



Seminario Reforma Procesal Laboral

Textos completos de las exposiciones presentadas



Colegio de Abogados de Costa Rica, 9 y 10 de julio, 2015

**Seminario
Reforma Procesal Laboral**

Organización:
**Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social**

Fecha:
9 y 10 de julio de 2015

Lugar:
Colegio de Abogados de Costa Rica

Recopilación y transcripción de exposiciones:
Silvia Castro Quesada

Documento elaborado por



Índice

Apertura

Fernando Bolaños	4
Orlando Aguirre Gómez	6
Víctor Morales Mora	9

Panel: Actividad jurisdiccional y procedimientos cautelares anticipados

Orlando Aguirre Gómez	11
Licda. Mauren Jiménez Gómez	13
Lic. Jorge Olaso	18

Conferencia: Prohibición de Discriminar y procedimiento en casos de discriminación

Dra. Laura Otero Norza	24
------------------------	----

Conferencia: Solución Alternativa de Conflictos: Papel del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Lic. Álvaro Coto Muñoz	35
------------------------	----

Conferencia: Procedimiento para el Juzgamiento de Infracciones a las Leyes de Trabajo

Dr. Erick Briones Briones	41
---------------------------	----

Conferencia: Fueros Especiales de Protección. Sustanciación del Procedimiento

MSC. Esteban Calvo Rodríguez	49
------------------------------	----

Panel: La huelga y su calificación

Dr. Alexander Godínez Vargas	56
Dr. Fernando Bolaños Céspedes	65

Panel: Solución de Conflictos de Carácter Económico Social: la conciliación y el arbitraje

Profesora María del Rocío Carro	73
Magistrada Julia Varela	78

Conferencia: Régimen Laboral de los empleados del Estado y sus instituciones

Magistrado Héctor Blanco González	84
-----------------------------------	----

Acto apertura

Fernando Bolaños Céspedes

PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Quisiera aprovechar estas palabras introductorias para hacer una pequeña reseña sobre la ley a la que durante estos dos días vamos a hacer referencia y vamos a estar estudiando en conjunto. Estamos hablando del proyecto de Ley 15900 que fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 13 de setiembre del año 2012, el 9 de octubre fue vetado por el Poder Ejecutivo y el 12 de diciembre del año 2014 mediante acuerdo ejecutivo de esa fecha, se levantó el veto impuesto y ese mismo día fue publicada la ley en el diario oficial La Gaceta.

Según el texto de la ley, ésta entrará en vigencia 18 meses después o sea el 12 de junio del año 2016, la reforma a la que hacemos referencia afecta 342 artículos de un total de 624 artículos del Código de Trabajo, si tomamos en cuenta que de los artículos del Código, al menos 138 se refieren a materia de riesgos de trabajo; esto nos puede dar una idea del impacto que significa en la legislación del Código de Trabajo, la reforma a la que nos referimos, nos encontramos diría yo, ante una legislación que va más allá de una simple reforma, más allá de un simple aggiornamento, como diría un autor italiano de la legislación laboral, yo me atrevería a pensar que estamos ante una verdadera reescritura del Código de Trabajo.

De qué trata y a qué se refiere esa reescritura, es precisamente de lo que nos ocuparemos en estos dos días.

Como todo proceso de plasmación histórica, la Reforma es el fruto de un complicado proceso en el que intervinieron distintas personas e instituciones, a veces con intereses contrapuestos, a veces con intereses comunes, pero el resultado al final ha sido una normativa que sin lugar a dudas nos acerca mucho a lo que yo diría es una legislación más democrática más pluralista y que incorpora de mejor manera los principios fundamentales, que recogen los convenios más importantes de la Organización Internacional del Trabajo.

El primer gran mérito lo tiene sin lugar a dudas la Sala II de la Corte Suprema de Justicia y el Poder Judicial, al haber impulsado y redactado un primer borrador de lo que sería la Ley de Reforma Procesal Laboral. Habría que mencionar también la comisión que funcionó durante varios meses en el Ministerio de Trabajo, con participación de representantes de cámaras patronales, representantes de organizaciones sindicales, representantes de la misma Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y con el agregado importante de un representante de la Organización Internacional

del Trabajo, que en aquella ocasión fue don Víctor Morales, aquí presente, que en aquel momento no era Ministro de Trabajo, sino que era funcionario de la OIT y coordinó precisamente esa comisión en la que también tuve el honor de participar y en la que se reescribió un segundo borrador sobre la base naturalmente del primer borrador que nos había enviado la Corte Suprema de Justicia.

Posteriormente, cuando el proyecto llega a la Asamblea Legislativa, la Comisión de Asuntos Jurídicos donde estuvo asentado el proyecto durante mucho tiempo, nombra a una sub comisión en la que participaron una serie de representantes del sector sindical, del sector empresarial y del Ministerio de Trabajo. Se me olvidaba decir y es importante, que cuando el proyecto sale de la Comisión del Ministerio de Trabajo que coordinaba don Víctor Morales, pasó nuevamente a revisión, antes de llegar a la Asamblea Legislativa, a una mini comisión que lo revisó, donde estaban Don Humberto Villasmil, entonces Especialista en Normas de la OIT en Costa Rica y don Orlando Aguirre, que también le da una nueva revisión al proyecto antes de enviarlo a la Asamblea Legislativa. Esto es un largo camino transitado que refleja en primer lugar: la apertura del Poder Judicial a este tipo de reformas, pero también todo un proceso de entendimiento o pacto social, que por cierto es un pacto que ahora algunos quieren desconocer. Teniendo ese origen tan noble, tan

prístino, ese origen de tanto raigambre social, esta legislación merece la mejor de las suertes y merece también el mejor entendimiento por parte de los ordenamientos jurídicos.

Nosotros resultaríamos ilusos, si creyéramos que en este Seminario vamos a poder comentar y recolectar todos los conflictos de aplicación y de interpretación que necesariamente van a surgir de la nueva normativa, lo bueno sin embargo, es que con la colaboración del Ministerio de Trabajo, del Colegio de Abogados y del Poder Judicial, podemos iniciar ese largo camino exegético que nos va a permitir un mejor aterrissage y materialización de la nueva reforma. En nombre de la Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo, les doy la bienvenida a este primer intento sistemático y científico de aprender los principales aportes de la nueva legislación, es nuestro deseo que la actividad tenga el máximo aprovechamiento para la comunidad de juristas y para la sociedad costarricense.

Decía el autor Anatole France, que los seres humanos nunca agradecemos tanto como cuando se nos paga con esperanza el trabajo de tantos años, y ese es nuestro deseo, que el trabajo de tantos años encuentre su paga en la esperanza de renovación que nos brinda este nuevo Código de Trabajo.

Orlando Aguirre Gómez

MAGISTRADO Y PRESIDENTE DE LA SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Me complace mucho estar en esta actividad, me parece muy importante el aporte del Colegio de Abogados, de la Asociación Costarricense de Derecho de Trabajo y sin duda el Ministerio de Trabajo, en proponer y apoyar este tipo de actividades, porque precisamente como lo señalaba el doctor Bolaños, lo que es hoy la Ley Procesal Laboral, más que un puñado de reformas de los distintos procedimientos, contiene una serie de cambios que es indispensable que todos los que estamos involucrados en la puesta en práctica de las normas jurídicas; -entiéndase jueces, abogados y desde luego los estudiantes que vienen a incorporarse a estas actividades en el futuro-, tengamos un pleno conocimiento del contenido de esas disposiciones.

En primer lugar, cabe señalar como ya se dijo aquí por don Fernando, que la reforma tiene efectos sustantivos importantes que según mi modo de ver e interpretar el sistema de derecho laboral, busca poner el Derecho de Trabajo en una posición correcta, para posibilitar el ejercicio precisamente de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores y la solución pronta de los conflictos de las partes involucradas o sea las partes sociales.

Un adecuado desarrollo económico y social de un país, se ha dicho, y constantemente lo vemos en los periódicos, requiere de la mejora de las distintas estructuras y cuando se habla de estructuras, se nos habla de las estructuras materiales, entiéndase carreteras, entiéndase puertos, aeropuertos, sistemas de comunicación, pero yo estoy convencido de que a partir de ese desarrollo material, se requiere siempre un desarrollo armonioso del tema social: salud, educación, acceso al crédito que permita el desarrollo y la promoción humana, porque en realidad todo desarrollo ha de servir para que nos desarrollemos todos los

miembros o la mayoría de los miembros de una sociedad y desde luego que también el tema de la solución de los conflictos juega un papel importante en este desarrollo económico y social.

Ahora los organismos internacionales son bien claros y recientemente tuvimos una actividad aquí, propiciada por el Colegio de Abogados, relacionada con el problema de la recuperación de los créditos, que resulta ser un eslabón importante en el tema de la inversión, pero obviamente que el tema de la solución de los conflictos jurídicos y económicos en una sociedad, debe ser también motivo de preocupación.

Nació como un proyecto de reforma procesal laboral, tendiente precisamente a la modificación en parte del derecho sustantivo laboral, para posibilitar el ejercicio de los derechos de los trabajadores y la solución de los conflictos, pues en parte es una respuesta a la preocupación que hemos venido teniendo en el Poder Judicial de mejorar los sistemas procesales para la búsqueda de una solución adecuada de los conflictos.

Todos conocemos que el proceso actual, si bien podríamos calificar el proceso laboral actual, comparativamente con otros procesos, que tiende a facilitar el acceso a la administración de justicia, no lo es del todo, al extremo de que precisamente los grandes problemas de mora judicial, nosotros los tenemos en la jurisdicción de trabajo y no debiera ser así, porque ahí se ventilan cuestiones, se pretenden derechos que son de carácter perentorio, esenciales para la vida cotidiana, sin embargo tenemos ese lunar y este proyecto tiene como objetivo facilitar la solución de esos conflictos.

El proyecto en términos generales, comprende modificaciones que van a ser objeto de análisis muy profundo aquí en materia de derecho colectivo, porque bueno, yo siempre me he preocupado por el tema a pesar de que no soy de extracción laboralista, porque desde un principio he visto que el derecho colectivo en Costa Rica no funciona y no funciona porque lo tenemos elevado a rango constitucional casi todo, hemos aprobado convenios de la OIT que consagran todos estos derechos, pero en la práctica no es posible debido a la cantidad de requisitos que se exigen para poder hacerlo valer y además a nivel judicial, los procesos de solución de los conflictos económicos y sociales no funcionan; yo siempre les digo e invito a cualquiera que vaya a un juzgado de trabajo a preguntar cuántos procesos colectivos de trabajo tienen y posiblemente muchos juzgados le dirán: ninguno, porque precisamente no pueden funcionar dada la estructura con la que se concibieron en su momento, al punto que el funcionamiento de esa justicia puede quedar en manos de las partes sociales, si ellos quieren integrar o no listas de árbitros o listas de conciliadores.

Tengo la seguridad que todos esos temas van a ser objeto de análisis, me parece muy importante, porque precisamente esta es una de las grandes innovaciones sustantivas y adjetivas que se introducen en esta legislación y es necesario que retomemos este tema. Lo he expresado en otros foros, porque el estudio del derecho colectivo de trabajo no tiene relevancia en nuestras universidades, algunas tienen un curso por ahí o acomodan por ahí la parte colectiva y eso está mal, porque la mayor parte de nuestros abogados no saben en qué consiste eso y es una falencia que nos llega a nosotros a la judicatura, porque el recurso que captamos en el mercado viene con esas deficiencias y con esas deficiencias se traslada a la administración de justicia.

Yo tenía un amigo que al principio me inspiró mucho para esto, que era don Eugenio Pignataro, ya fallecido, él fue presidente de la Unión de Cámaras en algún momento y tuve la dicha de poder hablar muchas veces con él, de compartir temas de interés social y él me señalaba en una oportunidad, mire me dice, "el problema que ustedes tienen es de control, ustedes no saben que está sucediendo, yo lo que sé un poquito es de los conflictos económicos y sociales", "hay juzgados, -dice-, donde se les presenta un conflicto y el juez no sabe qué hacer, no sabe cómo responder a aquella situación y ustedes pues aparte del control que deben de tener, debieran de preocuparse por enseñarle a los jueces derecho colectivo de trabajo". Yo me preguntaba, bueno, vamos a tener que enseñar, es decir, cambiar los objetivos del Poder Judicial y enseñarle a los abogados una cosa que debieron de haber aprendido en las universidades.

Ese es uno de los primeros grandes temas y siento que esta actividad está muy enfocada a esta temática y esto es importante. A parte de algunas otras reformas que se hacen de tipo sustantivo en materia de prescripción y en materia de reglas sobre discriminación en el trabajo, el otro eje central es precisamente la reforma, la modificación del procesamiento laboral, del título del Código de Trabajo que se refiere a la jurisdicción especial del trabajo. También ésta debe ser objeto, -aunque es algo que se maneja más a nivel de las universidades-, pero debe ser objeto de una buena revisión de parte de todos para que nos enteremos del tratamiento que se le está dando, el enfoque que se le está dando a los distintos temas sobre esta materia.

Yo quisiera destacar dos aspectos, que creo que deben ser objeto de alguna reflexión en algún momento, en esta actividad no están programados, pero me refiero en primer lugar al tema de régimen probatorio que se está proponiendo, es un régimen probatorio especial

y me parece que debemos familiarizarnos con él, a los efectos de poder ejercer los abogados desde el punto de vista liberal la profesión, de cuáles son sus cargas, porque ahora si vienen bien especificadas, qué tiene que probar cada parte y que lo tengan bien claro, porque las reglas del juego están bien claras.

Ahora, a mí se me ha hecho la crítica muchas veces de colegas que nos dicen: es que ustedes se han sacado de la manga la teoría de la redistribución de las cargas probatorias, ¿si acaso es que está en el Código de Trabajo, ni en el Código Procesal Civil a donde hay que remitirse!; no, claro, nosotros hemos ido aplicando algo así como el llamado principio progresivo en lo que son las normas de interés social y hemos aplicado la doctrina de la redistribución de las cargas probatorias. Mucha de la jurisprudencia de la Sala nuestra y de los tribunales se refleja en el proyecto, pero obviamente que tuvimos también acceso a alguna doctrina sobre el particular, por ejemplo, del autor mejicano Néstor de Buen y algunos otros tratadistas que se han ocupado de la materia, concretamente en lo laboral.

El otro tema que me parece que debiéramos enfocar en algún momento, es el de las nulidades, que en el proceso laboral tienen una estructura distinta a como lo hemos venido tratando hasta ahora en la legislación común. En la legislación procesal civil hay una estructura más completa en el sentido en que se enfoca desde un punto de vista de los temas donde pueden darse las nulidades, o sea de la capacidad de las partes, capacidad de los jueces, acceso a la justicia, formalidades y nulidades previstas por las leyes que uno no se puede cuestionar.

Otro aspecto importante al que nos vamos a referir después y que solo menciono por ahora, es el de la oralidad y para no cansarlos con un recuento de lo que está ahí, porque seguro todo

va a ser objeto o muchas de estas cosas van a ser objeto del análisis, solo quería señalarles que el proyecto concluye con una modificación de lo que es el procedimiento para tratar el tema de las infracciones laborales y de seguridad social. Dicho sea de paso, que nosotros en un inicio, con el proyecto que se arrancó que lo redactó este servidor, arrancábamos con una propuesta de que eso saliera del Poder Judicial, sin embargo en el Consejo Superior de Trabajo, recibimos algunas objeciones, en el sentido de que el Ministerio de Trabajo no tenía unas estructuras adecuadas para atender esta temática y además sentí que había como alguna desconfianza en el sentido de que si se trataba administrativamente, no se podía tratar con objetividad. Yo siempre he creído que esta es una materia de tipo administrativo, pero en fin, actualmente la tenemos en lo judicial y sigue en lo judicial precisamente porque en aquel momento no hubo un ambiente para sacarla y administrativizarla.

Se establece también un procedimiento para calificación de la huelga. Uno ve en los periódicos que se pide la calificación de la huelga y ustedes buscan en los códigos nuestros y no hay una sola norma que se ocupe del tema de la calificación de la huelga y actualmente los tribunales funcionan con una especie de protocolo que precisamente me tocó a mí redactar hace algunos años y proponerlo a la Corte para que saliera como un instructivo y eso es lo que se ha venido aplicando en aras de cumplir con el principio del debido proceso.

Quisiera finalizar diciéndoles que me complace mucho la actividad y espero que durante ella tengamos los mejores frutos, porque de eso dependerá desde luego, el buen aterrizaje que tenga este proyecto, según palabras de don Fernando.

Víctor Morales Mora

MINISTRO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Esta actividad constituye el primer acto que organizamos la Asociación de Derecho al Trabajo y nosotros el Ministerio, en el contexto del interés que tenemos en que en medio de la agenda agitada del Ministerio con la atención de nuestros temas cotidianos, abramos un espacio para el estudio, para la reflexión, para el análisis, para la generación de pensamiento. Nos parece que eso también debemos hacerlo desde el Ministerio de Trabajo y en esa dirección entonces nos acercamos a la Asociación de Derecho del Trabajo, a don Fernando y a su equipo y establecimos un convenio entre el Ministerio y la Asociación, fruto de ese convenio es esta primera actividad, de manera que agradezco muchísimo la alianza que también hemos hecho con el Colegio de Abogados, con la Comisión de Derecho del Trabajo, que tan activamente coordina don Marcos, para generar estos eventos, esperamos que este sea apenas el primero y que sigamos haciendo muchas actividades más en esta dirección.

Desde luego que nos interesaba que el primer tema a tratar fuera precisamente este, el tema de la reforma procesal laboral. Como ya se ha dicho aquí ampliamente, este es un tema que ya tiene en la agenda del país muchísimos años, en el marco del proceso de concertación nacional, convocado por el ex presidente Miguel Ángel Rodríguez en el año 98 y en el seno del Consejo Superior de Trabajo, que actuó como espacio de concertación para la agenda laboral; ahí apareció este tema, luego de que se estructuró la agenda de cesantía y pensiones tratada en esa Mesa en la Ley de Protección al Trabajador y nos quedó una agenda de otros temas que fueron puestos ahí, desde luego que estaba entre ellos el tema de la Reforma Procesal Laboral y coincidía con un interés de la Corte de elaborar un Código Procesal General, de modo que se llegó a la conclusión

en ese momento en el Consejo Superior de Trabajo que lo natural era acercarse a la Corte y poner el tema en la Corte donde se estaba trabajando y ahí hemos empezado una historia de más de 15 años, que todavía nos tiene aquí, por dicha.

Ese es un tema fundamental para el Gobierno como lo demostró la decisión política del Presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, de levantar el veto en el pasado mes de diciembre y tenemos comprometido todo nuestro interés y nuestra voluntad en avanzar, de modo que estamos a la espera de que la Sala Constitucional resuelva los recursos que tiene, esperamos que resuelva de tal manera que podamos seguir adelante trabajando como lo estamos haciendo y aquí lo importante es cómo lo estamos haciendo, formar, capacitar, informar y poner en la mesa, esa agenda amplísima, esa agenda riquísima, que nos va a permitir como ya muy bien aquí lo han dicho don Orlando y don Fernando, actualizar nuestra legislación.

Desde luego como lo sabemos muchos y espero que todas y todos los que estamos acá, la Reforma Procesal Laboral, es muchísimo más que el tema de las huelgas, que es el tema donde mediáticamente se ha querido posicionar esta Reforma Procesal Laboral. Ese es un tema entre otros y que desde luego a mí me parece que ha sido tratado y está puesto en un lugar mucho mejor para la ciudadanía que donde está hoy y como prueba de esto, es que una parte importante del Movimiento Sindical costarricense ha manifestado su oposición a la Reforma Procesal Laboral y su oposición es precisamente porque esta legislación establece regulaciones y limitaciones para el ejercicio de la huelga en la forma en que lo hacen hoy, que hacen la huelga cuando quieren.

De manera que con la Reforma se establecen procedimientos para que eso no suceda de esa forma.

Y estas actividades y hacer más esfuerzos para informar, para presentarle al mayor número de personas la riqueza de esta temática no cabe duda que es el gran desafío, todavía hoy en la mañana mientras venía para acá escuchaba en un programa de radio a algunos diputados en el marco de los lamentables incidentes del día de ayer, referirse a la Reforma Procesal Laboral y asociarla con la posibilidad de que entonces, se van a multiplicar y van a quedar por la libre y legalizados hechos como los de ayer, eso es lo que se quiere colocar en la gente, en la cabeza de la gente y no hay nada más alejado de eso, aunque algún diputado de los que hizo ese comentario, es una persona a la que yo quiero mucho, pero no hay nada más alejado de eso. De manera que hay que hacer un enorme esfuerzo y hay que seguir trabajando desde todos los flancos, desde el judicial, desde el ámbito académico, desde la Asociación de Derecho del Trabajo, del Ministerio de Trabajo, del Colegio de Abogados, para informar y para dar a conocer los alcances reales que tiene la reforma procesal laboral. En la Asamblea Legislativa hay varias iniciativas tendientes a introducir reformas y modificaciones, nosotros en el Gobierno, el Presidente ha planteado claramente, si hay que revisar aspectos, si hay que analizar algunos elementos de la reforma, pues en su momento lo haremos y lo revisaremos de manera que esté siempre a la altura y al nivel de las exigencias que la sociedad costarricense lo quiere y lo demanda.

Pero sí vamos en esa dirección, sí estamos apostándole a la reforma procesal laboral y avanzando fuertemente en esto. Pero además

de la Reforma Procesal Laboral y este esfuerzo de modernización, también hay otros temas que tenemos que abordar, en la Asamblea Legislativa está en trámite un proyecto que moderniza y fortalece el servicio de inspección de trabajo y eso nos parece que está bien; yo espero que no me lleve más de dos meses para presentar a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley que tiene que ver con las jornadas laborales, yo quiero entrarle a ese tema nuevamente. Este país tiene muchos años de estar en esa discusión, no nos hemos movido de donde hemos puesto la bola en la discusión, quiero poner esa bola en otro sitio y estamos preparando un proyecto para presentarlo, es un tema que está en la vida real, ahí está, si uno quiere puede volver a ver para otro lado y no verlo, pero ahí está y yo con el apoyo del presidente, quiero plantear el tema. De manera que podamos poner nuestra legislación laboral en un nivel de modernización, en un nivel de respuesta real y efectiva a las demandas de nuestra sociedad costarricense, de nuestro mercado laboral, de un sistema de relaciones laborales democrático que apuntale y fortalezca nuestra convivencia social.

En esa línea andamos, de manera que de nuevo muchísimas gracias Fernando por el interés de la Asociación en esto y de verdad que espero tengamos dos días de muchísimo trabajo para enriquecer y para mejorar el nivel de conocimiento que tenemos de los contenidos de esta Ley. Y a don Orlando siempre nuestro agradecimiento y nuestro reconocimiento, porque como se ha dicho aquí, sin su liderazgo, sin su compromiso y su dedicación, posiblemente no estaríamos donde hoy estamos y al Colegio, de nuevo muchísimas gracias. Buenos días.

Panel

Actividad jurisdiccional y procedimientos cautelares anticipados

(oralidad, juicio por audiencias, medidas cautelares, entre otros temas)

Orlando Aguirre Gómez

MAGISTRADO Y PRESIDENTE DE LA SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Quisiera comenzar diciéndoles que el proceso se rige, o los procesos deben realizar algunos principios que se consideran de gran importancia o de vital importancia para una correcta administración de justicia. Esos principios son en lo que interesa para esta exposición, la inmediación, la concentración y la celeridad.

La inmediación tiene una gran importancia, porque lo que busca es que el juez pueda tener un contacto inmediato, directo con el conflicto, con las partes del conflicto, con los testigos, porque de lo contrario, pues puede suceder como nos pasa ahora, que el juez prácticamente falla a través de los ojos, a través de los oídos, a través de los sentidos de otras personas que fueron quienes vieron, quienes oyeron y quienes palparon la forma en que las partes se comportaron en la audiencia de pruebas o en la audiencia de que se trate. Este sistema que tenemos ha sido criticado precisamente porque le quita al juez lo más importante, lo más rico de ver y analizar y estudiar un conflicto, cual es estar presente en la discusión, estar presente oyendo a los testigos,

estar presente y oyendo las declaraciones de las partes, en fin, cumplir esa inmediación. El proceso escrito desgraciadamente no cumple con esa necesidad.

El otro proceso importante es el de la celeridad, tenemos un compromiso, porque emana de un mandato constitucional, porque la lógica nos lo dice, un compromiso de que los conflictos sean solucionados en forma célere, rápida, sobre todo en una materia como la nuestra en lo laboral, en la cual pues, como bien les explicaba hace un rato se discuten casi siempre, por no decir siempre, conflictos sobre pretensiones que tienen que ver con las necesidades inmediatas de sobrevivencia de las personas, como son pagos de salarios, derechos sociales como aguinaldo, vacaciones y también en el área de seguridad social, las demandas sobre pretensiones. Este principio no se puede alcanzar siempre con el proceso escrito y un proceso también con muchas instancias como el que tenemos en la actualidad.

Otro principio que se busca también alcanzar o tener siempre para lograr una solución célere,

es el de la concentración. En la sustanciación de los procesos se llevan a cabo diversos actos, en diversas etapas, en diversos momentos y eso hace que se consuma mucho el tiempo y que el proceso se prolongue. En la aplicación de la oralidad yo diría que una forma de hacer el proceso, es importante para alcanzar todos estos principios, por eso es que modernamente se viene aplicando la oralidad, se viene buscando la oralidad. La oralidad no es nueva, no es algo que nació ahora, la oralidad existió en la Edad Media inclusive, los procesos eran orales, pero fueron abolidos, incluso hay un pronunciamiento de un Papa que los prohibió, porque los procesos orales se prestaban para la corrupción. Claro, entonces no había aparatos para grabar las declaraciones y entonces después de que el juez oía a las partes, oía a los testigos, se retiraba a meditar y después salía y decía la solución es esta y no siempre agradaba y no se podía rebatir porque no, eso es lo que yo aprecié en los testigos, pero no si no es así, que es... verdad, por eso fue prohibida. Pero hoy día se puede volver, yo diría que con seguridad a esta herramienta, a la oralidad, porque de esa manera vamos a hacer o a tener o a poder realizar un proceso con actos concentrados. El señor Olaso se referirá a la audiencia, que precisamente es donde se aplica la oralidad con actos concentrados, en forma celeridad y además con la presencia siempre del juez que va a dictar la sentencia y esto pues nos garantizará primero la aplicación del principio de celeridad, segundo la concentración más acertada, porque precisamente el juez ha debido apreciar los diferentes problemas que involucra el conflicto que está resolviendo. Podemos hablar en materia de oralidad de procesos completamente orales, y procesos parcialmente orales.

Si nosotros analizamos el proyecto nos vamos a encontrar que este es un proceso con actuaciones prioritariamente orales, así lo dice en el artículo 421, son procesos

prioritariamente orales. O sea que la demanda y la contestación van a ser siempre por escrito y lo que va a ser oral es la audiencia y ahí las actuaciones obviamente se van a realizar en forma oral. En la audiencia las actuaciones van a ser orales e inclusive las notificaciones, el artículo 469 nos señala que cuando se trata de decisiones que se adopten en audiencias orales, van a quedar notificadas a las partes presentes en ese momento.

Cuando discutimos este proyecto tuvimos en cuenta muchas opciones, inclusive la posibilidad de hacer procesos más orales, con la contestación oral como hay en otros países, se presenta la demanda, se notifica y se convoca a la audiencia y de una vez ahí se contesta la demanda. Tiene algunos inconvenientes y es que muchas veces en la contestación de la demanda surgen cuestiones nuevas que pueden ser sorprendentes o para la parte actora, entonces o se suspende el proceso para dar la oportunidad de buscar las pruebas que requiere, para rebatir una tesis que le sacaron en la contestación de la demanda, o sacrifica a la parte diciéndole que no.

Entonces por eso se optó por este sistema parcialmente escrito y con oralidad en lo que es el motor, la esencia, el corazón del proceso, que es la audiencia, donde se va a realizar precisamente el debate sobre las pretensiones de las partes y las excepciones que se hayan opuesto en forma oportuna.

Si se hace oral también, muy oral, tiene el problema de que hay que realizar muchas audiencias o varias audiencias, así por ejemplo, consultábamos un proceso que había en Colombia, que habían adoptado en Honduras, donde tenían cinco audiencias, ¿porqué?, Porque una audiencia para una cosa, la audiencia para contestar, audiencia para resolver excepciones dilatorias, una audiencia para proponer y admitir pruebas y

una audiencia para evacuar pruebas, bueno, nosotros, yo lo mencionaba don Jorge, optamos por este modelo de un proceso escrito en la primera parte y oral en lo que es la audiencia. Hay otras posibilidades de tener más de una audiencia, nosotros optamos por un proceso con una sola audiencia para tratar de hacerlo más célere, dándole posibilidad a los jueces de hacerlo en dos audiencias, dividiéndolo, lo que es la parte puramente de definición del futuro debate y la admisibilidad de pruebas y lo que es precisamente el debate propiamente, pero eso quedará a criterio de los jueces.

La oralidad se puede expresar en lo que son las actividades que se realizan en la audiencia, pero también hay un tema muy importante que es el de la sentencia, sí la sentencia, debería ser también oral. Nosotros habíamos apostado por la sentencia oral, así se fue el proyecto, así llegó a la Asamblea Legislativa, sin embargo en la Asamblea se presentó una moción que tenía dos contenidos; uno fatal diría yo, que obligaba a los tribunales a llevar -cuando había procesos electrónicos-, un proceso físico, para poder consultarlo los abogados y las partes cuando lo quisieran y llevar por aparte lo que es el proceso electrónico, pero al mismo tiempo ahí se metió la parte que nos interesaba, en que prácticamente estaban descabezando el

tema de la sentencia oral, porque decía que la sentencia siempre tenía que ser escrita. Al final, fuimos a conversar con los señores diputados y se cambió y quedó como está ahora y es que dice que cuando el proceso se lleve electrónicamente y se haga la audiencia oral, entonces la sentencia se puede dictar oralmente, toda, íntegra y eso sí, debe ser digitada de manera que quede respaldada, valga la redundancia, en un respaldo electrónico y las partes pueden ir a pedir copias de la sentencia cuando quieran, así quedó. Entonces oralmente se va a dictar lo que es la parte dispositiva y si las partes estuvieran de acuerdo con esa sentencia, pues no habrá necesidad de redactar posteriormente un contenido, yo creo que va a ser muy difícil que las partes digan "estamos de acuerdo con esto y no redacte más, no nos dé ninguna otra consideración adicional ...", o sea que la sentencia se puede emitir oralmente y omitirse solo cuando las partes lo piden, de lo contrario la sentencia será oralmente en la parte dispositiva y si el juicio fuera electrónico, será necesario digitar esa sentencia, de tal manera que las partes puedan pedir copias de ella. Eso fue producto de la negociación, para evitar que se nos obligara siempre a tener un respaldo físico y visible y tocable de los expedientes, aun cuando optáramos por procesos electrónicos y orales.

Licda. Mauren Jiménez Gómez

Muy buenos días a todos y todas, un gusto estar acá con ustedes, me corresponde hablarles de un tema que particularmente me apasiona. En los últimos cuatro años que estuve como jueza en el juzgado donde tengo mi plaza en propiedad, porque ahora me desempeño como docente de la Escuela Judicial, me dediqué a resolver muchos asuntos cautelares, de modo que cuando se me asignó el tema sentí una gran identificación con el mismo y un gran gusto, porque en definitiva, la reforma procesal

laboral nos ofrece un gran avance en lo que a esta temática se refiere. Hoy por hoy, tenemos que andar remendando por llamarlo de alguna forma, la legislación para poder darle solución a las diferentes medidas cautelares, ya no va a ser necesario a partir de la letra normativa de la reforma.

Voy a tratar de constreñirme al tiempo que se me ha conferido para esta exposición en ocho grandes temas, refiere a los momentos

de interposición de las mediadas, las medidas cautelares propiamente dichas, las tipologías de las mismas, la normativa supletoria, el ordenamiento de las medidas cautelares, el embargo preventivo y el arraigo, dos medidas típicas que se mantienen en la reforma y una gran innovación que refiere a la suspensión de los efectos del apto del despido y reinstalación de la persona trabajadora.

Entrando en materia debemos decir que la interposición de las medidas cautelares se puede dar tanto; antes de la instauración del proceso, durante la tramitación del mismo o durante su ejecución. La reforma procesal Laboral nos da un norte por el cual transitar en cuanto a la resolución de medidas cautelares, debe tratarse de medidas que resulten adecuadas y necesarias, es importante tener en cuenta que el objetivo de las medidas cautelares es proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Hay un recurso interesantísimo que ofrece la Reforma Procesal Laboral, en lo que a medidas cautelares se refiere y es que la persona juzgadora tiene la oportunidad de que al momento de resolver una medida cautelar, puede hacer uso de cualquier otra medida siempre que busque la preservación del ejercicio de un futuro derecho. En el uso de esta potestad que confiere la reforma, es importante tomar en cuenta tres límites que nos indica la reforma, que son: la racionalidad, la proporcionalidad y la prudencia.

A mí particularmente me llamó la atención que la letra de la reforma, no hace alusión a lo que doctrinariamente nosotros conocemos como requisitos de las medidas cautelares, entendiéndose por: apariencia de buen derecho, que es el famoso *fumus bonis iuris*, el *periculum in mora*, que es el peligro en la demora y la ponderación de interés. La reforma no acuña

estos términos, por el contrario hace mención a tres conceptos que podríamos de alguna manera asemejarlos a estos requisitos que he mencionado, ¿por qué?, con la racionalidad de alguna manera estamos hablando de una apariencia de buen derecho, que la doctrina señala como aquella solicitud que tiene una apariencia seria, no es algo descabellado lo que se solicita, la proporcionalidad es ni más ni menos que la ponderación de intereses.

Yo tengo al momento que resolver una medida cautelar, saber que estoy tutelando un interés privado, versus un interés público y la prudencia es tener el juicio correcto al momento de ponderar si la demora en el proceso justifica el otorgamiento de la medida, ¿por qué esa parte necesita que se le otorgue una medida, antes de que llegue la sentencia? Eso es prudencia. La reforma nos la ofrece con estos nombres, sin embargo doctrinariamente los encontramos con los otros mencionados, pero no importa, en el fondo lo que buscamos es una medida cautelar que se otorgue sin extra limitaciones.

Es importante señalar que el 489 de la reforma, hace mención expresa a la supletoriedad de la legislación procesal civil, sin embargo, si nosotros interpretamos de una manera integral la reforma, tenemos que caer a la conclusión de que no solamente la legislación procesal civil resulta aplicable, sino además el Código Procesal Contencioso Administrativo, ¿Por qué? Porque en el segundo párrafo del artículo 428, hay dos requisitos indispensables para poder hacer uso de este Código Procesal Contencioso Administrativo, sin embargo, si nos constreñimos a lo que dice el 489, en lo que a medidas cautelares se refiere y medidas preparatorias y en efectos, forma de practicarlas y forma de sustituirlas así como de levantarlas, tenemos que estar a lo que dice el CPC. Es decir 241, 242, 243 y 244, cuatro artículos que desde mi punto de vista se hacen insuficientes.

Si nosotros acudimos al Código Contencioso Procesal Administrativo, que es mi interpretación muy personal, encontramos una gran cantidad de institutos jurídicos tutelados a partir del 19 y hasta el 30, que no encontramos en el CPC. Hablamos por ejemplo de las medidas prima facie, de extrema urgencia, de la contra cautela, aspectos todos que desde mi punto de vista se podrían integrar precisamente por la autorización del numeral antes dicho.

El ordenamiento de la medida cautelar. Tenemos ni más ni menos, las siempre y ya conocidas medidas típicas y atípicas, a gestión de partes se pueden interponer cualquiera de ellas, tratándose del despacho, de oficio solamente podrá intervenir cuando se trate de medidas típicas y al ponerlas en práctica es muy importante que el despacho no solamente debe ser diligente, sino que puede hacer uso de cualquier otra medida necesaria.

Yo recuerdo en mi experiencia como jueza una medida cautelar muy sui géneris, porque en el despacho es lo más frecuente que te soliciten la suspensión del acto administrativo y la reinstalación de un trabajador o trabajadora, pero en este caso era tan particular porque se trataba de unos señores de avanzada edad, músicos de un ministerio, en donde me solicitaban que detuviera el cambio de horarios que les habían asignado últimamente; para mí fue un poco difícil, porque estos señores en el día daban clases en colegios privados como profesores de música y en la noche acudían a los ensayos del ministerio, resulta que después de 30 años de tener ese mismo ritmo de trabajo, les cambian los ensayos para las 7 de la mañana y eso significaba ni más ni menos, que los puestos de trabajo como profesores de colegios privados los iban a perder por dos ausencias injustificadas y el artículo 81. Evidentemente la apariencia de buen derecho se acreditaba, evidentemente el periculum in mora, pero yo tenía un dilema cuando de la ponderación de intereses

privados versus el interés público se trata. La autorización que confiere la reforma de hacer uso de cualquier medida necesaria, me parece genial el recurso, porque yo particularmente lo apliqué en ese caso concreto y el procesal contencioso administrativo también lo autoriza y es la posibilidad de modular la medida que se solicita, es decir, yo no me tengo que limitar a lo que me piden, sino ajustarla al caso concreto, hacerla a la medida.

En el caso específico que les comentaba, ordené el levantamiento del cambio de horario, solamente para los tres señores y no para los sesenta y resto que conformaban el grupo, porque desde mi punto de vista se afectaba el interés público.

Hay dos medidas cautelares típicas que no ofrecen mayor diferencia en lo que hoy por hoy tenemos, son diferencias muy sutiles. El embargo preventivo es el primero que enuncia la Reforma Procesal Laboral y me parece importante que comienza con una descripción de lo se trata, o lo que busca y que cuando hay evidencia que el patrimonio del deudor corre peligro, de desmejorarse durante la tramitación y se torna insuficiente para la garantía de derechos eventuales del trabajador; es muy importante esta definición, porque no es rara la vez que encuentra uno a un trabajador o trabajadora en los despachos judiciales, pretendiendo el embargo preventivo, no para asegurarse un resultado, sino como un medio de venganza, es que me despidió y yo quiero que sienta la presión de mi despido, ¿me pueden ordenar el embargo? No señor, si no hay sospecha o evidencia de la desmejora de ese patrimonio para hacerle frente a la demanda, no procede el embargo preventivo, de ahí la importancia de no desnaturalizarlo y de nosotros como juzgadores y juzgadas al momento de acoger una medida de este tipo.

Enuncia la reforma procesal dos requisitos

importantes y son: prima facie, la constatación de una prestación personal del servicio y la veracidad de los hechos en que se funda el pedimento indudablemente y determinar porque urge embargar el patrimonio del demandado. Se mantiene el requisito de dos testigos y de cualquier otro elemento probatorio que resulte importante, se deben sustanciar sumariamente aun en ausencia de la parte contra quien se solicita la medida. Ya si contraría sus intereses, tendrá la oportunidad de apelar.

Los despachos judiciales en el ejercicio de la labor de valoración, debemos actuar con mucha prudencia, precisamente por las consecuencias que les enunciaba al momento de describir el concepto del embargo. El embargo debe ser proporcionado, no utilizarse de forma innecesaria, ni abusiva y los testimonios tendrán eficacia únicamente para esos efectos, no para el fondo.

Aquí viene una de las novedades de la reforma y es que después de practicado, tendrá la parte diez días para la interposición de la demanda, hoy por hoy se cuenta con un plazo de 24 horas. Ahora, si se mantiene la sanción procesal y es que si no se plantea la demanda, bien sea a solicitud de parte o de oficio, se revocará la medida con el consecuente pago de daños y perjuicios que se estimarán en un diez por ciento del monto del embargo decretado. Hoy por hoy esa estimación de daños y perjuicios se hace si bien en un diez por ciento, pero sobre el monto estimado, hay una ligera diferencia. Ahora, muy importante, estas consecuencias se advierten en la resolución inicial.

Pasando a la segunda medida cautelar típica que nos ofrece la reforma, encontramos el arraigo, ¿qué es? Se trata de una prevención que hace el juez o la jueza para que el demandado esté a derecho con el nombramiento de un representante legítimo, con poder suficiente

instruido para sostener y comprometer a la parte demandada, si se realiza de forma previa se atiende sin más trámite ni garantía y la demanda a diferencia de lo que hoy sucede que igualmente es 24 horas, tienen un plazo de tres días para ser interpuesta, la misma sanción procesal se estipula y es la referente al levantamiento de la medida junto con el pago de los daños y perjuicios si no se presenta la demanda en el plazo indicado. Muy importante, la reforma hace suyo un voto de setiembre de 1990, emitido por la Sala Constitucional, en tanto estipula en blanco y negro que el arraigo no puede tener los efectos de impedimento de salida del país, no puede coartar la libertad de tránsito de las personas y una novedad adicional es que para personas jurídicas o administración pública, solo se decreta si no existe otro apoderado o representante con suficiente poder que resida en el país.

Aquí tenemos una parte fascinante y es algo en lo que incursiona la reforma que de alguna manera se presenta hoy por hoy, aunque la reforma todavía no esté vigente, pero dichosamente ya nos ofrece normativa para resolver y que los jueces y juezas no estemos imprecisos a la hora de resolver.

La suspensión de los efectos del acto administrativo y la reinstalación del trabajador despedido, son dos tipos de medidas que se establecen en la reforma como cautelares, pero específicamente tratadas. Vemos que cuando se trata de procesos en los cuales el Estado o sus instituciones figuran como demandados deben ser de conocimiento de la jurisdicción laboral, recordemos aquí la distinción importante del Voto 9928 del año 2010 emitido por la Sala Constitucional, en tanto nos desligó a los jueces y juezas de trabajo de la nulidad de los actos administrativos, entonces se debe tratar de juicios que verdaderamente a pesar de ser de empleo público pertenezcan a la jurisdicción laboral, no versen sobre fueros especiales de tutela, esto es muy importante

y el día de mañana va a ser uno de los temas a tratar, los fueros especiales de tutela, es una novedad muy importante que ofrece la reforma, pero no puede ser tratada como medida cautelar, en este proceso específico y la pretensión debe tener como efecto la reinstalación en el puesto de trabajo. ¿Qué es lo que busca ese proceso? Recordemos que se trata de un proceso ordinario contra el Estado, en donde se busca la suspensión de los efectos del acto del despido y la reinstalación de la persona trabajadora despedida.

Pero una novedad interesante que ofrece la reforma, es que no solo para asuntos de empleo público, sino también de empleo privado, ¿y cuándo va a ser? Cuando se impugne la validez o injusticia del acto de despido y se invoque alguna norma de estabilidad, estamos hablando de un reglamento interno, de un arreglo directo, de una convención colectiva, alguno de estos cuerpos normativos que ofrezca estabilidad a la persona que instaura esta medida cautelar. ¿Cuándo va a ser procedente? Cuando la ejecución o permanencia de esa conducta administrativa sometida al proceso que se está cuestionando, pueda ser fuente de daños y perjuicios, con algunas características, actuales, potenciales, de difícil o imposible reparación.

El órgano va a ponderar en el ejercicio de valoración la seriedad de la petición, los intereses a tutelar y las eventuales lesiones al interés público. Importante que cuando se trata de asuntos de empleo privado, no se puede comprometer ni la seguridad de las empresas ni su armonía interna, es decir, no vamos a propiciar situaciones inconvenientes a

lo interno de la empresa y es muy importante que el interés público se impulse como el valor prominente a tutelar. La vía incidental va a ser la vía apropiada para la interposición de este tipo de medidas, la solicitud de la suspensión de los efectos del acto se puede ordenar en la resolución que da curso al incidente, es decir, se le dice a la autoridad administrativa no ejecute el acto, hasta tanto no se resuelva la solicitud que aquí se plantea, bajo apercibimiento de desobediencia a la autoridad y el pago de salarios caídos.

La reinstalación como instituto jurídico tiene un especial tratamiento en el artículo 571, concretamente 573 siguientes y concordantes de la reforma. Por cuestiones de tiempo, les voy a decir que se trata de un procedimiento bastante nuevo en donde la persona que tiene la orden judicial para reinstalarse, acude al centro de trabajo en asocio de un notario, levantan un acta o bien de la autoridad judicial o administrativa para constatar las razones por las cuales no puede ser reinstalado y hay una sanción procesal importante y es que los salarios le siguen corriendo durante todo el plazo, que ese patrono no reinstale.

Algunas de las características rápidas, por cuestiones de tiempo que debo señalar de la reinstalación. Ahora, si es por supuestos de violación de fueros especiales, que repito va a ser un tema que va a ser visto mañana, pues los tenemos que remitir. Estos fueros especiales contemplan un grupo de personas aforadas, en donde ni más ni menos, tienen la oportunidad de hacer uso de lo que dichosamente se introduce por la reforma procesal, que conocemos como el amparo laboral.

Lic. Jorge Olaso

Yo me voy a referir específicamente a las situaciones que presenta el proceso de audiencias en la reforma laboral. Trataré en la medida de lo posible y el tiempo me lo permita, desarrollar cada una de las facetas previstas para este trámite de audiencias y sus diferencias conceptuales que existen con el actual trámite y también voy a incorporar ciertas implementaciones que tienen que ver con la Reforma Procesal Civil, para hacer un comentario en conjunto.

El numeral 512 de la reforma indica el proceso ordinario se sustanciará como regla general en una audiencia ordinaria, como bien dijo don Orlando, son los procesos que integran las audiencias, la oralidad, la cual se verá en dos fases, esa es la primera función que tiene la norma, unificar en una sola audiencia dos fases, la audiencia preliminar, una fase preliminar y una fase complementaria del juicio en donde básicamente se recibe la prueba, emiten las partes conclusiones y el tribunal dicta su decisión en forma oral. La idea es esta, es una única audiencia en donde haya división de facetas, pero vamos a ver también que ofrece la posibilidad de hacer dos audiencias totalmente separadas, que creo eso sería lo que menos se tendría que implementar, lo más aplicable será esta situación de una sola faceta.

El 513 nos habla de los requisitos legales para llegar a la audiencia, nos dice si no se tuviera un supuesto de la sentencia anticipada, -que ahora vamos a ver qué es eso-, contestada la demanda o la reconvención en su caso y no hubo ninguna cuestión que requiere resolución previa, en una sola resolución se pondrá esas contenciones en conocimiento de la parte contraria y se señalará hora y fecha para la celebración de la audiencia a más tardar dentro del mes siguiente, en esa misma resolución

se emitirá pronunciamiento acerca de la admisibilidad de las pruebas a evacuarse en la audiencia y en su caso se fijarán los honorarios de los peritos no oficiales, que también vamos a hablar de eso, aunque como bien lo dijo don Orlando el régimen probatorio es un aspecto que quedó fuera en esta actividad.

En síntesis, podemos decir que hay varios supuestos para poder llegar a la audiencia, el primero supuesto importante es no estar, valga la redundancia, en el supuesto de la sentencia anticipada. ¿Cuándo se puede dictar una sentencia anticipada? El 506 nos dice: Si la parte demandada se allanare a las pretensiones del actor, no contestare oportunamente la demanda o no hubiere respondido todos los hechos de la demanda en la forma prevista en este Código, se dictará sentencia anticipada, en la cual se tendrán por ciertos esos hechos y se emitirá pronunciamiento sobre las pretensiones deducidas. Claro en este caso obviamente no tengo que ir a una audiencia. Siempre y cuando no se hayan opuesto excepciones, y aquí viene la excepción, que, con independencia de la contestación, requieran ser debatidas en audiencia.

O sea, si hay excepciones de naturaleza mixta, como las que tenemos en la actualidad, como podría ser la prescripción, la cosa juzgada, podría eventualmente abrirse audiencia independientemente de que la contestación haya sido extemporánea. Dice: Al emitir pronunciamiento, salvo el caso de allanamiento, se tomarán en cuenta las pruebas que existan en el expediente que impidan tener por ciertos los hechos en la forma expuesta en la demanda. Aquí es interesante analizar esta situación, cuando estamos hablando de pruebas, estamos hablando de pruebas ofrecidas en la demanda y podría ser eventualmente en

esa contestación extemporánea, porque no podríamos hablar de un régimen probatorio ya abierto, porque no hay fase demostrativa, no hemos entrado a fase demostrativa, vamos a dictar la sentencia anticipada, entonces tenemos que tener claridad en esa situación.

Después nos sigue hablando la norma de la sentencia anticipada, dice: Cuando la certeza de los hechos de la demanda solo puede establecerse parcialmente o tal certeza está referida únicamente a los hechos de la contrademanda, las cuestiones inciertas se debatirán mediante audiencia. O sea, vuelve a remitir el supuesto a la audiencia. En esta última no se debatirá sobre los hechos admitidos o que deban tenerse por ciertos. O sea limita por un aspecto de celeridad la audiencia a ciertos hechos, únicamente los hechos contradictorios.

Dice: podrá dictarse sentencia anticipada, de oficio o mediante la interposición de la correspondiente excepción, declarando la improponibilidad de la demanda y su consiguiente archivo, cuando... y tiene varios supuestos: La pretensión ya fue objeto de pronunciamiento, o sea cuando hay cosa juzgada, cuando el derecho hubiese sido transado, cuando hay transacción, o cuando haya evidencia de demanda simulada o el fin prohibido o ilícito, son supuestos en donde se puede evidentemente dictar la resolución.

También el 509 nos dice: La prescripción y la caducidad autorizada expresamente por el ordenamiento sustantivo, de los derechos pretendidos en juicio, son declarables en sentencia anticipada. Sigue hablando sobre la norma de la sentencia anticipada y nos dice: La improponibilidad y la caducidad pueden declararse de oficio únicamente por el juzgado de instancia; pero de previo deberá oírse al respecto a las partes por tres días. Si en alguno de los casos tratados en los dos artículos anteriores fuere necesario evacuar pruebas

de hechos sustentantes o enervantes de la excepción o intención oficiosa, se postergará la resolución para la etapa de la audiencia. O sea, volvemos a la situación de la etapa de audiencia, que incluso improponibilidad o una caducidad, podría darse un supuesto en el que se tendría que ir a audiencia.

En los asuntos de puro derecho, que son asuntos donde no hay que evacuar prueba, sino que la discusión versa evidente sobre aspectos sustantivos, se dictará la sentencia dentro de los quince días posteriores a la contestación de la demanda o contrademanda, o, en su caso, de las excepciones interpuestas, previo a traslado para las conclusiones. Evidentemente la norma como lo es, una norma que tiende a la celeridad, moderna, busca este tipo de soluciones y no llegar al supuesto de la sentencia.

El otro supuesto es que evidentemente para haber audiencia, tiene que haber contestación o contrademanda en su caso y cuando no hubiera ninguna cuestión que requiera solución previa, si tiene algún aspecto procesal que tiene que resolver antes de la audiencia, ese aspecto procesal tiene que ser resuelto antes de acudir a la audiencia que estamos hablando.

La resolución, es importante esta situación, incluye un pronunciamiento acerca de la admisibilidad de la prueba y claro evidentemente -y esto lo remarco con rojo-, sobre el tema de la inadmisibilidad, porque recordemos que lo que la parte nos ofrece en este momento es la demanda y la contestación, entonces bajo ese marco el juez o la jueza tiene que determinar que va a admitir y que va a denegar. Importante también otro aspecto que después voy a analizar, que es el aspecto que se le da posibilidad de recurrir esa resolución acerca de la inadmisibilidad de prueba, que es todo un tema, crea un tema muy discutible en la materia laboral con el código actual, donde los jueces de trabajo

independientemente de la circunscripción en que nos encontráramos, aplicaban por norma el 329 del Código Procesal Civil, para admitir el recurso en cuanto a prueba y ciertos jueces no lo admitían, entonces la norma nos aclara ese tema que es un aspecto importantísimo.

Es decir, para la tutela del principio de defensa se le da la posibilidad a la parte que le rechacen la prueba, de plantear los recursos respectivos, de revocatoria o apelación, aspectos procesales de previo a la audiencia, que es importante determinar.

Un aspecto importante, la situación de los testigos, el 514, la norma nos dice: Las partes podrán solicitar verbalmente al despacho judicial la entrega de cédulas de citación para los testigos. El diligenciamiento de la orden de citación le corresponderá a la parte que ofreció la prueba y el documento deberá ser entregado al despacho antes de la audiencia, con la debida constancia de haberse hecho la citación. También podrá pedirse por escrito al juzgado la intervención de las autoridades judiciales o de policía para llevar a cabo la citación, cuya prueba también deberá aportarse al despacho antes de la celebración de la audiencia.

Importante esta norma que recalco, 514, de la visión que le hago yo a la interpretación de la norma, si la parte se ofrece, o si hubiera sido ofrecida como declarante, que importante esta norma, importantísima porque es toda una innovación en materia de interrogatorio de parte o declaración de parte como tal, porque en la actualidad como norma supletoria, el Código de Trabajo remite al 333 del Código Procesal Civil, que nos dice que la posibilidad de ofrecer en interrogatorio a parte, solo es para la parte contraria, en cambio con esta visión novedosa, nos ofrece la posibilidad de que la parte ofrezca su propio interrogatorio como medio de prueba, así es como lo interpreto

yo, y garantiza así un principio de tutela judicial efectiva, donde la parte puede ser oída directamente por los jueces y apreciada su declaración, como un medio de prueba importante, no como pasa en la actualidad, en donde la parte únicamente se valora su deposición en lo que le perjudica, aplicando una norma supletoria como es la confesión.

Pero esta norma nos trae esa importante colación, nos dice: obligatoriamente comparecer a la audiencia, sin necesidad de ninguna citación, evidentemente la parte. Su inasistencia se tendrá como acto de deslealtad y podrá ser tomada en cuenta para tener por ciertos los hechos que se pretenden acreditar con la declaración, o sea un tipo de presunción, salvo que en el expediente existan elementos probatorios que los desvirtúen.

Después tenemos una norma importante a la cual no voy a hacer referencia, porque es algo que existe en la actualidad, la necesidad de que los empleadores den permiso, tal y como lo establece en la actualidad el Código de Trabajo, para asistir a las audiencias.

Esto sí me parece importantísimo, 516: Las pericias oficiales se harán sin costo alguno para las partes. Nótese que son para las partes, o sea incluye también a la parte patronal, o sea, digamos si son peritos oficiales, la norma expresamente nos dice: Las pericias oficiales se harán sin costo alguno para las partes. Los honorarios de los peritos no oficiales... Nos dan la posibilidad de llevar pericial, -no desde el punto de vista de lista que ofrece el Poder Judicial- ...que se designen a petición de los litigantes, deberán ser cubiertos por la parte que los propone, dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la probanza.

Importante esta situación que remarco también, del 516: La negativa de una parte a someterse a una valoración o la obstaculización

para practicar una pericia, se tendrá como maliciosa o como indicio de lo que se quiere demostrar, desvirtuar o hacer dubitativo. Lo cual podría ser importante desde el punto de vista de la pericia, en aspectos de riesgos de trabajo o accidentes de trabajo, nos da esa posibilidad de presunción también.

El 516 nos sigue hablando después sobre los asuntos sobre seguridad social, en los cuales los dictámenes deberán presentarse siempre al juzgado por escrito y una serie de interpretaciones interesantes que tenía la Sala en sus antecedentes jurisprudenciales, acerca de la visión del artículo 34 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial y la situación de los dictámenes médicos forenses, desde el punto de vista de que eran vinculantes, esto viene cambiado desde el punto de vista de la reforma. Bueno, también en cuanto al incumplimiento injustificado de las pericias, lo que genera para el perito una responsabilidad civil, laboral y lo que le podría generar en caso de incumplir su labor.

La audiencia, ya para entrar al tema de la audiencia, la dividimos en dos facetas, una fase preliminar y una fase complementaria, la fase preliminar se identifica como una actuación en donde lo primero que se tiene que hacer, porque tiene todo un menú de procedimiento para el juez y la jueza, en donde se debe informar a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver. Importante el dos también, en cuanto a la aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del juzgado sean oscuras, imprecisas u omisas respecto de derechos irrenunciables, tanto en extremos principales o accesorios, cuando con anterioridad se hubiere omitido hacerlo.

Por ejemplo, que hizo una liquidación de horas extras y no indicó el período, entonces que lo pueda aclarar en ese momento, se le dará al

respecto de una vez en la audiencia, primero a la parte actora evidentemente para que lo aclare y después a la demandada de una vez, como una consecuencia directa del principio de oralidad.

Evidentemente cuando la demanda contenga esos supuestos, intento de conciliación, que no podía faltar en esta audiencias, pero con la novedad interesante, que la conciliación estará a cargo, preferentemente de un conciliador judicial, situación importantísima, si lo existiere en el juzgado del respectivo Circuito y si estuviera disponible también, porque evidentemente lo utilizaremos mucho en ese tipo de audiencias, en cuyo caso lo asumirá en la misma audiencia sustituyendo a quien la dirige para esa única actividad, únicamente para la conciliación.

De no hacerlo, la conciliación la dirigirá otro juez del mismo despacho, por quien este juzgando el caso. Importante eso, porque al juez en este momento, participa en la etapa de conciliación y también en la decisión, aquí se rompe ese principio y se le crea la posibilidad al juez de una mayor imparcialidad. Así no se da la conciliación pues evidentemente pasaremos a la etapa de juicio. De seguido se discutirá y resolverá sobre todas esas cuestiones. De existir vicios u omisiones, en un único pronunciamiento ordenará las correcciones, nulidades, la subsanación.

Importante el seis en cuanto a recepción de la prueba sobre excepciones previas o cuestiones de improponibilidad reservadas y también sobre pronunciamientos que se reservaron para la audiencia. Importante también esa situación de la prueba, se dará traslado sumarisimo sobre las pruebas allegadas al expediente y que se hubieren dispuesto al cursarse la demanda o reconvención; y, en su caso, se ordenarán las pruebas que el Tribunal juzgue indispensables como complementarias.

O sea, es la posibilidad del tribunal en este aspecto de la audiencia, de encontrar prueba complementaria o para mejor proveer y de una vez prevenir a las partes de su presentación, siempre y cuando versen sobre los hechos introducidos legalmente, que es el límite que va a tener el tribunal, pero lo importante es que lo va a poder hacer en esta audiencia y de una vez va a ordenar la prueba y ponerla en conocimiento si es posible, es la iniciativa del juzgador en esta faceta.

Después entramos a la fase complementaria en la cual se leen las pruebas anticipadas y aquí llamo a acotación esto, porque ayer cuando Mauren y yo estábamos hablando sobre esta temática, me decía ella que tenía la duda de que pasaba con la confesional anticipada y con medios de prueba anticipados, porque no había una regulación clara en cuanto al aspecto, entonces que si teníamos otra vez que remitirnos al artículo 245 del Código Procesal Civil, a mí me parece que es importante aunque no venga muy claro establecido en la norma, si es importante la posibilidad de que se puedan formular pruebas anticipadas e irrepetibles y en este caso como estamos en una audiencia oral y ya se han practicado, entonces se leen para que sean incorporadas por la vía del debate, para que las partes puedan referirse a los mismas.

También eso puede suprimirse si las partes lo desean así, se reciben las pruebas admitidas en un orden muy claro y específico, siguiendo un orden también, valga la redundancia, claro que ya el Código de Trabajo en la actualidad ofrece, pero sin embargo en la práctica no se da, que es el hecho de llamar a los peritos citados en forma oral a la audiencia; usualmente lo que hacemos nosotros en la actualidad, es que nos presentan el informe y lo ponemos en conocimiento; no, la idea es que el perito acuda como un elemento probatorio más a la audiencia y nos dé sus elementos probatorios acerca del tema.

Dice: primero se llamará a los peritos citados quienes en primer término harán un resumen de su dictamen y luego se discutirá sobre la peritación, debiendo el perito responder las preguntas que le hagan las partes. Aquí un comentario personal, me parece que incluso como sucede en materia penal, uno podría llevar también su propio perito a la audiencia, porque hay interrogatorios que hay que hacerle al perito que son muy técnicos y yo no sé las conclusiones que él me va a dar en la pericial oral, si yo tengo un perito que me aconseje a mí, un tercero que yo contrato y cuestiono, "mire es que me parece que eso no es así, pregúntele eso", claro evidentemente el operador de derecho va a tener otras armas frente a las cuales pueden enfrentar a la pericial. Incluso se le pueden pedir igual adiciones y aclaraciones verbales.

De seguido se recibirán las declaraciones de parte y de los testigos que se hayan propuesto, de acuerdo con los hechos o temas que a cada uno correspondan, según sea el caso. La declaración se iniciará a través de una exposición espontánea del deponente. Importante esa situación, porque a veces en la actualidad los jueces y las juezas de trabajo de una vez le decimos a la parte: bueno, ¿qué sabe usted del asunto? No, sinceramente entonces se le induce simplemente una exposición espontánea, es que el señor fue ofrecido sobre tal hecho, le voy a leer el hecho, dígame sobre el mismo, eso es básicamente inducir al testigo a decir algo, pero la idea es que sea una exposición espontánea de la persona y de su dicho.

Me interesa también este aspecto importantísimo de la norma, tanto en el caso de los peritos como de los declarantes, el que dirige, o sea el moderador que dirige el debate moderará el interrogatorio y evitará preguntas capciosas, sugestivas, repetidas, excesivas, impertinentes, indebidas, de tal manera que el derecho de preguntar no se torne en un abuso contrario de la dignidad de las personas.

A veces uno ve en audiencias que la forma de dirigir los interrogatorios, se vuelve en un ataque casi personal contra el testigo y es importante que los operadores tutelemos esta situación. Luego se procede a la formulación de las conclusiones de las partes, por el tiempo que fije el juzgado. Se da un tiempo determinado, por la experiencia en materia penal obviamente se dan casi 15 minutos para conclusiones, no sé si en materia laboral serán unos cinco o diez, dependerá de cada uno.

Un aspecto, que ya con este voy a finalizar, es el aspecto que nos decía don Orlando a cerca de la deliberación. Se deliberará y dictará la parte dispositiva de la sentencia de inmediato en forma oral, debiendo señalarse en ese mismo acto hora y fecha, dentro de los cinco días siguientes, para la incorporación al expediente y entrega a las partes del texto integral del fallo, el cual será escrito. O sea, la sentencia integral debe ser escrita, cuando se utiliza tecnología electrónica -que es algo a lo que se refirió don Orlando-, el fallo deberá documentarse con el respaldo correspondiente, de manera que se pueda reproducir de forma escrita o entregarse a la parte por otro medio.

En procesos complejos o con abundante prueba -y aquí viene la situación a la cual hacia colación-, podrá postergarse por ese mismo lapso, improrrogablemente, el dictado completo de la sentencia, o sea si el caso es complejo se puede prorrogar por cinco días más su dictado, incluso la parte dispositiva. Los votos de minoría... nunca he visto una norma tan completa, nos dice: Los votos de minoría en tribunales colegiados deberán consignarse dentro de esos mismos términos y si así no se hiciere, o sea el que salva el voto no ha determinado su voto, se tendrán por no puestos de pleno derecho. Tienen toda su razón de ser, porque es un voto de minoría, es una decisión pero el voto de mayoría es el que cuenta, entonces por eso se le da esa salvedad.

Dice: Cuando todas las partes se manifiesten satisfechas con la sentencia en su parte dispositiva, -eso es lo que comentaba ahora don Orlando-, podrán relevar al juzgado de la redacción de las otras partes de esa resolución, debiéndose dejar constancia, en forma expresa, de esa conformidad. Esa norma la quiero ver aplicada en la práctica, sería interesantísimo eso, que las partes le relevaran al tribunal de esa facultad. De mi parte sería todo, fue un gusto, muchas gracias.

Conferencia: Prohibición de Discriminar y procedimiento en casos de discriminación

Dra. Laura Otero Norza

Debo empezar a hablar sobre la prohibición de discriminación la cual tiene un concepto proteico, es decir que cambia o va a cambiar de acuerdo a los diversos ordenamientos, sin embargo, si tengo que decir que guarda un común denominador, principalmente porque sintetiza el mismo principio de los derechos fundamentales laborales, es decir, el respeto a la dignidad de las personas trabajadoras y la búsqueda de un orden social más justo y más humano. Tal vez por ello, ha sido uno de los derechos fundamentales que ha sufrido una de las más fuertes o más profundas transformaciones en su proceso de construcción y ha transitado de una posición formal a una visión material a la cual haré referencia un poquito más adelante.

Y también en relación a su vinculabilidad jurídica, ha pasado de ser un derecho oponible frente a los poderes públicos a un derecho de aplicación directa en la esfera privada y señaladamente en el contrato de trabajo o en las relaciones laborales. También ha implicado esta transformación, una diferenciación en las técnicas de la tutela antidiscriminatoria, con la implementación de las llamadas acciones

afirmativas o positivas a las cuales haré referencia un poquito más adelante.

Para intentar dar un hilo constructor o un hilo un poquito más didáctico de lo que reforma, esta Reforma Procesal Laboral al Código de Trabajo actual, me referiré primero al concepto de discriminación y en cuanto a él, a las causas de discriminación, haré alusión a los frentes de la tutela anti discriminatoria que son la discriminación directa, discriminación indirecta y las acciones afirmativas o las acciones positivas; este grupo no lo regula la reforma, pero se deben entender las dos primeras prohibidas, precisamente por la proscripción de la discriminación y la última deseable, principalmente para eliminar los tratos discriminatorios en el mundo del trabajo.

Hablaré también de los alcances del derecho a la no discriminación, un segundo punto o un segundo apartado sobre la igualdad salarial, que da origen a una de las más marcadas formas de discriminación que pesa todavía en el mundo del trabajo y más marcadamente por motivos de género y finalizaré con el mejor aporte de la reforma procesal, que valga la

redundancia, se da en sus aspectos procesales, en relación con la carga de la prueba y aquí lástima que no está don Orlando, pero yo sí me voy a referir al tema del onus probandi o el onus probatorio.

El debido proceso en los casos o en ciertos casos de despidos de colectivos tradicionalmente discriminados, sobre este no me detendré mucho, porque es el tema de una de las exposiciones del día de mañana y principalmente, tal vez la reforma que brilla con más luz en este aspecto procesal, en materia de no discriminación, el establecimiento de un proceso sumarísimo en vía judicial para el conocimiento o la impugnación de los actos discriminatorios en el empleado y la ocupación.

En relación al concepto de discriminación, tenemos que iniciar hablando de este trasvase de una visión formal a una visión material que tiene el concepto de no discriminación, cuyo punto de inflexión es el convenio III de la Organización Internacional del Trabajo, sobre discriminación en el empleo y la ocupación; a partir de este convenio, empieza a ser tomada una visión material o sustancial o real de la no discriminación. Antes de esto, el derecho de no discriminación se entiende como un corolario del principio de igualdad, como una concreción de este principio de la igualdad ante la ley y por ello sus causas no son otra cosa que una concreción de este trato igualitario. Es decir, si utilizamos alguna de sus causas para hacer un trato diferenciado, estamos haciendo un trato desigual.

La visión material va más allá y empieza a ver que bajo esta premisa de igualdad, continúa existiendo discriminación en el mundo del trabajo y entonces le va a perseguir la interdicción de determinadas diferencias históricamente arraigadas en la sociedad por los poderes públicos y también por la práctica social, que han situado a ciertos colectivos de

nuestra sociedad en situaciones de desventaja de infravaloración y marcadamente en el mundo del trabajo.

Por esto la no discriminación desde esta perspectiva material o real, en la cual tenemos que poner los ojos hoy en día, tiene siempre un carácter peyorativo o negativo, por eso no podemos hablar como algunos todavía mantienen discriminaciones, esto es errado en un concepto sustancial de la no discriminación, porque es siempre negativo, siempre lo vamos a entender mal, odioso; por dos aspectos, precisamente lo que les pongo ahí, primero lo odioso de los términos o las causas, o los criterios de diferenciación, basados en características físicas como pueden ser la edad, el sexo, la raza, la discapacidad o por situaciones sociales: la etnia, la religión, el estado civil, completamente ajenas a la responsabilidad y a la voluntad de las personas trabajadoras y por supuesto contrarias a su dignidad humana.

La segunda causa por la cual siempre va a ser negativa la discriminación bajo esta perspectiva material, es que estas diferenciaciones les provocan un daño, generan un perjuicio, que no les está dejando tener el mismo acceso en el mundo del trabajo. La Reforma Procesal Laboral no define la discriminación, sin embargo al igual que lo hace nuestro código actual, sí se refiere a sus causas de discriminación. El Convenio III, al cual ya hice referencia, define en su artículo 1, la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

El actual artículo 218 prohíbe la discriminación por este limitado listado de causas que les pongo ahí: la edad, la etnia, el género, o la religión y esta es la primera modificación positiva que realiza la reforma procesal laboral.

En el artículo 404 si bien insisto no define la discriminación, prohíbe la misma pero con un listado de causas bastante más amplio, todas esas que pueden ustedes leer ahí y lo que hace básicamente es retomar todos los criterios de diferenciación que establece el Convenio 111 y además agregar otras bastante persistentes en nuestra sociedad, la orientación sexual, la filiación, la discapacidad y la afiliación sindical.

Completando de manera bastante bondadosa, ese listado de causas, pudiera o hubiera podido ser importante, hablar de enfermedad en términos un poco más claros, pese a que podríamos desprenderlos de la discapacidad, para poder entender de manera más directa, incluidas ciertas personas enfermas cada vez, de enfermedades más graves y por las cuales están siendo perseguidas, como es el caso de los enfermos con VIH- SIDA, o el caso en nuestro país que ya ha habido varios litigios al respecto, sobre despidos con un par de personas enfermas con cáncer, o bien de enfermedades profesionales.

También se pudo o podemos pensar, que pudo el legislador haber ampliado ese listado de causas con nuevos o nuevas formas de discriminación que empezamos a ver cada vez más notorias, la apariencia física, el tabaquismo, los problemas genéticos, en fin, una serie de causas que ya empezamos a evidenciar, como son las condiciones a las cuales acabo de hacer alusión, que son negativas, que son contrarias a la dignidad humana y que empiezan a ser persistentes en nuestra sociedad. De ahí que otro de los aspectos positivos que establece la reforma procesal, es que deja claro que se trata de un listado abierto, no es un listado cerrado que podamos hablar que solo esas causas son formas de discriminación o que solo por esas causas está siendo una persona trabajadora, discriminada en un centro de trabajo. El listado es abierto en el sentido que ese mismo artículo 404, nos habla de cualquier otra forma análoga de discriminación.

Esto no quiere decir que el 618 sea un listado cerrado y además con una lista bastante corta, porque si lo interpretamos en concordancia con el artículo 33 Constitucional que nos habla o prohíbe, cualquier discriminación contraria a la dignidad humana, debemos entender que el listado es siempre abierto, siempre abierto, eso sí, a criterios peyorativos, determinantes o importantes, que violenten la dignidad del trabajador y que le coloque en una posición de desventaja, de ahí que no podamos o no debamos hacer una inclusión excesiva de criterios, porque esto podría llegar, -si no tienen estas condiciones que acabo de mencionar-, porque a desvirtuar el concepto de no discriminación y lo que es más pernicioso para efectos prácticos, a limitar la eficacia práctica de la prohibición.

La tutela discriminatoria se ha centrado o prohibir o se ha centrado en prohibir la discriminación desde tres frentes, estos son los llamados frentes de la tutela antidiscriminatoria: primero la prohibición de discriminaciones directas e indirectas y segundo la implementación de las llamadas acciones afirmativas o acciones positivas. En esta última es donde se hace alusión a este término que ya no deberíamos de utilizar, de discriminación positiva, es la implementación de acciones afirmativas o medidas promocionales o de fomento.

La reforma no establece en términos claros o directos estos frentes discriminatorios, o estos frentes de la tutela antidiscriminatoria, pero deben ser entendidos y por eso voy a aludirlos someramente en esta presentación, para que los entendamos comprendidos en la protección de no discriminación que tenemos vigente y que establece también la reforma procesal laboral.

Esta diferenciación de discriminaciones directas e indirectas, tienen su origen en el derecho constitucional norteamericano,

básicamente en torno a dos teorías, la teoría de la diferencia de trato y la teoría del impacto adverso, que surgen de un caso que conoció la Corte Suprema Norteamericana, el caso Griggs vrs Duke Power Company, que para los que no lo conozcan, es un caso muy sonado, fue un caso muy sonado en su momento.

Les hago una breve reseña: resulta que en esta empresa Duke Power, se empleaba a trabajadores de raza negra solamente en un departamento, que dicho sea de paso era el que tenía los salarios más bajos, esto fue anterior a la Civil Rights Act de 1964, que fue la que prohibió la discriminación; cuando se dicta esta ley la empresa no podía seguir manteniendo de forma deliberada a los trabajadores de raza negra en estos puestos, entonces lo que hizo la empresa fue pedir para que pudieran acceder a los puestos con mejores salarios, que tuvieran el título de escuela aprobado y que pasaran dos exámenes, para los cuales además tenían que haber ido a la escuela y haber aprobado la escuela superior.

El resultado fue exactamente el mismo, es decir, los trabajadores de raza negra continuaron en el departamento con los peores salarios y los trabajadores de raza blanca continuaron en los departamentos con salarios más altos. A partir de este caso, con la tutela antidiscriminatoria mundial, se empieza a ver que hay dos tipos de discriminaciones, las discriminaciones directas, que ponen el énfasis en la diferencia de trato, en la intencionalidad del trato discriminatorio, o de discriminar y hay otras que veré un poquito más adelante, que se centran más bien en el efecto discriminatorio, como lo acabo de mencionar en el caso que conoció la Corte Suprema Norteamericana, las discriminaciones directas se definen entonces como aquella situación en que una persona esté, pueda estar, o pudiera estar tratada de forma menos favorable que otra, en una situación comparable por cualquiera de las causas de discriminación a las que acabo de hacer alusión.

Los elementos son entonces dos, un tratamiento no solo diferente, sino, perjudicial, peyorativo, negativo, porque como veremos ahora de seguido con las acciones afirmativas, podrían tener un tratamiento preferente, precisamente para erradicar a la discriminación persistente en el mundo del trabajo. Y un segundo punto, se debe hacer o debe existir un elemento de comparación con el trato estándar o con quien no tiene la causa de discriminación.

Entonces lo que ha dicho aquí la doctrina Norteamericana y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es que debemos de hacer un test, un llamado test de sustitución, que implica o bien eliminar la causa de discriminación y ver si el resultado discriminatorio continúa o bien equipararlo a lo que es el trato estándar. En el caso de las mujeres que sean discriminadas, pues imaginarse que pasaría si fuera un hombre, por ejemplo.

Otro punto importante, es que el principio de igualdad puede derogarse o excepcionar en dos casos especiales y entonces aquí sí logramos comprobar que esto existe, no hablaríamos de discriminación, primero siguiendo la doctrina de la buena fe ocupacional, hablamos de aquellas actividades profesionales para las cuales la causa de discriminación es un requisito profesional esencial y determinante siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito sea proporcionado.

Los ejemplos, señores y señoras son ínfimos y cada vez son más detallados, específicos, delicados, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conoció en este caso la profesión o el oficio como queramos llamarle, de las nodrizas, que son aquellas señoras que amamantan a los hijos de otra persona, este oficio pues cada vez es más inexistente, entonces en realidad es un ejemplo casi contadísimo.

Evidentemente la nodriza no puede ser hasta el día de hoy un hombre, tendría que ser una mujer. Otros ejemplos los vemos en obras artísticas, cuando estamos hablando de la representación de un personaje histórico, entonces si en una obra de teatro o en una película, vamos a representar a Martin Luther King por ejemplo, pues se puede pedir que el actor sea de raza negra. Como vemos los ejemplos son ínfimos, solo en estos casos podríamos nosotros utilizar el criterio de diferenciación como un requisito para el acceso a un puesto.

El otro punto donde sí podemos también moderar y ojala así sea, o eliminar el trato desigual es en cuanto a las acciones afirmativas, o las acciones promocionales. Esto consiste como me referiré ahora de seguido en un trato de favor, precisamente para eliminar la discriminación en el mundo del trabajo. Como les adelanté, la reforma procesal laboral no se refiere a este concepto, sin embargo si se tiene que entender regulado, cuando se habla de la prohibición de discriminación de forma general.

La segunda posibilidad de discriminación, o que encontramos representada la discriminación, es la llamada discriminación indirecta, que precisamente debe su origen a ese caso que les hablé, al caso Griggs de la Corte Suprema Norteamericana.

Al igual que ya lo hace el Convenio 111 de la OIT, pone su énfasis no en la intención discriminatoria, sino en la discriminación como resultado, es decir, en la puesta en escena del trato discriminatorio. Entonces aquí hablamos de medidas neutras o prácticas neutras, que van a causar un perjuicio en los colectivos discriminados en la práctica, pese a que sean en la práctica neutras, para ello entonces poder desentrañarlas o discernirlas es bastante más complejo que discernir un trato diferenciado como acabamos de ver con las discriminaciones

directas, podríamos hacer uso como lo hace el constitucionalismo norteamericano, de la prueba estadística. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no lo hace, pero sabe que es uno de los medios que podrían presentarse. ¿Por qué? Porque aquí yo no estoy hablando de una sola persona discriminada, estoy hablando de que la medida o la práctica, discrimina o mantiene la discriminación de los colectivos tradicionalmente discriminados como grupo.

Entonces los elementos aquí son dos; primero una medida neutra con efecto adverso, lo que quiere decir que aunque se aplique a todos por igual, en comparación de los grupos discriminados con el trato estándar, estos van a ser perjudicados con la medida. Lo segundo es que no está debidamente justificada esta medida, para que sea justificada el objetivo perseguido deber ser legítimo y la medida debe constituir el medio apropiado y necesario para llegar a este objetivo.

En relación con esto, hablamos que debe estar justificado en este sentido, con la llamada teoría de la empresa, es decir, debe ser relacionada con la actividad de que se trate y debe ser necesario para que la empresa continúe prestando sus servicios si no existe esta justificación, entonces hablamos de que existe discriminación indirecta. Los ejemplos como digo, son más difíciles de evidenciar, pero sí sabemos que el trato discriminatorio existe, ejemplos claros y que continúan existiendo, los vemos en cuanto a la discriminación de género, por ejemplo en las diferencias salariales que se deben a los sistemas de clasificación de puestos o a los sistemas de clasificación salarial.

Aquí por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español, entendió que había discriminación indirecta en un centro de trabajo, donde las limpiadoras, que eran todas mujeres, ganaban un salario bastante inferior al de los peones que

eran todos hombres, que ganaban un salario superior, cuyas funciones eran equiparables, asimilables, o de igual valor. Dicho sea de paso, en ese caso en concreto eran iguales las funciones, todas las trabajadoras limpiadoras eran mujeres y todos los trabajadores peones eran hombres. Entonces esto mantiene una cuestión clara, que es la brecha salarial a la cual haré referencia un poquito más adelante, que sufren las mujeres en el mundo del trabajo.

Como les dije, la Reforma Procesal Laboral no se detiene a mirar estos aspectos, pero insisto, tanto el artículo 618 como el 404 que es reformado en esta normativa, sí se refiere a la prohibición de la discriminación en forma general, de ahí que sean entonces los operadores jurídicos, nosotros, ustedes, los que tengan que desentrañar este tipo de discriminación. Se pierde entonces un buen momento para poder sensibilizar, principalmente a los jueces, sobre este tipo de discriminación, porque es al final a quienes les va a corresponder poder evidenciarla.

El último elemento de la tutela antidiscriminatoria, son las llamadas acciones positivas o acciones afirmativas. Como hablé en la introducción, ese trasvase a la visión material implica un cambio en las técnicas de tutela, entonces no se requiere solamente un trato igual, porque el trato igual ha mantenido a las discriminaciones en la práctica, se requiere la implementación más bien, de tratos diferenciados, o de favor y éstas son sobre todo principalmente, más bien para los colectivos discriminados y estas son las llamadas acciones afirmativas o acciones positivas. Que son medidas dirigidas a atribuir tratamientos preferenciales sobre ciertos institutos de la relación laboral, como pueden ser: la contratación, la promoción o la extensión.

El objetivo es lograr una representación equilibrada y significativa en el centro de trabajo, la fórmula que se ha incluido tanto en los

textos legales como en la negociación colectiva y aquí tengo que decirles que nuestro país está negociando verdaderas acciones afirmativas o acciones positivas en las convenciones colectivas. En un estudio reciente que hicimos con la Organización Internacional del Trabajo, que revisamos varios convenios de la Región, pues nos dimos cuenta que ahí sí empezamos a ver verdaderas acciones positivas.

La fórmula básicamente es esta que les pongo aquí: en igualdad de condiciones, de idoneidad, algunos hablan de mérito, tendrá referencia la persona del colectivo tradicionalmente discriminado, cuando este esté infrarrepresentado en el centro de trabajo.

Si bien la Reforma Procesal Laboral y el Código actual no se refieren expresamente a este punto, con alguna timidez se incluye en el artículo actual 622, modificado por el artículo 404 en la Reforma Procesal Laboral, cuando nos habla de que en el acceso al empleo las personas participan en igualdad de oportunidades y deben ser consideradas elegibles cuando reúnan los requisitos formales. Y con esto ya pasamos al segundo punto y uno de los más relevantes en el aspecto sustantivo de la prohibición de discriminación, que es en relación al alcance de la protección.

¿Cuándo está protegida la persona trabajadora a no ser discriminada en el mundo del trabajo? Aquí me adelanto, la protección va desde antes de que exista la relación laboral, es decir desde el momento de acceso al empleo, a lo largo de la relación laboral y al finalizar la relación laboral, señalada en el despido.

En relación al acceso al empleo. Recuerden que aquí incluimos, criterios de selección para ser candidato a un puesto de trabajo, ofertas, entrevistas, prácticas preparatorias, en general todos los aspectos relacionados

con la selección del puesto. El Código actual en el artículo 622 y la Reforma Procesal Laboral, que reforma parcialmente este artículo, o en aspectos de forma este artículo, en el ya señalado 408, nos habla de igualdad de oportunidades de las personas trabajadoras en el acceso.

Ambas normativas dan especial importancia a la no discriminación por razón de edad y entiéndase aquí a los más jóvenes, pero también a los más mayores a la hora de acceder a un empleo. El aspecto más positivo se establece en el artículo 410 de la Reforma Procesal Laboral, que viene a reformar al artículo 624 y este habla no solo en relación al acceso, sino que habla durante toda la relación laboral, pero en este aspecto nos dice que todo nombramiento, despido, suspensión, traslado, ascenso, será anulable a solicitud de parte, cuando se incluya en discriminación en alguno de estos institutos laborales y además nos habla de que carece de eficacia, cualquier discriminación en cuanto al reclutamiento o selección de personal. Si bien lo establece para la administración pública, tendríamos que entender que esta protección igualmente es aplicable en el sector privado.

Y el segundo aspecto más positivo de la reforma, en relación a la no discriminación en el acceso al empleo se establece también en ese mismo artículo, en el tercer párrafo que introduce al artículo 624 y es que ya el legislador, empieza a darse cuenta que efectivamente existe discriminación a la hora del acceso al empleo y que la forma más efectiva de hacerlo cumplir es mediante la implementación de sanciones, lo cual es un tema muy delicado, porque en el momento de acceso al empleo todavía no hay contrato de trabajo, entonces; ¿cómo hacemos para que ese empleador, para que ese trabajador, logre no ser discriminado en una entrevista de trabajo, por el hecho de tener hijos por ejemplo, o por el hecho de ser extranjero?

El tema no es completamente abordado por la reforma, pero por lo menos sí expresamente habla que se da o se puede dar una falta grave si un trabajador, a quien le corresponda el reclutamiento, selección, nombramiento o movimientos de personal, incurre en discriminación en este proceso de acceso al empleo. Entonces aquí la parte positiva es esa, la parte negativa es que se nos olvida el principal discriminador en el mundo del trabajo, que continúan siendo los empleadores.

Ese mismo artículo no se limita al acceso al empleo, si no que establece la protección de no discriminación a lo largo de todas las vicisitudes de la relación laboral, entonces nos habla de suspensión, traslado, ascensos, movimientos de personal, etc., y sobre eso está protegido el trabajador haciendo o pudiendo hacer, no solo anulable lo que resulte discriminatorio, sino incluso quien lo haga puede verse sancionado disciplinariamente.

La no discriminación en el aspecto extintivo o en la etapa extintiva de la relación laboral, es una de las principales formas o de los principales objetos, que tiene la no discriminación en el mundo del trabajo, es decir la prohibición del despido es uno de los aspectos más regulados en el tema de no discriminación, de hecho se ha llegado a decir que son dos caras de la misma moneda, de un lado la prohibición de discriminación y del otro la prohibición de los despidos discriminatorios.

Lo primero que tenemos que decir aquí es que no tenemos que hacer una interpretación restrictiva al despido, entendiéndolo como despido disciplinario, sino que tendríamos que entender esta protección a cualquier forma de terminación de la relación laboral, señaladamente los despidos voluntarios, cuando estos no son tan voluntarios, como los tenemos con los llamados despidos encubiertos de los que tanto ha hablado nuestra jurisprudencia

nacional. También deberíamos de ver a las jubilaciones anticipadas, porque suele haber también ahí, temas de discriminación previos que obligan a la persona de ciertos añitos a jubilarse aunque no quiera.

Entonces esta discriminación protege todas las extinciones de la relación laboral y aquí sí la Reforma Procesal Laboral, pone especial relevancia en ese artículo 410 que ya les he mencionado anteriormente. Si bien se regula la prohibición del despido discriminatorio por las causas tradicionales de discriminación, en el actual 620, el 406 de la reforma vienen a ampliar ese listado de causas. Es ese 410 el que me viene a decir que no solamente es nulo este despido o nula esta terminación, sino que además elimina la indemnización tasada que establece el actual 624 de doce veces el salario mínimo legal del puesto al momento del fallo y me establece entonces esa posibilidad de reinstalación o esa reparación in integrum, pero además que la valoración o indemnización se tenga que valorar en cada caso concreto, pudiendo ir más allá de los doce salarios que establece el actual 624.

Otra reforma positiva en aspectos de despido, haré referencia ahora, porque tiene que ver más con los aspectos procesales, lo único que queda pendiente es haber pensado en dos de los aspectos donde en la práctica se presentan problemas, cuando la terminación tiene lugar en el período de prueba o durante el período de prueba y cuando estamos hablando de un contrato por tiempo definido, los interinazgos de la administración pública. Pudo la Reforma Procesal Laboral haber especificado o aclarado como debemos analizar estos casos, que son los que presentan mayores problemas prácticos.

El último tema sustantivo de la protección de discriminación, se refiere a la igualdad salarial que si bien como veremos, nuestra normativa

actual y Reforma Procesal Laboral, van más allá del salario, es la igualdad salarial la que ha sido regulada por la tutela antidiscriminatoria de forma más relevante, principalmente porque en un inicio la no discriminación se reguló de forma fragmentaria, por ciertos temas específicos y básicamente el salario por ser uno de los más palpables, visibles, deseables, etc., pues fue uno de los primeros que se reguló, tanto en la normativa internacional del trabajo como en el derecho Europeo, que ha regulado bastante la cuestión.

El Convenio 100 y la Recomendación 90 de 1951 establecen el principio de igualdad retributiva, para trabajadores masculinos y trabajadoras femeninas por trabajo de igual valor. Como les dije, el artículo 619 vigente que es reformado por el artículo 405, son positivos en el sentido de que no hablan solamente de la remuneración en el trabajo, sino que van más allá.

Nos hablan de los derechos y las condiciones de trabajo y de la jornada, además de la remuneración, sin embargo, sí hubiese sido deseable que nos hablara en Reforma Procesal Laboral qué hace una diferencia, no nos habla de trabajo igual, como lo hace el artículo 619, sino que nos habla de condiciones objetivas y subjetivas iguales de trabajo, para poder hacer esa comparación. Hubiera sido deseable que acuñáramos el término de trabajo de igual valor que establece el convenio de la Organización Internacional del Trabajo, porque esto nos permite interpretarlo como un conjunto equivalente de requerimientos relativos a las capacidades, esfuerzos, responsabilidades y condiciones de trabajo, según criterios objetivos de valoración.

Y es que aquí lo que ocurre principalmente, (el dibujito que les pongo ahí), es una de las principales diferencias, es la brecha salarial que existe por concepto de género en el mundo del trabajo, las mujeres continúan ganando

salarios inferiores a los hombres, pese a que hagan o realicen trabajos de igual valor, incluso entendámoslo más claro, pese a que hagan el mismo trabajo.

Aquí parece que lo que ha ocurrido en el mundo del trabajo es que no estamos en un escenario neutral, si no que ha venido repitiendo las relaciones de poder imperantes que existen en la sociedad y esto se está reiterando en los institutos laborales, señaladamente en la parte salarial. Aquí por ejemplo lo que hizo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es hacer alusión a la importancia de que los sistemas de clasificación de puestos y los sistemas de clasificación salariales sean objetivos, porque aquí también repiten estas ideas dominantes y sexistas en algunos casos, dándole mayor valor monetario a las cualidades que se presentan tradicionalmente en el colectivo masculino, como pueden ser la fuerza física, la antigüedad, la flexibilidad horaria o la posibilidad de quedarse largas horas de trabajo, cuestión que las mujeres tienen cada vez más limitadas porque continúan siendo las más responsables en materia de cargas familiares o responsabilidades familiares.

Sin hacer alusión o sin ver las cualidades que se presentan más en los colectivos femeninos, como puede ser la agudeza mental, la responsabilidad, la precisión, entre otras. Entonces, lo que nos dice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es que los sistemas de clasificación de puestos, tienen que tener criterios que sean "unisex", o como ellos llaman "inter sex person", que sean para los dos colectivos o bien tener unos y tener otros, pero que no ponga la balanza solamente de un lado. Hubiese sido importante también, hacer alguna alusión normativa en relación a la objetividad o necesaria objetividad en los sistemas de clasificación de puestos.

Con esto termino, con la parte sustantiva de la Reforma Procesal Laboral y de la protección

contra la discriminación en el empleo y en la ocupación y me voy a la reforma más importante, que como Reforma Procesal Laboral que es, se da precisamente en los aspectos procesales, señaladamente en estos tres puntos: en relación con la carga de la prueba, aquí ya y tal vez por eso don Orlando lo defendía, la jurisprudencia laboral ha venido aplicando el tipo de carga probatorio de onus probatorio, que debe darse en los procesos de no discriminación, que es una flexibilización de la carga de la prueba, esto ya se ha venido regulando o más bien fallando en nuestra jurisprudencia laboral, haciendo eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, con la llamada o instituyendo la llamada indiciaria. ¿Qué significa? Y aquí lo que le interesaba a don Orlando es que le toca probarla a cada parte, la persona que se sienta discriminada debe presentar al órgano jurisdiccional o al órgano competente, el hecho o más bien un panorama de indicios que permitan presumir la existencia de discriminación.

Porque muchas veces o cada vez menos, tienen los trabajadores o las personas trabajadoras la posibilidad de llegar con una prueba directa de la discriminación, con una grabación donde diga, la estoy despidiendo porque está embarazada, esto cada vez se da menos, cada vez los empleadores se cuidan más de estas evidencias burdas, notorias, entonces no tengo que probar eso, tengo que presentar un panorama de indicios, que los indicios claros, son hechos, pero son hechos que me dan una presunción de que la discriminación existió.

Del otro lado, del lado del empleador o del empresario, él no debe comprobar que no discriminó, si lo logra en buena hora, pero lo que requiere la flexibilización de la carga probatoria, es que invoque la justificación objetiva y razonable de la medida adoptada y de su proporcionalidad. Entonces no hablo aquí de una inversión de la carga de la prueba, como

algunos han dicho, en sentido técnico jurídico, si hablo de la carga o de una inversión de la carga de la prueba, esto colocaría a la persona demandante, con la sola carga de tener que alegar la discriminación y al demandado ante la prueba diabólica de probar un hecho negativo, que no discriminó.

Esto en procesos de discriminación es complicadísimo o casi imposible, en la inmensa mayoría de casos, por eso hablo de una flexibilización de la carga de la prueba y aquí sí la Reforma Procesal Laboral lo regula expresamente en el artículo 478 inciso décimo, donde nos habla que el empleador debe probar la justificación de la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas o conducta señaladas como discriminatorias en todas las demandas relacionadas con discriminaciones, no nos habla de una inversión de la carga de la prueba.

El segundo tema procesal importantísimo en la Reforma Procesal Laboral, pero a este no me voy a detener tantísimo porque es tema de una de las exposiciones del día de mañana; es el debido proceso previo al despido en ciertos casos de despidos de colectivos tradicionalmente discriminados. Hablo de las personas trabajadoras de los fueros especiales de protección, esto se regula en los artículos 540 y en el 541 me dice quiénes son estas personas: trabajadoras en estado de embarazo y en período de lactancia, esto ya existe en nuestro Código vigente, personas trabajadoras adolescentes, esto también ya existe en el Código de Niñez y Adolescencia y no de forma legal en el procedimiento de la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo.

Lo que ya debíamos de haber comprendido, pero en algunos casos tratamos de no hacerlo, las personas representantes de trabajadores de acuerdo al artículo 367 del Código de

Trabajo, esto es lo que implica es la estabilidad laboral, el necesario seguimiento de un debido proceso para la extensión y para el despido.

Y por último y esto lo aclara la Reforma Procesal Laboral, las personas trabajadoras que denuncien un caso de hostigamiento sexual. También ya está expresamente regulado en la Ley de Hostigamiento Sexual, cuando hablamos de la garantía de indemnidad, pero lo que hace la Reforma Procesal Laboral es venir a decirme quienes son esos fueros especiales de protección. Hubiese sido relevante pensar en las víctimas de violencia de género, una de las más nefastas formas de discriminación que continúa en nuestra sociedad y que efectivamente tiene efectos, aunque no queramos verlo, en los centros de trabajo. Aquí se establece en el artículo 541 incisos b) y e), que para despedir a estos colectivos, que no son otra cosa que colectivos tradicionalmente discriminados insisto, se necesita pedir autorización a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, donde el empleador debe comprobar la falta y por supuesto, esta falta no tienen que tener ningún nexo con cualquiera de las causas de discriminación de estos colectivos y puede proceder al despido cuando tenga una resolución firme de la Dirección.

Por último y este como les dije es la cereza del pastel, es el punto más positivo de la Reforma Procesal Laboral en la protección de discriminación, porque además es la principal falencia o el principal defecto que tiene nuestra normativa actual, en relación a la prohibición de discriminación y dicho sea de paso en relación a cualquiera de los derechos laborales fundamentales, que es el establecimiento de un proceso sumarísimo en sede judicial laboral.

Si bien actualmente se puede acudir a la vía del amparo para lograr una tutela sumaria, saben ustedes que esta tutela ha sido un portillo bastante cerrado, principalmente para sujetos de derecho privado, porque nos establece

aquella necesidad de que tengan funciones o potestades públicas o que bien se encuentren en una posición de poder en la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten, claramente insuficientes o tardíos. Pese a que esto se da, lo cierto es que la Sala Constitucional ha limitado esta posibilidad, violentando lo que establece el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que nos dice que las personas tienen el derecho a un recurso sencillo, rápido, a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes para hacer valer sus derechos fundamentales. Hasta el día de hoy es lo que no hemos tenido en la práctica, pese a tener una regulación más o menos positiva, en relación a la protección de discriminación.

El artículo 540 de la Reforma Procesal Laboral, viene como les dije a solucionar este defecto, con el establecimiento de un proceso sumarísimo en vía judicial para dos asuntos: primero la violación de los fueros especiales de protección, básicamente la falta del seguimiento del debido proceso a la cual acabo de hacer referencia y el otro aunque parezca en el encabezado de ese artículo algo confusa la redacción, se aclara en el inciso séptimo, donde nos dice que también cualquier trato discriminatorio, puede impugnarse en esta vía, cuando este se dé en el trabajo o con ocasión de él.

Por supuesto que lo más importante de este proceso es la agilización en términos temporales del proceso y en relación a la sustanciación del proceso, de hecho el mismo artículo 547 también habla de sancionar disciplinariamente al funcionario que no siga los tiempos que establece este proceso. En términos muy rápidos les digo lo principal que cambian en relación al proceso, puede iniciarlo cualquier persona interesada o cualquier autoridad y solamente se requiere patrocinio letrado cuando hay debate en la audiencia, se da un traslado en las 24 horas siguientes a la recepción del proceso por cinco días a la parte

demandada que deberá presentar su informe y el expediente administrativo, se puede suspender el acto desde ese mismo traslado cuando hay resultados lesivos; si hay prueba documental que deba evacuarse, se dará un señalamiento a audiencia de forma prioritaria en la cual se dictará la sentencia, si esta sentencia es favorable se decreta la nulidad del acto y el pago de los daños y perjuicios sin tope de indemnización, o sea valorando el tope de indemnización y si hubo suspensión del acto, se da la reinstalación y el pago de los salarios caídos. Si se desestima la acción y hubo una suspensión del acto, su ejecución, puede darse firme el pronunciamiento sin necesidad de ninguna autorización.

En este sentido y a modo ya de conclusiones, los cambios que presenta la Reforma Procesal Laboral, son en suma positivos, hay algunos aspectos en la parte sustantiva que pudieron haberse retomado, como ya les hablé, hacer alusión a los frentes de la lucha discriminatoria, principalmente por la dificultad que entrañan algunos tratamientos como es el caso de la discriminación indirecta. En los alcances de la protección definitivamente la reforma viene a mejorar la normativa vigente. En relación a la igualdad o al trato igual, por el mismo trabajo o trabajos equiparables, o de igual valor, hubiese sido deseable retomar el convenio de la Organización Internacional de Trabajo.

Y definitivamente la parte más positiva de la Reforma Procesal Laboral se da precisamente en sus aspectos procesales, la implementación clara y aquí ya no tiene don Orlando que responder de donde se sacó esto, la implementación clara de la flexibilización de la carga probatoria, el debido proceso de los fueros especiales de protección, de estos colectivos tradicionalmente discriminados y por último un proceso célere, ágil, es el proceso sumario en sede judicial para impugnar los casos de prohibición de discriminación.

Conferencia: Solución Alternativa de Conflictos: Papel del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Lic. Álvaro Coto Muñoz

Como consideraciones generales podemos decir que como columna vertebral de esta nueva ley, vemos que enfoca asuntos que vienen tratando derechos que sean disponibles, de la mano del artículo 11, vemos que todo esto se va enfocando a que estos derechos disponibles sean tratados en mecanismos RAC, dejando lógicamente por fuera los derechos no disponibles y buscando la paz social que ya la Ley 7727 venía consagrando desde hace más de diez años. Entonces todos estos principios son generales en toda la reforma y lógicamente se van a ver en todos estos mecanismos.

Como aspectos previos y ya iniciando algunas consideraciones nuevas, podemos ver que se indica expresamente que las instituciones de derecho público pueden conciliar, la persona que se presenta a este proceso debe tener el poder idóneo, no únicamente es cualquier persona que en nombre de la administración llegue, sino que debe tener un poder de la jerarquía por las implicaciones que esto conlleva. Los mecanismos como hasta el momento se han dado, son facultativos, la parte decide si acude a ellos o por el contrario prefiere ir a la vía judicial y vemos que hay una

novedad donde se dice que la prescripción va a ser hasta por tres meses, ya el Código habla de que cuando se inicia un procedimiento RAC se suspende la prescripción, pero vemos que ahora hace mención que va a ser durante tres meses, que es lo que va a durar el proceso. Eso nos da una indicación clara de que los procesos van a ser expeditos, que no deben de dilatar mucho, ni más de este tiempo por aquello de la prescripción.

Vamos a ver los mecanismos en dos grandes grupos, aquellos que solucionan conflictos jurídicos, individuales o colectivos y los que van a atender temas económicos-sociales, en este momento vemos por ejemplo la conciliación individual, tenemos que decir que el procesal laboral no lo llega a tocar, no lo menciona, se va a seguir tratando por parte del Ministerio de Trabajo, como hasta el momento se ha hecho, de acuerdo a la Ley 7727, la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Ya el Ministerio de Trabajo realiza estos procedimientos RAC de conciliación individual,

desde hace más de diez años, de forma rápida podemos indicar cuál es el procedimiento que se sigue, vemos que atiende una solicitud de una de las partes, ya sea del patrono o del trabajador, que tiene interés de realizar un procedimiento de conciliación individual, o por una remisión ya sea de un despacho judicial, que muchas veces antes de iniciar el proceso judicial, prefiere que sean tocados en conciliación, u otras dependencias del mismo Ministerio.

Por ejemplo, la Inspección de Trabajo, a veces cuando recibe una denuncia por trabajadoras en estado de embarazo o algún otro tipo de despidos, considera que hay algún elemento que puede verse en conciliación y remite el caso a las dependencias del Ministerio, que hacen conciliación individual. Ya en el despacho que realiza el proceso, se valora la admisibilidad del caso, se ve si hay elementos que no pueden ser conciliados, algún derecho que sea indisponible, alguna situación que no sea laboral, alguna que no consista en una relación laboral, entonces se tiene que desechar eso, pero si el caso se puede valorar, entonces se abre un expediente y se cita a la otra parte, para que se presente a realizar el proceso conciliatorio, ya el día de la conciliación, el día que se determina para hacer la audiencia, se debe hacer una audiencia de filtro, que para nosotros es indispensable y muy importante. Es una reunión en que un conciliador por lo general casi el 99% por ciento de las veces, es diferente al que va a realizar el proceso conciliatorio, se reúne con las partes y le da una información respecto a los alcances de realizar un acuerdo conciliatorio bajo la ley 7727.

En especial, sobre la cosa juzgada material, las implicaciones de realizar un acuerdo conciliatorio, las implicaciones de la cosa juzgada material, que le va imposibilitar después, realizarlo en otra vía y los derechos que le asisten para poder consultarlo antes de firmar con un abogado, o una persona de confianza

y se le da la posibilidad de si necesita mayor asesoramiento, o si necesita consultar otros extremos, una segunda cita para unos quince, veintidós días después, para que la persona no se sienta presionada que por estar ahí en ese momento, tenga que firmar el acuerdo conciliatorio. Luego de esta audiencia de filtro y realizados todos los procesos anteriores, ya se realiza la audiencia de conciliación, propiamente dicha, en busca de un acuerdo que es satisfactorio para las partes.

Hay una figura que no está en la ley, que se realiza en el Ministerio de Trabajo, no la vamos a encontrar ni en el procesal laboral, ni en el actual Código de Trabajo, es una figura que le llamamos aclaración laboral, se realiza igual, siguiendo los pasos anteriores de la conciliación individual, busca armonizar las relaciones laborales de las partes, esta no aplica la ley 7727, por lo cual no tiene carácter de cosa juzgada, simplemente produce un acta de compromiso, pero hemos visto que en realidad surte un efecto importante en la paz social-laboral, pues son aquellas laborales que están en conflicto, por decir un ejemplo, aquel vigilante que contrataron para que realice funciones como guarda en la entrada de una empresa, pero con el transcurso del tiempo, se ha ido pasando esta funciones a contestar teléfonos, o ha ido pasando a despachar mercadería o a vender, aquellos casos en que una persona se contrata en un horario y después se le empieza a cambiar, que tal vez no es una violación del derecho, en el segundo caso, en el primero sí, pero que la persona no quiere terminar su relación laboral, la persona necesita el trabajo, no quiere renunciar, no quiere que la despidan, entonces busca al Ministerio de Trabajo, para que un tercero intervenga en este asunto y tratar de arreglar este problema.

El Ministerio de Trabajo cita a la otra parte, los reúne, sirve como neutral y trata de armonizar esta situación que puede ser tensa, en algunos casos tal vez algún patrono que tienen algún

empleado que no es el mejor empleado y él no quiere despedirlo, quiere arreglar ese problema, entonces busca también esta figura de aclaración laboral, con muy buenos resultados. Como decíamos, no está en la ley, pero sí lo utilizamos en el Ministerio de Trabajo.

Vemos como la primera gran novedad de esta reforma, el arbitraje de conflictos individuales, eso se reservaba anteriormente a la vía judicial y ahora vemos que se permite realizar también en vía administrativa y en centros privados, debe ser jurídico, debe resolver en apego a la ley y debe suscribir un compromiso arbitral y la respectiva solicitud de que se realice el arbitraje, eso lo vemos en los artículos 602 y 607 de esta nueva ley, el compromiso que las partes deben firmar, donde van a comprometerse a acatar el fallo o la sentencia, el laudo arbitral, por ser de derecho el tribunal debe estar conformado por abogados y los requisitos de estas personas se pueden ver en la ley 7727 en la parte de arbitraje.

Por voluntad de las partes puede ser unipersonal o puede ser colegiado y estas personas deben de escogerse de una lista de al menos veinte personas, esta lista va a estar en manos del Ministerio de Trabajo, se va a hacer un concurso donde las personas van a proponerse, y las partes van a escoger de esa lista las personas que quieren que le arbitre su caso. Para las personas que no estamos muy familiarizados con los ordinarios en vía judicial, podemos ver que esos procesos van a ser similares a los ordinarios que la Ley General de la Administración Pública dicta en su articulado, respecto a la forma de las audiencias, que van a ser orales, la evacuación de la prueba, algunos plazos, se asemeja bastante a esos procesos que sí estamos más acostumbrados a ver, por tratarse de más la Ley General de Administración Pública y luego de todos los anteriores pasos, se produce el laudo que es la sentencia de este arbitraje.

¿Ante el laudo qué recursos caben? Le cabe como dice la ley, ante la Sala de Casación por vicios de forma o por violación de los derechos indisponibles, eso de la mano con el artículo 610 y del Código de Trabajo el artículo 11 actual. La sentencia tiene un valor de cosa juzgada material, igual como veíamos, la resolución del convenio individual en conciliación individual y los honorarios van a estar determinados por una tabla que se indica en el artículo 608 de esta reforma.

Pasando al segundo grupo que mencionaba al principio de figuras RAC, vemos los conflictos colectivos, económicos y sociales, vemos que el artículo 614 indica tres figuras: el arreglo directo, la conciliación colectiva y el arbitraje colectivo. La primera figura de ellas, el arreglo directo, la debemos ver como en la actualidad que es una figura auto compositiva, como el nombre lo dice, las partes en forma directa, tratan de arreglar su problema, los trabajadores en forma directa tratan de llegar a un acuerdo.

Ahora se menciona en la ley que puede ser ayudado por un neutral, suponemos un funcionario del Ministerio de Trabajo, que ayude en la comunicación de las partes en búsqueda de este arreglo. Debe de formarse un comité permanente de los trabajadores, que no sea de más de tres personas y tienen cinco días para comunicar al Ministerio de Trabajo esa designación, eso de acuerdo al artículo 615, situación que ya venía regulada desde hace varios años, por el Decreto Ejecutivo 37184 del Ministerio de Trabajo, son acordes ambos artículos y reglamentos, ahí viene como se deben de nombrar esos comités permanentes y los requisitos de esa comunicación.

Este Comité plantea directamente a la parte patronal sus pretensiones, buscando un acuerdo, y si hay un arreglo, si llegan a un acuerdo, se debe levantar un acta para ese efecto y comunicarlo en 24 horas al Ministerio

de Trabajo, este Ministerio por medio de la Inspección, velará por el cumplimiento de lo acordado y ahí vemos también algo que en la actualidad no se practica, que es que por el incumplimiento de lo que se ha pactado, habrá una sanción económica. Esto es un tema importante, esto de las sanciones económicas, que vamos a ver en las demás figuras, situación que en la actualidad no se utiliza.

Dentro de la otra figura, la conciliación colectiva, vemos que va a resolver conflictos económicos sociales, excluyendo de ella lo que es jurídico, así lo indica expresamente el artículo 622 de esta reforma. Se debe de conformar una delegación de dos o de tres medios con el poder de firmar un arreglo, la parte de los trabajadores por lo general es la que va a hacer esta delegación de varias personas que conozcan la situación, se van a presentar a negociar con un representante del patrono, el gerente representante legal o cualquier persona con poder de llegar a conciliar; se puede presentar el conflicto en vía judicial, puede ser en vía administrativa ante el Ministerio de Trabajo o en un centro privado que designe las partes al efecto.

El instrumento por el cual se da a conocer el conflicto, que es el pliego de peticiones, se dice que la delegación de los trabajadores debe presentar una copia del pliego al órgano conciliador, ya dijimos el Ministerio de Trabajo, el Despacho Judicial o el órgano privado y este hará llegar a la otra parte, por lo general a la parte representante de la empresa, el original; este pliego va a comprender, va a tener en él, la situación en el lugar de trabajo: si la gente está trabajando, si no están permitiendo el ingreso de los trabajadores, la situación en que se encuentra y los detalles propiamente del conflicto. Indicando también en él, las peticiones o las quejas que los trabajadores le quieren hacer llegar a los representantes de la empresa, el número de personas que apoyan esta actividad, versus la cantidad de

personas trabajadoras, con que la empresa o el centro de trabajo está conformado, la fecha, el nombre de los delegados y el lugar para oír notificaciones, entre otros aspectos.

El órgano conciliador que fue donde se presentó el pliego, valora la admisibilidad viendo que cumpla con los requisitos que la ley le exige, estos requisitos mínimos que vimos anteriormente, viendo que no haya cuestiones de derecho que haya que excluir, etc., y traslada el pliego a la otra parte. Inmediatamente este órgano conciliador ve la necesidad de indicarle a la parte, que debe de escoger a un representante, cada parte debe de escoger un conciliador que va a integrar el tribunal de conciliación. Va a estar presidido por un funcionario del órgano conciliador donde se presentó el asunto.

Cuando se cumplen todos esos procedimientos, se pasa a la fase de programar las sesiones de trabajo, se programan las audiencias, las fechas para hacer audiencias de conciliación y se va a trabajar con las partes de este tribunal en búsqueda de un acuerdo.

El conflicto puede terminar de dos formas, con un acuerdo, o puede terminar sin él, cuando hay una terminación, cuando las partes llegan a un acuerdo, se da por terminado el conflicto, levantándose un acta al efecto y lógicamente se archiva el expediente.

Vemos acá alguna situación que en la actualidad no se practica, muchas veces las partes llegan a un acuerdo y el día en que se va a firmar o en el momento que se va a firmar a pesar de que ellos han dicho que ya están de acuerdo con lo que se ha logrado, una de las partes, popularmente se echa para atrás y no quiere firmar, sin poder tener algún medio en este momento para obligarla. Lógicamente no se puede obligar a firmarlo, acá vamos al artículo 629 que dice que las partes quedan obligadas

a firmar el acuerdo y cumplirlo ya cuando lo han alcanzado, por la no firma se establece un sanción económica según el artículo 329 con relación al 398. Se dice también que con el incumplimiento de la parte que ha irrespetado el acuerdo, tiene el derecho de acudir al paro o la huelga, solicitar la ejecución en vía judicial y si ellos determinan que por este incumplimiento ha tenido algún problema económico, gestionar su indemnización.

En la terminación del conflicto, en la conciliación colectiva sin acuerdo, se concluye el procedimiento a las partes no alcanzarlo o durante la tramitación de esta convención se dan cuenta de que no van avanzando, que no es necesario realizar más sesiones puesto que no van a llegar a un buen término y entonces se procede a solicitar el arbitraje, lo que se debe hacer es que los encargados de recibir la conciliación, levantan un informe del conflicto. Es interesante que la ley indica que se deben anotar las propuestas que se presentaron durante las sesiones y si alguna de las partes aceptó las propuestas que el tribunal, o que la otra parte presentó y la posición respecto del arbitraje, en ese informe, quedaría expresado ese acuerdo arbitral.

Dentro de la conciliación colectiva, vemos el artículo 628, lo que hablamos anteriormente, que ya vienen unas multas económicas, por omisión en el nombramiento de conciliadores, en el momento en que el tribunal le indica a las partes la necesidad de nombrar cada uno un conciliador y si éste no lo hace o lo hace en forma retardada, existe una multa por inasistencia injustificada a las audiencias, cosa que es frecuente que se programa una fecha de audiencia y una de las partes no llega, o por conductas tendientes a obstaculizar o demorar el proceso. Todas estas multas como decíamos están enumeradas en el 628.

Entrando a otra gran novedad, el arbitraje colectivo en vía administrativa, se dice que

se debe realizar en el mismo expediente de la conciliación colectiva, si de deviene de ahí, donde consta el compromiso arbitral como decíamos anteriormente. Si es un despacho diferente, el que va a llevar el arbitraje, al que llevó la convención colectiva, entonces el expediente debe ser remitido a ese, por ejemplo si se llevó en vía administrativa la convención colectiva y ahora las partes prefieren realizarlo en un despacho judicial o en un órgano privado, entonces se debe pasar ese expediente a ese lugar, para que se continúe en el expediente de la conciliación colectiva, puede ser como decíamos: judicial, administrativo, o privado, pero se hace indicación expresa de que si el arbitraje es en el sector público debe ser únicamente de derecho y se tramitará en sede judicial, indicado así en los artículos 636 y en el 693.

Como decíamos igual que en la anterior figura, cada parte debe designar una persona arbitro o arbitra, que integrará este tribunal arbitral, siendo presidido por el titular del despacho donde se presentó el caso; vía administrativa, vía judicial o el centro privado. Igual como veíamos en el arbitraje individual, se asemeja mucho el procedimiento a los ordinarios de la Ley General de Administración Pública, en cuanto a las recusaciones, en cuanto a las excusa, la forma en que se van a hacer las audiencias que son orales, en los procesos de investigación se asemejan bastante, cómo se hacen los interrogatorios, la evacuación de la prueba, etc., todo eso se ve en los 637 y 638 de manera muy similar a como se acostumbra realizar los ordinarios.

Se emite un laudo o la sentencia arbitral. Este artículo 640 tiene alguna particularidad, que puede ser objeto de un análisis profundo, pues indica que las sentencias se resolverán en forma separada a las peticiones de derecho, de las peticiones económico-sociales que la ley no imponga, que sean dadas a las partes para que ellas lo acuerden.

Como una particularidad, podemos ver que esta forma de arbitraje, que es económico-social, se encuentra en el capítulo de figuras que resuelven temas económicos-sociales, pero menciona que en la sentencia, resolverán en forma separada las peticiones de derecho, como algo particular. Decíamos sobre las peticiones económico-sociales, que el tribunal podrá resolverlas a conciencia y en libertad, podrá resolver más o menos de lo que pidieron y hasta de forma diferente a como fueron solicitadas.

Además de la parte dispositiva del laudo, entre otros, se van a indicar las causas del conflicto y las recomendaciones que el tribunal pueda hacer a las partes respecto del problema que existió para que no se repita en el futuro, el tribunal no se limita a resolver, sino también a realizar algunas consideraciones para evitar posteriores situaciones como las que acaba de resolver. A este laudo, para los recursos tenemos que hacer una diferencia si deviene de la vía judicial o si emana de la vida administrativa o privado, vemos que el fallo judicial podrá ser recurrido ante el Tribunal de Apelaciones del II Circuito Judicial de San José y el laudo extrajudicial tiene los recursos de nulidad y de revisión ante la Sala de Casación Laboral, indicado así por el artículo 641, haciendo referencia a los artículos que la Ley 7727 tiene respecto del laudo. La sentencia será de acatamiento obligatorio para las partes, igual como hablábamos anteriormente se impondrá una multa por el incumplimiento.

Podemos ver varias consideraciones finales. Las conciliaciones y el arbitraje en el sector público son permitidas con algunas excepciones que lo indican expresamente los artículos 688 y 689, que el acuerdo por involucrar a la Administración Pública, debe cumplir con ciertos requisitos que están indicados en los artículos 690 y 691, además que si no hay arreglo, no se accede al arbitraje, o si el arreglo adoptado no fuera aprobado por la administración, que al fin de

cuentas es quien va a decir si se puede llegar o cumplir lo que se ha acordado, se dará por concluido el procedimiento y queda expedita la vía para una huelga, si cumple los requisitos de legalidad.

Referente al arbitraje, dice que si se trata de trabajadores de servicios esenciales y fracasa la conciliación, pueden éstos someter la solución del conflicto económico-social a un arbitraje judicial como se mencionó cuando vimos la figura del arbitraje.

Otra de las situaciones novedosas, vemos que se crea un fondo de apoyo a la solución de conflictos, llamado FASAC, que es administrado por la Corte Suprema de Justicia y que sus fondos van a estar constituidos por el 50% de los honorarios, de las costas personales de la parte que ha sido defendida por la asistencia social, estos fondos que se lleguen a obtener, van a ser capitalizados por el FASAC y van a estar destinados a cubrir los honorarios requeridos a las personas trabajadoras, cuando utilicen los mecanismos RAC, así se indica en el 608 de esta ley.

Por último, vemos una tarea nada fácil que tiene el Ministerio de Trabajo, la creación de dos reglamentos, uno sobre el funcionamiento de los centros de arbitraje, que lo indican expresamente los artículos 612 y el 607 y otro, sobre la rectoría, creación y funcionamiento de los centros de resolución de conflictos privados, indicado en el artículo 658; este último aspecto es una tarea similar a la que realiza actualmente la Dirección Nacional RAC (DINARAC) del Ministerio de Justicia, que la tendría el Ministerio de Trabajo, sobre los centros privados, que vayan a administrar la materia laboral.

Conferencia: Procedimiento para el Juzgamiento de Infracciones a las Leyes de Trabajo

Dr. Erick Briones Briones

Antes de empezar a hablar sobre las infracciones a las leyes de trabajo, para mí es un requisito innegable tanto a nivel nacional como internacional, hablar brevemente en dos filminas sobre la Inspección del Trabajo, ¿por qué? Porque de acuerdo a estadísticas, un 95% de la infraccionabilidad laboral la lleva la Inspección de Trabajo dentro de sus 32 oficinas, queramos o no, tenemos que hablar un poquito de la Inspección de Trabajo, para poder partir posteriormente a hablar sobre las infracciones a las leyes de trabajo. Es una tarea innegable de todos los Estados dicen diferentes autores dentro del ius puniendi objetivo, o sea dentro de la potestad sancionatoria que tiene un Estado, al haber nosotros entregado esa libertad bajo una teoría contractualista, de hacer las sanciones, de imponer sanciones, para que entre todos que hemos otorgado ese poquito de libertad al Estado como tal, nos pueda hacer una vida agradable, porque si no entonces yo para que me voy a unir en Estado, esa es la lógica teórica donde surge el ius puniendi, del derecho sancionador del Estado.

Como les decía si bien y ustedes revisan tanto del artículo 564 actual del Código de Trabajo

como la Reforma Procesal Laboral, ven que muchos actores tenemos la posibilidad de poder ir a acusar motu proprio por ejemplo, o el juez incluso de acusar a la infracción de las leyes de trabajo, pero la realidad no es esa, la realidad es que nosotros Ministerio de Trabajo, Dirección de Inspección de Trabajo, somos los que llevamos la voz cantante -como decimos- de la infraccionabilidad laboral. Esto no porque sea la práctica, sino porque esto ustedes lo ven desde los años 40, cuando el país empieza a ratificar los convenios internacionales 81 y 129 de la OIT, que adoptamos los costarricenses y el resto de hermanos centroamericanos, que esa va a ser la labor del Ministerio de Trabajo, llevar a cabo la materia de infraccionabilidad laboral.

Ustedes revisan por ejemplo de los convenios internacionales el artículo 17 de donde expresamente desde 1947 se viene a decir que cuando exista una violación, cuando exista una infracción a la leyes de trabajo, deberán ser sometidas sin previo aviso a un procedimiento judicial por parte de la Inspección del Trabajo, en este caso estoy haciendo referencia al

Convenio 81 de Industria y Comercio, esa es la labor que le dejan en un primer momento, en los años 47 a la inspección, ir, detectar la infracción laboral mediante todo un procedimiento e ir a los tribunales a acusar. Dice: Deberán de ser sometidos sin aviso previo a un procedimiento judicial. Vean que extraño. Porque el Convenio 129 de la OIT, también ratificado 1969, en el artículo 22, o sea casi 20 años después, a la Inspección de Trabajo o a los inspectores de trabajo, les da la oportunidad de que cuando detecten una infracción a las leyes de trabajo, ahora ya no solo vayan al procedimiento judicial, si no también le da otra opción 20 años después o en sede administrativa, imponer la sanción, el *ius puniendi*.

Nosotros los costarricenses desde hace 72 años, nos quedamos bajo la perspectiva de la infracción llevada a la sede judicial, lo decía en la mañana don Orlando Aguirre, se pensó que lo pudiéramos llevar nosotros dentro de sede administrativa. Actualmente, de acuerdo a los estudios, Costa Rica junto con tres países más, me refiero a Bolivia, una acción de inconstitucionalidad que se presentó en el año 2005 en Guatemala y República Dominicana que lo maneja un tipo más penal, somos los únicos cuatro países de América que estamos llevando a cabo dentro de la sede judicial el tema de la infracción laboral. ¿Qué es lo que pasa en el resto de países? Bajo las nuevas tendencias es que es *ius puniendi* al ser parte del Estado, debería ser el Estado el encargado de imponer la sanción y lógicamente sin violar los debidos procesos y derecho de defensa y todo lo demás, tener la instancia para acudir eventualmente a la sede judicial, pero que no sea el Ministerio de Trabajo o el trabajador, si no que sea al contrario, el supuesto infractor que sea en demanda y protección, eso lo vamos a ver casi al final.

Además de hablar de la Inspección de Trabajo, también tenemos que actualmente estamos

“estrenando” un manual de procedimientos laborales, que vienen por primera vez -dentro de cuatro manuales que hemos emitido desde el año 2001-, que viene por primera vez a hacer alusión a procedimientos de la actividad judicial, que no los teníamos hasta el 2013, estas son dos directrices, ya es un manual de procedimientos, emitido el 17 de junio del 2013 por el don Olman Segura, ex Ministro de Trabajo y por el actual Ministro de Trabajo, don Víctor Morales, adicionado el año pasado, el 14 de setiembre. Entonces, ya los costarricenses contamos con un manual de procedimientos que incluye la parte de cómo manejar, -bajo esa transparencia que debe de existir, que sepa el ciudadano-, no solo el procedimiento interno, sino cómo lo manejaríamos ante la sede judicial, que eso le sirva a ustedes los jueces también, para poder controlar nuestra actuación en sede judicial, sea en la etapa del debate o en la parte de ejecución.

Voy como les decía sin cansarlos mucho, a las cosas novedosas que tenemos, haciendo algún parangón, alguna comparación y que es lo que nos llamó la atención desde el Ministerio de Trabajo sobre este tema de la infracción laboral. Si ustedes revisan los artículos 371 y 375, son los primeros de la reforma procesal laboral, ahí ya se le da a la Inspección de Trabajo un deber, que no lo tenemos actualmente y es un deber de fiscalización, para cuando estamos hablando de un movimiento huelguístico, que estamos hablando de la etapa de las elecciones para saber si se adquiere el porcentaje.

Para eso la ley nos implica y nos indica que tenemos que hacer una reglamentación, que estamos haciendo actualmente, yo hablaba con las compañeras que están aquí de Dirección de Asuntos Jurídicos, les decía que tenemos que trabajar dentro de ese reglamento, pero ya hemos tenido experiencias junto con Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo, con la reglamentación, de lo que tiene que ver

con los convenios colectivos, el momento de los arreglos, ya tenemos una cierta experiencia y vamos hacia eso, para eso tenemos conformadas tres comisiones que estamos trabajando sobre la Reforma Procesal Laboral y los cambios que va a requerir el Ministerio de Trabajo.

En cuanto a los fueros de protección, ustedes revisan y no hay nada nuevo, solo rescato algo que es muy novedoso y es que se le sigue dando a la Inspección de Trabajo, el deber de las autorizaciones, de ver los fueros de protección, pero ahora sí, vean que hay una gran diferencia, en el 541 inciso b), donde se le faculta para autorizar a los trabajadores amparados por fuero sindical, hoy por hoy no, si ustedes revisan el 371, el 372 y siguientes del Código de Trabajo, el Ministerio de Trabajo no es competente para fueros, a pesar de que mucha gente y muchos abogados nos piden la autorización y lo que yo nunca entendía, porque para autorizar una persona que tenga un fuero, un dirigente sindical, que sea el secretario general, que lo quieran despedir, ¿por qué no nos piden autorización? No, se lo delegan al juez, hoy por hoy cambia eso y va a ser competencia igual que las mujeres en estado de embarazo, acoso sexual, menores de edad, se le da la competencia en este fuero especial, a la Inspección de Trabajo.

Algo nuevo que estuve investigando, los laboristas no lo conocemos realmente, los compañeros jueces del contencioso administrativo ya han tenido cierta experiencia, hay dos sentencias de la Sala Primera, donde se da lo que se llama en materia laboral, el recurso de casación a interés del ordenamiento jurídico y eso se le endilga a la asesoría legal, al Departamento Jurídico de la Inspección de Trabajo.

¿En qué consiste el Recurso de Casación en interés del ordenamiento jurídico? Es un mero

control de jurisdiccionalidad que va a ser o que podría ser la Procuraduría, la Contraloría, la Defensoría de los Habitantes, Uniones de Cámaras, Confederaciones, junto con la Inspección de Trabajo, para poder acudir hasta la Sala Segunda, y demandar porque por ejemplo, hay dos sentencias incongruentes o dos criterios incongruentes que se vienen dando como jurisprudencia.

Es un control de legalidad, recurso de casación a interés del ordenamiento jurídico, los laboristas no lo conocemos, ni menos la Inspección, hasta hace poco, del 12 de diciembre del año pasado, cuando nuestro Presidente de la República, firma el veto, lo elimina, levanta ese veto parcial. Bueno, ahora lo vamos a tener y a que vamos, les soy sincero, tenemos que trabajar en eso porque como les digo, la experiencia la han tenido muy pocos, de lo que he estudiado, los compañeros del contencioso, los laboristas no. Estuve revisando por ejemplo que en Argentina sí han tenido experiencias, en Chile algunas, bueno, hacia eso vamos, a tener que estudiar, ¿Por qué cómo vamos a llevar estos recursos de casación cuando nos lo pidan?

Otra de las novedades de infraccionabilidad, es que se obliga a la Inspección de Trabajo, -estoy relacionando Inspección e Infraccionabilidad, a los Tribunales de Arbitraje como a los de infraccionabilidad laboral-, el envío de copias certificadas, ¡joj!, esto tampoco es nuevo, si ustedes ven del 564 en adelante del Código de Trabajo, es obligación -les cuento que no lo hacen, y si hay algún juez que lo haga me disculpa, porque no lo conozco todavía, salvo uno en Ciudad Neily que me extrañó que lo haya mandado-, es que sentencias por infraccionabilidad laboral que no llevemos nosotros, la Inspección de Trabajo, que nos manden la copia, como que eso está en desuso y esto ¿qué razón tiene de ser?, si lo llevan ahora a darle preponderancia a este tipo de información que nos envían, pues yo creo que

la Inspección debe de remozarse y llevarlo a lo técnico, no es agarrar las sentencias y ponerlas ahí y tenerlas ahí acumuladas, no, la razón de ser y eso lo estamos trabajando dentro del Ministerio de Trabajo, es precisamente que llevemos todo tecnificado para que nos sirva de datos estadísticos para que podamos hacer variables, para ver hacia dónde va la infraccionabilidad laboral y poder ser más eficientes, más eficaces, con el poco personal que tenemos actualmente, que eso es algo que estamos discutiendo.

Dentro de la actividad judicial específicamente, son datos que van a quedar dentro de la presentación, que media la tarea de ponérselos, datos que manejamos dentro del Ministerio de Trabajo, por ejemplo un estudio que hizo el Dr. Alexander Godínez y el Dr. Solana en el año 2011, que de 97 denuncias presentadas en sede judicial que ellos estudiaron, de conformidad con el Libro Blanco, imagínense que las sentencias condenatorias absolutas y parciales, alcanzan solo el 56.7%, en cambio la tasa de sentencias absolutorias actualmente de los tribunales, siguen siendo un 43.3%, hablemos de un 50% de lo que nosotros acusamos, por una u otra razón que ahora vamos a ver, terminan en una absolutoria, el resto en una condenatoria, para que vayan viendo el perfil de la Inspección de Trabajo en Infraccionabilidad laboral, como se maneja actualmente.

Pienso que dentro de una buena técnica jurídica, si ustedes de entrada ven la reforma procesal laboral dentro de la parte de infraccionabilidad laboral, dentro de estos artículos, -ahora se cambia con la reforma-, si ustedes revisan el 564 actualmente, ahora con el Código de Trabajo y van a revisar que de una vez, el Código de Trabajo, nuestros abuelos y abuelas nos lo dejaron así en el 43; se habla de procedimiento, pero no se nos dice que es un infracción a las leyes de trabajo, tenemos que irnos hasta el 601, o sea casi 100 artículos después, para que entienda uno, que es una infracción. Entonces,

pienso que desde una buena técnica jurídica esto se cambia, porque si ustedes revisan ahora de entrada el 396 nos dice; miren una infracción es esto y posteriormente nos dice como llevar a cabo un procedimiento, esto es una cuestión de forma, que ustedes la pueden detectar cuando lo lean, ya ahí hay un cambio que yo creo que es conveniente, desde un ámbito académico incluso.

En cuanto a la conceptualización, muy importante, porque vean que ya introduce si ustedes revisan el 564, cuando se habla de la conceptualización y el 606, 607, que regulan también la infraccionabilidad laboral, ya se incluyen por primera vez a pesar de que ya lo ha dicho la Sala Segunda y la Sala Constitucional también y los diferentes juzgados de trabajo, que se incluyen los pactos internacionales sobre derechos humanos. O sea, se hace alusión a aquella convencionalidad que nos ha dicho la Sala Constitucional de los instrumentos que debemos utilizar, aquí ya se toca por primera vez, se pone de moda con el Voto 232395 de la Sala Constitucional. Ya entonces no nos quedamos con el Código de Trabajo por infracciones, con los convenios internacionales, sino, pactos, convenciones, podríamos acusar eventualmente por infraccionalidad laboral.

Algo muy importante y que es novedoso, con lo que ahora tenemos que tener cuidado los asesores legales, ya sean de la Procuraduría, llámese de cualquier otra entidad análoga, en cuanto a la hora de emitir un criterio, porque si estamos emitiendo un criterio jurídico que va en contra de la legislación, o sea que es una infracción a las leyes de trabajo, bueno, yo también como funcionario que emito, me puedo ver expuesto a que me acusen por una infracción a las leyes de trabajo, e incluso nos obliga a los costarricenses a actuar más apegados al principio de legalidad, a pesar de que trabajemos en entes políticos.

Aquí encontré un errorcito, tal vez ustedes me ayudan cuando estudien con propiedad la infracción a las leyes de trabajo, no sé si tienen la misma apreciación que mi persona, pero si ustedes ven el 396 cuando hace alusión a infraccionabilidad laboral, se habla que el conocimiento se le delega a los tribunales de trabajo, pero no obstante los tribunales de trabajo de menor cuantía quedaron eliminados, entonces eso es un error que sigue dentro de la reforma procesal laboral. Entendamos y creo que esto lo viene a aclarar, si lo anexamos con el 430 inciso 7), que realmente lo que debe entenderse es juzgados de trabajo, no los tribunales, ahí creo que hubo un error de apreciación, pero tengamos claro que ya esos Tribunales de Menor Cuantía se van a eliminar con la reforma procesal laboral.

Ahora sí, en cuanto a las personas jurídicas, nosotros los costarricenses dentro de la Reforma Procesal Laboral, vamos a seguir entonces con este principio de la *societas delinquere non potest*, que significa que al no haber una sustancia psíquica natural, por parte de una persona jurídica, una sociedad anónima, "Los Patitos, S.A.", no podemos nosotros acusarlos por infracción a las leyes de trabajo y esa persona jurídica como sucede o a contrario sensu, como nos dicen los profesores Muñoz Conde y don Carlos Chinchilla, el Magistrado de la Sala Tercera, nos dice dentro de sus diferentes libros que en otros países sí es posible que haya una condena, a pesar de que no hay ese espíritu psíquico en una sociedad anónima. Por ejemplo en Bélgica, en España no, en Portugal, cuando es acusada una persona jurídica por infracción a las leyes de trabajo, hoy por hoy dentro de la Reforma Procesal Laboral y dentro del Código de Trabajo, responden nada más dentro del ámbito pecuniario, pero por ejemplo en estos países donde no rige la *societas delinquere non potest*, que si pueden ser condenadas, por ejemplo el juez laboral le desinscribe a la persona jurídica, entonces lo está castigando dentro de su psiquis, si se

puede hablar así dentro de su persona jurídica, dentro de su personalidad jurídica, nosotros los costarricenses no y seguimos entonces bajo este principio cuando estamos dentro de la infracción a las leyes de trabajo.

Sigue lo mismo en cuanto a los salarios, no ha cambiado, pero sigue que la condena es de uno a veintitrés salarios, ahorita estamos hablando de Auxiliar Judicial, 1.400.000 mil colones más o menos, que la Corte Suprema constantemente cada año lo está actualizando para la condena en una multa; pero sí hay algo muy importante y que es novedoso dentro de la Reforma Procesal Laboral, es que tratándose de infracciones la autoridad judicial va a tener la posibilidad de aminorar las sanciones, así expresamente, siempre y cuando el infractor se comprometa a reparar el daño de manera inmediata y de forma integral. Esa es la labor de nosotros, la Inspección de Trabajo, por ejemplo, don Rodrigo Acuña que es el Director de Inspección, tiene más de 30 años, siempre nos ha dicho a nosotros que cuando vamos a un juicio no es tan importante, ustedes los jueces que nos hemos visto en juicios, que están aquí presentes, han visto que a nosotros como Inspección de Trabajo no nos interesa tanto la condena, sino, fuera de la condena, aunque sea mínima, pero lo que nos interesa es la reparación del daño, es que se le pague a la mujer en estado de embarazo los salarios por ejemplo, o que se le haga la reparación o la indemnización.

Aquí se viene a ratificar esa tesis que nosotros en la práctica hemos puesto como Inspección de Trabajo y se viene a dar una posibilidad legal al juez, para que pueda incluso imponer o aminorar la infracción a las leyes de trabajo. Por ejemplo si le impone un salario mínimo, podría si se compromete el patrono a reparar el daño inmediatamente, a bajar el juez la multa, eso hay que ver como lo va a trabajar también el Poder Judicial, como lo van a entender.

Algo novedoso dentro de las infracciones a las leyes de trabajo, es que se viene a hablar de derecho colectivo, entonces ustedes ven aquí por ejemplo en los artículos 402 y 403, que el que incite públicamente a una huelga en contra de la ley, se le va a imponer también una multa, por infracción a las leyes de trabajo. Esto no es nada nuevo, en la práctica yo sé que es una infracción y como juez podría sancionar, pero ya expresamente se vienen a dar estos dos presupuestos, dentro de la legislación laboral.

Algo que es un giro de 180° y que no es por justificar, sino es algo que hemos analizado nosotros, porque tenemos a veces el 50% de los casos perdidos de la Inspección de Trabajo y es algo muy entendible, dentro de otras consecuencias que pueden haber, porque no llegó el abogado, porque planteamos mal la acusación, no es que me estoy exonerando de eso, pero también hay que ver algo, si nosotros tenemos un Código de Infracción a las Leyes de Trabajo de 1943, donde se le indica y es la Inspección de Trabajo que no puede imponer la sanción por motu proprio, no lo podemos hacer, tenemos que acudir a otra instancia judicial.

Cuando por ejemplo a mí se me presenta un caso de una mujer en estado de embarazo, donde yo no tengo certeza si fue bien despedida o no y me piden la autorización, entonces yo no autorizo, porque en ese caso in dubio pro operario en sede administrativa, entonces yo llego por ejemplo y me voy con ese principio, entonces digo: "está mal despedida, a usted no se le podía despedir", me dice el patrono, sí, por esto y esto. No, hay un equilibrio de prueba, entonces yo me voy donde el juez y le presento, señor juez, señora juez, vea está este caso, este señor la despidió en contra de ese fuero de protección, qué es lo que va a pasar, tenemos hoy por hoy de acuerdo al 580 del Código de Trabajo, que remitirnos al Código de Procedimientos Procesal Penal, si ustedes revisan y un estudio que había hecho Jorge

Olaso conmigo cuando estábamos dando capacitación por medio de la Escuela Judicial en el 2005, Jorge mantenía una teoría que a mí me parece muy buena y es que el Código de Trabajo de nosotros está bajo la rúbrica del Código de Procedimientos Penales de 1910 y así se mantiene, no nos hemos actualizado, por eso es que se habla de acusación, se habla de denuncia y términos diferentes que hoy por hoy no sabemos que son realmente.

Entonces bajo ese entendido, cuando llegamos a la sede laboral, donde el juez laboral tiene que quitarse la toga laboral y ponerse la toga penal, cuando hay omisión y a veces no estamos muy preparados para esa materia porque nosotros somos laboristas, pues entonces ahí va a regir un principio, que en caso de duda, beneficio para la persona acusada, in dubio pro reo; se revirtió entonces lo que Eric Briones presentó como acusación lo perdí en sede judicial porque se revirtieron los principios, eso es algo ilógico. Bueno, ya con la Reforma Procesal Laboral sí se elimina eso, se dice que van a ser meramente de tipo laboral las sanciones, que eso es muy provechoso para nosotros poder llevar a cabo una denuncia y para que puedan los jueces también valorar, el juez laborista y en su defecto vea a lo que nos obliga, a aplicar el Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley General de Administración Pública y Procedimientos Tributarios. ¿Qué significa eso? que vamos a tener que estudiar todo, jueces, Ministerio de Trabajo. ¿Cuáles son los principios entonces que vamos a seguir aplicando? Porque ya se nos elimina el 580 que tenemos actualmente, esto creo que es muy provechoso para todo el país en ese sentido.

En cuanto a la legitimación en infracción a las leyes de trabajo, se viene a decir que siempre va a ser la inspección de trabajo, pero vean que hay algo que sí se elimina y creo que es provechoso, el actual 569 del Código de Trabajo dice que cuando un Juez de la República tenga por impresión propia, por motu proprio, que

se dé cuenta de una infracción a las leyes de trabajo y está dentro de su jurisdicción, agarra e investiga, juez y parte, eso se elimina ahora. Entonces se dice que ese juez si bien porque hay una especie de acción pública que considero que es una acción pública, cualquiera puede denunciar por infracciones a las leyes de trabajo, no solo el Ministerio de Trabajo, ese juez se da cuenta, pero no puede llevar a cabo el proceso, es una gran diferencia que se da con el procedimiento que tenemos actualmente, tiene que pasárselo a otro colega, para que lleve a cabo este procedimiento.

Algo muy importante que se los dejo en el tintero para que ustedes lo valoren y es que he visto que hay hoy por hoy, muy pocos casos, pero sí los hemos visto, que cuando nosotros no prosperamos en la acusación que hacemos, nos han condenado en costas, al Ministerio de Trabajo. Ahora, con la Reforma Procesal Laboral se dice que teniendo la autoridad administrativa, o sea Inspección de Trabajo la obligación de acusar, porque tenemos la obligación, sin que por ello se incurra en responsabilidad de ningún tipo, pregunto y eso hay que analizarlo, ¿cubrirá las costas? No sé, sí o no, eso lo tenemos que ir valorando, no voy a decir de antemano que sí, que estamos exonerados de costas, unos nos podrán decir que no, otros otra razón. Bueno, vayamos viendo, como vamos a ir manejando esta parte.

Algo también nuevo es que si concordamos el artículo 670 con el 431 inciso II acerca de la competencia, estamos ante dos escenarios en infracciones a las leyes de trabajo, se puede poner en la jurisdicción donde se cometió la falta; hoy por hoy yo para llevar un caso antes ustedes Jueces de la República, lo tengo que hacer donde se cometió la infracción, se cometió en Limón, ahí es donde voy a presentar la acusación y punto. Con la Reforma Procesal Laboral, se nos da otra opción también, se nos deja a todos, o bien del domicilio del eventual responsable, a elección del acusador, a

elección del Ministerio de Trabajo, yo creo que eso es muy provechoso, porque incluso para aspectos administrativos nos ayuda más, del mismo trabajador, donde yo pueda llevar al trabajador a estrados judiciales, no traérmelo desde Guanacaste por ejemplo, no lo puedo traer a San José. Bueno, si se dio la infracción en San José, tengo Inspección en Guanacaste y el trabajador está en Guanacaste ¿A dónde acusamos si me da la posibilidad? vamos a Guanacaste, economía procesal. Creo que esto también viene a ser algo novedoso y que nos viene a ayudar.

Algo también nuevo que hoy por hoy no existe, es que por ejemplo si el director de inspección de trabajo acusa, hoy el director llega nada más pone la firma, da los poderes y punto, les decimos a los jueces, les adjuntamos el poder y donde don Rodrigo por ejemplo que es el actual director, donde fue nombrado, punto. Con la Reforma Procesal Laboral, cuando entre, tiene que ir debidamente autenticada por alguno de nosotros los abogados. Es un requisito para que ustedes acepten la acusación, un requisito de forma.

La Reforma Procesal Laboral, acuérdense que crea un sistema de gratuidad en defensa, pero yo no sé si ustedes vieron que también lo crea en el ámbito de la infracción laboral, o sea a los patronos, no sé si ya lo han visto, bueno ahí se los dejo, el 672. Porque ahora, con la entrada en vigencia el otro año de la Reforma Procesal Laboral, cualquier juez puede hacer el juicio aunque no esté el acusado. Pero para eso, para no violentar, esa es la lógica que estoy pensando, que por eso está ahí, para poder sancionar, tiene que haber un abogado de asistencia nombrado, nombrándosele al patrono que no haya nombrado uno personal. Entonces en este caso, también va a tener la posibilidad, no solo los jueces de acelerar el procedimiento y quedarse con las infracciones cuando desaparece el patrono, pero además va a tener que contar con asistencia gratuita,

la cual se puede cobrar, si se da cuenta uno que el patrono podía y es que no quiso, ahí se deja previsto también el cobro respectivo.

Pareciera que hay un error, ustedes revísenlo ahí en el 674, donde dice que cuando el intento de conciliación fracase, así como en los casos donde no proceda ese trámite conforme a lo dispuesto en el artículo 669, pareciera que realmente el artículo 669 no hace alusión a lo que dice el 674, me di un poquito a la tarea de ver que era y pareciera que es el 673. Acuérdense que como nos explicaron en la mañana, hubo muchos cambios y manosearon mucho, entonces pareciera que el 669, hay que leerlo y entenderlo como el 673 que es el que calza dentro del presupuesto de infraccionabilidad laboral.

Bueno, eso es lo que les decía, que el juez puede hacer el juicio aunque no esté la persona acusada y voy a terminar hablando de la apelación. Dos cosas de la apelación, no lo entiendo y no lo entendemos y lo he hablado con muchos jueces, ¿por qué nos dejaron 24 horas a nosotros, al ente acusador, cuando no estamos de acuerdo y al ente patronal tienen que en 24 horas hacer la apelación? Eso es un término que no va acorde con los demás términos, con el contencioso, con el procesal civil, la norma son tres días. Bueno, hubo una acción de inconstitucionalidad que tampoco prosperó, a pesar de que el Ministerio de Trabajo dijo que lo prudente era tres días. Bueno, en la Reforma

Procesal Laboral ahora se dice que son tres días, si yo no estoy de acuerdo para hacer la apelación por infraccionabilidad laboral.

Algo que también llama poderosamente la atención, es que el patrono, la parte que pierde y que sale condenada, va a tener la posibilidad de interponer un recurso de revisión. Eso no lo tenemos hoy por hoy, revisémoslo, porque eso significa que vamos a tener -y yo les decía en son de broma a los compañeros de Limón cuando hemos dado las charlas; bueno compañeros, ahora vamos a tener que andar...-, porque ir a la Sala Segunda, yo no voy a ir como cuando vamos a otro lugar donde hay mucho calor, ahora hasta eso. ¿Cómo me voy a dirigir yo por ejemplo en donde se vea un recurso de revisión ante los magistrados de la Sala Segunda? Ya es otro cambio de mentalidad incluso, que tenemos que hacer dentro de la Inspección de Trabajo.

Termino agradeciéndoles y diciéndoles que, nosotros en la Inspección de Trabajo sobre esta temática, presentamos un proyecto por medio de don Víctor Morales y aquí está Renzo de la Asamblea Legislativa, el que está ayudando para ver si nosotros nos vamos a la infraccionabilidad laboral, pero que sea la Inspección de Trabajo, que imponga la sanción, hay todo un debate, unos dicen que no, otros que sí, bueno, pero hacia eso vamos, eso es una discusión en la que estamos actualmente.

Conferencia:

Fueros Especiales de Protección. Sustanciación del Procedimiento

MSC. Esteban Calvo Rodríguez

La jornada del día de hoy la vamos a iniciar con el tema que trata sobre el procedimiento para la tutela de fueros especiales y el debido proceso. Este es uno de los procedimientos especiales que regula la nueva ley, en mi opinión es una de las innovaciones más importantes que trae la reforma y considerando la materia objeto del proceso, supongo que va a ser uno de los procedimientos más utilizados que tendrá la jurisdicción del derecho de trabajo, la nueva jurisdicción del derecho de trabajo, porque a decir verdad, esta reforma no es que viene a introducir modificaciones al proceso, es que viene a hacer un replanteamiento total de la jurisdicción de trabajo.

Creo que para entender la importancia, la trascendencia que puede tener este procedimiento se hace necesario hacer un recuento general de cuál es la situación que tienen los fueros laborales en nuestro país. De modo que voy a organizar mi presentación hablando de tres temas específicos, voy a hablar primero de los aspectos generales de los fueros, en segundo lugar voy a hablar de las deficiencias que tiene nuestro sistema en materia de protección de fueros y finalmente

haré referencia a los cambios que introduce la reforma con este nuevo procedimiento.

Para empezar hay que recordar que nuestro sistema reconoce una variedad amplia de fueros y de diversa naturaleza. Tenemos el fuero sindical, tenemos el fuero que protege a la trabajadora embarazada, en estado de lactancia, tenemos el fuero que protege a la persona trabajadora adolescente, a la persona denunciante de acoso sexual en el empleo y la docencia, tenemos el fuero que aplica dentro del procedimiento de conflictos colectivos de carácter económico social y tenemos el fuero para proteger algunos cargos o puestos específicos de la función pública, como ocurre con el fuero que recoge la Ley de Control Interno para Auditores y Sub auditores.

Hay que decir que tampoco se trata de figuras novedosas en nuestro medio, por ejemplo, el fuero de la trabajadora embarazada, sus orígenes anteceden por mucho al mismo Código de Trabajo, algunos otros nacieron con el Código de Trabajo, como es el fuero que aplica en los procedimientos colectivos

de carácter económico social y luego han venido sumándose algunos otros fueros; por ejemplo el fuero sindical, tan importante, lo tenemos desde el año 93, con la reforma que se le hizo al Código en materia de prácticas laborales desleales. Y luego se han sumado estos otros, de protección al denunciante de acoso y demás, de modo que nuestro sistema ha venido en un desarrollo progresivo de reconocimiento de fueros laborales, de hecho esta reforma va en esa misma dirección porque el fuero que aplica en los conflictos colectivos de carácter económico social, ya no lo limita a la etapa de conciliación y arbitraje, sino que lo extiende también al proceso de huelga y el procedimiento cuando ocurre una negociación fracasada de negociaciones colectivas.

Pues bien, el tema es que también estos fueros han sido reconocidos desde hace mucho tiempo en instrumentos o derechos internacionales, de manera que no es que están tipificados solo en el ordenamiento interno. Hay que decir que todos estos fueros tutelan bienes jurídicos diferentes, por ejemplo el fuero sindical, el bien jurídico tutelado es la libertad sindical, tanto en su manifestación individual como colectiva o el fuero de la mujer embarazada, por lo que tutela, el bien jurídico tutelado es el principio de igualdad y no discriminación; pero la nota común de todos ellos es que todos atienden a la misma finalidad, cual es, ofrecer una protección especial con tratos discriminatorios en perjuicio de personas trabajadoras que por una condición o circunstancia especial, se encuentran en una condición vulnerable en el trabajo, esa repito, es la finalidad de todo fuero.

Y atendiendo al bien jurídico tutelado y a la finalidad que tienen el fuero, hay que resaltar dos aspectos de los fueros, el primero de ellos es que el fuero tiene una doble dimensión si se quiere, es decir, por un lado funciona como mecanismo de garantía o de protección y por otro lado constituye un auténtico derecho

subjetivo, a favor de la persona aforada con el fuero. Esa doble dimensión, proyecta también consecuencias jurídicas diferentes, como mecanismo jurídico de protección contra prácticas discriminatorias, implica una obligación para el Estado, de reconocerlos y de implementar políticas públicas, que van desde un acto formal como la creación de una ley hasta cualquier acción de la administración pública, tendientes a respetar y hacer valer el fuero y como derecho subjetivo implica la legitimidad, la titularidad que le da la persona aforada para directamente hacerlo valer en su favor.

Luego, el otro aspecto necesario para destacar es que el fuero tiene un enorme o un estricto sentido de oportunidad, esto quiere decir que para tutelar ese bien jurídico, para cumplir con esa finalidad el fuero requiere de inmediatez en su ejecución, si el fuero retarda sus efectos protectores, podríamos decir que no satisface esa finalidad y que al fin y al cabo, está dejando desprotegido el bien jurídico a tutelar. Este aspecto que tiene que ver con la eficacia jurídica del fuero, es aquí donde nuestro sistema adolece de un gravísimo problema y con eso paso a hablar del segundo tema que tiene que ver con las deficiencias de nuestro sistema en materia de protección de fueros.

Traigo a colación aquí un señalamiento que hace el profesor Luigi Ferrajoli cuando dice que un derecho subjetivo que no venga aparejado con garantías para su cumplimiento, deja de dar un derecho y se vuelve una mera expectativa de derecho.

De hecho el profesor Luigi Ferrajoli dice que la ausencia de garantías de cumplimiento de un derecho, constituye una laguna formativa que debe ser colmada por el ordenamiento para poder lograr así la coherencia lógica de todo el sistema.

Bueno, parafraseando a Luigi Ferrajoli, podríamos decir que un fuero laboral sin una garantía, sin un mecanismo que garantice su cumplimiento, no es en realidad un auténtico fuero y aquí repito, es donde nuestro sistema tiene un grave problema, porque hasta el día de hoy carecemos de un procedimiento para lograr esa eficacia inmediata del fuero laboral.

Todos sabemos que en esta materia para poder invocar la aplicación de un fuero, hay que acudir al proceso ordinario laboral y bueno, encausar la eficacia del fuero laboral en la lógica de un procedimiento ordinario, es decir, condicionar su eficacia a la dinámica del proceso ordinario es un auténtico sin sentido. Por una razón muy sencilla, porque al fin la sentencia que viene a declarar el fuero, se dicta años después de que se ha cometido la acción discriminatoria, años después de que se ha violentado el fuero, es decir años después de que se ha violado el derecho protegido.

Bueno, repito, el reconocimiento del fuero ya en esas instancias, no satisface la finalidad para la que ha sido creado, yo incluso digo que cuando el juez o la jueza de trabajo constata la violación de un fuero, termina anulando el acto de despido, porque se trata de una acción discriminatoria, es decir, verificada la acción discriminatoria, verificado que el despido obedece a una acción antisindical, o que el despido está motivado en el hecho de embarazo de la trabajadora para dar un par de ejemplos, el juez o la jueza, está obligado a anular ese acto de despido, ya independientemente del fuero. Es que ya en ese escenario, podríamos prescindir por completo del artículo 94 bis, podríamos prescindir por completo del artículo 368 del Código de Trabajo, que la jueza o el juez, tendrá que anular el acto de despido porque ese despido de conformidad con lo que dice el artículo 620 y siguientes del Código de Trabajo es un acto nulo, porque es un acto discriminatorio que atenta contra la dignidad humana. Bueno, esa es la gran falencia que

tiene nuestro sistema, porque hasta el día de hoy no tiene el mecanismo para lograr la inmediatez del fuero.

Es cierto que una lectura más rigurosa sobre la eficacia del fuero podría conducirnos a afirmar, que el fuero en realidad tiene efectos preventivos y efectos reactivos, reparatorios de la conducta, es decir, el fuero previene para que el empleador no incurra en una acción arbitraria contra la persona aforada, porque eso implica una acción discriminatoria, pero claro en ese supuesto dependemos de que el patrono, el empleador, reconozca el fuero y lo respete y todos estaremos de acuerdo con que el problema del fuero no está ahí, el problema del fuero surge cuando el empleador no reconoce el fuero y no lo respeta, es allí donde el fuero requiere desplegar el blindaje jurídico para poder tutelar a la persona y al bien jurídico protegido y repito, el retardo de los efectos en ese escenario implica un incumplimiento de la finalidad.

Bueno ¿Cómo es que esta nueva ley viene a subsanar esa falencia del ordenamiento? Lo hace precisamente introduciendo este procedimiento especial. Entonces, la verdadera innovación, el verdadero aporte que hace la reforma en esta materia es que introduce este procedimiento especial, que viene a constituir ese mecanismo rápido, célere, eficaz, para hacer valer los fueros laborales.

Algunos de los aspectos generales de este procedimiento son los siguientes: se trata de un procedimiento de naturaleza sumarisima, es decir es un procedimiento de una estructura muy sencilla, de plazos muy cortos, además perentorios que logra el cumplimiento del fuero, de manera muy, muy rápida. Luego es un procedimiento que tiene un objeto múltiple, el procedimiento está llamado a tutelar fueros, a garantizar debido proceso y también a ofrecer garantías contra cualquier acción de carácter

discriminatorio. Luego al ser un procedimiento de naturaleza sumaria, en realidad el juez o la jueza no entra a juzgar o a conocer sobre el fondo del asunto discutido, el juez tiene competencia únicamente para constar si hubo o no violación al fuero, si hubo violación al debido proceso, si se está ante una práctica discriminatoria o no, dicta sentencia sobre ese aspecto y lo que tiene que ver ya sobre el fondo del asunto discutido, pues eso es materia del proceso ordinario que las partes deberán ir luego a discutir a la vía correspondiente.

¿Cómo es o cuál es la estructura que tiene este procedimiento? Básicamente el artículo 542 nos dice que la solicitud de tutela, se tramita con la presentación de una solicitud que para efectos le aplican las formalidades de una demanda, es decir: hay que identificar a las partes, hay que hacer un relato claro, preciso, conciso, sobre los hechos denunciados, establecer una pretensión clara desde luego, acorde con la naturaleza del procedimiento y que en esta materia si bien y cuando la carga probatoria la tiene el empleador, pues nada obsta para que la persona solicitante aporte su propia prueba sobre los hechos que está acusando. De inmediato, la Jueza o el juez de trabajo, de acuerdo a lo que dice el artículo 543, da inicio al procedimiento cursando la solicitud de medida cautelar, dentro de las 24 horas siguientes.

El juez tiene que hacer ahí una labor de revisión de formalidad, porque puede suceder una cosa, si la solicitud sometida al procedimiento no es objeto de este procedimiento, el juez o la jueza tendrá que redireccionar la solicitud al procedimiento correspondiente. Pongo un ejemplo para ilustrar la idea, hay otro procedimiento especial que recoge la ley, para tutelar a las personas que sufren alguna discapacidad de acuerdo con la Ley 7600. Una persona que tenga alguna discapacidad, que acuda a este procedimiento a buscar tutela, probablemente el juez o la jueza le va

a decir: remítase a este procedimiento, que es el procedimiento especial para conocer una pretensión como la que usted plantea.

Luego también puede haber una desacumulación de causas, si la persona solicitante además de invocar la violación de un fuero, el incumplimiento de un debido proceso, o una práctica discriminatoria, solicita el reconocimiento de un derecho sustantivo, pues el juez o la jueza tendrá que desagregar esas pretensiones, desacumularlas, quedarse en ese procedimiento, solo lo que versa al fuero al procedimiento de la conducta discriminatoria y remitir al procedimiento que corresponda -que puede ser el ordinario- la pretensión diversa que plantee la parte.

Bueno, en el curso de la solicitud, el juez, la jueza tiene que hacer lo siguiente, según nos dice el artículo 543: Requerirle un informe a la parte demandada, es decir a la parte empleadora que de derecho público, como de derecho privado, es decir, puede ser un ente de la administración, como puede ser una empresa privada, le solicitará el expediente correspondiente, para determinar si existe o no el debido proceso y demás y allí mismo en el curso de la solicitud, podrá dictar a modo de medida cautelar, la suspensión del acto impugnado, incluso puede solicitar la reinstalación de la persona en su puesto de trabajo para darle curso, aquí surge la inmediatez del efecto del fuero sindical que venía hablando, por ejemplo de cualquier fuero.

Pues bien, el artículo 544 nos dice que la parte demandada tendrá cinco días para rendir informe y allí puede darse un supuesto de finalización anormal del procedimiento, de sentencia anticipada, si la parte demandada no contesta dentro del plazo, o contesta sin oponerse o incumple con aportar el expediente que le fue requerido y esto repito aplica para patrono público o privado y es importante porque a veces las empresas privadas no

acostumbran a llevar un expediente como tal, el juez podrá dictar una sentencia anticipada declarando o reconociendo la práctica discriminatoria, la violación del fuero y por lo tanto ordenando la restitución del derecho violentado.

Pero bien, si es que la parte contesta dentro del plazo, da el informe y demás, aquí la siguiente etapa del procedimiento, es darle traslado a la parte solicitante por tres días, para que se refiera a la contestación de la parte demandada. Y puede aquí surgir otra cosa, si es que se aporta prueba adicional a la prueba documental, que amerite la realización de una comparecencia, habrá que celebrar una audiencia. Esta audiencia, dice la ley tiene un trámite preferente, no nos dice dentro de que plazo el juez tiene que celebrarla, pero si nos dice que el juez o la jueza de trabajo, tendría que dejar de lado todos los demás asuntos y darle prioridad al señalamiento de la comparecencia, a esa comparecencia le aplicarán todas las reglas que le aplican a la comparecencia de la audiencia del procedimiento ordinario, es decir, allí se pueden subsanar aspectos formales, se evacúa la prueba, nada impide que ahí se ensaye una conciliación que puede darse y una vez evacuada la prueba, el juez o la jueza, tendrá la obligación de dictar la sentencia al término de la audiencia, luego si la sentencia es estimatoria y reconoce la conducta acusada, tendrá que declarar la nulidad absoluta del acto impugnado y ordenar ya sea la restitución o la reposición de los derechos de la persona solicitante.

Finalmente, hay que decir que en este procedimiento puede aplicar el cumplimiento forzoso de la sentencia, es decir, esta nueva ley también introduce un capítulo en el procedimiento de ejecución de sentencias, introduce la posibilidad de acudir a la figura del cumplimiento forzoso de la sentencia y además impone consecuencias gravosas para el empleador, que incumpla con la disposición

de la sentencia. A este procedimiento repito, puede aplicársele perfectamente esta figura de la ejecución o el cumplimiento forzoso a efecto de hacer valer lo dispuesto por la sentencia.

¿Quiénes son las personas legitimadas para acudir a este procedimiento? Eso nos lo dice el artículo 544, básicamente son las siguientes, son las servidoras y los servidores del Estado en Régimen del Servicio Civil, porque aquí aplica el debido proceso, serán las demás personas trabajadoras del sector público para la tutela del debido proceso o fueros semejantes, las mujeres en estado de embarazo, período de lactancia, las personas trabajadoras adolescentes, las personas cubiertas por el artículo 367 de este Código y cualquier otra disposición tutelar del fuero sindical, es decir, fuero sindical que cubre tanto a dirigentes sindicales propiamente dichos, como a cualquier representante de trabajadores, a las personas denunciantes de hostigamiento sexual, a los trabajadores y trabajadoras que sean objeto en su trabajo o en ocasión de él, de discriminación en términos generales y aquí el procedimiento nos remite el capítulo especial que regula la ley en materia de discriminación, que creo que fue un tema que vieron ayer.

También están legitimadas las personas trabajadoras, en el artículo 620 de este Código, es decir ya reformado, estas son las personas que subscriben el pliego de peticiones del conflicto colectivo de carácter económico-social y como dije anteriormente, ese fuero y ese procedimiento ya no aplicaría solo para la fase de conciliación y arbitraje del conflicto, sino que se puede extender a todo el proceso de huelga si es que del conflicto deriva un movimiento de huelga y puede también aplicar en aquellos procedimientos de negociación colectiva fracasada. Termina el artículo en una redacción bastante abierta, diciendo que también acudirán, están legitimados para acudir a este proceso, cualquier persona que

goce de alguna protección o fuero especial, según lo establecido en alguna norma especial, como puede ser una negociación o una convención colectiva. Es decir, en el sector incluso privado donde a través de un instrumento de negociación colectiva, se establezca alguna protección especial, algún debido proceso, que termine siendo violentado, pues las personas cubiertas por ese instrumento normativo especial, podrán también acudir a este procedimiento a hacer valer esa protección.

Algunas características o rasgos generales de este procedimiento, son los siguientes: la competencia del juez es una competencia muy limitada, es decir, el juez va a conocer únicamente de la trasgresión del fuero, de la violación del debido proceso, o de la práctica de discriminación. Siendo este objeto así tan limitado y teniendo en cuenta que se trata de un proceso sumario, hay que decir que este procedimiento comparte mucho con la lógica del recurso de amparo de la jurisdicción constitucional, porque en el fondo el objeto de este procedimiento es también tutelar derechos fundamentales, porque detrás de cada fuero lo que se abriga es un derecho fundamental, se hace de manera sumaria y la sentencia repito, no prejuzga el fondo.

De modo que las partes quedan a la disposición de acudir al proceso ordinario, a discutir el fondo del asunto, una vez hay sentencia y una vez esté restablecido el derecho reclamado, el procedimiento no requiere agotar la vía administrativa, no es un requisito, no se requiere patrocinio letrado, pero si se llegase a necesitar la audiencia para evacuar prueba, ahí sí el procedimiento le exige a la parte solicitante hacerse acompañar de un abogado o de abogada. Es decir la parte puede, como se trata de un proceso sumario que busca tutela de derechos fundamentales, -aquí también comparte con el recurso de amparo-, la persona afectada puede acudir

directamente a solicitar la tutela en el proceso sin requerimiento de acompañamiento de un abogado o una abogada. Pero si el procedimiento conduce a la celebración de una comparecencia sí es necesario que la persona trabajadora se haga acompañar con el patrocinio letrado y eso tiene toda lógica, porque ya en la comparecencia habrá que requerir o requiere de mucho tecnicismo legal, porque habrá que discutir aspectos de forma, evacuar prueba, interrogar testigos, formular conclusiones y demás.

La otra regla, es que el procedimiento para la medida cautelar que otorga, no requiere ningún tipo de garantía, recordemos que en algunas ocasiones, en otras jurisdicciones, una medida cautelar sí requiere algún tipo de garantía, en esto el procedimiento tiene los principios de informalidad del proceso laboral en general y no requiere ningún tipo de garantía, muy importante señalar que para solicitar la reinstalación, a través de este procedimiento en aquellos supuestos donde se reclama la violación del debido proceso, opera un plazo de prescripción de seis meses, es decir la persona afectada por la violación de un debido procedimiento que fue despedida sin el debido proceso, tendrá seis meses para acudir a buscar la tutela en este procedimiento.

Aquí no puede haber confusión de que opera el año de prescripción genérico porque no es así. El incumplimiento de plazos acarrea responsabilidad disciplinaria para el funcionario judicial, aquí es donde surge el carácter perentorio y obligatorio de los plazos.

Finalmente, para terminar, decir que este procedimiento tienen conexiones con una serie de disposiciones normativas que no solamente están en el Código, si no en otras disposiciones, así por ejemplo tiene concordancia con la protección del trabajo de las mujeres y los menores de edad, el capítulo 7 del Código de

Trabajo, es decir el 94 y siguientes. Obviamente tienen concordancia con toda la regulación del capítulo de fuero sindical, del capítulo 363 y siguientes, tiene una concordancia directa con lo que se regula en el procedimiento de huelgas, porque como ya dije, el procedimiento de tutela también aplica para el movimiento de huelga, tiene concordancia directa con el título octavo que habla sobre la prohibición de discriminación, artículo 404 y siguientes de la nueva ley.

Tiene concordancia con el proceso o el procedimiento de ejecución de sentencias por lo que hablé anteriormente del cumplimiento forzoso, tiene concordancias con el capítulo décimo tercero, sobre la solución de conflictos colectivos porque ahí opera el fuero del que hablé; tiene concordancia también con la iniciativa de convenciones colectivas fracasadas, y tiene regulación con todo lo que tiene que ver con el debido proceso del sector público que se desprende de los artículos 191, 192 de la Constitución Política; tiene concordancia con el Código de la Niñez y la Adolescencia, por el fuero que brinda la ley. También tiene concordancia con la Ley de Control Interno, por el fuero que reconoce tutela, auditores y sub auditores, tiene concordancia con la ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la adolescencia, por el fuero especial y tiene también concordancia con la Ley 7600 porque aplica aquí, aunque como ya dije hay un procedimiento especial, que garantiza o que da protección contra acciones discriminatorias para personas con discapacidad, pues este procedimiento también tienen regulación.

Eso es básicamente a lo que puedo referirme en este tiempo y solo a modo de conclusiones

quiero decir lo siguiente: reitero que este procedimiento es una verdadera innovación que nos trae la ley. Digo además que finalmente podemos hablar que tenemos una regulación completa en materia de regulación de fueros sindicales, es decir, el sistema ha reconocido el derecho subjetivo, el sistema luego ha reconocido protección especial para este derecho, para determinadas personas que se encuentren en circunstancias especiales y finalmente con esta ley el ordenamiento reconoce el procedimiento, el mecanismo especial, para que esa protección de ese derecho sea verdaderamente eficaz. Con esto creo que el sistema logra coherencia con toda su regulación y no solamente a lo interno, sino también coherencia con el derecho internacional, porque hay muchos instrumentos en materia de derechos humanos, suscritos por el país, que expresamente imponen como obligación al Estado, es decir en este caso a Costa Rica, de regular algún mecanismo o recurso ágil, rápido, eficaz, para tutelar derechos fundamentales como el fuero. Pienso específicamente en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pienso desde luego en el Convenio 87, el Convenio 98 de la OIT, en el Convenio 135 de la OIT y la Recomendación 143, que en este caso por una situación muy particular es Ley de la República, porque el legislador a la hora de ratificar el convenio, también ratificó la Recomendación y esa recomendación establece la obligación de brindar una tutela especial para los fueros sindicales.

Por primera vez repito, podemos decir que tenemos ese mecanismo para garantizar el cumplimiento de los fueros sindicales.

Panel:

La huelga y su calificación

Concepto, requisitos, huelga en servicios esenciales

Dr. Alexander Godínez Vargas

Nos hemos dividido con el tema de huelga en dos partes, una tiene que ver con la huelga en los servicios esenciales que lo va a tocar Fernando y lo otro es la huelga y sus requisitos, que es la parte que me corresponde a mí y por eso antecedo a la palabra a Fernando. Con esto no abarcamos todo el tema del derecho de huelga, el derecho de huelga tal y como está configurado en la reforma es muchísimo más de lo que vamos a explicar, pero por temas de tiempo y por temas de tener que de alguna forma priorizar quizás los elementos más importantes de la reforma me he quedado con unos requisitos nada más y Fernando tocará lo otro.

Respecto a la huelga y sus requisitos que es el tema que me corresponde: hay una hipótesis que es la primera que tenemos que fijar del trabajo que voy a presentar y la hipótesis consiste en llegar a demostrar si a partir de la Reforma Procesal Laboral, se facilita el ejercicio del derecho de huelga y ese es mi propósito, llegar a demostrar si eso es cierto o no.

Entonces, vamos a empezar con la primera premisa, la primera premisa es si existen

requisitos legales o prácticas que obstaculizan el ejercicio del derecho de huelga y a eso me voy a dedicar en este primer momento.

¿Cómo se demuestra que existen obstáculos? ¿Quién lo dice? Bueno, eso se advierte desde hace mucho tiempo, desde en un informe sobre la Misión de Asistencia Técnica de la OIT Costa Rica, que se hizo en setiembre del año 2001. En ese informe se hace una afirmación genérica y hacen dos afirmaciones que son específicas. La primera afirmación que es la genérica, dice la Misión: Se destaca la importancia de que no tiene que someterse el ejercicio del derecho de huelga y esto en análisis de las circunstancias previstas en Costa Rica, a exigencias legales y requisitos que hagan muy difícil o imposibilite su ejercicio legal. Esa es la primera afirmación genérica que hace la Misión viendo lo que sucede en Costa Rica.

Esta afirmación luego de ser reiterada por uno de los órganos de control más importantes que tiene la OIT, que es la Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones y esa afirmación la hace la comisión de expertos

en los últimos 15 años, a partir de su informe del año 2003, en cuanto a las observaciones que hace a Costa Rica, en lo que tienen que ver con el cumplimiento del Convenio 87. Entonces dice la Comisión en el año 2003: La Comisión destaca que el ejercicio de derecho de huelga no debería someterse a exigencias legales o prácticas y es importante los dos conceptos, -porque luego vamos a ver que mi exposición solo se limita al análisis de uno de ellos-, que hagan muy difícil o imposibiliten su ejercicio legal. Prácticamente la afirmación que hace la Comisión de Expertos es calcando la misma expresión que hace el informe de Misión del año 2001.

Esta es la afirmación genérica, tenemos problemas, tenemos obstáculos para el ejercicio del derecho de huelga. Luego viene una primera de las dos afirmaciones específicas, que dice: Por otra parte, la Misión ha constatado que prácticamente todas las huelgas son declaradas ilegales por la autoridad judicial. Sobre este concepto de todas, hay que hacer algunas observaciones, no lo dice el informe solo por decirlo, sino que recoge la opinión de las centrales sindicales costarricenses, que en las entrevistas que tuvieron con los miembros de la Misión, subrayaron que aunque el derecho de huelga se halla consagrado en la Constitución Política y en el Código de Trabajo, solo dos huelgas han sido declaradas legales por los Tribunales en 50 años, esto dicen las centrales sindicales. Sin embargo, también se recoge la opinión de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia cuyo nombre no se dice en el informe, en la que se afirma de que aproximadamente de 600 huelgas que se han producido en los últimos 20 o 30 años, 10 como máximo han sido declaradas legales.

¿Quién es este personaje o esta persona que menciona el número de 600 huelgas y que en los últimos 20 o 30 años diez como máximo han sido declaradas legales? Bueno pues un poco buceando en la historia, nos encontramos

que la expresión no es gratuita, la expresión es del Magistrado Bernardo Van der Laet, quien en una sesión de Corte la 16 del año, que es de abril de ese año, manifiesta en Corte Plena, que si se revisa la historia del derecho aquí en Costa Rica, se observará que de 600 huelgas que pueden haber en los últimos 20 o 30 años, si acaso 10 han sido declaradas legales y ese es el significado del concepto "todas".

La segunda afirmación específica que hace el informe del año 2001 dice: Por otra parte, la Misión ha constatado la lentitud excesiva del procedimiento para poner en marcha la huelga. Sobre el concepto de lentitud excesiva, son las centrales sindicales entrevistadas por los miembros de la Misión del año 2001, los que efectivamente pusieron de relieve que en la práctica, el procedimiento para poder poner en marcha una huelga legal dura alrededor de tres años y esto básicamente lo justifican advirtiendo la dificultad de constituir los Tribunales de Conciliación, que son de composición tripartita como todos lo sabemos y también por el deficiente funcionamiento de sus Tribunales de Conciliación. Entonces los obstáculos realmente existen, primera premisa.

Segunda premisa: La Reforma Procesal Laboral elimina los requisitos legales, no las prácticas necesariamente, que obstaculizan el ejercicio de derecho de huelga. Esta segunda premisa, tiene relación con el discurso del Gobierno de Costa Rica frente a los órganos de control frente a la OIT. El gobierno siempre comunicó a los órganos de control de la OIT y específicamente a la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, la gran noticia, que Costa Rica tenía un gran proyecto de Reforma Procesal, tanto así que en la observación que hace la Comisión de Expertos en el año 2006, al Gobierno de Costa Rica, comienza diciendo, en ese lenguaje diplomático de los órganos de control: La Comisión toma nota con interés de que el gobierno, el 25 de

agosto de año 2005, el Poder Judicial puso en conocimiento del Poder Ejecutivo el Proyecto de Ley de Reforma Procesal Laboral. Pero la Comisión también toma nota con interés de dos agregados adicionales que el gobierno de Costa Rica hace, que no son gratuitos, tienen su importancia y es que el Gobierno comunica que el Proyecto de Ley, contó con asistencia técnica de la OIT.

Y la segunda afirmación que no es gratuita es que el proyecto también recoge las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, con lo cual no es cualquier proyecto el que está presentando, sino que en principio está contando que está presentando un proyecto con los avales, de al menos uno de los órganos de control de la OIT y el más importante en materia de libertad sindical, que es el Comité de Libertad Sindical y además con la asistencia técnica en el terreno, de los profesionales, de los funcionarios de la OIT.

Eso es importante porque eso tiene que ver mucho con lo que el primer Ministro de Singapur en alguna oportunidad mencionaba, de que la OIT, en inglés decía que la OIT no tiene dientes, la traducción francesa era de que la OIT no puede morder a los Estados. Erick Gravel en un libro homenaje a Nicolás Valticós, decía que esa es eficacia, ese es el impacto que tienen los órganos de control de la OIT en las reformas legislativas, ese impacto que casi no se ve, si no es en la fundamentación de las grandes reformas, cuando explican que esas grandes reformas, como es la Reforma Procesal Laboral, tiene su origen en el acatamiento de las observaciones que hace el Estado a los comentarios y solicitudes de los órganos de control.

Visto lo anterior en esta observación del año 2006, la Comisión pide por consiguiente al Gobierno, que le mantenga informada sobre cuál es la evolución que tiene la tramitación del

proyecto de ley. Durante las observaciones del 2008 y 2010, la Comisión sigue tomando nota con interés, de que el proyecto sigue existiendo. Ya para el 2012 a la Comisión se le acaba la paciencia, ya han pasado siete años desde la primera vez que se informó que el proyecto había sido presentado y entonces cambia el lenguaje del órgano de control y entonces dice ahora: La Comisión lamenta, después de siete años, observar una vez más que los proyectos de ley presentados a la Asamblea Legislativa, tendientes a una mayor conformidad entre la legislación y el convenio, en este caso 87, no prospera y la Comisión le pide al Gobierno que siga impulsando del proyecto de reforma procesal y que informe al respecto.

Para el año 2014 la Comisión toma nota de que el proyecto había sido aprobado por la Asamblea, vetado por la presidenta en el año 2012, que en el 2014 tendríamos elecciones presidenciales y le pide nada más al gobierno que siga impulsando este proyecto de ley y que teniendo en cuenta las diferentes misiones de la OIT a lo largo de todos los años, que se han hecho a Costa Rica para lograr que la legislación nacional se armonice con las normas internacionales, específicamente el Convenio 87, la Comisión expresa su decepción ante la falta de resultados, pero también expresa la esperanza de que hallan progresos sustanciales, eso fue el año 2014.

La siguiente observación que va a hacer la Comisión de Expertos será para el año 2016. ¿Qué dirá en el año 2016? Que se han modificado las exigencias legales y las prácticas que hacían difícil o imposible el ejercicio legal del derecho de huelga. ¿Será eso lo que diga? Bueno, para tratar de buscar un acercamiento a la observación que probablemente haga la Comisión de Expertos en el año 2016, habrá que examinar los siete requisitos que se han establecido para el derecho de huelga y vamos a ir analizando uno por uno esos requisitos. Al analizar los requisitos legales,

dejo a un lado lo que son las prácticas, muy probablemente el tema de prácticas haya sido abordado en alguna de las charlas anteriores y probablemente por la doctora Otero quizás, cuando analizó el tema de discriminación sindical y la existencia de fueros especiales, pero en todo caso, yo tengo que dejarlo a un lado porque me centro solo en lo que son los requisitos legales.

Primer requisito: Es una suspensión concertada del trabajo, el derecho de huelga es una suspensión concertada del trabajo. Respecto del primer concepto, suspensión; antes la ley decía que era un abandono temporal, ahora dejamos a un lado el concepto de abandono y caemos en la suspensión, con lo cual se aleja el texto legal de la carga semántica del abandono como acto ilícito, como acto causal de despido sin responsabilidad y se centra en la huelga como suspensión, como decía Alonso Olea, efectivamente cada trabajador expresa una voluntad suspensiva, no resolutoria del contrato, no se trata por consiguiente como lo dice la Sala Constitucional en su sentencia 1317 del año 98, del derecho de incumplir transitoriamente el contrato de trabajo, no se incumple el contrato, se expresa la voluntad de suspender el contrato, consecuencia de que sea una suspensión como lo dice Alfredo Montoya Melgar, siguiendo la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 8 de abril del año 81, que es la sentencia más importante quizás dentro del ordenamiento jurídico español, que analiza el decreto de ley de relaciones por el trabajo que es un decreto Franquista, pero que es el único marco legal que realmente existe en materia de derecho de huelga en España.

Decía por consiguiente, que la suspensión de los contratos limita la libertad de defensa del empresario y es lo que justifica por consiguiente que no se pueda hacer la contratación de terceros, en el lenguaje español, los esquiroleros, tanto por sustitución externa, trayendo

trabajadores de afuera, como por sustitución interna, que es básicamente la movilidad funcional. No entro más en el tema porque ya luego Fernando abordará con mayor amplitud en el tema de él, pero lo cierto es que está también prohibida la contratación directa como la indirecta a través de contratistas intermediarios. Excepción hecha, que también la explicará Fernando, del incumplimiento de los servicios mínimos en servicios esenciales y en servicios de seguridad y mantenimiento de las empresas durante la huelga, que además lo ha dicho el Comité de Libertad Sindical, es más que legítimo, cuando la suspensión puede afectar la vida, la salud y la seguridad de la población.

Respecto de la concertación, porque decíamos que la huelga es una suspensión concertada, el concepto de concertado lo único que refiere es que tiene que haber un previo acuerdo de los trabajadores o de sus representantes, un concepto además que está inmerso dentro del Decreto de Ley de Relaciones por el Trabajo de España y probablemente de ahí tenga su origen.

El segundo requisito habla de que la huelga es una suspensión pacífica del trabajo y como decía Alonso Olea, el carácter pacífico de la huelga no lo desvirtúan las acciones puramente individuales de un huelguista, que por consiguiente como lo dice el Tribunal Constitucional Español, toda acción delictiva se coloca extramuros del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, por consiguiente también de los que el derecho de huelga y colocando también extra muros del contenido esencial, no puede recibir la protección de todos los derechos fundamentales, que tienen cualquier derecho fundamental, si no que es susceptible de ser imputado por responsabilidades laborales, civiles y penales.

Como también lo afirma el Comité de Libertad Sindical cuando señala que los principios de la libertad sindical no protegen extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga, que consistan en acciones de carácter delictivo.

El tercer requisito que está previsto es que la huelga se va a ejercer en una empresa, en una institución, en un establecimiento, en un centro de trabajo, antes no se incluía la referencia del centro de trabajo dentro del ámbito espacial del ejercicio del derecho de huelga. El centro de trabajo con la reforma, se convierte en un lugar de objeto de imputaciones jurídico-laborales, pero esa imputación que se le hace lógica, si se entiende que incluso en el Código de Trabajo del año 43, el derecho de negociación colectiva también puede tener como espacio sustancial de imputaciones el centro de producción, que es un concepto más o menos similar a lo que sería el centro de trabajo, con lo cual la reforma establece una mayor coherencia, especialmente cuando se trata de huelgas que se derivan de conflictos jurídicos-colectivos y básicamente del incumplimiento de convenciones colectivas.

Un cuarto requisito, establece que la huelga tiene que ser acordada y ejecutada, por una pluralidad de tres personas trabajadoras como mínimo. Con esta primera afirmación, esa primera afirmación va unida también de otra regulación que está en la reforma, donde expresamente se habla de algo que muchos recordaran que fue objeto de un ensayo de Mario Blanco hace muchísimo tiempo. Mario en aquellos tiempos aventuraba aquella expresión del sindicato como titular del derecho de huelga y la hacía derivar como también lo hizo derivar mi profesor Edgar Alfaro que está aquí presente, de aquella norma que establecía que en las asambleas de los sindicatos se podía declarar huelga, entonces a partir de ahí se hacía aquella derivación de que efectivamente el sindicato podía ser titular de este derecho y no solo los trabajadores individualmente

considerado. Pues efectivamente la reforma lo dice ya de forma expresa: Los titulares del derecho de huelga son los trabajadores y las trabajadoras, quienes lo ejercerán por medio y en primer lugar de sus organizaciones sindicales.

El hecho de que se establezca que los trabajadores son los titulares de derecho de huelga no es ninguna novedad, desde siempre se ha dicho que el ejercicio del derecho de huelga es un derecho que se ejerce mediante una titularidad individual, pero es de ejercicio colectivo, o como decía Alonso Olea; una titularidad diferenciada entre lo individual y lo colectivo y por consiguiente, siguiendo también Alonso Olea, las huelgas de una sola persona, es un mero incumplimiento contractual pero no es huelga, aquí diríamos que la huelga de hasta dos personas, sigue siendo un mero incumplimiento contractual pero no es huelga, huelga sería de tres o más.

La preferencia de la reforma, porque sea la huelga un derecho que de titularidad individual, pero que se ejercita colectivamente, prioritariamente a través de las organizaciones sindicales, es algo que encuentra respaldo y muy claramente explicado, en la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania, que en una sentencia del año 84, recordaba que la suspensión del trabajo es un arma peligrosa y por consiguiente solo se puede confiar a instancias que se sirvan de ese medio de una forma responsable y esa es la priorización que como decía Wolfgang Daubler, se establecen en favor de las organizaciones sindicales.

Solo en segundo lugar, el ejercicio colectivo sería a través de las coaliciones temporales, este situar a las coaliciones temporales en segundo lugar, podría tener algún origen en la exclusión probablemente, no solo del comité de trabajadores como titular como medio

para ejercer este derecho, sino también de los arreglos directos con origen del conflicto jurídico-colectivo para ejercer también el derecho de huelga. Porque tanto en la definición de quienes son las organizaciones que pueden llegar a ejercer, a través de las cuales se puede llegar a ejercer este derecho, como el hecho mismo de que en la definición de conflictos jurídicos colectivos no esté incluido el incumplimiento de un arreglo directo, los dos van en la misma línea de excluir esta segunda manifestación muy costarricense de negociación colectiva.

Bueno, con respecto al hecho de que también esta norma como le había dicho antes, refiera que la priorización es el ejercicio a través de organizaciones sindicales, deja abierto un portillo que no lo zanja la reforma y probablemente sea también una deuda pendiente que ya teníamos en el año 43, pero se sigue expresando todavía en el 2015, hacia esas estructuras intra sindicales, llámese específicamente la sección sindical, que es la más importante de ellas, a las cuales se les sigue negando el ejercicio de ciertos derechos colectivos, no en los estatutos que puede ser mucho más frecuente, pero sí a nivel del propio Código de Trabajo. Con lo cual le queda a uno la duda si realmente una sección sindical podría ejercer este derecho, lo cual podría ser cierto, podría ser válido, siempre que los estatutos sindicales se lo permitan, pero por la redacción que tiene la norma en la reforma, pareciera no concedérselo.

El quinto requisito tiene que ver con que los que ejerzan el derecho de huelga, tienen que representar más de la mitad de los votos emitidos. El proyecto inicialmente lo que establecía es que el derecho de huelga, tenía que estar apoyado por el 40% de los trabajadores, no se indicaba expresamente que fuera por votación, sin embargo ya teníamos para ese entonces una senda doctrina del Comité de Libertad Sindical, que sobre la

exigencia de un porcentaje de apoyo, ya había advertido que ciertas regulaciones estatales, podrían ser contrarias al Convenio 87, cuando la decisión dependía de más de la mitad de los trabajadores de una mayoría absoluta de ellos, incluso ya había hecho manifestaciones acerca de que requisitos de quorum de dos tercios también serían contrarios al Convenio 87. Con lo cual, vista la doctrina del Comité de Libertad Sindical, un 40% podría entrar dentro de aquello que razonablemente podría entenderse que no iba en contra de la doctrina del Convenio 87, sin embargo la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ya se había pronunciado desde el año 2006 expresando que el 40% incluso, no estaba plenamente de conformidad con el Convenio 87 y que por tanto, debería de procurarse que la futura legislación, refiriéndose a la reforma procesal, tenga debidamente en cuenta los mencionados principios que están integrados en el Convenio 87.

¿Cuáles son estos principios que están contenidos en el Convenio 87? En el estudio general dedicado a la libertad sindical y negociación colectiva del año 94, que es el último que ha realizado la Comisión de Expertos en esa materia, de los dos que ha hecho, expresamente se dice cuales son los principios y entonces se habla que la legislación de muchos países subordina ejercicios de derecho de huelga a la aprobación previa de esa acción, que es el caso nuestro incluso con la reforma, por un cierto porcentaje de trabajadores y entonces hace una primera afirmación general: esta exigencia no plantea en principio ningún problema en cuanto al Convenio, pero las modalidades de escrutinio de quorum y la mayoría exigida no deberían ser tales que el ejercicio de derecho de huelga resultase una práctica muy difícil e inclusive imposible, es el principio general. Luego hace una segunda afirmación que es mucho más específica referida a lo que el requisito de votación cuando el Estado miembro de la OIT,

opta en su legislación por requerir un porcentaje de votación, no de apoyo que son diferentes, si un Estado miembro, dice el estudio general, considera adecuado prever en su legislación disposiciones que exijan que las acciones de la huelga deben ser votadas por los trabajadores, dicho Estado debe asegurarse que sólo se tomen en consideración los votos emitidos, que es lo que hace la reforma, y que el quórum o la mayoría necesaria se fije a un nivel razonable. Como veremos el quórum exigido en la última convocatoria es mucho más que razonable, se cumplen entonces estos principios que están establecidos en el Convenio 87 dentro de la reforma procesal. Para eso tenemos que examinar las reglas, que básicamente son reglas para validar el quórum que están dentro de la reforma.

Antes de ella una primera pregunta: ¿Por qué una votación y por qué no un apoyo generalizado que no pase por una votación? Se podría pensar, que es lo más normal, de que es más fácil para una central sindical, lograr el apoyo por medio de una votación, donde además es secreta, donde además el trabajador no tienen que decir si está a favor o no con la votación y sobre todo especialmente por el tema patrimonial, porque para ejercer el derecho de votación no tienen que pagar cuota sindical, pero sin embargo las centrales sindicales, en el informe sobre la Misión de Asistencia Técnica el año 2001, expresaban su preocupación de que el sistema actual, que no prevé la votación si no que es el levantamiento de actas por parte de un juez en el proceso de calificación, lo que da lugar es a que visibilice quienes son las personas que están ejerciendo el derecho de huelga, por consiguiente si la huelga finalmente fracasa porque no tiene el apoyo necesario, deja al descubierto quiénes fueron los que apoyaron el movimiento lo cual se presta para prácticas antisindicales y por eso su preocupación de que realmente la forma en la que tenía que hacerse, en que tenía que medirse el apoyo, tenía que hacerse mediante

la votación y esto es lo que recoge finalmente el proyecto de reforma. Aunque para otros y es la opinión de Wolfgang Daubler, si bien existen razones político sindicales que podrían llegar a afirmar que la votación es el medio más eficaz para ejercer el derecho de huelga, o para llegar a comprobar que no hay apoyo suficiente para ejercer el derecho de huelga. Si bien la votación coincide con el principio democrático que permea todas las relaciones colectivas de trabajo, lo cierto es que como él decía, a veces es probablemente que sea más eficaz para ejercer la presión por el empresario, que la suspensión sea absolutamente inesperada.

¿Cuáles son las reglas que están previstas de quórum dentro de la reforma procesal? La primera regla, ya ustedes la saben es que si existen uno o varios sindicatos que reúnan la afiliación del 50% de las personas trabajadoras, la votación se hará por medio de una asamblea general, del sindicato o de los sindicatos que están participando en el movimiento.

La mayoría se calcula sobre los trabajadores de la empresa, no sobre los afiliados, pero sin embargo por razón del quórum, bastaría que al final en una tercera convocatoria, cuando no se reúnan ni los dos tercios ni la mayoría, finalmente sean con los que sean que estén presentes en la asamblea que se tome la votación y para eso dos de tres son mayoría. Es una asamblea por organización, pero la pregunta que no se responde, porque lógicamente ya es más detalle, es: ¿Qué pasa cuando habiendo dos o más centrales sindicales que están convocando, los resultados de las votaciones en las diferentes asambleas son distintos, en unas a favor y en otras en contra? Pues pareciera que la opción debería pasar por tomar todas las asambleas como una sola, sumar los votos a favor o en contra de todas las asambleas y sacar finalmente un resultado global de todas ellas, porque lo otro sería un tema que también podría ser otra opción, pero se tendría mayores inconvenientes, que

es la posibilidad de establecer un promedio ponderado de la representatividad de cada asamblea, lo cual podría ser que no necesariamente la mayoría de votos decida el punto, si no la representatividad que cada asamblea tiene.

Las excepciones que están previstas en la reforma sobre quienes no pueden ser tomados en cuenta en la votación, no está prevista para esta primera regla, ¿Por qué no está prevista? No lo explica la reforma, aunque el artículo que tiene que ver con las excepciones, tienen una vocación universal y no está circunscrito necesariamente a la regla número dos, que es la que a continuación voy a ver. La regla dos tienen que ver con aquel supuesto en el que no habiendo sindicatos, o habiendo sindicatos y afiliados, estos no llegan al 50% en cuyo caso se convoca a votación, en principio convocan las organizaciones sindicales que están presentes, sean sindicato de empresa, sean órganos intra sindicales como la sección sindical y en ausencia de todos ellos pareciera que también, la coalición de trabajadores.

En estos casos también, pareciera que la votación se alcanza la mayoría con dos de tres al extremo. Un dato adicional, el hecho de que la reforma establece que los centros de votación deberían de estar en un lugar neutral, lo que no se sabe a ciencia cierta si es una facilidad, o será un obstáculo para que los trabajadores puedan ejercer el derecho de votación. La regla tres y la regla cuatro, facilitan evidentemente el computo del 50% en tanto permite que la votación se limite en caso que la huelga tenga por objeto, tenga por sujetos titulares con ese derecho a trabajadores de una misma ocupación u oficio, que las reglas se apliquen nada más para esos trabajadores, o que teniendo impacto nada más en un establecimiento o centro de trabajo, se aplique nada más en ese centro o establecimiento de trabajo. En ambos casos, reglas tres y cuatro, lo que hacen es facilitar el alcanzar el 50%.

La regla cinco es la que excluye a algunos trabajadores que puedan participar en esta votación, entonces habla que para la determinación del porcentaje mínimo de convocatoria y apoyo a la huelga, se debe excluir y ahí se enlistan diferentes trabajadores que deben ser excluidos, trabajadores en período de prueba, trabajadores de confianza, trabajadores que estén siendo objeto de una suspensión colectiva, trabajadores a plazo fijo, por obra determinada, representantes patronales, etc. Este listado lo que plantea son algunas interrogantes, primero; ¿por qué excluir a los trabajadores que están siendo objeto de una suspensión colectiva y no a los trabajadores que también están siendo en este momento afectador por una suspensión individual? Porque son colectivos, porque su número es mayor que los que están suspendidos individualmente, probablemente sea esta la única razón de peso que uno pueda encontrar para decir que se excluyen a los que son objeto de suspensión colectiva y no a los que están con causales de suspensión individual.

¿Por qué excluir a los trabajadores de confianza, la confianza no necesariamente implica una mayor fidelidad a la empresa? Porque hay trabajadores que ejercen puestos de confianza, con necesidad de ser fieles a la empresa, de asimilarse a los representantes patronales. Lo que sí es cierto es que respecto a los trabajadores que están en período de prueba, ya el Comité de Libertad Sindical había indicado que la exclusión de ellos viola el Convenio 87, en tanto que teniendo la oportunidad de poderse afiliar, no debería existir ningún motivo por el cual estando afiliados no puedan participar de las acciones que una organización sindical pueda llegar a ejercer. Entonces bajo esa lógica, si se pueden afiliar, ¿Por qué se les va a excluir de ejercer el derecho de huelga? Y esto como les digo, ya es doctrina del Comité de Libertad Sindical.

Pasamos al requisito sexto, que tiene que ver con el fin de la huelga, entonces se dice que la huelga tendrá como fin dos posibles fines: La defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales, que es básicamente el conflicto de intereses y la defensa de sus derechos en los conflictos jurídicos colectivos, que es básicamente los conflictos jurídico colectivos.

Respecto de los conflictos por intereses, esto es más que lógico, desde que es la misma finalidad por la cual se constituyen los sindicatos y esto se expresa en la doctrina del Tribunal Constitucional Español, recordemos que el derecho es parte esencial de la libertad sindical. Romagnoli lo decía, expresando que la huelga pertenece a la memoria histórica de los sindicatos, en esas expresiones que solo Romagnoli es capaz de hacer, sintetizando a profundidad lo que es este instituto.

De hecho el Comité de Libertad Sindical también había afirmado que el derecho de huelga es corolario indisoluble del derecho de sindicación. Por ahí no hay ningún avance sustancial, lo que sí es que estamos siempre frente a un concepto que es amplísimo, como dice Montoya Melgar, va más allá de lo atinente a lo que es el contrato de trabajo, a la convención colectiva o a la condición incluso de miembro de la empresa. Decía el Comité de Libertad Sindical que incluso tienen que ver con las consecuencias inmediatas a los trabajadores en materia de empleo, de protección sindical y nivel de vida, con el cual por vía del conflicto de intereses, el ejercicio del derecho de huelga puede cobijar muchísimas finalidades.

Sin embargo, es importante establecer que el Tribunal Federal de Trabajo Alemán, en una sentencia del año 88, decía que la huelga más bien tenía que limitarse a todo aquello que perseguía como propósito susceptible de ser reglamentado por vía de convenio colectivo,

no deja de ser una posición realmente interesante, respecto de los conflictos jurídico colectivos, antes de la reforma, el Código de Trabajo hablaba de la huelga, motivada por el incumplimiento del contrato de trabajo. Ahora se detallan los supuestos, se habla de tres supuestos, el incumplimiento grave del contrato colectivo de trabajo, ya saben ustedes que es una figura prácticamente inexistente en la práctica costarricense, el incumplimiento generalizado de los contratos de trabajo y el incumplimiento de la convención colectiva.

Anotaciones al margen, el incumplimiento de contratos de trabajo, aunque fuese una reforma como un conflicto jurídico colectivo, no es un conflicto jurídico colectivo, es un conflicto pluri-individual que es tema absolutamente distinto, pero sin embargo esa es la definición que encaja en la reforma. Excluye, lo que les decía antes, la posibilidad de que se ejerza el derecho de huelga por incumplimiento de un arreglo directo y quizás aquí tengo que confesar, que defiendo lo indefendible, quizás los perjudicados ni siquiera quieren defenderse ellos mismos. Amplía los supuestos, e incluye dentro de ellos la reinstalación, como motivo de derecho de huelga, la reinstalación de los representantes de las personas trabajadoras a pesar de existir sentencia firme que así lo ordene y lo cual es extraordinariamente interesante, porque la reinstalación de un trabajador que ejerce una representación sindical, siempre ha dado lugar a una discusión teórica que es muy interesante, si realmente el titular de ese derecho de reinstalación es el trabajador representante individualmente considerado, o si realmente el titular es la organización en la cual ejerce como representante, porque si el titular es la organización en la que ejerce como representante, primero eso afecta la legitimación procesal con la que se acude a la instancia judicial y segundo el representante no podría renunciar sin el aval de propia organización sindical a la cual representa, lo cual no sucede hasta la fecha.

Por último, el séptimo requisito, que tiene que ver en cuanto al agotamiento de las alternativas procesales de conciliación y son todas las alternativas que prevé la reforma, salvo en los conflictos jurídicos en los que bastará una mera intimidación. La exigencia de que se agoten los procedimientos de conciliación ya el Comité de Libertad Sindical había dicho que no contrariaba el Convenio 87, en tanto fueran medios adecuados imparciales y rápidos. Lo que si me llama un poco la atención, es en el contexto de los conflictos jurídicos colectivos que están mencionados en el artículo 386, relacionados específicamente con el incumplimiento de la convención colectiva de trabajo, donde la intimidación podría no ser necesariamente suficiente o del todo necesaria, o podría ser incluso contraria al propio texto de la convención colectiva, cuando el propio texto de la convención colectiva, establece una solución extrajudicial de los conflictos, por diferencias entre las partes, diferentes a los que están previstos en el propio Código.

Dr. Fernando Bolaños Céspedes

En primer lugar quisiera compartir con ustedes algunos antecedentes jurisprudenciales y también antecedentes en cuanto a la doctrina de la OIT, que desde mi punto de vista sirven de apoyo y antecedente histórico a lo que incluyó la Reforma Procesal Laboral, sobre este tema, tratando de plantearme si la reforma procesal, respondió, contestó a los grandes interrogantes que están en la jurisprudencia y que están también en la doctrina de la OIT.

En un segundo punto de examen, quisiera ya propiamente analizar el texto de la reforma en materia de servicios esenciales y finalmente si me da el tiempo, voy a tratar de plantear dos temáticas que me han interesado de la reforma procesal, un que podría dar lugar a alguna controversia, por una aparente contradicción

Para terminar, el Tribunal Federal de Trabajo de Alemania también sostiene que el agotamiento de las alternativas procesales de conciliación, es parte de este principio de proporcionalidad que tiene que haber en tanto se considera la huelga como la última "racio", en caso de que el conflicto no pueda ser solucionado por otras vías.

La síntesis por consiguiente, partiendo de la hipótesis inicial de si realmente a partir de la Reforma Procesal Laboral se facilita el ejercicio del derecho de huelga, debería por consiguiente decir; que al menos en lo que respecta a las exigencias legales, se facilita efectivamente el ejercicio del derecho de huelga. A pesar de que la reforma, por supuesto, pues no es perfecta y tiene todavía algunas incongruencias con la doctrina de los órganos de control de la OIT, respecto del contenido esencial del derecho a la libertad sindical que está previsto en el Convenio 87.

que hay en la normativa sobre huelga y otro que relaciona negociación colectiva y huelga en un artículo particular de la reforma.

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales me parece que el más importante sin lugar a dudas es el voto 1317 del año 98 de la Sala Constitucional, de las 10 horas y 12 minutos del 27 de febrero de 1998. Recordarán ustedes que en este voto o en esta acción, se cuestionó básicamente el listado del artículo 376 del Código de Trabajo, que establecía cuáles son las áreas, las industrias y los sectores de la economía nacional, para los cuales está prohibida la huelga. Finalmente la Sala Constitucional en este Voto muy importante del año 98, elimina del artículo 376 los incisos a), b) y e), dejando subsistentes únicamente

los incisos b) y c). Esta sentencia no solo es importante y trascendental, porque determina y precisa mejor el concepto de servicios públicos esenciales, sino también porque vincula de manera expresa el Convenio 87 de la OIT y por lo tanto toda la doctrina sobre este convenio, con el ordenamiento interno costarricense en materia de asociación y de coalición, estableciendo además una vinculación muy importante entre el artículo 61 de nuestra Constitución Política y el Convenio 87. Para esta sentencia -y este es un tema que quiero rescatar-, el derecho de huelga es en última instancia un derecho objeto de reserva de ley. Y aquí adelanto algo que me interesa, en ese sentido la sentencia enfatiza que toda restricción al derecho de huelga en realidad debe provenir de la ley.

Y aquí adelanto algo que me interesa desarrollar en la exposición, ¿por qué es importante tomar conciencia de la reserva de ley y que cualquier restricción debe provenir de la ley? Me refiero al derecho de huelga, porque eso implica que no podría el juez por ejemplo, sobre la base de una interpretación de lo que son servicios esenciales, venir a decir en un fallo que estos son servicios esenciales y estos no lo son. Desde mi punto de vista y es un punto de vista muy particular, sé que hay jurisprudencia en sentido contrario, eso no lo podría hacer el juez, esta sentencia enfatiza el tema de la reserva de ley y de que toda restricción debe provenir de la ley.

Esta sentencia además es interesante en cuanto a cuáles fueron los incisos del artículo 376 que mantuvo vigentes. El primero de ellos que creo que no da pie a mayor discusión, se refiere a los que desempeñan los trabajadores de empresas de transporte ferroviario, marítimo y aéreo, los que desempeñan los trabajadores ocupados en labores de carga y descarga en el muelle y atracaderos, y los que desempeñan los trabajadores en viaje de cualquier otra empresa particular de transporte, mientras

éste no termine. Pero particularmente me interesa el inciso d), porque a la larga es un inciso que está planteado y redactado de manera diferente, mientras el inciso c) que acabo de leer, tienen referencia a una específica área productiva por decirlo así, el inciso d) se separa de esa forma de redacción y más bien establece lo que yo llamaría una restricción en razón de sujeto que puede ir a la huelga y no en razón del área productiva, dice el inciso d): Los que desempeñan los trabajadores que sean absolutamente indispensables para mantener el funcionamiento de las empresas particulares que no puedan suspender sus servicios sin causar un daño grave o inmediato a la salud o a la economía públicas, como son las clínicas y hospitales, la higiene, el aseo y el alumbrado en las poblaciones. Vean ustedes que de acuerdo con esta técnica legislativa, no hay una prohibición absoluta de huelga, si no que la prohibición se refiere a aquellos trabajadores que sean absolutamente indispensables para mantener el funcionamiento de las empresas, etc. Con lo cual pareciera que este inciso se adelanta al concepto de servicios mínimos que la ley posteriormente va a recoger, me refiero a la Ley de Reforma Procesal.

Otro Voto interesante de la Sala Constitucional ya más reciente, es el Voto 10832 del año 2011 de las 14:30 horas del 12 de agosto de 2011, este voto vuelve a analizar un tema que ya se había discutido por la jurisprudencia constitucional, en la resolución del año 98, que es el tema del porcentaje requerido para que la huelga sea válida, pero esta vez con fundamento en la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT, la Sala Constitucional considera que el 60% que establece la ley original en el Código Trabajo, resulta inconstitucional.

Es importante esta resolución, porque nuevamente para llegar a esa consideración, la Sala Constitucional toma en cuenta la jurisprudencia que ha venido decantándose por parte del Comité de Libertad Sindical y

la Comisión de Expertos de la OIT y llega al punto de indicar que en el futuro, para poder determinar cuál es el porcentaje óptimo para poder autorizar la huelga legal, habrá que estarse, dice la Sala Constitucional, a los criterios que hayan emitido y que emitan los órganos de control de la OIT. Es una sentencia interesante, importante, porque vemos como la Sala Constitucional establece como fuente clara del derecho colectivo costarricense en materia de huelga, los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT.

Eso quiere decir desde mi punto de vista que a la hora de redactar el proyecto de ley en materia de huelga, necesariamente no podía ignorarse, es decir, había que tomar en cuenta necesariamente siguiendo el criterio de la Sala Constitucional, cuáles habían sido y cuáles son los criterios de la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT. Me parece que la intervención que acaba de hacer don Alexander, es muy demostrativa en el sentido de que la ley, la reforma procesal al final sí tomó en cuenta esos criterios de la OIT.

Hay un Voto más reciente, que me interesa destacar de la Sala Constitucional, que es el Voto 17680 del año 2011, concretamente de las 14 horas y 51 minutos del 21 de diciembre de 2011. Este voto tienen relación con la famosa huelga de los anesthesiólogos y que afectó a varios hospitales del país, yo encuentro en esta resolución dos criterios distintos, es decir, a la hora de analizar los considerandos del fallo, encuentro que hay dos posiciones diferentes en la redacción del fallo y que desde mi punto de vista incluso podrían ser contradictorias, porque en una parte el fallo dice que el Comité de Libertad Sindical, ha aclarado que en los servicios esenciales algunas categorías de empleados, por ejemplo obreros y jardineros, -estoy leyendo lo que dice el fallo-, no deberían verse privados del derecho de huelga. Cita la Sala el informe número 333, caso núm. 2277, párrafo 274 de unos de los informes del Comité de Libertad Sindical. Y agrega la sentencia:

Criterio que esta Sala recoge en el sentido que en el servicio hospitalario, la prohibición de la huelga afecta únicamente a aquellos funcionarios públicos y trabajadores cuya suspensión de labores implique que el usuario no pueda recibir la prestación del servicio de salud.

Veán nuevamente que entonces esta consideración, va en el sentido de lo que establece el inciso que antes de la ley en el artículo 376, de los trabajadores indispensables para mantener el servicio. Pero en el considerando quinto se introduce otro criterio, y dice: así las cosas estima la Sala que se debe acoger el amparo, pues según los argumentos esgrimidos, la huelga en el servicio público de salud está prohibida por tratarse de un servicio público esencial, según los criterios vertidos por la OIT y la jurisprudencia constitucional, así como la materia que regula la huelga. Veán ustedes que aquí el criterio cambia, aquí se establece una prohibición genérica para todo el sector hospitalario y no como antes decía que habían ciertos trabajadores que sí podían ir a la huelga, aun dentro del sector hospitalario.

Quizá por eso, hay un voto salvado como interesante en esa sentencia del Magistrado Armijo Sancho, quien dice lo siguiente: lo que puede derivarse de la Constitución, el Código de Trabajo y la jurisprudencia de esta Sala es que resulta prerrogativa del legislador crear un régimen expreso para la huelga en los servicios públicos, lo que incluiría definir el marco de sus restricciones. Nuevamente la tesis de que es el legislador quien debe establecer las restricciones al derecho de huelga, con lo cual iría yo, si en este momento lo que estaba vigente era el artículo 376 inciso d) del Código de Trabajo, que ya les leí, que es el inciso que pervivió a la inconstitucionalidad del año 98, para resolver ese caso, había que aplicar el artículo 376 inciso d) y no establecer una prohibición genérica para todo el sector hospitalario.

El otro tema que es el concepto, la conceptualización, el desarrollo que ha hecho la OIT en punto a servicios esenciales, porque eso es algo que ya conocemos mejor, de hecho don Alexander ya introdujo varios de estos temas. El Comité de libertad Sindical ha admitido que el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones e incluso de prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales en la medida en que la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y a condición de que estas restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias, aquí lo importante de tomar en cuenta es que si bien los órganos de control de la OIT han admitido que la huelga en los servicios esenciales podría tener restricciones o aun ser prohibida, no establece nunca el Comité de Libertad Sindical ni la Comisión de Expertos, le ha indicado a un Estado que es lo que debe hacer, si solo restringir o si además prohibir, es decir que en última instancia, es opción de cada Estado, determinar si en el caso de la huelga en servicios esenciales, lo conveniente es una prohibición absoluta, o si lo más conveniente es establecer restricciones para establecer una modalidad o una modulación específica para este derecho de huelga.

También ha interpretado la Comisión de Libertad Sindical, en cuanto a porcentajes, lo que ya se adelantó aquí en cuanto al tema del 40%, del 50%, es decir de los porcentajes, llegando incluso a decirse como muy bien lo refería don Alexander, de que incluso el 40% podría resultar alto, bajo determinados criterios de interpretación del Convenio 87. Ha dicho también y esto es importante, la Comisión de Libertad Sindical de la OIT, que el concepto de servicio esencial es un concepto protéico, es un concepto que puede modificarse en el sentido de que una huelga que perfectamente se puede iniciar como una huelga que no causa mayores problemas a la economía, a la seguridad, a la sanidad, etc. Pudiera con el

trascurso del tiempo y por su prolongación, convertirse en una huelga que afecta servicios esenciales por la duración que ha adquirido.

En algunas resoluciones específicas del Comité de Libertad Sindical, encontramos dentro de los servicios que se han considerado esenciales, algunos como los siguientes: el sector hospitalario, el sector de electricidad, servicios de abastecimiento de agua, servicios telefónicos, policías y fuerzas armadas, servicios de bomberos, servicios penitenciarios públicos y privados, control de tráfico aéreo. Vean ustedes que cuando nos referimos a este listado de sectores o áreas de la producción o de la administración, en que se ha establecido que se trata de un servicio esencial, el Comité de Libertad Sindical no está prejuzgando en el sentido de que debe prohibirse la huelga en ese tipo de sectores, lo que está diciendo es que son sectores esenciales, servicios esenciales, con lo cual cada Estado o a cada Estado Nacional corresponde determinar si lo que cabe es una prohibición absoluta, o más bien, establecer restricciones y limitaciones para modular este tipo de huelga.

Dicho lo anterior quisiera pasar ahora, a lo que establece propiamente la ley, pero quisiera antes recapitular propiamente con ustedes de acuerdo a esta cortísima introducción que he hecho de antecedentes, ¿Cuáles parecía entonces que debían ser los grandes interrogantes a los que tenía que responder la ley? Y yo me atrevo a ir más allá, yo me atrevo a decir ¿Cuáles son los interrogantes que debe resolver una ley sobre huelga, si a esta que se aprobó o sea otra que pueda venir en el futuro? Dependiendo de lo que la Sala Constitucional finalmente resuelva sobre este tema.

Yo me atrevería a decir que los grandes temas que debe resolver la legislación sobre huelga son los siguientes: si debe en primer lugar, existir o no un tratamiento diferenciado para

la huelga en los servicios esenciales y si se prohíben de manera absoluta o si solamente se limita o restringe. Si debe existir una definición de servicios esenciales y en caso de haber una definición de servicios esenciales, si esa definición debe ser estricta o debe ser extensa y ahora más adelante voy a ahondar en ese tema. Tercero: en caso de operar restricciones al derecho de huelga en los servicios esenciales; ¿cuáles deberían ser esas restricciones, que van a limitar el derecho de huelga y que van a modular su ejercicio? Y finalmente, necesariamente una regulación sobre huelga, si va a admitir una huelga restringida en servicios esenciales, deberá a referirse al tema de los servicios mínimos, ¿Quién los define y cómo se definen?

Entonces, lo que nos correspondería ahora es determinar cómo fueron regulados estos temas en la ley actual. Esta definición la vamos a encontrar básicamente en el artículo 382 de la ley, aunque también hay otras normas que se refieren al tema, pero digamos que el artículo 382 reúne lo más importante al respecto. Se regula en primer lugar el tema de los servicios públicos esenciales cumpliendo con un mandato constitucional, es decir que siguiendo la doctrina que estableció la Sala Constitucional en el Voto del año 98, esta ley determina efectivamente, cuáles serían los servicios esenciales y cuáles son las formas de restricción, con lo cual y siguiendo el voto del Magistrado Armijo, la ley cumple con un presupuesto constitucional que es: entrar a definir el tema de las restricciones de la huelga.

En segundo lugar, definitivamente que esta ley entre las dos posibilidades que había, que eran prohibir absolutamente la huelga en los servicios esenciales o admitir la huelga en los servicios esenciales con restricciones, se decanta por esta segunda opción.

En tercer lugar se opta por la restricción, bueno ya lo dije, del derecho de huelga y no por su

eliminación y se establecen básicamente las siguientes restricciones, en primer lugar se obliga a contar con servicios mínimos. Artículo 382: se establece un servicio no menor de dos meses antes del inicio de la huelga, se establecen sujetos calificados para la convocatoria de la huelga, pues el sujeto convocante tiene que ser necesariamente un sindicato o tiene que ser un grupo de personas reconocido, -que quiero decirles y debo hacerles una confesión en este punto-, cuando se redactó originalmente el proyecto de ley, que había establecido que únicamente los sindicatos podían convocar huelgas en servicios esenciales y la idea era muy clara y sigue siendo muy clara, no solo para que haya un sujeto plenamente identificado, sino también para que en caso de responsabilidad por huelgas que degeneraran en actos de violencia o en otro tipo de situaciones, tuviéramos claramente definido el sujeto responsable. Sin embargo, en la mecánica de la discusión legislativa, se introdujo un agregado más allá de los sindicatos. Y finalmente, otro de los requisitos regulatorios, es que se establece un límite temporal de 30 días máximo, de modo que si pasados estos 30 días la huelga todavía pervive habría que ir a un arbitraje obligatorio, esto está en el artículo 379.

El tema de los servicios mínimos, ha sido ampliamente discutido en la jurisprudencia extranjera, el artículo 382 nuestro lo que dice es: La no prestación de servicios mínimos, en el caso de huelgas que impliquen el cese o impidan la continuidad de los servicios, determinará por sí sola la ilegalidad del movimiento. La jurisprudencia en el derecho comparado, ha establecido algunas reglas sobre estos temas, reglas que en Costa Rica tendría que establecer la jurisprudencia. La primera regla es que por tratarse precisamente de un servicio esencial, debe garantizársele al ciudadano una regularidad mínima en la prestación del servicio, tal que no haya un daño grave a la comunidad. Pero también se ha dicho y en esto ha sido enfático el Tribunal Constitucional

Español, que no es posible tampoco pretender que los servicios mínimos puedan llegar a ser tan eficientes como los servicios ordinarios o normales, ya que si no hay algún tipo de afectación al empleador, pues la huelga no tendría sentido.

La ley en la reforma procesal, entra también a definir un tema que es muy importante, que es la definición de los servicios esenciales, sobre este tema la OIT, en los órganos de control, tienen, se ha dicho, dos posiciones. Tienen una definición restrictiva y una definición más amplia, la definición restrictiva se refiere a aquellos servicios que puedan afectar la salud, la seguridad pública, la vida, pero ésta repito, es lo que se ha conocido en la doctrina como una definición restrictiva de servicios esenciales, también puede haber una definición más amplia, donde se entre a una tipificación más clara de servicios esenciales.

Por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se ha entrado a definir como servicios esenciales, todos aquellos que puedan poner en peligro los bienes jurídicos que establece la Constitución. Eso es una definición mucho más amplia, la legislación nuestra opta por lo que yo he llamado la determinación restringida de derechos esenciales, quiere decir eso, me pregunto yo, si limita esa determinación de alguna manera la posibilidad de entrar a una regulación mucho más clara, mucho más elaborada de lo que son servicios esenciales, claro que no, lo que pasa es que aquí la tarea le corresponderá al juez, es el juez el que va a tener que determinar, cuáles servicios afectan la vida, la seguridad o la salud, con lo cual me parece que se da un papel muy importante al juzgador.

Yo estoy claro en que a la hora de elaborar esta norma, se pudo haber hecho una enumeración mayor, en el sentido de una enumeración más elaborada, de lo que íbamos a entender por

servicios esenciales y a la larga eso hubiera producido mayor seguridad jurídica y menos discusión de la que este tema ha producido al final, sin embargo, estoy convencido de que el hecho de que se utilizara, repito una definición restringida, tampoco limita las posibilidades del juez.

Finalmente en el tema en cuanto a quien y como se definen los servicios esenciales, también existen distintos modelos en el derecho comparado, por ejemplo en la legislación española, que es la que conozco mejor, son los empleadores los que definen cuales son los servicios mínimos que deben prestarse en una huelga en servicios esenciales y si hay oposición en última instancia es el juez quien resuelve. Aquí se optó por una posición distinta, aquí son los trabajadores los que proponen los servicios mínimos que se van a dar durante el tiempo de huelga y si hay oposición es el juez quien debe resolver en torno a esa oposición. Conscientes de que eso podría crear conflictos jurídicos muy serios, el artículo 382 establece plazos muy cortos para que el juzgador, los juzgadores, puedan resolver en torno a este conflicto jurídico que se va a dar.

Hay otro tema aquí que se ha planteado y que yo quiero abordar, es el tema de si la regulación que se está dando a la huelga es la regulación más restrictiva de la que actualmente tenemos, sobre todo en cuanto a servicios esenciales. Y don Alexander tocó ese tema, pero yo quiero ahora enfocarme en esta particularidad en la huelga en los servicios esenciales y lo digo porque sé que hay algunos sectores en el movimiento sindical costarricense, que no están de acuerdo con la regulación que se le ha dado a la huelga en los servicios esenciales y básicamente lo que dicen es: ¿Por qué tenemos que aceptar una regulación, si la huelga es una libertad y las libertades no hay porque restringirlas ni regularlas y un poco el análisis simplista es decir, por qué la huelga tiene que estar restringida

si la huelga es un derecho, entonces la huelga debe hacerse, cuando sea, de la manera que sea y simplemente se trata de una especie de mano a mano entre patronos y trabajadores y a haber al final quien gana.

Yo quiero decirles que esta concepción no es nueva en la historia del derecho colectivo de trabajo, este tema se discutió mucho en los años 60, 70 y 80 particularmente en Italia y en otros países de Europa, sobre todo porque había una resistencia histórica del movimiento sindical italiano a que se dictara una regulación de huelga legalmente, es decir los sindicatos italianos decían: nosotros nos conformamos con que haya un derecho de huelga en la Constitución, pero no queremos que haya ley de huelga y esta posición se mantuvo por muchos años, finalmente se dictó una ley de huelga en Italia y hoy día existe una ley de huelga; pero ¿qué tuvo que cambiar para que en Italia se adquiriera la conciencia de que era necesario una ley de huelga y que había que regular la huelga?

Les voy a decir que es lo que cambia, es toda una perspectiva nueva del derecho de huelga como derecho fundamental, porque esa posición que pretende que la huelga es una libertad absoluta, en última instancia es un posición de derecho privado, es un posición privatista que pretende que el derecho de huelga pertenece al derecho privado y al patrimonio de cada organización sindical o de sus trabajadores y olvida e ignora que el derecho de huelga tiene una importancia desde el punto de vista constitucional. Es decir, quienes defienden la huelga como libertad absoluta, en última instancia patrimonializan el derecho de huelga como lo hacía Carnelutti, al considerar que el derecho laboral en última instancia es derecho privado.

Pero la visión moderna del derecho de huelga, es que la huelga es un derecho constitucional y si

es un derecho constitucional, debe armonizarse con el resto de derechos constitucionales, hay un punto de vista de derecho público nuevo, de derecho constitucional, que a mí me parece particularmente importante, porque eso es lo que permite decir también, que en la defensa del derecho sindical, que en la defensa del derecho de huelga y que en la defensa del derecho a la negociación colectiva hay un interés público y no meramente un interés privado, que era lo que sostenían los privatistas italianos.

En el tiempo que me queda quisiera aprovechar para plantearles dos temitas que yo sé que a ustedes les pueden interesar, uno es una pregunta que me he hecho yo y la he compartido aquí con otros colegas, que es; la aparente contradicción que puede haber entre el artículo 371 y el 378 con las disposiciones del 394. Resulta que como muy bien lo dijo don Alexander Godínez, la nueva conceptualización del derecho de huelga en el artículo 371 elimina el concepto que había antes de huelga, que hablaba del desalojo, que hablaba de que la huelga consistía en el desalojo de los centros de producción, hoy habla de la suspensión concertada y pacífica del trabajo y el artículo 378 va más allá en la evolución de ese concepto al admitir huelgas que la doctrina ha denominado huelgas atípicas, cuando dice que una coalición podrá ejecutarse, una huelga podrá ejecutarse de manera intermitente, de manera gradual o de forma escalonada.

Quiere decir entonces según el artículo 378 que una huelga podría celebrarse con los trabajadores en el centro o en los centros de trabajo, sin abandono de los centros de trabajo. Pero vean ustedes que sin embargo el artículo 394 dice lo siguiente: En caso de huelga o paro legalmente declarado, los tribunales de trabajo darán orden inmediata a las autoridades de policía para que se proteja debidamente a las personas y propiedades afectadas por la huelga y se mantengan clausurados los

establecimientos, negocios, departamentos o centros de trabajo. ¿Cómo podría entonces realizarse una huelga intermitente por ejemplo, una huelga rotativa, si se manda a cerrar los centros de trabajo? Habría distintas maneras de afrontar el tema, yo estoy consciente de que este es un problema que tendrá que resolver la jurisprudencia, pero se me ocurre pensar que en realidad son los trabajadores o los convocantes de la huelga, los que tendrán que definir en última instancia, si prefieren que la huelga se mantenga con los centros de trabajo abiertos o si optan por solicitar de acuerdo con el artículo 394 el cierre de los establecimientos. Es decir que me parece y adelanto la opinión, que en este caso, serían los convocantes de la huelga los que tienen que determinar si les interesa mantener la huelga con el centro de trabajo abierto, o si solicitan que la policía clausure los centros de trabajo una vez declarada la huelga legal.

El otro tema ya para terminar, es un párrafo para mí muy novedoso que contienen esta legislación en el artículo 379, se los voy a leer y les voy a dar mi interpretación, dice: Tanto en los servicios esenciales como en los demás casos, si la huelga es declarada legal, el sindicato, la organización gremial o la coalición

de trabajadores de la huelga podrá desistir de ésta sometiendo el asunto al arbitraje obligatorio para el empleador, si así estuviera contemplado en un convenio colectivo. Vean ustedes que este artículo dice muchos más de lo que aquí en realidad la letra nos indica, lo que nos está diciendo es que patronos y trabajadores podrían mediante convenio colectivo establecer una especie de arbitrajes obligatorios, para resolver los conflictos colectivos de trabajo.

Y esta es una solución que a los que nos interesa y nos gusta la negociación colectiva, la vemos con muy buenos ojos, porque es la apertura que el legislador le está dando a las partes de que puedan negociar mediante convenio colectivo, aspectos tan álgidos como la posibilidad de escoger el arbitraje y no la huelga, es una posibilidad muy amplia que el legislador crea y que a mí me parece que desde el punto de vista del derecho a la negociación colectiva, le va a dar a las partes posibilidades que en este momento no tienen, posibilidades muy grandes de negociación que van a permitir algo que en Costa Rica siempre he dicho que no existe, que es cultura de negociación colectiva.

Panel:

Solución de Conflictos de Carácter Económico Social: la conciliación y el arbitraje

Profesora María del Rocío Carro

En la actualidad el procedimiento de conciliación está regulado básicamente de los artículos 507 en adelante del Código de Trabajo, en la reforma van a estar regulados en el artículo 618 en adelante, una primer reforma que es fundamental y es básica en realidad para la totalidad de los que vamos a ver hoy en la tarde, se encuentra en el artículo 618 del Código de Trabajo, pues en esta reforma se prevé que el inicio de los conflictos colectivos, el pliego de peticiones ya no se va a presentar o se podrá presentar únicamente en estrados judiciales, sino que se amplía esto y puede ser presentado también administrativamente ante el Ministerio de Trabajo, en la oficina de relaciones laborales o ante un órgano conciliador.

Esto es muy importante porque varía totalmente el procedimiento en la forma en que lo conocemos en el día de hoy, ya no va a ser solamente Poder Judicial el que va a tener la facultad de dar trámite a este tipo de procedimientos de conciliación, si no que se puede hacer administrativamente y les va a tocar a ustedes en gran parte, darle trámite cuando se acuda ahí, o se puede hacer ante un órgano conciliador.

Otro aspecto aquí interesante es que el órgano conciliador, es algo novedoso, toda vez que se señala en la reforma que el Ministerio de Trabajo, podrá autorizar centros privados de conciliación, lo cual no existe como se visualiza aquí en la reforma, entonces si las dos partes se ponen de acuerdo pueden decidir que el trámite sea llevado ante un órgano conciliador de carácter privado. ¿Esto porque es importante? Es muy importante porque permite a las dos partes tener participación en elegir a donde desean que se tramite, sobre todo cuando se escoge entre los dos, el órgano conciliador, pero también porque hay un posibilidad de que el procedimiento sea mucho más ágil, es decir que no se dé únicamente en la Corte, sino que se pueda escoger acudir al Ministerio de Trabajo, dando muchísima mayor agilidad al procedimiento.

Otro aspecto importantísimo que está muy relacionado con éste, es que los conflictos se van a conocer por un órgano, el órgano siempre ha sido tripartito, es decir está compuesto por un representante del sector trabajador, representante del sector patronal y en la

actualidad lo preside el juez, como vimos ya en la reforma lo va a poder presidir el funcionario designado del Ministerio de Trabajo o alguien de un centro de conciliación, sin embargo las otras dos personas que van a integrar el tribunal de conciliación, son personas que son designadas por cada sector, es decir, los propios trabajadores van a designar su delegado ante el tribunal y el sector empleador va a designar su representante ante el tribunal, entonces en el artículo 619 se nos señala que en ese mismo pliego de peticiones, ya tiene que ir el nombre de la persona que va a ser el representante de la parte que está planteando el conflicto, vean ustedes como se agiliza el procedimiento, porque desde ese momento ya está nombrado el otro integrante y además la parte está escogiendo donde va a interponer o donde va a plantear el pliego de peticiones.

Es muy importante señalar también que si no se señala el nombre de la persona que va a integrar el tribunal de conciliación, la parte podría inclusive tener sanciones, porque así como tiene la libertad de escoger quien lo va a representar, si no lo hace también puede ser sancionado.

En la actualidad como ustedes saben, existe una prohibición muy clara, que señala que apenas se tiene por entregado el pliego de peticiones, se tiene por planteado el conflicto, una vez planteado el conflicto no se pueden tomar ningún tipo de represalias ni se puede impedir el ejercicio de los derechos de los trabajadores o de los empleadores dependiendo de quien plantee el conflicto, normalmente lo plantean los trabajadores. Esa parte dispositiva se mantienen muy similar porque al plantear el pliego de peticiones se tiene por interpuesto el conflicto, la diferencia aquí es que el conflicto se puede iniciar jurisdiccionalmente, administrativamente ante la oficina del Ministerio de Trabajo o también ante un órgano conciliador privado. Entonces la variación aquí es que las partes pueden escoger donde se van a plantear el conflicto.

Otro aspecto fundamental que tienen este artículo, el 620 que es el que reforma el 509 del Código de Trabajo, es que en la actualidad se señala que si alguna de las partes impide el ejercicio de los derechos, se impondrá una multa de 100 colones, todos nos acordamos que el Código es de 1943, entonces la reforma procesal laboral modifica el sistema de multas y señala que las multas se fijarán tomando en cuenta el número de personas que se han visto afectadas, se fijarán tomando se cuenta las represalias que se han tomado y también los daños y perjuicios causados, es un sistema que permite la interpretación al órgano conciliador para ver de que manera interpone las multas y eso es importante porque queda de una manera más flexible al no poner un número fijo, si no que permite al órgano, valorar la forma de interposición de las multas.

Otro aspecto importante que se señala, es que cuando se tiene por interpuesto el pliego de peticiones, ya se presentó y se tiene por interpuesto el conflicto, en la actualidad se señala que no se podrá cometer ninguna actuación que limite los derechos y se regulan durante el período de la conciliación. En esta reforma ya queda claramente contemplada la protección durante la conciliación, el arbitraje y la huelga, lo cual se entiende como una extensión del planteamiento del conflicto, obviamente durante este período no se podrán realizar ningún tipo de despidos, si no media la autorización del órgano encargado del procedimiento de conciliación.

Este artículo 622 que reforma el 512 del Código de Trabajo, tienen varias cuestiones interesantes que merece la pena destacar. El artículo 622 señala que una vez constituido el órgano conciliador, se incluyen los aspectos de carácter jurídico, esto en la actualidad no está expresamente regulado sin embargo ya existe, de hecho el órgano del tribunal conciliador excluye los caracteres de tipo jurídico y entra a conocer el conflicto, esta es una de las primeras

cosas que debe hacer, luego obviamente debe de dar audiencia a la otra parte, porque hasta el momento no ha sido notificada, le avisa de la existencia del conflicto y le señala a la vez que debe nombrar una delegación igual a la de la parte que interpuso la solicitud de conciliación, indicando que tiene que nombrar dos o tres delegados que conozcan de las causas que le dan origen al conflicto y que tengan suficiente poder también para negociar. Otro aspecto que es novedoso, es que se señala de manera expresa que el empleador puede participar directamente sin necesidad de nombrar delegados, es decir si el empleador quisiera no nombrar a alguien que le represente, puede llegar directamente a la negociación.

Un tercer punto interesante aquí es que el tribunal puede señalar la subsanación de defectos que observe en el pliego de peticiones y dar una audiencia de cinco días para que se subsanen esos defectos.

En el artículo 624 está la integración del tribunal de conciliación que les comenté anteriormente, como ustedes podrán observar, la persona que va a dirigir el tribunal o que lo va a presidir, va a ser el juez, el funcionario del Ministerio de Trabajo o el conciliador privado, si así las partes lo señalan y como les mencioné también, las otras dos personas integrantes del tribunal, una va a ser representante del sector empleador, nombrada por el propio grupo de personas que plantean el conflicto y la otra el representante del sector empleador. Se señala también que pueden nombrarse dos o tres asesores sin que el nombramiento de estos dos o tres asesores sea de participación obligatoria en las audiencias que se hagan, es decir pueden o no pueden asistir. En la actualidad lo cierto del caso es que es así, las dos partes tienen sus asesores que los acompañan y los dirigen durante las audiencias.

Es importante también señalar que al igual que en la actualidad, el órgano conciliador tiene la

obligación de llamar a una audiencia y previo a esa audiencia, tiene también la obligación de escuchar a las dos partes, este procedimiento existe también y en esa reunión previa o en esa audiencia previa, lo que hace es escuchar las inquietudes primero, planteamientos del sector que inicia el conflicto, luego las inquietudes o las respuestas del otro sector y posteriormente pasan a una audiencia en la cual las dos partes conversan, exponen sus planteamientos, soluciones, respuestas al conflicto y el tribunal conciliador lo que hace en ese momento es escucharlos, entender la situación y después de ese período el tribunal de conciliación se retira y normalmente lo que se hace es que trae una propuesta de sugerencias o de cambios o de situaciones que permitan a las dos partes tener un acercamiento y finalizar el conflicto, es decir, el tribunal conciliador tiene una participación activa, no es simplemente escuchar a las partes, sino que el tribunal también puede y debe proponer soluciones para que las partes tengan un acercamiento; ese acercamiento puede darse y es bueno señalar que puede llegar a haber un acuerdo del conflicto, puede ser que hayan cosas que se logren solucionar en esta etapa entonces se levanta el acta respectiva y lo que no se soluciona, pues se continua el conflicto, pero si se llegara a solucionar totalmente el conflicto, se dan por terminados los procedimientos, se da por terminado el conflicto, en caso de que no se solucione o se solucione parcialmente, el órgano conciliador debe de emitir un informe, el informe lo debe de emitir en 48 horas y ese informe se envía al Departamento de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo, si el Ministerio es el órgano que está haciendo el trámite entonces nada más lo tiene que guardar, conservar. Si se está haciendo en la Corte, ésta lo tiene que enviar al Departamento de Relaciones Laborales y si se está haciendo por medio de un órgano conciliador, él también lo tendrá que enviar al Departamento de Relaciones Laborales. Como les decía, puede ser una acuerdo parcial o total.

Otro aspecto muy interesante es que en el artículo 633 del Código de Trabajo, hay una reforma importante a los plazos, en la actualidad el plazo para el procedimiento de conciliación es de diez días y se puede extender otros diez días más o prorrogar otros diez días. Sin embargo, en la reforma el plazo va a ser de veinte días, no puede exceder veinte días, todo lo que les he comentado debe hacerse en veinte días y si las partes se ponen de acuerdo, porque consideran que pueden continuar o pueden alcanzar algunos objetivos mediante la negociación, pueden extender ese plazo de común acuerdo por el tiempo que consideren pertinente, este aspecto me parece de muchísima importancia, porque fortalece el tema de negociación colectiva, porque puede ser que existan ciertos aspectos en los cuales si se conversa un poco más, se logre llegar a un acuerdo y se evite el conflicto.

Creo que también hay que tener cuidado en el sentido de que no sirva esto como una estrategia legal para alargar indefinidamente un conflicto, entonces eso es algo que tendremos que visualizar en la práctica como va a funcionar. De todo esto quiero resaltar de una manera muy fuerte, la participación de las partes en cuanto a la elección de los delegados para participar en el tribunal y la agilidad que le trae a los tribunales de conciliación la participación de las partes, ya que al ser interesadas directamente en que el asunto se mueva rápido, pues va a facilitar muchísimo que esto sea así.

En la actualidad los tribunales de conciliación, como les mencionaba antes, son tripartitos, sin embargo el sistema de nombramiento de los integrantes ha sido el tema por el cual se ha atrasado. Cuando se plantea un conflicto e inicia el tema de conciliación ante el juez respectivo, el juez debe escoger a los dos representantes, al del sector empleador y al del sector patronal, de una lista que se conforma precisamente por nombres que le envían las cámaras patronales

y los sindicatos a la Corte y la Corte elabora la lista, lo que sucede es que hay mucho atraso en ese procedimiento, porque las personas nombradas no aceptan los cargos, otras veces las listas no son actualizadas, no llegan nunca, entonces eso provoca atrasos increíbles en la Corte y en razón de esto es que enfatizo que realmente es muy buena la participación de las partes trayendo sus representantes.

En el sector público también se dan aspectos interesantes y novedosos que quiero destacar brevemente, el primero por supuesto que la reforma trae al sector público el derecho de participar en la conciliación, esto es muy importante porque aunque nosotros somos un país de derecho que ha ratificado convenios internacionales que contemplan el derecho a negociación colectiva, conciliación, arbitraje huelga y que nuestra Constitución Política también contempla esos derechos indistintamente para el sector privado y para el sector público, en la práctica algunos votos de la Sala Constitucional han impedido el ejercicio de estos derechos en el sector público. Entonces la reforma rescata todos estos derechos y los introduce nuevamente en estas regulaciones que vamos a ver.

Quiero señalarles que el sector público y el sector privado siempre van a tener notorias diferencias, entonces aunque se rescata el derecho, se les ponen limitaciones. Interesa señalar que para el sector público se establece una lista subjetiva, que contiene las personas que no pueden resolver sus conflictos acudiendo a la conciliación, es una larga lista, pero en realidad se podría resumir con personas que son altos jefes de gobierno y que además tienen nombramientos de carácter político o están muy relacionadas con decisiones no solo administrativas, sino también políticas. Entre estas personas están: Presidente o Presidenta de la República, Vicepresidente, Vicepresidenta, Ministros, Ministras, residentes de instituciones autónomas, presidentes ejecutivos, está la

Contralora, Defensora, supremos poderes, Corte Suprema de Justicia, diputados en la Asamblea Legislativa, etc. Todas esas personas no pueden utilizar los mecanismos de conciliación, para resolver sus diferencias o sus conflictos. Adicionalmente la reforma establece ciertos límites objetivos y señala las materias sobre las cuales se puede negociar colectivamente y sus limitaciones. Entonces por ejemplo, derechos y garantías sindicales es bastante amplio, abierto, se puede negociar, en el régimen disciplinario se pueden negociar algunas cosas, específicamente se señala que no debe haber ni renuncia ni delegación de facultades legales, es decir no se puede delegar totalmente la facultad del empleador de disciplinar.

En cuanto a la carrera profesional se puede negociar, pero también tiene límites en cuanto a respetar las normas legales existentes, seguridad e higiene ocupacional es bastante abierto, la formación de comisiones bipartitas es bastante abierto. En salarios y en incentivos salariales, si bien es cierto que se señala que es posible conocerlos por medio de la conciliación, sí tienen restricciones y es importante señalar que entre esas restricciones están todas las normas prohibitivas existentes, hay que respetar adicionalmente todo el ordenamiento jurídico, es decir, es una negociación limitada, pero creo que por lo menos es un poco más amplio de lo que existe en el momento. Muy importante, a través de la conciliación no puede desde ningún punto de vista, dispensar leyes o reglamentos vigentes por este mecanismo, razones obvias, volvemos al mismo tema, hay que respetar el ordenamiento jurídico vigente.

Otro aspecto muy importante, es que cuando se llegue a una conciliación, el acuerdo al que se llegue está condicionado a la aprobación del órgano que tiene facultades para obligar a la parte empleadora es decir, aun cuando haya un acuerdo si el órgano jerárquico superior no lo ha aprobado, debe de aprobarlo para que el acuerdo tenga vigencia y además también hay que tener en cuenta aquellas instituciones que estén sujetas al presupuesto nacional, porque en ese caso habrá que respetar también los requisitos que se tienen para el presupuesto, entonces aunque les señalaba que existe una mayor amplitud que la que hay actualmente, tiene sus limitaciones.

Quiero señalar entonces que la reforma tiene aspectos que son fundamentales, hay una mayor participación de ambas partes en el proceso, lo cual desde mi perspectiva va a permitir que haya mayor agilidad, mayor movilidad, el hecho de que el procedimiento de conciliación no se pueda plantear únicamente en sede jurisdiccional, sino que ya también pueda acudir al Ministerio de Trabajo o a un órgano conciliador privado, va a dar mucha más rapidez a este tipo de procesos y rapidez a la solución de las situaciones.

Considero también que en la parte del sector público ha sido muy importante la solución que se le está brindando, porque se toman en cuenta normas de carácter internacional, normas de nuestra misma Constitución Política y se trata de conciliar con los votos de la Sala Constitucional que existen actualmente.

Magistrada Julia Varela

En primer lugar, hice una presentación que tiene mucha ubicación de los artículos y lo voy a dejar a disposición de todas y todos ustedes para que después la puedan tener y la idea mía es que tengan una mejor ubicación respecto a los temas que hoy vamos a tratar. Podemos señalar en el tema del arbitraje, que es la etapa siguiente posible después de la etapa de conciliación a la que se refirió doña Rocío, hay varias opciones. La primera, tenemos que hacer una clasificación que puede darse un arbitraje en sede administrativa y otro en sede judicial, ya vamos a ver por qué. También tenemos dentro de esta clasificación que en uno es voluntario y hay otros supuestos en que es obligatorio.

Así podemos ver que el voluntario se da tanto en el sector privado como en el sector público, aquí tienen la ubicación de los artículos que les guían sobre este tema. El judicial obviamente está básicamente y se da exclusivamente cuando se trata de arbitrajes en el sector público, de conflictos colectivos de carácter económico social, se dan en sede judicial y en qué casos se da el obligatorio, en los casos cuando la huelga es declarada legal en servicios esenciales y después de 30 días de estar vigente una huelga legal, no ha sido posible que las partes se pongan de acuerdo, entonces en ese supuesto las partes interesadas obviamente en este caso los trabajadores y las trabajadoras, pueden desistir y pedir que el conflicto se resuelva por la vía del arbitraje.

En cuanto a los requisitos del arbitraje en el sector privado tenemos: tiene que haber un conflicto colectivo de carácter económico social no resuelto, total o parcialmente, ya sea por la vía del trámite de conciliación extra judicial o el judicial al que se refirió ya mi compañera.

Luego tenemos que los delegados en la etapa de conciliación, los mismos árbitros que participaron en esta primera etapa, pueden ser los mismos que van a participar en la etapa arbitral y con las características que ya vamos a ampliar. En el tema de árbitros en el sector público, tienen que ser abogados o abogadas, no pueden ser y de acuerdo al artículo 693, dice que estos tienen que estar ubicados en sede judicial. Y aquí vamos viendo marcadamente una diferencia con lo que tenemos en la actualidad, esto tiene una razón de ser, es por todos los problemas a los que ya se refirió doña Rocío, que se dan tanto en la conformación de un tribunal de conciliación como de arbitraje en la actualidad, porque se tiene que partir de la lista a la que ella se refirió, mientras que aquí los delegados en la etapa de conciliación, ellos mismos escogen a sus representantes y en la etapa arbitral también los pueden escoger, pero tienen que darse cuenta que cuando está el conflicto en el sector público, tienen que ser las características a las que ya he hecho referencia.

Estar partes entonces que acuerdan ante una negociación colectiva que haya fracasado, pueden irse por dos vías, o a la conciliación, a esa etapa a la que se refirió doña Rocío, o directamente al arbitraje, ya aquí estamos marcando una diferencia con lo que tenemos en la actualidad.

En cuanto al arbitraje voluntario en el sector público, requisitos, igual: la existencia de un conflicto económico social, no resuelto en la vía de la negociación colectiva o en el proceso de conciliación, porque también aquí podría venirse después de una negociación colectiva fracasada o parcialmente, pueden irse a la etapa de conciliación o sino directamente al arbitraje; tiene que haber una decisión de consenso para que sea voluntario, una decisión de consenso

de las partes que están en conflicto después de estar en esa etapa de negociación y que no fue posible. Ese nombramiento de árbitros al que ya hice referencia, hay características, aquí pone unos requisitos, que los encontramos en el 693 que habla de 25 años y una serie de características a las que ya se refirió doña Rocío y por eso lo voy a omitir. Es por lo tanto aquí un cambio importante y déjenme decirles que tiene gran importancia por los problemas que hemos visto en la actualidad y con esta propuesta se trató de mejorar lo que tenemos, de permitir un mayor agilidad en el trámite de estos asuntos.

El arbitraje obligatorio tanto en el sector privado como en el sector público, es necesario ver quiénes son los competentes. Es competente el juzgado de trabajo de la circunscripción territorial donde se dio el conflicto, aquí yo tengo una reforma que se da al artículo 109 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y hay una también en el 429 y el 430. Los requisitos, están ante un supuesto de huelga declarada legal en los servicios esenciales y haberse agotado, lo que ya les decía, 30 días sin haber llegado las partes a un arreglo, por lo tanto aquí es necesario que se den estos antecedentes para pasar a esta etapa y contar con esa declaratoria de legalidad de la huelga en cualquier tipo, ya aquí nos vamos a que no es solo en los servicios esenciales, sino que también en el sector privado podría darse, porque hay servicios esenciales que están siendo prestados por algunas empresas y también podrían darse aquí estos conflictos.

Entonces habiéndose dado esta declaratoria de legalidad de la huelga, aquí vamos a esta nueva etapa, que es para buscar una solución del conflicto. Quiero comentar antes de seguir con el siguiente aspecto, es tan relevante el tema de salidas normativas para resolver los conflictos, porque son lo que algún profesor en su momento me decía, son las válvulas de escape que tienen las partes para evitar ir a

los movimientos de huelga, que ya sabemos lo que esto significa. En cuanto a la legitimación para iniciar el proceso de arbitraje, tanto voluntario como obligatorio, obviamente son los delegados o interesados que intervinieron en el proceso de negociación colectiva fracasada, total o parcialmente. También cuando llegaron a un acuerdo de someter el conflicto a un arbitraje y también los sindicatos, las coaliciones de trabajadores, cuando la huelga ha sido declarada legal, como les decía en servicios esenciales, siempre vamos a tener muy presente este tema de los servicios esenciales que es ahí donde si no hay una resolución consensuada se van al arbitraje, porque tienen que tener los y las trabajadoras que no tienen posibilidad de ir a una huelga, tienen esas dos herramientas, tanto la primera etapa de conciliación o ir al arbitraje obligatorio.

Me voy a referir al arbitraje judicial y al final voy a hacer una referencia que pasa con el arbitraje extrajudicial. Tenemos entonces que se presenta la solicitud dentro de los ocho días siguientes a la terminación de la conciliación, se le pone plazo para que no quede indefinidamente sin resolver la situación y aquí tienen que dar fe los y las trabajadoras de que no están en proceso de huelga, sino que han reanudado los trabajos que se hubiesen suspendido indicando nombres y calidades de las personas que van a representarlos e indicando también que cumplan los requisitos que establece el 649 en la propuesta y dentro de los quince días siguientes a la conclusión de un proceso de convención colectiva cuando el antecedente es que se sometieron a una negociación colectiva y no pudieron resolver el problema o no lo resolvieron totalmente, o lo resolvieron parcialmente y entonces van al arbitraje, ya sea total por pliego de peticiones o parcial.

Eso árbitros tiene que indicar también aquí, ese arbitro al que me refería antes y que tienen que ser abogados cuando se trata de temas del

sector público. Esos dos árbitros que indican la partes, junto con el juez o jueza, van a integrar ese tribunal. ¿Quién lo va a presidir? El juez o jueza correspondiente.

El trámite se hace en el mismo expediente que tenía antecedente la conciliación, donde conste ese compromiso de ir al arbitraje y que es voluntario cuando así lo sea y en el caso del arbitraje obligatorio, recordemos que podía estar precedido solo por una huelga declarada legal, entonces ahí se inicia también, con un petición que se le hace al juzgado para que proceda como corresponde. Estos mismos delegados, van a poder formar parte en esa etapa, una vez entonces demostrados estos requisitos, se tiene que entregar también una copia de ese expediente, para demostrar que todo había sido tratado de resolver anteriormente y se tienen que proceder cumplido los requisitos a la siguiente etapa.

Ese pliego de peticiones va a ser la base y aquí lo encontramos, en la ubicación normativa en el 645. Esa petición de arbitraje, se pone en conocimiento de la otra parte interesada, a quien se le previene que dentro de tres días, debe nombrarle esa persona que actuará como árbitro, los delegados y el lugar para recibir notificaciones, que también en la parte de conciliación, tiene que haber cumplido con esos requisitos. Ese traslado de los tres días a los delegados, aceptan, luego pasa a esa audiencia también de tres días sobre la integración del tribunal, para que las partes consideren que esos árbitros que están conformando ese tribunal si tienen que presentar alguna recusación contra ellos. También se establece igual que en la actualidad, que los integrantes de ese tribunal que tengan motivo para excusarse y no lo hacen, podrían sufrir una sanción, esto es muy importante tenerlo presente.

Antes de vencer esa audiencia, les acabo de señalar esto, es muy importante, las

excepciones, procede entonces aquí a diferencia de lo que ocurre en la etapa de conciliación, se sustanciará ese proceso mediante audiencias orales, haciendo la referencia a lo que pasa con la parte de conciliación. Entonces se dan esas audiencias orales, la finalidad de que se haga de esta manera, es para que sea más ágil el procedimiento, esa audiencia, resueltas las excepciones, las recusaciones que hayan procedido, el tribunal debe oír a las partes en forma separada, que le aplicamos lo mismo que en la parte de conciliación y luego procede a conocer del caso.

Hay otra cosa importante que creo que es necesario señalar; que en este proceso, la evacuación de la prueba, tiene mucha amplitud el tribunal. El tribunal tiene que tratar de buscar toda la prueba para determinar si este pliego de peticiones, lo que se está pidiendo tiene sustento, puede ser resuelto como lo están pidiendo las partes. Otra cosa importante, se puede procurar la asesoría del tribunal por parte de expertos del Ministerio de Trabajo, sobre las materias sometidas a su resolución y esto es importante porque no siempre los que integran un tribunal de arbitraje, conocen de todas las materias tan técnicas que se están sometiendo a conocimiento. Los autos y providencias que dicta ese tribunal, no tienen recurso, igual que como sucede en la actualidad.

En cuanto a los honorarios de los expertos, los pagará el Poder Judicial si es el que lo pone y el Ministerio de Trabajo si es el que los provee. Hay una cosa interesante que se dio en esta propuesta, una propuesta que no la tenemos en la actualidad, una regulación que la tenemos como es, que cuando las partes no pagan los honorarios que se le prevén, o no hace una designación de la persona que va a integrar ese tribunal, se convierte de pleno derecho en un tribunal unipersonal, esto es una novedad, no la tenemos y se hizo para evitar los entramientos que hemos tenido muchas

veces. Entonces por ahí viene esta razón de ser de esta propuesta, de manera que pueda darse una solución pronta al conflicto. Y también otra cosa relevante que tiene este contenido, es que en el caso del pago de los árbitros, va ser por medio de un fondo de apoyo a la solución alterna de conflictos, de conformidad como está previsto en esta numeración que aquí les estoy facilitando.

En cuanto al contenido del fallo, resuelve por separado las peticiones de derecho de las que importen reivindicaciones económicas y sociales, que la ley no imponga o determine y que están a la voluntad de las partes. Aquí tiene ese contenido, que es similar al que tenemos en la actualidad, en cuanto a las reivindicaciones que estén a la voluntad de las partes, se puede resolver a entera libertad, en conciencia negando o accediendo, total o parcialmente, a lo pedido o inclusive modificando su formulación. Esto cuando se trate, aclaro de una vez para que no haya confusión, cuando se trate de arbitrajes en el sector privado, porque cuando se trata de arbitrajes en el sector público, aquí no aplica esta regla, esto por el voto que todas y todos ustedes conocen de la Sala Constitucional, que dijo que los arbitrajes en la resolución de los conflictos no podían ser integrados por legos en la materia, sino por abogados y abogadas y también no puede ser resuelto sin conciencia, cuando se trate de la administración pública.

El fallo arbitral, debe dejar constancia por separado de las causas principales que originaron el conflicto, esto es muy importante, de las recomendaciones para subsanarlas y evitar controversias similares a futuro, aquí se mantiene básicamente la misma normativa vigente y de las omisiones o defectos que se notan en la ley o en los reglamentos, aquí no hay gran novedad pero si es importante que se mantuviera esa propuesta.

En cuanto a las obligaciones de los integrantes del tribunal arbitral, estos tienen que fijar los puntos que correspondan al árbitro que represente a las partes y la declaratoria del derecho que sea su consecuencia, le compete al juez. También es el juez que integra, que preside ese tribunal, el que dicta todas las resoluciones. Y si no logran ponerse de acuerdo decidirá la discordia quien presida, en este caso el tribunal, el juez o jueza correspondiente y de ese laudo, también igual ocurre con los conflictos colectivos, en la etapa anterior, tiene que mandarse esa información a la Inspección de Trabajo; esto es importante porque no hay registros debidos sobre este asunto.

Otra cosa importante es que puede ser apelado ante el tribunal de apelaciones del Segundo Circuito Judicial, aquí ustedes ven que hay una concentración por la especialidad que ese tribunal tiene, aunque en el proyecto se fijan especialización y nuevos tribunales especializados de segunda instancia, aquí se concentra por el momento en ese tribunal y que la Corte puede asignar la competencia a otros despachos cuando las circunstancias así se lo ameriten. En realidad las circunstancias yo digo que son básicamente económicas y debe puntualizar los motivos del agravio, el tribunal tienen quince días para resolver, salvo que ordene alguna prueba para mejor proveer. Fíjense que esto recoge mucho lo que en la práctica ha sido necesario para resolver a derecho estos tipos de asuntos y aquí tiene un plazo, doce días a los efectos.

En cuanto a la obligatoriedad del fallo arbitral y el plazo, será obligatorio para las partes por el plazo que determine y que no podrá ser inferior a dos años y las partes pueden pedir al juzgado la ejecución de los extremos líquidos y liquidables, por medio de los procedimientos de ejecución de sentencia. Y aquí se establece también que la parte que se niegue a cumplir o que incumple el fallo, será sancionada bajo los

parámetros que establece la nueva normativa, que sin multas más altas a las que ya se refirió doña Rocío.

En cuanto el impedimento de plantearse nuevos procedimientos de solución de conflictos, se dice que mientras no haya incumplimiento del fallo arbitral, se impide presentar nuevos procedimientos colectivos sobre materias que originaron el arbitraje, salvo que el alza del costo de la vida, la baja del valor del colón u otros factores análogos, que alteren sensiblemente las condiciones económico y sociales vigentes cuando se dictó el fallo, por lógica si hay modificaciones, pues si cabría.

En cuanto a los requisitos de los árbitros ya aquí están y ustedes van a tener ese documento, por razones de tiempo voy a omitirlo.

Retribuciones a los árbitros. Por cada sesión se da una dieta con base en el salario de un juez conciliador y los honorarios del arbitraje y los honorarios a cargo de los trabajadores los pagará el Estado. Esta es una normativa nueva, un contenido nuevo y la parte empleadora asume los costos de su representación. Y aquí se le pone plazo también para depositar los emolumentos, se le da tres días a partir de la notificación, salvo que lo releve, que es en el caso por ejemplo de los y las trabajadoras.

¿Cómo se fijan los honorarios? Prudencialmente, una vez recibidas las comunicaciones, se toma en cuenta cuanto más o menos van a durar en las audiencias, cuál va a ser el trabajo y como ya les adelanté se pagará en el caso de los trabajadores con el fondo de apoyo a la solución alterna de conflictos que se está creando en esta legislación y en cuanto a los árbitros también se dice que no deberán rendir caución y, una vez aceptado, no pueden dejar de cumplirlo, salvo en casos de prohibiciones o limitaciones legales para los servidores públicos.

En cuanto a las facultades del órgano de arbitraje, tienen amplias facultades, se le facilitan las investigaciones, no se le puede negar dar información, porque ellos la requieren y tiene que apreciar la prueba con base en lo que establece el 493. Las deliberaciones tienen que ser secretas, el presidente fija la fecha para recibir las votaciones y si no hay mayoría de votos, quien decide tiene doble voto es el juez y éste es el que redacta las sentencias. En el fondo esto lo que hace es recoger lo que en la práctica se ha venido dando.

Facultades para examinar en los lugares de trabajo. Exigir de todas las autoridades, comisiones técnicas, instituciones y personas, que puedan hacer contestación de cuestionarios o preguntas para esclarecer las causas del conflicto. La negativa a esa colaboración, puede ser sancionada como una falta de ayuda a la autoridad, aquí se crea esto que es importante.

En cuanto a las formalidades para documentar, hay que documentarlas por escrito todas las diligencias y firmarse previa lectura, por todos los que participan y que coordina el tribunal, tiene amplias facultades para notificar, esto es muy importante.

Quiero ahora referirme rápidamente al arbitraje en sede administrativa, también otra característica que tiene esta normativa nueva, es que ahora permite que terminada la etapa de conciliación cuando es en el sector privado, puede terminar la etapa de conciliación, no llegan a un acuerdo y llevarse a hacer ese arbitraje en el Ministerio de Trabajo o ante este órgano de arbitraje, esa es una característica que no tenemos en la actualidad y viceversa, puede ser que hayan comenzado administrativamente una etapa de conciliación y traérsela a los tribunales a hacer el arbitraje en sede judicial, esa es una particularidad.

¿Dónde está la limitación? Que cuando se trata del sector público, pareciera que ahí no tenemos tanta libertad en ese sentido.

Conclusiones, las siguientes: hay una variante mayor, está con la forma de integrar los tribunales de arbitraje, los recursos para pagar los árbitros, la forma de resolver el arbitraje, que al que me acabo de referir que es judicial o extrajudicial y esa posibilidad, esa flexibilidad que no tenemos en la actualidad. En cuanto a los recursos de los laudos dictados en conflictos individuales y colectivos tramitados en el Departamento de Relaciones de Trabajo y Seguridad Social, o en ese centro de arbitraje tienen recurso ante la Sala por vicio de orden formal o por conculcación de

derechos indisponibles; esto es ese arbitraje que es una figura nueva que la tenemos ahora para los conflictos de carácter jurídico, no importa que sean colectivos, eso es un tema nuevo importante y quería terminar con este señalamiento, creo que es importante, porque les permite a las partes ya no solo llevar conflictos jurídicos ante los tribunales laborales, sino que tienen esa otra opción. Creo que eso es una herramienta legal importante y que a las partes podría servirles, interesarles, tener esta opción, porque recordemos que la Constitución permite la solución de los conflictos por la vía arbitral. De manera que esto se desprende de ese marco Constitucional, que da la cobertura para el desarrollo de esta normativa de la que les he referido.

Conferencia:

Régimen Laboral de los empleados del Estado y sus instituciones

Magistrado Héctor Blanco González

Hoy nos convoca la Reforma Procesal Laboral, y el tema que se me ha asignado es el denominado por la organización del seminario, es el de: "Régimen laboral de los empleados del Estado y sus instituciones". Que es prácticamente el título que se le da en la reforma laboral al título décimo primero, nada más cambiando empleados por servidores. El título ya es muy llamativo pero a mí me parece que a partir del título, nos está marcando la cancha para la conversación que vamos a tener.

Cuando hablamos, me parece a mí, de un régimen laboral, estamos refiriéndonos a un régimen jurídico aplicable a un grupo de trabajadores, en este caso estamos haciendo referencia a los empleados del Estado y sus instituciones. De manera que estaríamos partiendo ya como un supuesto, sin entrar a análisis, que ustedes van a encontrar en los libros y en la doctrina, que gastan muchísimo tiempo y muchísimas hojas en toda esta discusión y en esta parte histórica, pero entramos al punto de partida de que la organización del Estado para su funcionamiento requiere una estructura y esa estructura no funciona de otra

manera que no sea a través de agentes, de empleados, de servidores, indistintamente de cómo les demos el nombre sin entrar a otras definiciones que podrían ponernos a discutir de como denominarlo.

Por ahora a partir de que esa estructura, esa organización del Estado para garantizar la continuidad y de su funcionamiento, requiere de un grupo de trabajadores, de una gran cantidad en muchos casos en estos días, de empleados que se acepta en doctrina y en las discusiones que están regulados por un régimen jurídico determinado. El gran problema que se ha planteado es: ¿Cuál es el régimen jurídico y cuál es el criterio para definirlo? El criterio para definirlo se ha aceptado en general, que es bueno, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de esa relación entre el empleado y el Estado? cuando hablo del Estado tratemos de entender en general, abarcando administración central, administración descentralizada u otros órganos que también estarían incluidos dentro de este concepto. ¿Cuál es la relación que une a esos empleados con la administración pública?

En un primer momento se hablaba de la existencia de un ligamen de carácter obligatorio, de reclutamiento obligatorio, esta clasificación que se recoge acá, obedece más al desarrollo social, económico y político que la sociedad ha ido adquiriendo. En un primer momento se hablaba de un reclutamiento obligatorio, porque no existía prácticamente voluntad del servidor público de llegar al puesto o al servicio público, simple y sencillamente, el monarca o la autoridad política lo llamaba a servir y tenía que ir a servir, no había otra alternativa.

Posteriormente se habla ya de una relación de tipo contractual, en donde la voluntad del servidor sí es tomada en cuenta, pero está regida por otro tipo de principios y sobre todo se refiere al contrato de mandato y al contrato de arrendamiento de servicios.

Más adelante se viene a hablar de una relación de tipo estatutaria, esta relación es un tema donde el Estado o la administración va a fijar de manera unipersonal, de manera unilateral, las condiciones en que se va a prestar ese servicio, normalmente va a ser a través de las leyes a través de los reglamentos o a través de las disposiciones de la administración pública. Finalmente podríamos ubicar el tema dentro de una especie de bilateralidad en la determinación de las condiciones de prestación de servicios, de ahí tendríamos que si bien el Estado va a conservar esa posibilidad de fijar condiciones, de cómo se va a dar la prestación, como va a estar regulada, también va a surgir otra parte, que va a regular otra relación que proviene de la negociación colectiva o de los derechos y garantías sociales. Aquí estamos hablando ya en una etapa posterior del desarrollo del Estado, donde ya estaríamos haciendo referencia principalmente al Estado Social de Derecho o al Estado intervencionista con las diferencias que se pueden encontrar ahí, pero en donde se va a engrosar en demasía, o mucho, la planilla estatal.

Las fases de regulación del empleo público en Costa Rica, sin entrar en demasiado detalle, hago una primera ubicación de regulación del empleo público, por el derecho privado, es decir antes de 1943 había que hacer referencia a las normas del Código Civil y a las disposiciones que éste nos estaba dando. A partir de 1943 con la promulgación del Código de Trabajo, es el derecho laboral, que viene a regular este tipo de relación, particularmente con los artículos 585 y 586 en donde vamos a encontrar dos discusiones en relación con esto, el 585 viene a definir quién es el trabajador del Estado, y establece algunos requisitos para, eso: que haya un nombramiento o que se figure en planillas, así lo dice el 585. Y el 586 viene a dar un listado de personas que estarían excluidas del tema del pago de prestaciones principalmente el 28, 29 y 31 del Código de Trabajo, excluyendo los puestos de elección popular, dirección o confianza y que remite a que sean regulados vía reglamentaria, además establece que mientras esos reglamentos no se emitan se aplicarán las disposiciones del Código de Trabajo.

Finalmente en Costa Rica llegamos a una nueva etapa en donde estaríamos hablando de la existencia de un régimen jurídico estatutario, regulador del empleo público, ya en 1946, que a veces se nos olvida esta importante reforma, se hizo una reforma a la Constitución de 1871 y se ordenó la promulgación de un Estatuto Civil de la función pública.

Estamos hablando de 1946, se reformó el artículo 109 de esa Constitución, sin embargo, nunca se llevó a la práctica, nunca se elaboró y emitió este estatuto, particularmente por la situación política que vivió el país en ese momento y otros hechos posteriores. En 1948, la Junta Fundadora de la Segunda República vuelve a retomar el tema de la estabilidad de los empleados públicos y la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 aprueba los artículos 140, 191, 192 de la Constitución

Política, que vienen a regular este tema y a ordenar prácticamente la emisión del Estatuto de Servicio Civil. Principalmente estos artículos de la Constitución, lo que vienen a recoger son los principios de eficiencia y de idoneidad para el ingreso a la función pública y desde luego el de estabilidad. Vean que ya incluso desde 1946 aunque la discusión venía desde principios de siglo, se estaba hablando de la necesidad de la estabilidad de los funcionarios públicos o de los empleados públicos, en razón de que eran botín político, cambio de gobierno que había, se limpiaba la planilla estatal y se volvía a contratar, era un botín político.

Finalmente podemos hablar de una especie de regulación mixta del empleo público, parte por el derecho privado y parte por el derecho público, eso da a partir de la Ley General de Administración Pública de 1979, especialmente de los artículos 111 y 112, que nos vienen a decir, en primer lugar el 111, ¿cuál persona o quien es servidor de la administración pública y cuáles son los requisitos? Pero en el inciso tercero de ese artículo, viene a decir, no se consideraran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al derecho común. Ya el artículo tercero también de esta ley, nos viene a hablar de este tema.

En el siguiente artículo el 112, nos vienen a decir que el derecho administrativo, es el aplicable a las relaciones de servicio entre la administración y sus servidores. Sin embargo en el inciso siguiente tenemos que las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración, estarán excluidos de la aplicación del derecho público y se regularán por el derecho laboral común. Es decir que estos dos artículos nos vienen a dar regímenes jurídicos, para decirlo de esa manera, que van a regular la relación de empleo público.

Posteriormente se dan criterios de la Procuraduría General de la República, que incluso se habían dado antes de la emisión de la ley, ya existían algunos criterios sobre este tema, pero que son reforzados posteriormente ya con base en la Ley de Administración Pública, sobre esos mismos temas y posteriormente vinieron los votos de la Sala Constitucional que muchos de ustedes recordarán sobre todo en tema de aludos y sobre los temas de procedimiento y resolución de conflictos colectivos de carácter económico social, que son anulados particularmente el 169.692 que declaró inconstitucionales estos procedimientos, respecto a las administraciones públicas con régimen de empleo y naturaleza pública y excluye de estas inconstitucionalidades a aquellos trabajadores y obreros y empleados que no participan de la gestión pública de la administración.

En el voto 13305394 se reitera que pueden recurrir a los procedimientos de resolución de conflictos colectivos de carácter económico social, los obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración y el gran problema es: ¿Quiénes participan o no, de la gestión pública de la administración? Mucha gente dice que esto ni los alemanes lo han resuelto, con todo el desarrollo que ellos han tenido, y aquí estamos con la tarea de ir definiendo quienes son trabajadores que realizan gestión pública de la administración y la Sala Constitucional en su momento le dio esa tarea a las administraciones y a los jueces en última instancia.

En el voto 4453 del 2000, se viene a confirmar esta misma línea de cómo se regulan las relaciones de los empleados públicos con el Estado, al evacuarse una consulta de constitucionalidad de la Sala Segunda, se emite ese voto 4453 del 2000 y declaran que son inconstitucionales las convenciones colectivas que se celebran en el sector público, cuando se trata de personal regido por una

relación de empleo de naturaleza pública, una relación estatutaria y deja a salvo a aquellas que se puedan realizar con obreros, trabajadores, funcionarios o empleados cuyas relaciones laborales se regulen por el derecho laboral común. Igual los que prestan servicios a las empresas económicas del Estado, que también lo regula como decía el artículo tercero, me parece que inciso dos o tres, eso fue adicionado en otro voto que se cita ahí únicamente.

Como les decía esto fortalece lo que estaba diciendo, ya no estamos remitiendo a un solo cuerpo legal que va a regular esa relación de empleo público, sino que se confirma, con todo esto que acabamos de comentar, que hay un grupo de servidores del Estado y sus instituciones que se regulan por el derecho privado y otro grupo que le podríamos llamar el funcionariado como llaman en algunos otros países particularmente en España, que se regula por el derecho público. Esta discusión que se ha venido generando en el país durante muchos años, se recoge en la Reforma Procesal Laboral.

A partir de los numerales 682 y 685, me parece que 86, en el 682 igual que actualmente en el 585, se viene a definir quién es trabajador del Estado y se viene a definir cuál es la normativa que regula esta relación, recogiendo esta jurisprudencia de la Sala Constitucional, tal y como se lo acabamos de comentar, lo que hace la reforma es recoger las tesis que hemos venido comentando. Además en ese 682 se da la posibilidad a los empleados o funcionarios del sector público, de recurrir a los procedimientos de conciliación, negociación colectiva y laudos.

En el 683 se les reconoce el derecho a las prestaciones de los artículos 28, 29 y 30, que más o menos es el mismo 586 de hoy, salvo aquellos excluidos por la ley y da una lista de

funcionarios excluidos, es interesante que lo que se hace en esa lista es una actualización del 586 del día de hoy, el 586 excluye a funcionarios casi de un segundo o tercer nivel, no sé cómo llamarle y excluye posteriormente a los puestos de elección popular, ahí a los de dirección o confianza, así lo dijo el 586. Perdón incluye más bien, particularmente por ejemplo se refiere al tesorero y subtesorero nacionales, al jefe de la oficina de presupuesto, a los consejeros y agregados, todo el cuerpo diplomático, secretarios privados de los Ministros, empleados de sus servicio personal, etc.

Hoy este 683 cuando actualiza esa lista dice así: el concepto del artículo anterior, de quienes son empleados públicos, en cuanto al pago de prestaciones que prevén los artículos 28, 29 y 31, en su caso, están comprendidos, o sea se les pagará a todos los empleados públicos con las excepciones que resulten de este Código y de leyes o disposiciones especiales que se emitan. En particular se excluyen de dicho pago, que no estaba ahí, aunque estaba incluido en los funcionarios de elección popular, ahora expresamente se dice: El Presidente o Presidenta y los Vicepresidentes o Vicepresidentas, las diputadas, diputados, alcaldes municipales, regidores municipales puestos de elección popular.

Después se refiere a los ministros o ministras, los viceministros o viceministras y unos que no estaban incluidos allá, magistrados y magistradas de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Elecciones, las personas que integren el Consejo Superior del Poder Judicial y el jefe del Ministerio Público, el contralor o contralora y el subcontralor o subcontralora, defensor o defensora o el defensor adjunto o defensora adjunta, procurador o procuradora y quien ocupe la procuraduría adjunta, presidencias ejecutivas y gerencias de instituciones autónomas y semiautónomas y quienes figuren en juntas

directivas, después viene un inciso décimo que es un poco general. Esa es la parte nueva de este artículo 683.

En el 684, se define que con excepción de las personas que ocupen cargos de elección popular, tendrán derecho al pago de cesantía, ahí únicamente excluye de la cesantía a los que son de elección popular. Tendrán derecho al pago de la cesantía, si se jubilaran o pensionaran, o fallecieran en el cargo con derecho jubilatorio, sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes y emite también alguna otra disposición adicional. Es decir que en estos casos sí procederá el pago de cesantía, cuando se dé el derecho jubilatorio, o se fallezca en el cargo ya con ese derecho.

Y se resuelve en ese 684, un tema que ha estado en la palestra, que es cuando se paga la cesantía si cuando aquel que estuvo un tiempo, se pensionó, se fue y se pagó la cesantía y un tiempo después vuelve y se le vuelve a pagar la cesantía que es un caso que estuvo en discusión, este artículo resuelve diciendo que solo se paga la primera vez, no hay más, así que hay una norma que regula el tema que es incluso distinta a lo que ha venido diciendo la jurisprudencia mayoritaria, o las sentencias mayoritarias de la Sala Segunda, perdón, las sentencias emitidas por mayoría no unánime.

En el 585 se regula como novedoso otro apeto interesante, que son aquellos casos en donde a un funcionario se le venía siguiendo un procedimiento disciplinario, tenía como vía de escape acogerse a la pensión o la renuncia en el puesto, en ciertas circunstancias, ahora se dice: el procedimiento se continuará y se suspenderá el pago de la cesantía, que se pagará si al final no procede el despido sin responsabilidad patronal, a mí me parece que es correcto esa disposición, absolutamente correcta.

Otro tema que también ha tenido gran discusión en el país en los últimos años, es el tema de cuál es la jurisdicción competente para conocer los conflictos originados en la aplicación de esta normativa, de la normativa laboral. En 1943 en el Código de Trabajo lo radicó en la jurisdicción laboral; en 1953 el Estatuto de Servicio Civil, lo remite también la jurisdicción laboral, en 1966 la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa, lo radica en la jurisdicción laboral y lo mismo hace CEPECA, el Código Procesal Contencioso Administrativo en el 2006.

Hasta ahí estábamos bien, por lo menos no había discusión en ese tema, o las discusiones estaban en la academia posiblemente. Con el voto de la Sala Constitucional 9928 del 2010 es donde se viene a dar la discusión porque este voto, declara inconstitucionales el artículo tercero inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo (CEPECA) y la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte, que en aplicación de la ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa, radicaba estos asuntos en la jurisdicción laboral, sin entrar a analizar la naturaleza de las pretensiones o el régimen jurídico aplicable, dice la Sala Constitucional y a partir de ahí al declararlos inconstitucionales, pues dice hay que radicarlos en la jurisdicción donde les corresponde, tomando en cuenta la naturaleza de las pretensiones y el régimen jurídico aplicable.

Se emite posteriormente una nueva sentencia de la Sala Constitucional, adicionando ese anterior en donde dice: las causas que ya estaban, los procesos que ya estaban en conocimiento de la jurisdicción laboral, antes de la fecha de publicación íntegra de la sentencia en el boletín judicial, se continuarán conociendo en la jurisdicción laboral pero si en el tema hay discusión de pretensiones en donde haya que aplicar derecho administrativo, tendrá que aplicarse ese derecho público por la jurisdicción laboral y los nuevos procesos a efecto de

ubicarlos en cual jurisdicción se conocen; tendrá que tomarse en cuenta, el contenido material o sustancial de las pretensiones y el régimen jurídico aplicable, de manera que si es laboral a lo laboral y si no es, pues a la contenciosa administrativa.

La reforma también se ocupa de este tema, se ocupa de este tema recogiendo eso que ha venido diciendo la Sala Constitucional y aunque radica en la jurisdicción de trabajo todos los asuntos originados en conflictos individuales o colectivos, en razón de la aplicación de las normas de derecho laboral, dice al final: Dentro de ese ámbito se incluyen el conocimiento de todas las prestaciones derivadas de las relaciones de empleo público, para el cobro o cumplimiento de extremos laborales, o sea cuando estamos hablando del cobro o cumplimiento de extremos laborales va a parar a la vía laboral.

Así como las impugnaciones o nulidades de actos u omisiones de todas las instituciones u órganos de derecho público, relativas a dicho empleo, cuando por su contenido material o sustancial y el régimen jurídico aplicable deban ser ventiladas ante la jurisdicción laboral. Es decir, que siempre que se estén discutiendo temas de contenido laboral, temas salariales por ejemplo, es a la jurisdicción laboral. Aunque pueda haber ahí eventualmente, acusaciones de nulidad de algún acto administrativo, pero que tienen que ver propiamente con ese tema patrimonial laboral, es a la laboral. Ahora, el tema no es pacífico, va a seguir siendo conflictivo y la Sala Primera, es la que seguirá resolviendo en última instancia aquellos casos que no sean tan nítidos o tan claros, como para decir va para allá o va para el otro lado.

Además de esos dos puntos que me parece que son temas muy importantes que se recogen en esta reforma, yo quería citar algunas otras cosas en relación con el empleo público. Ya

ayer se citaba acá el tema de las faltas a la legislación laboral y la eventual responsabilidad de quienes ejercen potestades de control, fiscalización o asesoría vinculante, cuando haya incurrido la administración en esas violaciones, Ahí tendríamos que serían responsables de esas faltas, ayer se acotó me parece que fue en la mañana en una charla y quería únicamente recordar ese aspecto.

Otro aspecto que fue tocado también, fue el tema de la discriminación, aunque aquí se vio en una excelente exposición, me parece que lo que quería es un poco llamar la atención sobre este tema, porque esos aspectos, el tema de la discriminación, remite por lo menos a los juzgados de trabajo y el 410 que es el siguiente dice que: en cuanto a la Administración Pública y las demás instituciones de derecho público, todo nombramiento, despido, suspensión, traslado, permuta, ascenso, dado en esas condiciones, serán actos anulables a solicitud de partes, la parte lo aceptó, el trabajador lo aceptó, ni modo. Pero bueno, son actos anulables y por eso está incluido ahí un poco relacionado con el tema de las faltas, el funcionario público que incurra en esas cosas, en esas faltas en donde hagan las discriminaciones y por ello se afecte con traslados, despidos, suspensiones, etc.; va a incurrir en falta grave, en el despido sin responsabilidad patronal. Además también llamar la atención de que este tema también está radicado pese a que es empleo público, en los juzgados de trabajo.

En el 422 de la Reforma Procesal, se recogen una serie de principios de la materia laboral: la justicia, la equidad, la verdad real, la indisponibilidad de los derechos, el principio pro operario en sus tres reglas, los principios cristianos de justicia social y la igualdad.

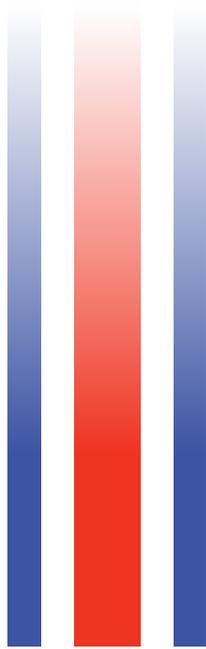
El 423 se recoge también de otra manera el principio de primacía de la realidad y las normas no escritas, estos principios deberán

ser aplicados, yo sé que hay reticencia en el tema de empleo público, sobre todo cuando se habla del principio de la primacía de la realidad, pero se recoge también para ser aplicados en el tema de empleo público, porque así lo dispone el 423, en los procesos en los que sea parte el Estado, sus instituciones y órganos, se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior, siempre y cuando no se contravenga el principio de legalidad. Principio de legalidad que también ha venido a ser atenuado en la jurisprudencia de la Sala Segunda, sobre todo cuando estamos en discusión de derechos fundamentales de los trabajadores, no se ha podido poner la existencia de un principio de legalidad para mantener situaciones en contra de eso. Y el principio de la primacía de la realidad y las normas no escritas del ordenamiento podrán ser invocados como fuente de derecho cuando ello sea posible, de acuerdo con la Ley General de la Administración Pública. Pueden ver los artículos 7 y 8, me parece de la Ley General de Administración Pública, que dice en qué casos corresponde aplicar eso, sobre todo para integrar, para delimitar las normas del ordenamiento administrativo, es que dice esa ley, pero ahí podemos verlo con mayor detenimiento.

En medidas cautelares, nada más quería hacer la observación porque este fue otro tema desarrollado ayer, que se permite cuando la pretensión tenga como efecto la reinstalación

al puesto, la suspensión como medida cautelar, de los efectos del acto de despido o, en su caso, la reinstalación provisional; sopesando todo aquello que hablábamos ayer del periculum in mora, el onus bonis iuris y el balance de interés, hacer la valoración de intereses, de acuerdo a como lo dice ahí. Pero sí procede ese tipo de reinstalación.

Ahora ya esto es casi lo último, espero que me dé el moderador un minutito más para terminar. La vía sumarísima por violación de fueros, procedimientos, formalidades o autorizaciones, contenida en el 540. Esta vía sumarísima es lo que llamamos el amparo de legalidad y aquí en este caso el amparo de legalidad laboral agregaría yo, porque ya en lo contencioso administrativo hay un amparo de legalidad, bueno, hablemos del amparo de legalidad laboral en este caso, porque se refiere a estas cosas. Esa vía sumarísima también se les está concediendo a los trabajadores del sector público, protegidos por el régimen de servicio civil, que tengan procedimientos especiales o fueros especiales en cuanto a la aplicación de sanciones disciplinarias. Y también se garantiza ahí el tema del debido proceso, van juntos estos artículos 540 y 541, también al ser vía sumarísima, vea que quien la conoce es la jurisdicción laboral, pese a que pueda ser empleo público.



REFORMA PROCESAL
LABORAL

