista y protector de la legislación laboral costarricense, constituido precisamente por la cesantía-indemnización ante el despido sin justa causa. Se cercena con ello la estabilidad relativa en los puestos de trabajo otorgada por la cesantía como indemnización, como una manifestación concreta del principio de continuidad en el empleo y se flexibiliza sin más dicha terminación.

10. La jurisprudencia nacional reiteradamente ha indicado que los salarios dejados de percibir desde el despido a la fecha en que recaiga sentencia desfavorable al demandado, establecidos por el artículo 82 del Código de Trabajo, sólo proceden cuando el patrono imputa una causal de despido que no resulta probada en juicio; así mismo, en el evento de que procedan se limita su monto al equivalente a seis meses de salario como suma máxima.

El crear una prima de antigüedad -eliminando la principal indemnización ante el incumplimiento contractual que conlleva el despido sin justa causa- es en sí misma una propuesta de abierta flexibilización de la terminación de las relaciones laborales. La flexibilización operará tanto facilitando el despido de los trabajadores (movilidad externa) como también al interior de la empresa (movilidad interna).

Nos enfrentamos entonces a una propuesta de flexibilización que afectará en todo el ámbito de la relación laboral; y que tiene como uno de sus objetivos el "adaptar" las relaciones laborales al proceso de ajuste generalizado de la estructura productiva.

D. LA MOVILIDAD EXTERNA

La movilidad externa es precisamente una de las áreas de acción de la flexibilidad, pretende la eliminación de las restricciones que contiene el ordenamiento a la terminación de la relación laboral.

En nuestro caso, en donde la única y primitiva estabilidad consiste en el pago de una indemnización por el despido sin justa causa, es este el centro que necesariamente debe modificarse para que opere la flexibilización.

A partir precisamente de las nuevas normas jurídicas, la facultad patronal de despedir se ejecutará con entera libertad. Carecerá de importancia si el trabajador incurrió o no en falta laboral, pues el despido sólo obedecerá a la simple e ilimitada decisión patronal.

Eliminar por completo las indemnizaciones fijadas como sanción al despido incausado, -aún y cuando sustituyéndolas por una única prima de antigüedad- tiene el efecto inmediato de facilitar ostensiblemente la terminación de las relaciones laborales.

Los límites al despido incausado o injustificado ya no estarán constituidos -como hasta ahora- por el monto de una indemnización tarifada, sino únicamente por las necesidades que de ese o esos trabajadores tenga el patrono.

Téngase presente que la prima de antigüedad propuesta, estará constituida por la contribución del 8.33% sobre cada salario, y se encontrará depositada previamente por el patrono. De tal manera los despidos individuales e incluso colectivos -de considerables cantidades del personal- no tendrán

impedimentos de ninguna naturaleza, salvo la oferta o demanda de personal en el mercado laboral.

Manifestaciones concretas de esta flexibilización o movilidad externa a la luz de la propuesta gubernamental serían las siguientes:

- Las necesidades patronales en relación a su personal (cuantitativas y cualitativas) obedecerán primordialmente a las vicisitudes de la producción, es decir del mercado y su comportamiento. Se convierte en trascendental aquí el enunciado central de los sectores gobernantes, de que nuestra economía dependerá cada vez en mayor grado del comportamiento de su producción en el mercado internacional y de los requerimientos del mismo.

Así a mayor producción en la empresa mayor estabilidad laboral, mientras que a menor producción menor cantidad de personal o menor estabilidad. Es esta una regla que si bien persiste en nuestra actual realidad, se encuentra atenuada en cuanto a sus efectos por las indemnizaciones que el patrono debe pagar al dar por finalizadas las relaciones laborales ante los eventos o disminuciones del mercado, situaciones que no califican como faltas o incumplimientos contractuales del trabajador.

En la lógica liberalizadora del mercado de trabajo, esta concepción implica la quiebra absoluta del principio de intervención estatal de las relaciones laborales, al trasladar -sin más- al trabajador el llamado riesgo de empresa. La quiebra del principio de continuidad de la relación resulta evidente.

La precaria estabilidad que confería hasta ahora la indemnización del despido sin justa causa, desaparecerá en aras de la inestabilidad.

- En la misma orientación, despenalizar el despido incausado ocasionará también un marcado incremento de la movilidad externa en la empresa (despidos) en función de la variación de los salarios ocasionada por el juego de la oferta y la demanda de la fuerza de trabajo en el mercado laboral.

Tratándose de trabajadores con salarios superiores a los mínimos fijados por el Poder Ejecutivo -previando que ese sistema de fijación se mantenga vigente- es de suponer que existirá una fuerte presión para sustituir al personal contratado en la medida en que existan trabajadores desocupados o no incorporados en las actividades formales. Tal tendencia se fortalece

considerablemente, en virtud precisamente de que nada impediría el despido injustificado del personal a sustituir.

- Si lo anterior consolida una movilidad externa como requerimiento del ajuste estructural de la economía, el proyecto rebasa todos los límites al afectar eventualmente también las relaciones laborales actuales, aunque de manera indirecta.

Conforme a una disposición transitoria del proyecto, las relaciones laborales actuales al momento de la aprobación legislativa quedarán reguladas por el actual del Código de Trabajo¹¹.

En tal caso, dependerá de la causa de la futura terminación de la relación, la procedencia o improcedencia de la indemnización, con el tope o límite de ocho salarios promedio. Tal regulación creará lo que contablemente algunos patronos han definido como un "pasivo contingente", y elimina las expectativas creadas en miles de trabajadores costarricenses de que la aprobación del proyecto les generará el pago de la cesantía acumulada hasta ahora.

Podría creerse entonces que la flexibilización apuntada sólo afectará las relaciones que se constituyan a partir de la aprobación de la ley, sin embargo ello es tan sólo aparente.

Conforme al transitorio indicado, y conforme también con lo dispuesto por la ley actual, los patronos podrán proponer a sus trabajadores transar sobre el pasivo contingente que representan tales sumas de dinero.

De tal manera una vez aprobada la ley, dada la carencia de restricciones en la propuesta, nada impide la transacción entre las partes respecto a los montos eventuales e inciertos del auxilio de cesantía como indemnización futura. La obtención de los recursos económicos para una operación que podría implicar muchos millones de colones, la resuelve el mismo proyecto orientando la inversión laboral hacia la empresa.

Una objeción a la transacción que afecte el auxilio de cesantía sin que haya finalizado la relación laboral, se hace derivar de la consideración de que se estaría ante una renuncia de derechos que como se sabe es inadmisibles en nuestra ley laboral.

11. El Transitorio Único del Proyecto 11.522 indica "Se mantienen vigentes los derechos adquiridos al amparo del artículo 29 del Código de Trabajo al entrar en vigencia la presente ley".

Este criterio en apariencia correcto, podría no ser suficiente sin embargo para resolver el tema planteado en dirección a impedir dichos pactos. No puede asegurarse de antemano si la actual "cesantía" se configura como un "derecho" o si por el contrario es una simple "expectativa". Tal naturaleza sería sólo definida al momento de la futura terminación de la relación laboral, de donde por el contrario si resultaría válida la transacción anticipada a la finalización. En esa errónea dirección parece también apuntar el señalamiento establecido por la jurisprudencia nacional. Un reiterado criterio de nuestros Tribunales de Trabajo admite que los pagos anuales del auxilio de cesantía -practicados por muchas empresas nacionales- deben entenderse como pagos válidos y totales que hacen desaparecer la antigüedad para efectos del cálculo final del auxilio de cesantía. En el fondo, la citada jurisprudencia admite la validez de los pactos o transacciones entre las partes sobre la eventual o incierta indemnización, pese a que las relaciones no hayan finalizado. Conforme a ello -y salvo una previsión expresa en el proyecto- una vez aprobada la nueva norma los arreglos individuales sobre los "montos acumulados" o pasivo contingente se convertirían en la regla general.

Debe resaltarse entonces que la movilidad externa -como carencia absoluta de estabilidad laboral- no está lejos de ser aplicada -o de afectar- incluso a las relaciones laborales actuales o vigentes al momento de aprobación de la ley y una vez transado el acumulado referido.

- Una propuesta tendiente a liberalizar las relaciones en el mercado de trabajo debe hacer prevalecer -como la regla general- las relaciones a tiempo definido. Una orientación de tal naturaleza resulta enteramente contraria a nuestra ley actual, la cual como se dijo privilegia, las relaciones a tiempo indefinido, sólo admitiendo calificadas excepciones de relaciones a plazo o por obra.

Esta tendencia -también liberal- opuesta a la continuidad obedece a que el atender primordialmente a las exigencias del mercado como condicionante principal de las relaciones laborales, obliga a su vez a privilegiar relaciones de término definido que son las que mejor se ajustan a sus variaciones.

En un mercado laboral fuertemente afectado por la movilidad externa, que se supone se "autorregula" además por la ley de la oferta y la demanda de fuerza de trabajo, obviamente convienen relaciones por obra determinada, a plazo fijo, y en general de carácter temporal (estacionarios).

Atendiendo a tal requerimiento, el proyecto establece la obligatoriedad de las contribuciones patronales del 8.33 % al Fondo de Capitalización

únicamente para aquellos trabajadores que se encuentren en relación laboral a tiempo indefinido.

Ello deriva de dos apreciaciones:

1. En primer lugar se crea el fondo de capitalización exclusivamente a partir de la "cesantía". Es decir de la indemnización establecida para los contratos o relaciones a tiempo indefinido. (art. 29) De tal manera los trabajadores que no tengan derecho actualmente a tal cesantía -por no tratarse de relaciones a tiempo indefinido- no quedarán cubiertos por la prima de antigüedad que se propone.
2. En segundo lugar, y en apoyo a lo anterior, el proyecto únicamente deroga el artículo 29 del Código de Trabajo, referido a las relaciones a tiempo indefinido manteniendo vigente e inalterada la regla actual del art. 31 del Código que establece las indemnizaciones para la terminación incausada (o injustificada) de las relaciones a tiempo definido. Así tales contrataciones hasta ahora excepcionales por no obligar al patrono a la contribución del 8.33% sobre cada salario pasarán a ser la regla general dado su menor "costo económico".

No debe dejar de advertirse que en actividades empresariales que gubernamentalmente se privilegian y promocionan como alternativas trascendentes en esta etapa del ajuste -como es el caso del turismo (García, 1991) y la construcción de obra pública- las relaciones laborales a tiempo definido (por obra determinada o a plazo) resultan óptimas desde la perspectiva de las necesidades empresariales.

Apuntala en igual dirección el reclamo empresarial de que la cotización del 8.33% que constituiría la prima de antigüedad debe operar sólo una vez cumplidos los tres meses de antigüedad en el empleo y no treinta días conforme a lo propuesto (Art. 5 Proyecto) para privilegiar precisamente situaciones de exclusión en función de los plazos o términos de la relación laboral.

Es claro que de lo que se trata es en realidad de fomentar las relaciones a tiempo definido, quebrando tal vez una de las principales manifestaciones del principio de continuidad en nuestra ley, constituido hasta ahora por la prevalencia indudable de las relaciones a tiempo indefinido.

E. LA MOVILIDAD INTERNA

Un segundo campo de acción de la flexibilización lo constituye la movilidad interna en cuanto se introducen una serie de nuevas reglas que autorizan los cambios a lo interno de la empresa que generan las nuevas necesidades.

En este aspecto la quiebra del principio de continuidad de la relación y la protección del trabajador, que resultan también seriamente afectados, tiene manifestaciones concretas:

1. JUS VARIANDI

Hasta ahora se ha entendido que el patrono tiene la facultad para ordenar -en atención a sus requerimientos de orden técnico y económico- una serie de cambios en elementos no esenciales de la relación laboral. Tal potestad, derivada del poder disciplinario sobre la fuerza de trabajo, se denomina en doctrina como "jus variandi".

Semejante facultad patronal no resulta sin embargo ilimitada, sino que se ve afectada por una serie de condicionamientos; entre otros, se define como inadmisibles el jus variandi cuando se afecten elementos esenciales de la relación laboral, tal sería el caso del salario (descenso), la jornada de trabajo y la categoría profesional; o bien cuando tratándose de elementos no esenciales (lugar, modo de la prestación u horario) se cause al trabajador un grave o gravísimo perjuicio. (CARRO: 1978, 74ss)

El ejercicio abusivo del jus variandi implica un incumplimiento contractual grave del patrono, que conforme a nuestra ley da lugar a la terminación de la relación con responsabilidad patronal (Código de Trabajo, artículo 83). Con ello se definió el incumplimiento patronal gravísimo como un despido encubierto, que genera el pago de la correspondiente cesantía como indemnización al trabajador.

La nueva regulación implícitamente hace desaparecer toda la construcción teórica y jurisprudencial en torno al ejercicio abusivo del jus variandi; dado que no existirá trascendencia alguna en determinar una eventual violación contractual en el abuso de esta facultad patronal, puesto que se está haciendo desaparecer la única indemnización establecida en la ley laboral.

A partir de la aprobación del proyecto el patrono no tendrá límite alguno -fijado por ley- en cuanto al ejercicio de su facultad de modificación de todos

los elementos de la relación laboral, puesto que la prima de antigüedad se encontrará depositada de previo, y es la única suma a la que el trabajador resulta acreedor. De tal manera que aquel trabajador que no acepte las modificaciones unilateralmente impuestas por el empleador -en cualquiera de los elementos de la relación laboral- no tendrá otra alternativa más que retirarse del empleo y cobrar la prima de antigüedad.

No puede tampoco esperarse que las modificaciones arbitrarias o ilegales impuestas por el patrono se dejen sin efecto en sede judicial, dada una reiterada y antigua tesis jurisprudencial -discutible y en aparente proceso de modificación- en cuanto a la imposibilidad de imponer conductas "de hacer" mediante la sentencia declarativa.

Nuevamente los cambios o movilizaciones internas -en todos los elementos y todas las posibilidades- quedarán definidas sólo por las exigencias del mercado o si se quiere por la sola voluntad patronal. Una relación laboral enteramente flexible también en su contenido.

2. SUSPENSIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES

También como una manifestación concreta del principio de continuidad, nuestra ley admite como simples suspensiones de la relación o relaciones laborales, situaciones que en otro ámbito serían consideradas verdaderas interrupciones. Tal operación tiende lógicamente a mantener vigentes dichas relaciones en aras de proteger la antigüedad en el empleo y con ello brindar protección al trabajador.

Surgen así todas las regulaciones propias del Derecho Laboral hasta ahora conocido, denominadas como suspensiones de la relación laboral.

Un grupo de tales suspensiones se encuentra referido de manera directa al trabajador individualmente considerado, mientras que otras se relacionan directamente con las alteraciones o vicisitudes del mercado (falta de materia prima no imputable al patrono, fuerza mayor o caso fortuito (Código de Trabajo, artículo 74), e incluso de la relación colectiva como es el caso de la huelga (Código de Trabajo, artículo 365).

Pero en todos los casos, el efecto legislativo es el mismo. No se afecta la antigüedad en el empleo (Ibid, artículo 30 inciso e) y tan sólo se suspenden los efectos principales del contrato, es decir, la obligación del trabajador de

prestar el servicio y la obligación del patrono de pagar el salario (Ibid, artículo 73). En algunos casos (enfermedad del trabajador) no obstante la ley misma obliga al pago de subsidios calculados en función del salario a cargo del patrono, también en aras de la protección del trabajador.

En relación a las suspensiones colectivas, como una manifestación adicional de la intervención estatal en las relaciones privadas, se prevé y obliga a un trámite de autorización previa de la suspensión (Ibid, artículo 75). El procedimiento en nuestra ley se efectúa ante la Autoridad Administrativa y excepcionalmente ante la Autoridad Judicial (Ibid, artículo 517). Se llega incluso al válido extremo intervencionista de considerar que la denegación de la autorización -si la suspensión ha sido ya ejecutada- constituye una falta grave a las obligaciones contractuales que autoriza la terminación de la relación laboral con responsabilidad de la parte que ha incumplido (Ibid, artículos 75 y 370). Precisamente por ello, cuando el patrono omite el procedimiento previsto para la suspensión colectiva o la autorización administrativa citada se deniega a posteriori, tal incumplimiento se equipara al despido incausado, debiendo pagar a sus trabajadores la indemnización respectiva, cuando éstos ejerzan su derecho en ese sentido.

Liberalizando el despido como se propone, toda la regulación actual en materia de suspensiones de la relación carecerá de sentido y aplicación práctica.

Una vez que surja la causa prevista de suspensión de la relación (individual o colectiva), el patrono podrá despedir a los trabajadores evitando el pago de los subsidios y hasta indemnizaciones a su cargo -cuando proceden- o evitando en favor de éstos la acumulación de antigüedad en el empleo. Adicionalmente y para el caso de las situaciones de suspensión colectiva, y evitándose los trámites administrativos tendientes a obtener autorización.

El proyecto conlleva la inaplicabilidad de todas las normas actuales referentes al tema, puesto que la prima de antigüedad sólo operará una vez finalizada la relación laboral y nunca en los casos de suspensión individual o colectiva de la misma. Se orienta o privilegia con ello el interés de las partes -patrono y trabajador- hacia la terminación o extinción de la relación, no hacia su continuidad. Pero también de paso se consolida la firme orientación de fondo de disminuir o eliminar la participación estatal en las relaciones privadas por cuanto desaparece todo control administrativo sobre la procedencia o no de las suspensiones colectivas de la relación, al menos en lo que se refiere a aquellas que si bien no son imputables al patrono (Ibid, artículo 74), por derivar del riesgo empresarial generan efectos a su cargo.

F. AJUSTE ESTRUCTURAL-CAPITALIZACION LABORAL

Uno de los objetivos del modelo neoliberal que impulsa el proceso de ajuste es lograr que los agentes impulsores y beneficiarios del mismo no sean sólo los organismos financieros internacionales, sino también sectores de capital nacional dentro de los cuales se incluyen el sector financiero privado y los sectores industrial tradicional, moderno y agro-exportador. En esta perspectiva la necesidad del incremento del ahorro interno se convierte en una medida imprescindible, sobre todo como generador de recursos destinados a financiar un proceso de reconversión industrial parcialmente en ejecución. Los reiterados reclamos empresariales respecto a la necesidad de implementación de las medidas de ajuste, revelan a su vez la coincidencia global de su sector respecto a la propuesta de modificación de la estructura productiva¹².

En esta materia, el proyecto en comentario también realiza aportes fundamentales a las definiciones gubernamentales.

1. EL FONDO DE CAPITALIZACION

Esta orientación de implementar requerimientos gubernamentales en materia de ajuste estructural se manifiesta en el proyecto en la creación de un fondo de capitalización (estimado oficialmente en 22.000 millones de colones anuales) pero destinado al mercado financiero tradicional desechando las opciones de una verdadera democratización de la sociedad (3.3.1.1). Así mismo al evitar dotar de un contenido social el destino de tales fondos, se evita la constitución de un sector de la economía propiedad de los trabajadores (3.3.1.2).

2. ADMINISTRACION Y RENTABILIDAD

Una revisión comprensiva del tema de a quien o quienes se asigna la administración del fondo generado por la prima de antigüedad(1), la determinación del destino o utilización de los dineros del mismo (2) y el control u orientación de las entidades administradoras (3) revela ese carácter exclusivamente financiero de la propuesta.

12. Cámara de Comercio, periódico La Nación, pag.15-A, 3 de junio 1993.

2.1. El proyecto plantea como uno de sus principios generales en esta materia que la administración de los fondos estará a cargo de cualquier entidad (pública o privada) que sea autorizada previamente a tales efectos y sobre la base de que será el propio trabajador quien escoja la entidad administradora. (Art. 14) Incluso se incorporan como administradoras de fondos laborales -de pleno derecho- algunas organizaciones de trabajadores (Sindicatos, Solidaristas, y Cooperativas). (Art 6 inciso c)

Sin embargo, un principio también general, es que tales administradoras captarán los recursos en un mercado influido y determinado por la rentabilidad que sean capaces de generar u ofrecer como atractivo para los trabajadores.

De tal manera, serán sólo aquellas entidades que generen u ofrezcan más altos índices de rentabilidad las que finalmente lleguen a administrar volúmenes considerables de fondos producto de las primas de antigüedad.

De lo anterior deriva una obligada observación. Precisamente en atención a ambos principios es que el proyecto admite la participación de las entidades privadas en la administración de los fondos. Se acepta conforme a ello no sólo a las actuales y futuras entidades bancarias privadas, sino a las entidades mercantiles que se constituyan para tales efectos.

Las entidades de trabajadores -cualquiera de ellas- difícilmente logren captar los recursos generados por la prima de antigüedad, si se mantiene la propuesta respecto a la participación de entidades empresariales de naturaleza privada conforme ha sido propuesto. Obviamente las utilidades que en tal evento puedan ofrecer las agrupaciones de trabajadores estarán lejos de resultar competitivas en el mercado financiero, convirtiéndose con ello la propuesta en un simple espejismo. Con el esquema apuntado, en la realidad la prima de antigüedad no sería administrada por entidades de trabajadores.

Esta regla general, tendría como su excepción el caso de las entidades de trabajadores que desde ahora manejan fondos de considerable volumen y que lograrían subsistir como administradoras. Ello explicaría parcialmente la tendencia solidarista de admitir la participación de entidades bancarias privadas junto a su sector, en la administración de los fondos¹³.

13. Movimiento Solidansmo Costarricense. Documento de Propuestas y comentarios al proyecto 11.522. Polígrafo, 3 de Junio de 1993, art.6 inc. c)

2.2. La prevalencia del factor de rentabilidad y sus implicaciones respecto a la seguridad en la administración de los fondos cumple entonces un factor primordial en la concepción planteada, y determina a su vez - irremediablemente- la orientación de los fondos generados por la transformación del auxilio de cesantía. Se trata de una orientación exclusivamente financiera, puesto que sólo existe obligación de invertir un mínimo del 10% de los fondos acumulados en títulos valores destinados al financiamiento de vivienda de interés social o de préstamos para vivienda no necesariamente popular.

Los proponentes cumpliendo con sus objetivos, orientan el resto del fondo acumulado por cada Administradora (90%) hacia las inversiones en el mercado financiero que se pretende fortalecer.

De tal forma el mayor porcentaje de la recaudación que efectúen las entidades privadas se orientará fundamentalmente hacia las inversiones en la Bolsa Nacional de Valores, tanto en la compra de acciones como en la compra de títulos de inversión en general.

Las recaudaciones de las entidades de trabajadores, se canalizan con igual orientación, pero mediante el mecanismo de promover la compra de acciones de las empresas en las que se labora, a mitad del precio en libros de las mismas (Ibid, artículo 30).

Si en las inversiones a través de la Bolsa Nacional de Valores se establecen límites máximos en cuanto a las inversiones en títulos de una misma empresa o grupo económico (5% del fondo o 15% del total emitido por una empresa o grupo); en el caso de la compra de acciones de la empresa para la que se labora no se fija limitación alguna (Ibid, artículo 19).

En ninguno de los dos casos (títulos de inversión o títulos accionarios) la inversión de los fondos tiene el efecto de generar una democratización de la sociedad. La compra de certificados de inversión a través de las administradoras, o la compra de acciones de las empresas no convierte por sí misma a los trabajadores en propietarios de los bienes de producción. A lo sumo, cuando se trate de la compra de acciones les convertirá en socios minoritarios sujetos a las maniobras legales acordadas por la mayoría, entre las cuales tienen relevancia los aumentos del capital social que tienden a disminuir la participación precisamente de los socios minoritarios imposibilitados o que se nieguen a realizar nuevos aportes de capital.

El proyecto favorece y estimula esta participación minoritaria, en los casos en que se fijan toques máximos de inversión (art. 19 Proyecto), revelando con ello que el objetivo fundamental es brindar capital de trabajo a los empresarios sin que ello les obligue a democratizar la propiedad de sus empresas. A no ser claro está que se admita como válido el espejismo de que poseer un 15% del capital social o un 15% del total de la emisión de títulos de inversión (no accionarios) convierta a sus poseedores en verdaderos propietarios de la empresa.

La carencia en la propuesta de una protección eficaz para la inversión accionaria de los trabajadores, y la ausencia de propuestas en torno a la participación en la administración de la empresa, pese a que se favorece su aporte de capital social, tienden únicamente a satisfacer una necesidad empresarial puramente coyuntural, pero no conducen a la anunciada democratización de la sociedad.

2.3. Esta concepción acerca de la inversión de los fondos genera a su vez el planteamiento contenido en la propuesta gubernamental acerca del control de la administración del fondo.

La Comisión Nacional de Valores, una entidad gubernamental sin ninguna participación de los trabajadores será la encargada de dicha fiscalización, con la finalidad primordial de garantizarle al Estado el control del destino de los fondos.

Las atribuciones de la citada Comisión, aplicables a todas las administradoras -incluidas las organizaciones de trabajadores- van más allá de la necesaria fiscalización.

Este organismo -entre otras funciones- fijará las orientaciones de obligado acatamiento en cuanto a los parámetros específicos de inversión de los recursos (Ibid; artículo 7 inciso e))(69) y ordenará los ajustes de las actividades y operaciones a los "usos y prácticas del mercado" (Ibid; artículo 7 inciso h.)(70).

Dado que las entidades sindicales quedan también obligadas a cumplir con los parámetros establecidos por la entidad reguladora estatal, y a rendirle informes mensuales respecto a su cartera de inversión (Ibid; artículo 12) habría que confrontar lo propuesto con el contenido mismo de la Libertad Sindical y la autonomía que conlleva, máxime las atribuciones de intervención parcial o total con que cuenta el ente regulador indicado (Ibid; artículo 8).

Lo que resulta evidente es la garantía de control estatal absoluto sobre el manejo de los fondos y sobre el destino de los recursos.

3. EMPRESAS DE PROPIEDAD LABORAL

Pese a los enunciados generales (Ibid; artículo 4 inciso a), artículo 5 incisos b) y f)) lo cierto es que la constitución de un sector de la economía propiedad de los trabajadores está lejos de alcanzarse mediante lo propuesto. Al contrario, siendo otras las orientaciones de fondo, nuevamente nos encontramos frente a un espejismo.

Como se ha indicado, por la vía de la compra de títulos de inversión y accionarios en el mercado de la Bolsa Nacional de Valores las administradoras de fondos laborales no lograrán la consolidación de empresas propiedad de los trabajadores dadas las limitaciones respecto a los máximos de inversión propuestos. Así mismo, la compra de acciones de la empresa para la cual se labora difícilmente generará la propiedad de la empresa puesto que la misma depende única y exclusivamente de la voluntad del patrono, el cual incluso puede establecer limitaciones importantes a las acciones vendidas (Art.34 Proyecto) para evitar que salgan de su control.

Puede entonces pensarse que a través del fondo los trabajadores mediante la utilización personal de sus cuentas individuales lleguen a convertirse en propietarios de medios de producción, tal y como se anuncia. Nuevamente se trata tan sólo de un espejismo.

La fórmula propuesta para los retiros parciales de la cuenta individual, en un confuso lenguaje refleja claramente la intención de desestimular y hasta impedir dichos retiros.

En primer lugar, la cuenta individual opera en beneficio del trabajador al terminar la relación laboral por cualquier causa.

Sin embargo los desembolsos o giros son establecidos en un 70% del último salario mensual hasta que consiga nueva ocupación o hasta que la cuenta individual se agote. Ello revela la intencionalidad de evitar la liquidación de las cuentas individuales y con ello del fondo global, pero también la negativa a generar el acceso a la propiedad de los medios de producción, puesto que los giros son marcada e intencionalmente insuficientes para la subsistencia misma del trabajador y su familia. Es más cuando el último

salario devengado sea el salario mínimo fijado para una determinada ocupación por el correspondiente Decreto Ejecutivo, el trabajador recibiría menos del salario supuestamente vital para la atención de sus necesidades básicas.

Una segunda opción de retiro de la cuenta individual, durante el desarrollo de la relación laboral tampoco tiende a facilitar el acceso a la propiedad de los medios de producción o a estimular actividades empresariales por cuenta propia en el trabajador de alguna importancia. Conforme a esta opción, el trabajador sólo puede retirar sin dejar el empleo, un 33% del fondo acumulado en su favor al completar un acumulado en su cuenta individual de cotización de doce salarios, un 40% al completar un acumulado de cotización de 15 salarios; un 50% al completar una cotización de 18 salarios y un 60% con una cotización de 20 salarios. (Ibid, artículo 29).

Para alcanzar los acumulados indicados, la antigüedad de cotización debe de ser continua, puesto que los períodos no cotizados por despido o suspensiones de la relación laboral no acumulan cotización a la cuenta individual del trabajador y los retiros parciales se proponen en verdad al completar 12, 15, 18 y 20 salarios mensuales acumulados. Tomando esto en consideración y los incrementos salariales que afectan toda relación laboral, los plazos son mucho más amplios que lo propuesto en apariencia.

La fórmula pretende también impedir el retiro de la cuenta individual, pero tan sólo para develar el espejismo conviene precisar aún más el tema. Aquél trabajador que cotiche sin interrupciones durante doce años, (y en el remoto caso de que tenga durante todo el período el mismo salario) retiraría aproximadamente tan sólo el equivalente de 4 salarios mensuales (33% de 12), suma difícilmente pueda destinar a alguna actividad productiva. Ni siquiera sumando las utilidades de todo el período podría pensarse en que este mecanismo tienda a la consolidación de un sector laboral importante en la economía, mediante los autorizados retiros parciales. En realidad lo que se propone es una típica medida compensatoria en el marco del ajuste, que no alcanza siquiera a ser un verdadero seguro de desempleo, aunque opere al producirse la cesantía del trabajador.

PARTE III

ESTABILIDAD LABORAL, DEMOCRATIZACION Y CESANTIA

Existen en todos los sectores interesados una serie de coincidencias respecto a los necesarios ajustes que deben efectuarse al proyecto propuesto. No obstante y hasta ahora, las objeciones se han centrado en aspectos puramente formales (si al trabajador cesante se le otorga el 70 o el 100% de su cuenta individual, si el despido lo notifica a la administradora el patrono o el trabajador, etc) o bien en cuanto a las cuestiones de fondo pero limitadas en lo fundamental al tema de las entidades administradoras, (si se trata exclusivamente de las asociaciones solidaristas o exclusivamente de las entidades sindicales).

Si bien es cierto sobre todo ello se requiere la búsqueda del consenso, también lo es que en una actitud positiva hacia la definitiva transformación del auxilio de cesantía, y con ello hacia la construcción de un proyecto alternativo, debería partir de resolver primero las cuestiones fundamentales para ajustar posteriormente los detalles formales de la aplicación.

Entre tales cuestiones fundamentales, y sólo como un aporte a la necesaria discusión, cabría pensar en las siguientes:

A. LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Inmerso el país en un proceso de ajuste estructural que modifica aceleradamente la estructura productiva, y dado el bajo nivel de organización sindical imperante (15% como tasa global) no cabe esperar que la organiza-

ción sindical o la negociación colectiva sirvan de contrapeso a las modificaciones en ciernes y sus efectos sobre las relaciones laborales.

Por ahora, sólo perfeccionando las manifestaciones del principio de continuidad en el empleo contenidas en la ley laboral y las medidas de protección de los trabajadores por parte del Estado, puede esperarse que las transformaciones en curso no impliquen para el trabajador costarricense un retroceso en sus difíciles condiciones laborales.

En esa dirección consolidar mecanismos de estabilidad laboral, alternativos a la flexibilidad que se propone; es sin duda una tarea sindical de primer orden e imposterizable. Una estabilidad que cumplirá como un necesario contrapeso del ajuste, pero que además permitiría tal vez consolidar la organización sindical en el sector privado de la economía y que permita enfrentar en mejores condiciones organizativas los nuevos retos.

Esa búsqueda de la estabilidad laboral -a propósito del tema de la cesantía- lleva a plantear como primera cuestión de fondo, que la creación de una prima de antigüedad debe necesariamente acompañarse de la eliminación o la limitación del despido injustificado en todas las relaciones laborales.

1. Establecer una verdadera estabilidad laboral implicaría optar por eliminar del ordenamiento la actual facultad patronal del despido incausado o por la sola decisión patronal (Código de Trabajo, artículo 85 inc.d)) de manera que la terminación de la relación sólo proceda ante el incumplimiento contractual grave del trabajador o ante eventos excepcionales y previamente calificados. Tal regla de estabilidad debería establecerse tanto para los contratos a tiempo definido (por obra y a plazo) como para los contratos a tiempo indefinido.

Adicionalmente se requiere también dejar expresamente establecida la posibilidad de lograr que la Autoridad Judicial pueda anular las actuaciones patronales que impliquen un uso abusivo del *ius variandi*, se manifiesten como despidos encubiertos, e incluso el despido mismo, obligando al patrono a reestablecer las condiciones de trabajo reclamadas.

2. Alternativamente, y en el orden no de eliminar sino de establecer limitaciones a la facultad patronal del despido incausado, habría que mantener junto a la prima de antigüedad la procedencia de una indemnización para los despidos injustificados, tal y como señala la Constitución Política.

Esta segunda alternativa, si bien no implica un avance en materia de estabilidad ha sido utilizada por muchas otras legislaciones Latinoamericanas, en las cuales se mantienen vigentes tanto la prima de antigüedad pagadera cualquiera sea la causa de la terminación de la relación laboral como la indemnización por el despido injustificado¹⁴.

No puede entonces admitirse que no se establezca al menos una indemnización que opere ante el despido injustificado y ante los incumplimientos contractuales graves del patrono a sus obligaciones, (asimilados al despido o reputados como despidos encubiertos) aún en el caso de que se esté creando una prima de antigüedad. En ambas alternativas, se estaría ajustando el ordenamiento costarricense en la dirección apuntada por la Recomendación 166 y el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador) pendiente este último de la correspondiente ratificación legislativa.

B. FONDOS LABORALES HACIA LA DEMOCRATIZACIÓN

Que los fondos generados por la prima de antigüedad deben girarse en su totalidad al trabajador cuando este quede cesante, o mediante pagos parciales según su libre elección es apenas una cuestión formal en la que parece existir suficiente consenso.

La cuestión de fondo sin embargo estriba en el destino o utilización de los fondos acumulados en las administradoras. Se trata de resolver la controversia sobre si los recursos se destinan a la democratización de la sociedad, orientándolos a la construcción de un sector de la economía propiedad de los trabajadores, o si por el contrario se destinan al mercado financiero tradicional y con ello a la capitalización de la actividad patronal.

En nuestro criterio, deben eliminarse las marcadas orientaciones del proyecto gubernamental en cuanto al destino del fondo hacia la inversión en el mercado financiero y la capitalización de las empresas.

1. Ello obliga a prever verdaderas opciones de constitución de empresas íntegramente propiedad de los trabajadores, levantando los límites en cuanto a la inversión.

14. Código de Trabajo de la República Dominicana. Ley No. 16-92, promulgada el día 29 de mayo de 1992. Edición CENAPEC, artículos 80, 81, 82, 83, 95

2. Así mismo debe garantizarse que las inversiones en títulos accionarios de las entidades patronales se realizarán mediante mecanismos de protección eficaz a los trabajadores como inversionistas minoritarios.
3. Es necesario además que la ley defina mecanismos de participación de los trabajadores en la administración de las empresas que capten la inversión de sus fondos laborales, como una vertiente adicional de democratización de la empresa y de la sociedad hasta ahora no considerada.

C. ADMINISTRACION DE LOS FONDOS

Resulta absurda la pretensión protagónica de algunos sectores de trabajadores de elevar a la categoría de ley sus propios proyectos sobre el tema, si los mismos no han sido siquiera objeto de discusión entre los propios trabajadores o sus organizaciones. Es más, ninguno de los proyectos alternativos resuelve los temas de fondo, y sólo pretenden la autoproclamación de la administración exclusiva (sindical o solidarista) de los dineros generados por la prima de antigüedad.

Se ignoran por parte de tales proponentes alternativos, que en el origen de la propuesta gubernamental se encuentra precisamente en el reclamo sindical acogido por el Comité de Libertad Sindical de la OIT¹⁵ en cuanto a que resulta inadmisibles el manejo exclusivo de las entidades solidaristas del auxilio de cesantía convertido en prima de antigüedad.

De tal manera no cabe ya la posibilidad de dejar sin cumplimiento el expreso compromiso gubernamental de ampliar el espectro de entidades de trabajadores que puedan administrar dichos fondos. Pero ello no parece justificar tampoco que en aras de eliminar la irregularidad de que para acceder a la cesantía se deba ser asociado solidarista, se sostenga el absurdo de que para tener derecho a la prima de antigüedad deba el trabajador ser afiliado sindical.

1. La solución parece ser bastante sencilla y democrática: el trabajador debe tener derecho a optar libremente por cualquier entidad de trabajadores para la administración de su fondo, tanto las ya existentes (solidaristas, cooperativas o sindicatos) o cualesquiera otra que el decida en asocio con otros trabajadores constituir, tales como las asociaciones civiles de administración por centro de trabajo o por comunidad.

15. Queja 1483. Vid. Supra nota 5

El tema de fondo entonces en esta materia, más que la exclusión de los sindicatos¹⁶ o de la exclusión de las asociaciones solidaristas¹⁷ como eventuales administradoras, estriba más bien en resolver respecto a la participación de las entidades financieras privadas en el manejo de los fondos laborales. No sólo porque ya no sería preponderante el factor rentabilidad, sino porque no existiría un manejo antisindical de los fondos laborales como hasta ahora.

2. Excluyendo a las entidades privadas (Bancos privados y empresas financieras) se podría consolidar el carácter social del fondo, destinándolo efectivamente a resolver necesidades de los trabajadores y sus familias. Aunado a ello, la fiscalización y control sobre el manejo debe incorporar a las entidades de trabajadores y no reservarse -exclusivamente- a la participación gubernamental.

D. PARTICIPACION SINDICAL

No debe excluirse la participación sindical en la administración de los fondos laborales producto de las modificaciones propuestas. Una concepción de la Libertad Sindical exclusivamente restringida al ámbito reivindicativo, que deseche otras funciones colaterales modernamente reconocidas a tal Libertad, parece obsoleta y alejada de las necesidades reales de los trabajadores y de las propias organizaciones.

Sin embargo tomando en consideración la fiscalización y control que sobre el manejo de los fondos resulta necesario mantener -con las observaciones ya formuladas- y las derivaciones que ello podría implicar sobre el contenido de la Libertad Sindical, pareciera que la ley tan sólo debería garantizar la participación sindical y la posibilidad de que las organizaciones sindicales individual o colectivamente patrocinen entidades administradoras independientes.

San José, 8 de Junio de 1993.

16. Movimiento Solidarista Costarricense, op.cit. artículo 6 inciso c)

17. Confederación de Trabajadores Rerum Novarum. Proyecto de Ley de Cesantía y Sector de Economía Laboral. Polígrafo. Abril de 1993, artículos 2 y 11.

BIBLIOGRAFIA

- ARRIGO, Gianni. Negociación colectiva y Ley en materia de Flexibilidad de Trabajo. Revista Debate Laboral, San José, No.2, año 1988, págs 103-129.
- Asociación de Servicios de Promoción Laboral (ASEPROLA). Estrategia Sindical ante el competidor solidarista. Editado por ASEPROLA, San José, 1988, 34 págs.
- CARRO ZUÑIGA, Carlos. Derecho del Trabajo Costarricense. Ediciones Juricentro S.A., San José, 1973, 156 págs
- Código de Trabajo de la República Dominicana. Ley No. 16-92, promulgada el día 29 de mayo de 1992. Edición CENAPEC, 155 págs.
- CONFEDERACION AUTENTICA DE TRABAJADORES DEMOCRATICA (CATD) y CONFEDERACION NACIONAL DE TRABAJADORES. La Concertación Social. San José, Editado por Centro de Estudios Democráticos de América Latina (CEDAL). 1988. 30 págs.
- CONFEDERACION DE TRABAJADORES RERUM NOVARUM. Proyecto de Ley de Cesantía y Sector de Economía Laboral. Polígrafo. Abril de 1993, 23 págs.

- ESPINOZA, Juan Rafael. Tareas sindicales inmediatas en el campo jurídico. Editorial de la Universidad Nacional (UNA). Heredia. 1979. 99 págs.
- GAETE, Marcelo. Que es el Ajuste Estructural? ALFORJA, San José, 1992, 20 págs.
- GARCIA ALBUREZ, Ligia. La incidencia del ajuste estructural en el mercado de trabajo de Costa Rica. Programa Mundial del Empleo-O.I.T. Santiago, 1991, 39 págs.
- MERTENS, Leonard. El Desafío de las Relaciones Laborales en la Nueva Competitividad. Oficina Regional de O.I.T. para América Latina y el Caribe, Lima, 1992, págs 65.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. Los sindicatos ante la crisis económica. IV Congreso Centroamericano y del Caribe del derecho del Trabajo y la Seguridad Social, San José, 14 de abril de 1985. Polígrafo, 11 págs.
- MOVIMIENTO SOLIDARISTA COSTARRICENSE. Documento de Propuestas y comentarios al proyecto 11.522. Polígrafo, 29 págs..3 Junio de 1993.
- MORALES HERNANDEZ, Francisco. Hacia un Sector de Economía Laboral. IV Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, San José, 14 de abril de 1985. Polígrafo, 7 págs.
- MORALES HERNANDEZ, Francisco et.al. El Sector de Economía Laboral. Cuadernos de CEDAL. Imprenta Lehmann, San José, 1978, 128 págs.
- OIT. Informe sobre el solidarismo en Costa Rica. En Revista Debate Laboral, San José, No.8-9. 1991.
- OIT. Políticas de empleo en la reestructuración económica en América Latina y el Caribe. Coloquio Tripartito sobre reajuste estructural, empleo y formación en América Latina. Caracas, 12-16 de agosto de 1991, 76 págs.

- PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1978, 331 págs.
- PLA RODRIGUEZ, Américo. Contrato de Trabajo y relaciones de trabajo. Perspectivas actuales. Efectos Económicos, jurídicos y morales de su terminación. IV Congreso Centroamericano y del Caribe del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, San José, 14 de abril de 1985, polígrafo, 17 págs.
- URIARTE ERMIDA, Oscar. Panorama y Tendencias del Derecho Laboral y las Relaciones de Trabajo en América Latina. Revista Debate Laboral, San José, No. 2, año 1988, págs. 5-23.