

Año 1, n.º 1

Enero-junio 2015

ISSN: 2410-2768

REVISTA

CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA

Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI)
Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

REVISTA CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA

Año 1, n.º 1, enero-junio 2015

Managua, Nicaragua

ECJP
UPOLI

Escuela de
Ciencias
Jurídicas y
Políticas



Sirviendo a la Comunidad

UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE NICARAGUA

Lydia Ruth Zamora Cortéz

Rectora

Tomás Téllez Ruiz

Vicerrector General

Óscar Castillo Guido

Decano Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Mario Tórrez Tórrez

Director del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos

Rodolfo Sandino Argüello

Presidente de la Academia Nicaragüense de Ciencias Jurídicas y Políticas

REVISTA CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA

Consejo Científico

Sergio Ramírez Mercado

(Academia Nicaragüense de las Ciencias Jurídicas y Políticas)

Carlos Tünnermann Bernheim

(Academia Nicaragüense de las Ciencias Jurídicas y Políticas)

Francesc Pérez Amorós

(Universidad Autónoma de Barcelona-España)

Ángel Guillermo Ruiz Moreno

(Universidad de Guadalajara-México)

Gonzalo Salerno

(Universidad Nacional de Catamarca-Argentina)

Ana Margarita Vijil

(Universidad Politécnica de Nicaragua)

Ada Esperanza Silva

(Academia Nicaragüense de las Ciencias Jurídicas y Políticas)

Cairo Manuel López

(Universidad Politécnica de Nicaragua)

Hugo Roberto Mansueti

(Universidad de Buenos Aires-Argentina)

Martha Elisa Monsalve Cuellar

(Universidad de la Gran Colombia-Colombia)

Comité de Redacción

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas-ICEJP

Mario Tórrez Tórrez

Danny Ramírez Ayérdiz

Óscar Castillo Guido

José Antonio Moreno

Fernando Centeno Chiong

Cuido de edición

Francisco Arellano Oviedo, PAVSA

Diseño y diagramación

Francisco Arellano Lacayo, PAVSA

ISSN: 2410-2768

Ciencia Jurídica y Política, Año 1, n.º 1, enero-junio 2015, es una publicación semestral editada por la Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI), a través de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas dentro del Programa de Investigación Jurídica-Política, con domicilio en Managua, Costado Sur Villa Rubén Darío, Apto. 3595, Nicaragua. Tel. (505) 22499231, www.upoli.edu.ni y derecho@upoli.edu.ni. Editor responsable: Óscar Castillo Guido.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI).

CONTENIDO

Presentación <i>LYDIA RUTH ZAMORA</i>	7
Estado de derecho y libertad de expresión <i>SERGIO RAMÍREZ</i>	11
Los desafíos a la gobernabilidad democrática en América Latina <i>CARLOS TÜNNERMANN BERNHEIM</i>	23
Los efectos jurídicos y económicos del despido disciplinario procedente, improcedente y nulo en el ordenamiento jurídico laboral Español <i>FRANCISCO PÉREZ AMORÓS</i>	39
La negociación colectiva de los empleados públicos en El Salvador <i>CAROLINA MORÁN DE GÓMEZ</i>	85
Derecho penal laboral <i>ARTURO MARTÍNEZ Y GONZÁLEZ</i>	107
Clausulas sociales en los tratados de libre comercio <i>AUGUSTO VALENZUELA HERRERA</i>	121
La gestión universitaria y la participación democrática de los actores de la comunidad universitaria <i>ÓSCAR CASTILLO GUIDO</i>	143

PRESENTACIÓN

I. SOBRE LA UPOLI Y SU ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS ICJP

La Universidad Politécnica de Nicaragua, UPOLI fue fundada por la Convención Bautista de Nicaragua (CBN) en el año 1967. Actualmente es socia en la Misión con las Iglesias Bautistas Americanas. Se encuentra constituida como una asociación civil de carácter permanente, sin fines de lucro, dedicada a la Educación Superior, con el propósito de contribuir al desarrollo científico, tecnológico, económico, social, cultural, cultura de paz y a la preservación del medio ambiente. Por ello su lema es *Sirviendo a la Comunidad*. Asimismo su currículo está basado en la promoción de la dignidad de las personas, el arte, la ciencia, la ecología y **la investigación**.

La UPOLI cuenta actualmente con seis escuelas, dentro de las cuales se encuentra la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas ECJP, fundada en el año 1996. La ECJP cuenta con una población estudiantil de mil cien estudiantes en sus diferentes modalidades. Desde su fundación se ha caracterizado por la formación de profesionales del Derecho a nivel de licenciatura y maestría, promoviendo entre ellos un espíritu crítico e investigativo.

La ECJP ejerce cuatro funciones sustantivas: docencia, desarrollo estudiantil, extensión e investigación. La investigación como función inmanente de la universidad es uno de los ejes mayormente priorizados por la Escuela para garantizar la calidad en la formación de sus estudiantes, la contribución intelectual y social para con la sociedad.

7

II. SOBRE LA VOCACIÓN INVESTIGATIVA DE LA ECJP

La investigación es uno de los ejes primordiales de la UPOLI y de su ECJP. Desde su fundación la ECJP se ha caracterizado por promover la investigación a diferentes niveles, a través de la realización de investigaciones docentes, estudiantiles y de la publicación de obras jurídicas realizadas por docentes vinculados a la Escuela.

Dentro de la gran gama de obras jurídicas intelectuales publicadas, producto de las investigaciones promovidas por la ECJP, tenemos, entre otras las siguientes:

- *Introducción al Estudio del Derecho* (2013).
- *Manual de Derecho Constitucional* (2012).
- *Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social Nicaragüense* (2014).

- *Derecho Colectivo del Trabajo. Manual Teórico Práctico* (2002).
- *Introducción al derecho Procesal Penal* (2002).
- *Delincuencia Informática y Derecho Penal* (2003).
- *Principios y Garantías del Proceso Penal* (2004).
- *Derecho del Trabajo Nicaragüense* (2007).

Recientemente, desde su Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos (ICEJP), se ha editado la Colección Sistema Interamericano de Estudios Jurídicos y Políticos como un esfuerzo por promover la investigación científica entre sus estudiantes.

III. SOBRE LA REVISTA CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA

La revista *Ciencia Jurídica y Política* (CJP) es una publicación científica, de periodicidad semestral, que se ocupa del estudio de todas las disciplinas jurídicas y políticas desde una perspectiva teórica y práctica. Contiene estudios inéditos elaborados por especialistas nacionales y extranjeros.

La revista CJP invita a estudiosos del Derecho y la Ciencia Política, nacionales y extranjeros, a presentar trabajos para su publicación, que puedan ser incorporados a alguna de las secciones siguientes: a) estudios (se refiere a estudios dogmáticos que hagan aportaciones científicas a las áreas de conocimientos específicas; b) ensayos (trabajos de carácter especulativo o que hagan propuestas de carácter eminentemente práctico); c) comentarios (que pueden ser a sentencias, jurisprudencias o reseñas bibliográficas).

Acepta trabajos originales e inéditos escritos sobre todas las disciplinas objeto de la revista. El idioma oficial de CJP es el español. Se considerarán inéditos aquellos trabajos que ya hayan sido publicados en otros idiomas y se traduzcan por primera vez al español. Los autores deberán informar si de manera previa o simultánea han sometido sus colaboraciones a otra revista, así como informar si tal colaboración fue aceptada primero en otra publicación.

La creación de la revista *Ciencia Jurídica y Política* suma otro esfuerzo y compromiso de la ECJP con la universidad, sus estudiantes y la comunidad, en vista de que a través de la investigación científica-jurídica se promueve la obtención, desarrollo y creación del conocimiento, con la finalidad de brindar las herramientas necesarias a la comunidad para su correcto desarrollo sostenible.

LYDIA RUTH ZAMORA. PH. D.

Rectora

Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI)

ARTÍCULOS

ESTADO DE DERECHO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN¹

SERGIO RAMÍREZ²

RESUMEN: El presente artículo pretende, a través de reflexiones que el autor realiza en base a las realidades latinoamericanas, trazar un mapa descriptivo de la situación política de los Estados Latinoamericanos, sobre el Estado de Derecho y la libertad de expresión, en un lenguaje sencillo y sin caer en muchos detalles.

La historia política latinoamericana ha demostrado que los discursos tradicionales o corrientes políticas ligadas al neoliberalismo y al neo socialismo, tal como describe el autor, terminan jugando, al fin y al cabo, con la visualización de conceptos en donde el nombre; por muy diferente que sea, sigue manifestando el mismo fenómeno de concentración de poder bajo una inflexible égida ideológica. El autor nos refiere a conceptos de Poder popular, poder ciudadano, democracia participativa, democracia directa, todos ellos variaciones sobre el mismo tema, el viejo *demos* y el viejo *kratos* griegos, tan abusados y falsificados sino como apenas la etapa inicial de un largo proceso de cambios en la estructura política, y donde el principal cambio termina siendo la reelección presidencial.

A la par de esos procesos de concentración de poder, el tema del dominio sobre la información y su regulación se vuelve toral. Por ello, reflexiona sobre el poder desmedido de los gobiernos por intentar manipular, frenar y regular la información, por medios tradicionales.

PALABRAS CLAVES: Estado de Derecho, Democracia, Libertad de expresión.

- 1 Discurso en el acto de investidura como miembro de número y fundador de la Academia Nicaragüense de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI).
- 2 Miembro de Número y Fundador de la Academia Nicaragüense de las Ciencias Jurídicas y Políticas (ANCJP), Escritor, Novelista y abogado. Expresidente de Nicaragua (1984-1990)

ABSTRAC: This article seeks to, through reflections which the author carried out based on the Latin American realities, map a descriptive of the political situation of the Latin American States, the rule of law and freedom of expression, in simple language and without falling into many details.

Latin American political history has shown the traditional speeches or political currents linked to neo-liberalism and neo socialism, as described by the author, end up playing, at the end and all, with the visualization of concepts where the name; by very different be, still showing the same phenomenon of concentration of power under an inflexible ideological umbrella. The author refers us to concepts of popular power, power citizen, participatory democracy, direct democracy, all of them variations on the same theme, the old demos and the old Greek kratos, as counterfeit and abused but as only the initial stage of a long process of changes in the political structure, and where the main change ends up being the President's re-election.

While those processes of concentration of power, the subject of the domain information and its regulation becomes toral. For this reason, reflects on the excessive power of Governments to try to manipulate, slow and regular information, by traditional means.

Me honra mucho aparecer entre los miembros fundadores de esta Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, como me honra hacer mi entrada esta tarde a esta ya ilustre corporación, nueva en su marcha, pero avalada desde ahora por nombres de nicaragüenses que en los terrenos del intelecto, la docencia, la opinión y la investigación, prestigian al país. Celebro, por lo tanto, la iniciativa del doctor Oscar Castillo, y celebro que la Universidad Politécnica de Nicaragua nos haya brindado su techo.

Tenemos ya en Nicaragua una Academia de la Lengua, correspondiente a la Española, una Academia de Geografía e Historia, y ahora nuestra Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, que tanta falta hacía. También se ha creado una Academia de Genealogía, que preside María del Socorro Leiva de Argüello, y se está organizando una Academia de Ciencias, por iniciativa del doctor Ernesto Medina Sandino, Rector que fue de la Universidad Nacional Autónoma en León, y otros destacados científicos.

No me cabe duda que de este tramado de instituciones, adelantaremos como país en la búsqueda de nuevos horizontes de conocimiento, enseñanza e investigación, algo que nos debe alentar a pensar en un futuro promisorio para la afirmación de nuestra identidad nacional.

El derrumbe de la credibilidad de los gobiernos neoliberales que vinieron siendo electos en América Latina desde comienzos de los años noventa del siglo recién pasado, ha producido el regreso del péndulo hacia el otro confín, el de los gobiernos neosocialistas, de los que resulta una variada gama. La reacción de los electores, parecía tardar frente aun panorama dramático y desalentador. Ajustes monetarios implacables, pero incremento sustancial de la pobreza. Reducción de la deuda externa, pero crecimiento de la deuda social. Libre mercado, pero sociedad de mercado. Incremento de las exportaciones de mercancías, pero también incremento de las exportaciones de gente a través de las emigraciones masivas. Y junto a ese contraste aterrador, ricos más ricos y pobres más pobres, la dispersión y el derrumbe de los valores éticos, que dejaron desierto el paisaje de la solidaridad humana para poblarlo con los espectros del egoísmo cerril, un juego de espejos en el que el rostro de la insensibilidad frente al prójimo se multiplica de manera infinita.

Entonces, los que han descubierto el poder de sus votos han empezado a emplearlo, y usan los mecanismos electorales en busca de cambios que mejoren sus vidas. El neoliberalismo prometió bienestar instantáneo asociando el voto al mercado, bajo la magia de una democracia de mercado. El neosocialismo promete bienestar instantáneo asociando el voto a la democracia popular. El péndulo, pese a su viaje de uno a otro confín, se mueve bajo el mismo peso, el de la promesa del desarrollo económico.

Dentro de la variada gama de gobiernos de signos contrario a la derecha tradicional que han venido siendo electos en los últimos diez años en América Latina, habrá que apartar el ya asentado experimento de concertación con crecimiento económico sostenido entre socialistas y demócrata cristianos en Chile, ahora bajo un cuarto gobierno que preside Michelle Bachelet; y el de socialismo responsable del presidente Lula da Silva en Brasil, y referir el término neosocialismo a las ocurrencias en Venezuela, principalmente, y luego en Bolivia, Ecuador y Nicaragua.

Esta variada gama, en la que cabe también el gobierno neoperonista del presidente Kirchner en Argentina, se halla atravesada por una marca común que es la proclama de identificación con los sectores más pobres de la sociedad, y por tanto, la voluntad de una más justa distribución de la riqueza. Pero la separación tajante se da cuando se pasa del plano social al plano político. Cuando los períodos actuales del presidente Lula en Brasil y de la presidenta Bachelet en Chile terminen, es probable que sus partidos o coaliciones vuelvan a ganar las elecciones; pero es igualmente

probable que también las gane otro candidato de signo distinto, o de signo de derecha. El marco institucional no habrá sido alterado en beneficio de ninguna voluntad personal de permanencia en el poder, ni por la insurgencia de un proyecto o modelo que desborde ni la periodicidad ni la alternancia en el ejercicio de ese mismo poder.

Por encima de ellos, de su propia identidad ideológica y de su credo político, se alza un sentido de nación que no es excluyente, y la retórica no llena los espacios que deja vacíos la acción real de cambio. No se trata de proyectos políticos a los que se adhiere la etiqueta de la verdad absoluta, y como consecuencia, todo lo que se contraponga a esa verdad resulta sedicioso.

Es cuando se afirma la existencia de un proyecto dispuesto a conquistar espacios totales, y sin límite de tiempo, que el panorama se perturba y distorsiona, y el consenso social se desborda y se rompe, por mucho que el gobierno dueño de ese proyecto tenga el respaldo probado de una mayoría de los votantes, o haya sido electo de manera legítima. Una pretensión semejante, imponer un proyecto excluyente a todos, con voluntad de totalidad, y por tanto romper cualquier dique que se oponga, aún los diques institucionales, puede resultar en catástrofe, como la historia muestra de seguido.

Otra vez, la semántica vuelve a jugar nos malas pasadas, pues las palabras juegan a disfrazarse de realidad sin haber adquirido sustancia. Nos enfrentamos así a diversos nombres que sirven para llamar el mismo fenómeno de concentración de poder bajo una inflexible égida ideológica. Poder popular, poder ciudadano, democracia participativa, democracia directa, todos ellos variaciones sobre el mismo tema, el viejo *demos* y el viejo *kratos* griegos, tan abusados y falsificados, que no necesitarían de adornos pues significan no otra cosa que el pueblo en el poder, poder del pueblo, o poder popular; y se crean, al amparo de esos nombres, mecanismos de participación y consulta popular que pretenden ser directos, pero que, la historia también lo demuestra, terminan en misas negras entre los mismos partidarios, y el poder oye alzarse desde allí las voces que de antemano quiere oír.

Estamos hablando de las fuerzas políticas que llegan al gobierno o regresan al gobierno favorecidas por el desaliento y la inconformidad de los electores, pero no entienden su triunfo electoral como una estación en la alternancia política que manda la democracia, sino como apenas la etapa inicial de un largo proceso de cambios en la estructura política, y donde

el principal cambio termina siendo la reelección presidencial, aún aquella de carácter indefinido. Un viejo espectro latinoamericano, resultante del clásico autoritarismo cerril, que no tiene nada que ver ni con el neoliberalismo ni con el neosocialismo, sino con los vicios más soterrados del poder, la perla negra de todos ellos la ambición personal de gobernar desde la silla presidencial hasta la muerte, algo no sólo viejo, sino también catastrófico, y aún grotesco, en la historia del continente.

Y dentro de este panorama, los principios largamente defendidos de libertad de prensa y libertad de expresión vienen también a ser menospreciados, o apartados, bajo el criterio de que la verdad oficial no puede contemporizar con quienes la desafían para destruirla, porque se trata de una voluntad positiva actuando contra fuerzas negativas. Esos conceptos ideológicos de naturaleza mesiánica, al mismo tiempo que plantean la reelección como necesidad y panacea, no dejan de pretender la regulación del espacio de las libertades públicas, acudiendo al sentido de integridad del nuevo proyecto, y vienen a entrometerse así con la información y el derecho de opinión. De allí las leyes sociales de regulación de la prensa, y las estrategias oficiales de comunicación. Se da por sentado que, por su propia naturaleza, la libertad de opinión no es un derecho del común de los ciudadanos, y se excluye de sus beneficios a los que no acuerdan su voluntad al poder político. Se tratará entonces de una libertad condicionada, y por tanto una libertad bajo disputa, y como la libertad de expresión misma no admite condiciones ni disputa, viene a volverse, en su ejercicio, contraria al proyecto; y es como si ese proyecto, por su propia naturaleza, se hiciera incompatible con la libertad de expresión. La verdad oficial, ya terrible en sí misma, es más terrible aún si se proclama como verdad absoluta a la que lastima y ofende todo desafío.

Vino viejo en odres viejos. Este es un criterio de vieja marca autoritaria también, quedarse en el poder, y silenciar a los oponentes, y a los medios de comunicación que expresan la opinión de los oponentes, o descubren las conductas erróneas del poder. El poder se arroga el derecho exclusivo de la razón, y la propiedad de la verdad, para decidir qué es lo que es justo en cuanto a la información pública, justo y sano, y lo que es perjudicial y lo que no lo es, y al serlo se inscribe del lado de la conspiración para minar el poder y privar al país de sus bondades.

No estamos regresando simplemente al antiguo terreno en el que la autoridad, cuando se siente desafiada por las opiniones y por la información independiente, reacciona con el puño cerrado, y lo hace de manera arbitraria.

Estamos frente a la articulación de un proyecto ideológico que parte de la autoridad única y cerrada, y que debe expresarse a través del aparato legal, una vez acomodado a la nueva voluntad. El poder se declara incompatible con la tolerancia frente al pensamiento ajeno, y por tanto se decide a impedir que ese pensamiento se exprese, o a amenazarlo para que no se exprese, porque las diferencias no son circunstanciales, sino de fondo.

Es una filosofía de estado que resucita, y que actuando primero de hecho, en contradicción a las leyes vigentes, busca enseguida cambiarlas o reformarlas, y busca luego sustituir los mandamientos constitucionales para conseguir que la libertad de expresión sea regulada, es decir, sometida, en nombre de ese tropel de principios siempre recurridos, los intereses de la seguridad nacional en un extremo del péndulo, los intereses de las grandes mayorías populares en el otro.

Es necesario entonces retornar al concepto de mandato, el que las autoridades electas reciben de sus electores a través del voto, para entrar en el asunto. Dentro de las reglas fundamentales de la democracia aceptadas por todos los que buscan puestos de elección, se hallan el límite temporal del mandato, y la alternabilidad en el ejercicio del gobierno. Estos principios chocan frontalmente con la idea de *proyecto*, tal como éste se entiende: un designio de cambio social, político y económico amparado en la majestad de una ideología, y que por su naturaleza es radical, es decir, se propone arrancar de raíz el viejo orden para sustituirlo por otro de signo distinto.

Un proyecto, así concebido, se propone conmover no sólo el orden institucional y alterar los mecanismos sociales, sino que busca penetrar hondamente en el mundo subjetivo, el que tiene que ver con la creación y difusión de las ideas, y trata de fijar un comportamiento social alrededor de ellas, enterrando las viejas y privilegiando la difusión de las nuevas. Y para regular ese comportamiento, debe existir un aparato de control que termina definiendo lo que es beneficioso al proyecto, y lo que lo daña. Se trata, por tanto, de un proyecto que en términos de la creación literaria y artística, de la enseñanza en universidades y escuelas, y de la circulación del pensamiento y de la información, termina siendo excluyente en sus propósitos, porque el gobierno, apropiado del proyecto, y apropiado de la verdad absoluta que ese proyecto conlleva, cuida de que ni el proyecto ni su verdad sean dañados, o estorbados.

La información que circula, y que emana de los medios de comunicación, pasa a ser entonces de dos clases bien definidas: aquella de derecha

(toda la que no viene del gobierno) y la información “pedagógica” e “incontaminada”, (que viene por regla del gobierno), y que será transmitida a los ciudadanos a través de los medios oficiales, tanto los del estado como aquellos otros que se suban al tren oficial. Estamos, así, de cara a un fenómeno de alcances mayores en lo que respecta a la libertad de información, porque esa frontera entre lo contaminado y lo incontaminado pretende ser una frontera entre el bien y el mal, y se erige, por tanto, como un frontera ética, con el agravante de que el estado es la entidad con menos atributos éticos que pueda concebirse cuando asume el papel de regulador del orden social y del orden de la opinión. Y entonces, cuando desde el poder se define la ética, lo que resulta generalmente son calamidades, tal como la historia enseña, otra vez, de manera insistente.

Vuelvo a insistir en que no se trata nada más de una voluntad gobernada por el enojo y los humores negros del gobernante que se resiste a escuchar, y castiga a los infractores, ni de la falta del sentido de humor del que manda frente a los desafíos jocosos al poder, sino de las primeras emanaciones de una propuesta que enfoca la información pública como un asunto ligado a un proyecto político en el que la libertad de expresión, y el funcionamiento de los medios de comunicación, están sujetos a las necesidades y conveniencias de ese proyecto. Y así pueden ambos, libertad de expresión y medios de comunicación contrarios al proyecto, o independientes de él, llegar a ser prescindibles dentro de esta concepción, que es una concepción voraz.

La libertad de expresión es parte del tejido vivo, huesos, piel, nervios, del sentido general de la libertad, y anoto la necesidad de la redundancia. “La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra y el mar encubre; por libertad así como por la honra, se puede aventurar la vida y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”, dice don Quijote al empezar el capítulo LVI-II de la segunda parte, cuando viene de abandonar junto a su escudero Sancho los dominios del duque, ejemplo él mismo de los abusos y las insensibilidades del poder.

Es una frase ésa de Don Quijote mil veces repetida. La filosofía verdaderamente ética es la filosofía de la libertad, y ya Cervantes lo había aprendido de otro trasgresor, Erasmo, quien había escrito, con humor y alegría, el primer elogio de la locura un siglo atrás. El Quijote no es sino un nuevo elogio de la locura, donde al humor se suma la pesadumbre, y

alegría y melancolía se dan la mano, pero signadas por la libertad. Para Erasmo no hay humanismo sin tolerancia, y son los intolerantes, dueños de la verdad absoluta, los que siempre acusan de herejes a quienes no piensan igual. “Hay asuntos sobre los cuales es más sabio permanecer en la duda...antes que proclamar verdades”, nos dice. El poder que quiere meter en cintura la libertad de palabra parte de la creencia absoluta de que lo sabe todo, sabe la que conviene a los demás, y olvida la regla de la duda, que es la regla de la tolerancia, y olvida la regla de Sócrates, saber nada más que no se sabe nada más.

La libertad de palabra es sustancial a la mutabilidad del pensamiento como herramienta de la mutabilidad del espíritu. La lengua libre en la boca es lo que define la edad de la razón, que comienza con Giordano Bruno quemado en la hoguera, y se extiende hasta Voltaire, retirado en Ferney, a un paso de la raya fronteriza de Francia con Ginebra, listo a huir de la policía política del rey Luis XV, que no le daba tregua. Entre los dos una sola edad de renacimiento ilustrado, o ilustración renacentista, una sola edad de las luces, y de la razón, y de la duda, contra todas las imposiciones del silencio, de la censura, de las verdades teológicas, de la autoridad emanada de las tinieblas.

Quien busca regular, o dominar, o recortar la libertad de palabra, niega la duda, y se atiene a las certezas oficiales. De la tragedia, a la comedia. “Comprendo que la duda no es un estado muy agradable pero la seguridad es un estado ridículo”, dice Voltaire. Y la premisa revivida de Montaigne: “¿Qué sé yo?” en contra de la petulancia de la otra, “¿qué no sabré yo?”. “¿Qué no podré ordenar yo!” Cuando se llega a ser dueño de la verdad absoluta, el mundo se detiene en la locura de las ausencias, como temía Erasmo.

En esta entrada del nuevo siglo, la lucha entre el dogma y la libertad de pensamiento sigue pendiente, como ya vemos. Los temores sobre la verdad absoluta son más modernos que nunca cuando todas las preguntas de la filosofía regresan a buscar el verdadero sentido del humanismo, que es el ser humano, soterrado antes bajo el culto del estado, después bajo el culto del mercado, y ahora, otra vez, amenazado por la resurrección inoportuna de los proyectos mesiánicos que apartan todo a su paso depredador. Tomismo contra humanismo, ideología contra razón, verdad sabida contra verdad por aprender. Es lo que afirma mi maestro Mariano Fiallos Gil, cuyo centenario de nacimiento se cumple este año, en su ensayo *El humanismo beligerante* (1958): si de acuerdo

a Protágoras el hombre es la medida de todas las cosas, eso significa que en todo hombre varía el criterio de la verdad. La verdad que “es relativa y variable, según las circunstancias, y el tiempo y el espacio en que se está colocado.”

Pero quiero regresar aquí a la pretensión de las verdades absolutas, y su oportunidad en la historia. Hay en la historia, de acuerdo a los momentos dados, verdades insurgentes que se oponen a las verdades establecidas. Es cuando las utopías triunfantes reclaman todas las respuestas y dejan vacías las preguntas, y se impone la razón del ideal, más que el ideal de la razón. La polaridad entre la utopía llena de gracia versus la realidad llena de defectos, elimina la escogencia múltiple; y entonces la verdad insurgente adquiere poder transformador al amparo de la utopía triunfante, y al volverse verdad dominante se convierten en verdad absoluta. Y el mundo en llamas es una verdad, por sí misma intolerante.

Cuando el criterio de la verdad cambia de esta manera, la certeza desprecia la duda, que pierde la naturaleza dialéctica de prueba y error que Protágoras le da. La duda es vista entonces no como método de la razón, o sentido de la razón, sino como vacilación cobarde. Es lo que ocurre con las revoluciones. Y sólo ocurre con las revoluciones, no hay otro contexto. Son fenómenos excepcionales, que se van y no vuelven nunca, o regresan muy de cuando en cuando, con su cauda encendida. Las revoluciones no son fenómenos sistemáticos que apañan bajo plazos y reglas preestablecidas, montados sobre la regularidad que la democracia acuerda a los procesos electorales, ni tampoco se improvisan en las urnas. Y ya sabemos que cuando la historia es forzada a repetirse de esa manera, se repite como comedia, pero sin perder su color de tragedia.

Pero no porque lo sepamos se rompe el molde del dogma. Un dogma vuelve siempre a sustituir a otro. El pensamiento de Mariano Fiallos Gil, tan contemporáneo, nos llama siempre a apropiarnos de la libertad crítica, y a rechazar todas las imposiciones que pesan sobre el ser humano, así provengan, dice, de “entidades abstractas, ya se llamen sociedad, estado o clase, y peor aún, sacrificándolo todo a ideas absolutas denominadas la justicia, la verdad, la belleza o el bien.” Si no podemos caer bajo la égida de ninguna idea de belleza absoluta, o idea absoluta de justicia, menos podemos someternos a una idea de verdad política.

Nadie puede arrogarse la potestad de elaborar un manual de conducta de información desde el poder, ni menos la terrible potestad de separar las aguas del bien y el mal, que corren revueltas en el cauce de la vida. Esa

coincidencia concurrente de que habla Cervantes en el *Persiles*: “Parece que el bien y el mal distan tan poco el uno del otro, que son como dos líneas concurrentes, que aunque parten de apartados y diferentes principios, acaban en un punto”.

La única manera en que un ciudadano puede disfrutar del derecho a la información, que es un derecho inalienable suyo, es desde el espacio inviolable de su propia independencia de criterio, y de la independencia de criterio de quien le informa. El estado tiene el derecho de informar a través de sus propios medios, pero dentro de un espacio compartido, y no distorsionado por las imposiciones del poder contra los demás, presiones económicas, control de materias primas e insumos, terrorismo fiscal, discriminación en las asignaciones de la publicidad gubernamental, y peor, a partir de allí, de leyes restrictivas a la libertad de expresión, que pretenden establecer lo que es bueno y conveniente para la sociedad y para el individuo, o lo que no es conveniente para el propio estado. Lo que es contaminado, o lo que es puro.

La Declaración de Principios de Chapultepec, suscrita en el año 2001 por los entonces candidatos a la presidencia de Nicaragua Enrique Bolaños y Daniel Ortega, establece de manera meridiana que “no debe existir ninguna ley o acto de poder que coarte la libertad de expresión o de prensa, cualquiera sea el medio de comunicación”. Es un compromiso que tenemos que recordarle siempre al poder, un compromiso ya definido de antemano en nuestra propia Constitución Política. Que la libertad de expresión no es materia de leyes ni decretos reguladores, ni de códigos de conducta dictados por el estado.

La libertad de expresión sólo debe depender de las disposiciones constitucionales que la garantizan de manera explícita, y de las leyes ordinarias que regulan los derechos del individuo a su privacidad, integridad y honra. Y del otro lado, el derecho ciudadano de saber, es también inalienable, y lo es, por tanto, el derecho a la información pública, porque el peor enemigo del estado de derecho es el secreto, cuando todo se trama y se fragua en la oscuridad, de espaldas a los ciudadanos, en una permanente conspiración de sombras.

Pero hay algo más, de fundamental importancia, más allá del propio rango ético y social que tiene la libertad de expresión como parte de los derechos fundamentales del individuo. La independencia de los medios de comunicación se vuelve imprescindible en una sociedad donde las instituciones son débiles o funcionan mal, dominadas por el arbitrio de

las voluntades personales, o de los pactos entre caudillos. Donde las razones de desconfianza frente al poder abundan y el ciudadano no puede sino dormir con un ojo abierto frente a desmanes y abusos, el primero de ellos el de actuar por las vías de hecho. Donde son obvias la ineficacia de los órganos de control y la parcialidad de los órganos electorales, la corrupción manifiesta de los tribunales de justicia, el lavado de dinero y la malversación de los caudales públicos, y las amenazas cada vez más profundas que los carteles del narcotráfico internacional ciernen sobre nuestras cabezas.

Los casos de lavado de dinero y corrupción flagrante que hemos visto pasar frente a nuestros ojos, las quiebras bancarias fraudulentas, las asignaciones abusivas del presupuesto nacional, la complicidad de jueces con el narcotráfico y la parcialidad de las sentencias aún en casos de la justicia común, y aún las interioridades oscuras de los pactos políticos, todo eso hemos podido conocerlo gracias a la diligencia acuciosa de los medios de comunicación, y a la independencia y la valentía de los periodistas. Los medios llenan así los grandes vacíos, aún éticos, dejados por el estado y sus instituciones, que no terminan de madurar, y carecen no pocas de ellas de prestigio frente a los ciudadanos. Si imagináramos a Nicaragua como un país en donde los medios de comunicación hubieran sido sometidos a los criterios oficiales, o mediatizados para callar o volverse obsequiosos y complacientes con el poder político, deberíamos imaginarnos a nosotros mismos como un ciego rebaño sin lengua.

Si la ausencia de leyes reguladoras o restrictivas de la libertad de palabra es lo que define el espacio de independencia frente al poder de los medios de comunicación, y de quienes se expresan a través de ellos, ese espacio de independencia está definido también por el hecho de que los criterios oficiales acerca de la información no se transformen en instrumentos coercitivos, que distorsionen o corrompan la función de los medios y de los periodistas. Cada gobierno traza sus propias estrategias de comunicación, que pueden funcionar o no, dice el periodista Danilo Aguirre Solís, pero la estrategia comunicativa del gobierno no puede pasar a ser la política informativa de los periodistas.

Porque todo periodismo oficialista, que calla o que miente en nombre del poder, primero que nada está destinado a vegetar en la incuria, lejos de la credibilidad del público que es el que, al fin y al cabo, certifica el alcance y la profundidad de la información. “que las obligaciones de las recompensas, de los beneficios y mercedes recibidas, son ataduras que

no dejan campear el ánimo libre”, dice Don Quijote a Sancho después de haber entonado su canto a la libertad. Y luego, está destinado al olvido. No se crean lectores ni radioescuchas, ni televidentes, afiliándose a los gustos, preferencias, o conveniencias del poder político, de cualquier color ideológico que éste sea.

En estos días se ha celebrado el cincuenta aniversario de Radio Informaciones, un ejemplar medio de comunicación que su fundador, el periodista Rodolfo Tapia Molina, ha sabido preservar en su independencia a lo largo de ese medio siglo. Porque de la prensa siempre resultan, qué duda cabe, la luz y las tinieblas, la verdad y el error, el bien y el mal. Este lema con que se ha abierto siempre el noticiero, tomado del filósofo catalán Jaime Balmes, no revela simplemente una dualidad, sino que se muestra como consecuencia de la libertad, la misma libertad defendida por Erasmo, por Cervantes, por Voltaire. No hay verdades absolutas ni divisiones tajantes, ni en la vida, ni en el periodismo que refleja no otra cosa que los tonos y colores siempre cambiantes de la vida, ese río de fluir constante en el que nadie se baña dos veces.

Siempre deberemos huir de las verdades oficiales proclamadas como verdades absolutas, y del filo de esa espada que pretende marcar de manera engañosa, y no sin perfidia, la raya entre el bien y el mal, entre la verdad y el error, entre la luz y las tinieblas. El bien, la verdad y la luz del lado oficial, y el mal, las tinieblas y el error del lado de los que disienten o no quieren tratos de compromiso con el poder.

Sistemas políticos, aparatos ideológicos, gobiernos y credos, proyectos, son tragados irremediamente por la historia y desaparecen en su garganta profunda, a veces sin dejar huella. Pero la fidelidad a los principios, la integridad ética, y la independencia de criterio de quien atestigua esos fenómenos siempre precederos, es lo que sobrevive, y se queda entre nosotros.

Que la justicia social tan postergada, y la predilección de las políticas del estado por los más pobres y desposeídos no se vuelva incompatible con la libertad de palabra, ni con las demás libertades, debe ser una aspiración común de todos, de quienes gobiernan, y de quienes viven bajo esos gobiernos. No renunciar nunca, por ninguno de los dos lados, al estado de derecho. De eso se trata realmente cuando hablamos del bien común, repartido entre dos mitades iguales que son el bien de la justicia y el bien de la libertad. Las únicas dos alas que pueden llevarnos verdaderamente lejos.

LOS DESAFÍOS A LA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA EN AMÉRICA LATINA

CARLOS TÜNNERMANN BERNHEIM¹

RESUMEN: En el presente artículo se aborda desde una perspectiva conceptual, lo que implica hablar de gobernabilidad democrática. Entendiéndose como el desenvolvimiento de complejos mecanismos, procesos e instituciones en virtud del cual se articulan intereses, se resuelven diferencias y se ejercen derechos, obligaciones legales y personales. Lo que deja entrever la necesidad fundamental de mantener en existencia la relación directa entre Estado- ciudadano.

Lo que se busca por medio del presente artículo es poner en claro, los puntos básicos y mínimos a través de los cuales puede subsistir la gobernabilidad democrática. Es decir, la existencia del Estado de Derecho, Buen gobierno, participación y cohesión social.

En este sentido, la democracia es fundamental en el desenvolvimiento de la gobernabilidad. Especialmente, cuando los Estados se encuentran en un proceso de modernización. Un Estado no es necesariamente moderno al seguir únicamente la corriente de los procesos globalizadores como la tecnología, sino también cuando sus mecanismos de articulación interna le permiten comprender la estructura de su entorno y que, de allí pueda responder y actuar en base a la coherencia que tenga con dicho entorno.

Siguiendo la misma línea de relación entre gobernabilidad democrática en los Estados modernos, como punto final del presente artículo, se esboza la relación necesaria entre la ética y la política.

Es decir, que en la dinámica política de los actores preponderantes del Estado se vean acciones enmarcadas en valores dirigidos al servicio.

En conclusión, una reflexión sobre la gobernabilidad democrática pensada desde los valores éticos en la política, para el pueblo y por el pueblo.

1 Miembro Fundador y de Número, Vicepresidente de la Academia Nicaragüense de las Ciencias Jurídicas y Políticas (ANCJP), Educador, Jurista, Analista Político.

PALABRAS CLAVES: *Gobernabilidad, Democracia, Ética, Política, Estado moderno*

ABSTRAC: In the present article addressed from a conceptual perspective, which means to speak of democratic governance. Being understood as the development of complex mechanisms, processes and institutions under which articulate interests, resolve differences and rights, legal and personal obligations are carried out. What a glimpse the fundamental need to maintain in existence the direct relationship between State - citizen.

What is sought by means of this article is to make it clear, the basic and minimum points through which can survive the democratic governance. That is, the existence of the rule of law, good governance, participation and social cohesion.

In this sense, democracy is fundamental in the development of governance. Especially, when are States in a process of modernization. A State not necessarily modern to only follow the stream of globalizing processes as technology, but also when its internal articulation mechanisms allow you to understand the structure of your environment there may respond and act on the basis of the coherence that has such an environment

Following the same line of relationship between democratic governance in modern States, as a final point of this article, outlining the necessary relationship between ethics and politics.

I.e., that the political dynamics of dominant actors of the State will be actions framed in values aimed at service.

In conclusion, a reflection on democratic governance thought from ethical values in politics, for the people and by the people.

1. EL CONCEPTO DE GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA.

El concepto de gobernabilidad democrática es un concepto complejo, desde luego que alude no solo a la idea de estabilidad, sino que es algo más: se refiere al modo de ejercer el poder, a su ejercicio democrático y no autoritario, y a la administración de un país encaminada a propiciar su desarrollo humano y sostenible. Hoy día, como señalan los analistas, el debate sobre la gobernabilidad democrática ocupa un lugar central en la reflexión política que se relaciona con el perfeccionamiento de la funcionalidad de las instituciones.

Carlos Mateo Balmelli, en su ensayo sobre el tema, publicado por la Fundación Konrad Adenauer, sostiene que “el fenómeno de la gobernabilidad no debe ser reducido únicamente a los problemas de estabilidad

política. Las políticas de gobernabilidad apuntalan el esfuerzo colectivo al logro de un ambiente político estable. Solamente en un escenario institucional previsible en lo jurídico y en lo político, es factible realizar prácticas políticas que conduzcan al mejoramiento de la calidad de la convivencia. La gobernabilidad, en una de sus dimensiones, consiste en crear las condiciones para la acción del buen gobierno”².

En una conferencia dictada el 31 de mayo del año 2000 en Managua, el entonces Representante Residente de las Naciones Unidas, don Carmelo Angulo expresó que “en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), definimos la Gobernabilidad como la suma de valores, leyes y reglas del juego de las que cada país se dota para resolver de manera pacífica y constructiva los problemas que puedan surgir entre las instituciones del Estado, el gobierno y los ciudadanos, así como entre estos mismos. La gobernabilidad comprende complejos mecanismos, procesos e instituciones a través de los cuales las personas articulan sus intereses, resuelven sus diferencias y ejercen sus derechos y obligaciones legales y personales. Aunque la gobernabilidad incluye al Estado, ésta lo trasciende al incluir también al sector privado y a las otras expresiones de la sociedad civil”. Y continuó, la gobernabilidad democrática tiene, al menos, cuatro grandes componentes:

- **Buen gobierno:** Se refiere a la transparencia, la claridad y la coherencia de los objetivos políticos, la buena gestión de los recursos económicos y medioambientales, la promoción de la equidad en el acceso a los mismos y la participación de los distintos sectores de la sociedad en las grandes decisiones. Estos principios otorgan una dirección estratégica al país y constituyen la base de la confianza entre gobernados y gobernantes.
- **Estado de derecho:** Está basado en un correcto equilibrio entre los distintos poderes del Estado. El respeto a la ley y la aplicación igualitaria de la justicia para toda la ciudadanía son sus principales características.
- **Participación:** Se requiere superara la visión limitada de la democracia como el sólo ejercicio electoral. La participación de los diferentes actores de la sociedad civil pasa por su involucramiento en los procesos económicos, sociales y políticos, asumiendo

2 Carlos Mateo Balmelli: *Gobernabilidad Democrática*, Fundación Konrad Adenauer, Asunción, Paraguay, 1998.

corresponsabilidad en la solución de los problemas y un papel beligerante en los procesos de control y auditoría social.

- **Cohesión social:** Su búsqueda conduce a la justicia social, a la superación de la marginación de importantes sectores sociales, a la salvaguarda de los derechos de las minorías y a la protección e inclusión de los grupos llamados “vulnerables”, que enfrentan limitaciones porque no tienen las mismas oportunidades que el resto de la sociedad (indígenas, mujeres, niños, jóvenes, discapacitados, etc.)”³.

La gobernabilidad democrática es, pues, el resultado de una sinergia en la cual intervienen una serie de elementos y prerequisites que deben darse en una sociedad. Pero, no existe una fórmula mágica ni preestablecida. Sin embargo, la gobernabilidad demanda el ejercicio pleno de la democracia como condición necesaria aunque no suficiente. Se requiere, además, la vigencia de ciertos valores claves, como la justicia, la libertad, la solidaridad, la transparencia, la participación y la responsabilidad ciudadana, mayor nivel de cultura política; entre otros. No hay gobernabilidad sin la interacción de todos los sectores sociales, que deben compartir el sentimiento de que sus demandas están, o pueden llegar a estar, razonablemente satisfechas.

Una sólida gobernabilidad democrática se asienta sobre la existencia de grandes consensos políticos y sociales. Hay quienes estiman que la idea de acuerdo, de consenso, es inherente a la definición de la gobernabilidad democrática. Algunos consideran que la puerta de entrada a la gobernabilidad democrática es la estabilidad política, resultado de una constelación de factores políticos, económicos y sociales. La gobernabilidad suele también asociarse, en el debate contemporáneo, con el desarrollo. Se dice así que en un país si no hay gobernabilidad no hay desarrollo y viceversa, si no hay desarrollo no hay gobernabilidad, pues las demandas insatisfechas generan tensión social e inestabilidad.

Sin duda, una relación armoniosa y respetuosa entre los poderes del Estado contribuye a generar estabilidad y a propiciar la gobernabilidad. Pero, no basta ese equilibrio entre los poderes del Estado. También se requieren relaciones constructivas con la sociedad civil organizada, que

3 Carmelo Angulo: *Desafíos de la gobernabilidad democrática en Nicaragua*, en *El PNUD y Nicaragua ante el Tercer Milenio. Una visión nicaragüense sobre gobernabilidad y desarrollo humano*, PNUD, 2001.

permitan fundamentar las políticas de largo plazo sobre amplios consensos nacionales. Un escenario de tal naturaleza fortalece la legitimidad de las instituciones políticas frente a la sociedad.

Según Fernando Carrillo Flórez, en su ensayo sobre el déficit de la democratización en América Latina, existe toda una constelación de déficits que desafían a la gobernabilidad democrática. Carrillo Flórez enumera los siguientes:

1. El déficit del constitucionalismo democrático.
2. El déficit de institucionalización democrática.
3. El déficit de lo público.
4. El déficit de ética pública.
5. El déficit de equidad.
6. El déficit de protección de derechos.
7. El déficit de justicia.
8. El déficit de seguridad ciudadana.
9. El déficit de ciudadanía.
10. El déficit de liderazgo político.
11. El déficit de representación.
12. El déficit parlamentario.
13. El déficit de capital social.
14. El déficit de cultura política⁴.

De ahí que algunos autores concluyan que la legitimidad del gobierno y de los partidos políticos ante la sociedad, la relación eficiente y armoniosa entre los poderes del Estado, la distribución de la riqueza con justicia social, la descentralización política y económica y los espacios de participación ciudadana en el quehacer local y nacional, son factores de estabilidad, de afianzamiento democrático y, por consiguiente, de una apropiada gobernabilidad democrática.

4 Fernando Carrillo Flórez: “*El déficit de la democratización en América Latina*”, en el libro colectivo: *Democracia en déficit. Gobernabilidad y Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C. 2001.

2. DEMOCRACIA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.

Si bien la democracia formal y representativa está incorporada como un valor en nuestra cultura política latinoamericana, el problema radica en que los gobiernos democráticos no han logrado ofrecer un nivel de bienestar aceptable a todos los sectores de la población ni resolver los problemas del desarrollo, lo cual genera frustración y crisis de credibilidad en el sistema democrático.

La llamada “*década perdida*” (la de los años 80) para América Latina, lo fue más que todo desde el punto de vista del desenvolvimiento económico. En cambio, la región experimentó un proceso paralelo de retorno a la democracia, por la vía de procesos electorales que significaron la recuperación de la confianza en las instituciones democráticas.

El reto que nuestros países enfrentan, de cara al siglo XXI, es fortalecer las instituciones democráticas como soporte indispensable para su ingreso en la modernidad. Nuestra historia reciente registra la paradoja de un avance en el camino democrático y un estancamiento, cuando no un franco retroceso, en la economía y en los niveles de vida de las grandes mayorías de la población. Esta situación lleva a Francisco Weffort a preguntarse: “¿Está la democracia en América Latina condenada a tener como compañera no a la modernidad sino a la decadencia?”. Si en la sociedad se arraiga el sentimiento de que en ella prevalece una gran desigualdad social, es difícil que se genere la estabilidad que la gobernabilidad democrática y el desarrollo humano sustentable requieren. Tiene que existir una cierta “*sensación de equidad social*”, señalan los analistas, para que la gobernabilidad no esté sometida al riesgo constante de la polarización y el estallido social.

La democracia política necesita para sobrevivir que las políticas económicas y las políticas sociales estén estrechamente unidas, integradas. Mejor dicho, que formen parte de un solo esfuerzo nacional. Una mayor equidad social incrementa las posibilidades de fortalecimiento democrático. En la actualidad, los estudios demuestran que América Latina es la región del mundo donde prevalece la mayor desigualdad social. En promedio, la distancia entre el 20% de la población más pobre y el 20% de la población más rica es de casi diez veces; en cambio, en los países industrializados esa relación es de seis, y en los países asiáticos de siete (Lechner, 1992). La aplicación de los planes de ajuste macroeconómicos, sin correctivos sociales, incrementó esa desigualdad. El siglo XX, dice

Enrique Iglesias, no pudo resolver el problema de la pobreza y la desigualdad por la debilidad en el funcionamiento de los sistemas políticos. Viene a propósito la frase de Juan Somavía: “No es justo equilibrar las cifras macroeconómicas a costa de desbalancear la vida de las gentes”.

En cifras redondas, el 40% de la población de América Latina y el Caribe, vive por debajo de la línea de pobreza (200 millones de seres humanos) y de ellos aproximadamente 125 millones viven en extrema pobreza, o sea con ingresos inferiores a dos dólares por día. El 10% de los hogares más ricos perciben el 40% del P.I.B. total. El 40% de la población económicamente activa trabaja en el sector informal de la economía.

La idea de pobreza está indefectiblemente asociada a la de carencia de algo. ¿Carencia, de qué? ¿Pobreza, de qué? se pregunta Federico Mayor, ex Director General de la UNESCO, y se contesta: “*No solo de los recursos indispensables, de alimentos, de vivienda, de vestidos, de conocimientos. Es también una pobreza de futuro, una pobreza de expectativas. Es, asimismo, una pobreza de participación en lo que constituye el único sistema en el que el diálogo y toda esta reflexión pueden llevarse a cabo, que es el de las libertades públicas y la democracia*”.

Si bien la economía en general ha experimentado un repunte en los últimos años, según la CEPAL, el último informe del PNUD sobre la pobreza en América Latina señala que este modesto crecimiento económico apenas redujo, según el BID y la CEPAL, en 13 millones el número de pobres. Según la misma CEPAL, el 80% de los nicaragüenses son pobres y más de la mitad de estos viven en la miseria.

Producto en buena parte de la aplicación de los planes de ajuste estructural y de las políticas de inspiración neoliberal, la situación de las clases medias, medias bajas y bajas ha empeorado significativamente en la región. Según la CEPAL el 16% de los niños/niñas de América Latina padecen de desnutrición (8.8 millones). El 25% de la población infantil deserta de la escuela antes de aprobar el 5to grado.

Estos escalofriantes datos mueven a Carlos Fuentes a afirmar, que “algo se está agotando en Latinoamérica: los pretextos para justificar la pobreza. Ni raza, ni clima, ni latitud, ni etnia, sirven para dar razón de la existencia de doscientos millones de pobres”... “Los pretextos para justificar la pobreza se están agotando porque se han agotado las ideologías que, desde la derecha o la izquierda, nos prometían paraíso instantáneo”. Como conclusión, Carlos Fuentes nos dice que “la desigualdad es el gran

baldón de la historia latinoamericana”. Ella y la pobreza, agrega, “nos marcan como hierro candente”. Cabe señalar que para Carlos Fuentes la educación es la mejor arma para combatir la pobreza, y resume su propuesta en este hermoso párrafo: “*Gobernar es poblar*”, dijo el siglo pasado el pensador argentino Juan Bautista Alberdi. Hoy diría: “*Gobernar es educar*”. El vigor de la América Latina reside en su población. Esa población quiere alcanzar plenamente la dignidad ciudadana. De población a ciudadanía. En este proceso indispensable, la cultura se acercará a la política, la creatividad a la economía y la pobreza a la prosperidad”. El promedio educativo de la población de América Latina no llega ni a la educación primaria completa. El 25% de los niños y niñas de América Latina abandonan la escuela primaria antes de aprobar el quinto grado. No nos extrañe, entonces, que América Latina solo produzca el 6% de la riqueza mundial y participe con un 4% en el comercio internacional. Su aporte a la producción científica mundial es mínimo.

La modernización del Estado es un elemento clave de la gobernabilidad democrática. Si, como se ha visto, una de las causas de las situaciones de ingobernabilidad se ciñe a la inadecuación de las actuales estructuras estatales y su desborde por las demandas que plantea la sociedad, el rediseño del Estado aparece como uno de los retos fundamentales que nuestros países tienen que enfrentar para mejorar las posibilidades de gobernabilidad.

¿Cuándo un Estado es moderno? Sergio Boisier nos dice que “un Estado es moderno en tanto sea capaz de comprender la estructura de su entorno, en tanto sea capaz de actuar en forma consonante con la forma de actuar del entorno y en tanto sea capaz de construir un futuro”.

Los procesos de globalización y de interdependencia han puesto en crisis el rol del Estado y el concepto mismo de soberanía nacional. El auge de las corrientes neoliberales estimuló la tendencia a reducir el papel del Estado y a fortalecer el mercado. A su vez, los procesos de descentralización significaron otra forma de disminuir las atribuciones del Estado central.

De esta suerte, el Estado aparece, como lo ha señalado Jacques Delors, disminuído por lo alto y por lo bajo: “La globalización de la economía mundial, que tira hacia arriba, y la descentralización y regionalización, que tira hacia abajo, son las dos fuerzas entre las que se encuentran actualmente los Estados-nación”. Pero, el Estado es el ámbito idóneo para

que los ciudadanos sepan donde están sus derechos y deberes. Sin perjuicio de dar su lugar propio al mercado, al Estado, sigue siendo una intermediación necesaria. El mercado también lo necesitamos, pero no puede ser el único horizonte de una sociedad. “El mercado, nos dice Octavio Paz, es un mecanismo, y como todo mecanismo no tiene conciencia”. El Estado nacional moderno tiene que ser funcional: hacia adentro, vía descentralización (microsoberanía) y hacia afuera, vía su incorporación a los procesos de integración regional y subregional (macrosoberanía). Algunos hablan de una doble apertura: la externa, empujada por la globalización y la interna promovida por la descentralización.

Nos parece que al abordar este tema, es necesario colocarlo en una perspectiva correcta y dentro de sus justas proporciones. Si bien existe en América Latina un consenso acerca de la necesidad de reformar el Estado, hay diversas maneras de examinar el problema. Cabe advertir que no debe confundirse modernización del Estado con privatización.

El primer aspecto que conviene definir es el rol mismo del Estado en la sociedad contemporánea, sus funciones actuales, su estructura y la dimensión del aparato estatal, todo dentro de una perspectiva de gobernabilidad democrática y una visión de la sociedad global y del nuevo papel que juega la sociedad civil organizada. Al respecto, los analistas señalan que para decidir la naturaleza de la reforma y el redimensionamiento del Estado es preciso definir, de previo, el grado de intervención del sector público en las políticas sociales, el equilibrio o balance entre los poderes y el mayor o menor grado de desconcertación o descentralización.

Reformar el Estado para hacerlo más funcional, no significa simplemente reducirlo. La modernización estatal no se limita al redimensionamiento del Estado. Se trata, más bien, de redefinir el papel del Estado y hasta podríamos decir, de reinventarlo para hacerlo más adecuado a sus nuevas funciones de cara al siglo XXI. Siendo, como lo es, un producto histórico, el Estado tiene que adaptarse al ritmo de los tiempos y a los nuevos paradigmas económicos, tecnológicos y socioculturales. Entonces, como dice Norbert Lechner, investigador de FLACSO, “la cuestión no es menos Estado o más Estado, sino otro Estado. Es una falacia contraponer Estado y mercado; a ambos los necesitamos. Lo que hay que resolver es la relación entre regulación estatal y dinámica económica”.

La reforma del Estado es una necesidad impostergable en nuestros países. Con Estados ineficientes no es posible ejecutar con éxito las indispensables reformas económicas y sociales capaces de promover

una auténtica gobernabilidad democrática. Pero el proceso debería abordarse de manera gradual e integral, de suerte que abarque todos los poderes del Estado, pues de nada serviría promover “enclaves de modernidad” en océanos de estructuras arcaicas. La gobernabilidad democrática prioriza en su agenda la reforma del Estado.

El papel estratégico del Estado, como generador de políticas de largo plazo que promuevan la equidad social, obliga a mejorar la calidad del Estado y a introducir la cultura de la visión prospectiva, la planificación estratégica y la evaluación permanente de sus actividades.

La redefinición del Estado debe también conducir a una relación más constructiva con la sociedad civil, con la cual puede redistribuir tareas, pero sin que el Estado se transforme en un cautivo del mercado ni del sector empresarial. Las funciones claves del Estado, su rol facilitador, compensador y promotor de la equidad y la solidaridad social no pueden privatizarse. Pero con un Estado ineficiente es difícil abogar por una mayor inversión social.

No se trata, entonces de escoger simplemente entre un Estado más grande o más pequeño, ni de sustituir el Estado por el mercado. La opción que se impone es un Estado diferente, de calidad, inteligente, con capacidad para diseñar e implementar las políticas y estrategias de desarrollo humano sustentable; más eficiente en la gestión de la cosa pública y más responsable ante sus ciudadanos. En otras palabras, un Estado Moderno, capaz de promover consensos que sirvan de base a políticas de largo aliento, es decir, “políticas de Estado” que trasciendan el tiempo de duración, de por sí limitado, de los gobiernos.

Estas políticas son especialmente necesarias en el sector social, a fin de asegurarles la continuidad indispensable para su eficacia. Hoy día, como dice un informe del PNUD, “el Estado Nacional es demasiado pequeño para las grandes cosas y demasiado grande para las pequeñas”.

El fortalecimiento de la sociedad civil obliga a una redefinición de sus relaciones con el Estado. La antinomia Estado vs. Sociedad Civil es una antinomia falsa y peligrosa, como advertimos antes. La expresión “sociedad civil” no es nueva. Antecedentes remotos los podemos encontrar incluso entre los filósofos clásicos griegos. Así, para Aristóteles la sociedad civil es la sociedad natural, pues el ser humano (*zoom politikon*) es por naturaleza gregario y tiende a vivir en comunidad (*polis*).

Por el contrario, para Thomas Hobbes el estado de naturaleza o sociedad natural es el caos y la anarquía, donde el “hombre es lobo del hombre”. Para salir de tal estado, los seres humanos pactaron la creación de la sociedad civil, es decir, “la sociedad civilizada”, o Estado.

El concepto moderno de sociedad civil se remonta a Marx, quien contrapuso la noción de sociedad civil a la del Estado. La sociedad civil la identifica con el ámbito donde se generan las relaciones que dan forma a las estructuras económico-sociales. El Estado es, en cambio, el ámbito de las superestructuras políticas y jurídicas.

¿Qué se entiende actualmente por sociedad civil? Hoy en día prevalece un criterio amplio, de suerte que la sociedad civil no sólo es el mundo de las organizaciones no-gubernamentales ni se reduce al sector empresarial. Es eso y mucho más: las asociaciones de defensa de los derechos humanos, las de profesionales, de jóvenes y mujeres organizadas, las cívicas e incluso los mismos partidos políticos. En una palabra: todo lo que no es el Estado, sin que esto signifique necesariamente contraposición.

La antinomia Estado versus Sociedad Civil debe ser superada por la vía del diálogo y la búsqueda de grandes consensos sociales, que los involucre a ambos y sirvan de base al diseño de políticas y estrategias de largo plazo, que trasciendan la duración de los gobiernos. De esta manera es posible promover una relación más constructiva entre la sociedad civil y el Estado y, por ende, una mejor gobernabilidad democrática.

No es cierto que basta disminuir el rol y el tamaño del Estado y desarrollar el mercado para que haya una mayor equidad y se fortalezca la democracia. Lo cierto es que el repliegue del Estado de una serie de áreas sociales ha producido mayor desigualdad y pobreza en muchos países.

Un Estado moderno, reformado y descentralizado en su estructura y redimensionado en sus funciones implica varias cuestiones, entre ellas, la estructuración de un sistema de partidos políticos fuerte, inclusivo y representativo, en que éstos sean capaces de generar coaliciones mayoritarias estables y de jugar lealmente los papeles de gobierno y oposición, reemplazando la tendencia tradicional de absorción o eliminación del “otro” por la negociación y concertación. Ello supone crear mecanismos institucionales de democratización interna de los partidos y asegurar un sistema de financiamiento público y transparente. Un buen sistema de elecciones primarias internas en los partidos políticos contribuiría a su democratización. La democracia representativa demanda partidos

políticos que abandonen las prácticas autoritarias y caudillezcas y practique en su seno una auténtica democracia.

Se requiere también reformar y fortalecer el Poder Judicial, pues una administración de justicia corrupta o complaciente es el primer paso a la impunidad y la impunidad es la madre de todas las calamidades. Decía don Pablo Antonio Cuadra: “Cuando la justicia se pervierte, la belleza es condenada a muerte”. Con un Poder Judicial altamente partidarizado y proclive a la corrupción no es posible edificar una gobernabilidad democrática.

A su vez, un Estado y un sistema de partidos organizado, exigen una sociedad civil autónoma y fuerte, es decir, actores sociales dotados de capacidad de acción no dependientes del Estado y los partidos, pero en vinculación con ellos.

El conjunto de transformaciones señaladas, que representan los desafíos a la gobernabilidad democrática en América Latina, deben ir acompañadas de un cambio en la cultura política, tanto de dirigentes como de ciudadanos. En primer lugar, se hace necesario un profundo proceso de educación política en todos los niveles, que incremente los niveles de racionalidad y comprensión colectiva en cada nación. En segundo lugar, hay que advertir contra el riesgo que el término de las políticas ideologizadas que amenazaban con la polarización y el fanatismo lleve a una concepción puramente instrumental de la política que deja de preocuparse por la sociedad y sólo busque la realización de intereses particulares. La pérdida de valores y aspiraciones generales de la sociedad, de lo que debería ser el verdadero debate ideológico, puede llevar al triunfo del fin que justifica todos los medios, a la corrupción o al alejamiento de la vida política por parte de la población que siente que ella no tiene nada que ver con sus vidas y problemas. Mantener la preocupación que hoy existe en la gente por “lo político” y evitar que ella desaparezca, exige reformular la actividad política y devolverle a ésta su dimensión ética.

3. ÉTICA Y POLÍTICA.

Esto nos lleva a examinar las relaciones entre la ética y la política.

La tesis de que la Política es una actividad ajena a la moral, donde lo único que cuenta es el acceso al poder, es rechazada hoy día por los

politólogos más sobresalientes, convencidos de que la política debe estar regida por la ética y que su fin último no es el poder por el poder mismo sino el bien común. En América Latina y el Caribe se hace necesario promover una nueva cultura política basada en la interdependencia entre lo ético y lo político, entendiendo a la ética no sólo como un conjunto de principios y valores sino como un elemento dinámico, movilizador del comportamiento político de nuestros pueblos.

La revalorización ética de la política llevaría a la ciudadanía a recuperar la credibilidad en la política como una actividad cuyo fin último es promover el bien común. El político debe promover la ética en todo lo que atañe a la sociedad, a partir de su propia transformación ética, su propio cambio. Así se transformaría en un ejemplo de lo ético para la sociedad de la cual forma parte. La función del político es servir. Elegir el camino de la política es elegir el camino del servicio.

Si bien la acción política busca alcanzar el poder, cuando ella está inspirada en principios éticos la búsqueda del poder no se agota en el poder mismo sino en la capacidad de dar respuestas a las demandas de la ciudadanía, en el contexto del pleno respeto a los derechos humanos.

La relación entre ética y política, no sólo atañe a quienes ejercen el poder desde los órganos del Estado sino también a los partidos políticos, empresarios, comunicadores sociales y a la ciudadanía en general, desde luego que todos participan en la política o sus acciones pueden tener impacto político. No es válida la dicotomía entre una ética pública y otra privada. La ética pública y la ética privada deben responder a un mismo referente valórico. Debe existir una sola ética. De esta suerte, es tan antiético el que corrompe como el que se deja corromper.

A pesar de la importancia que el Estado tiene en la vida económica y social, no cabe duda que la iniciativa privada, y concretamente los empresarios, han adquirido una gran preponderancia no sólo en lo económico, sino en su ineludible responsabilidad social. Hoy no basta con ser eficiente, se requiere además un comportamiento ético. De esta suerte, se perfila una ética empresarial, para la cual no puede ser indiferente lo que ocurre en la propia empresa o en su entorno. Esta ética empresarial debería, incluso, aplicarse a la acción de las transnacionales que son capaces de producir descalabros financieros en los países en desarrollo. Se requiere, entonces, una “globalización regulada” que impida que el capital transnacional genere desequilibrios que afecten a las sociedades.

La formación ética del ciudadano debe iniciarse en el seno de la familia y debe ser uno de los objetivos fundamentales de la educación. Es en el aula donde se gesta la educación para una ciudadanía consciente y activa. Todo esto demanda incorporar en los sistemas educativos de la región la formación en valores, mediante métodos pedagógicos que no se limiten a la simple transmisión de principios sino que, además, susciten la formación de conductas éticas.

Si bien se reconoce que la corrupción es, en parte, un problema cultural, que es preciso erradicar a través de la reincorporación en los sistemas educativos de contenidos de formación ética del ciudadano, el sistema jurídico debe contribuir a su control y sanción mediante una adecuada legislación. Pero también es preciso fortalecer la administración de la justicia, ya que la impunidad es la madre de todas las calamidades.

Pero la corrupción tiene una consecuencia más de fondo: carcome las raíces mismas de las instituciones democráticas. De ahí que se le tenga como un auténtico cáncer, que destruye las células vivas de la democracia. Alguien ha dicho que la corrupción es “el lobo de la democracia”. No es posible concebir una verdadera gobernabilidad democrática cuando la impunidad es la recompensa de la corrupción pública o privada.

Además, el efecto destructor de la corrupción mina la confianza de los pueblos en el sistema democrático, pues éstos ven frustradas, o mejor dicho defraudadas, las esperanzas que depositaron en las elecciones democráticas de autoridades. Tal sucede cuando aquéllos que fueron electos por el pueblo, en vez de dedicar todas sus energías a resolver los problemas del país o del municipio, tal como lo prometen en sus campañas electorales, utilizan el cargo para enriquecerse, para valerse de su posición para tener acceso al uso privado de los bienes del Estado, o para competir deslealmente con el sector privado.

Un estudio de Guillermo O’Donnell nos revela que el 66% de los encuestados en toda América Latina tiene poca o ninguna confianza en el Poder Judicial y el 60% tiene la percepción de que los funcionarios públicos son corruptos.

La falta de credibilidad y confianza en las instituciones y poderes del Estado erosiona y debilita la democracia. Debemos denunciar los dobles discursos y la falta de transparencia en las propuestas políticas y la práctica de los políticos. En Nicaragua se vuelve un imperativo moral promover una nueva cultura política basada en la interdependencia entre

lo ético y lo político, entendiendo a la ética no sólo como un conjunto de principios y valores, sino como un elemento dinámico y movilizador del comportamiento político de nuestros pueblos.

La revalorización ética de la política llevaría a la ciudadanía a recuperar la credibilidad en la política como una actividad cuyo fin último es promover el bien común. El político debe promover la ética en todo lo que atañe a la sociedad, a partir de su propia transformación ética, su propio cambio. Así se transforma en ejemplo de lo ético para la sociedad de la cual forma parte. La función del político es servir. Elegir el camino de la política es elegir el camino del servicio.

La relación entre ética y política no sólo atañe a quienes ejercen el poder desde los órganos del Estado sino también a los partidos políticos, empresarios, comunicadores sociales y a la ciudadanía en general, desde luego que todos participan en la política o sus acciones pueden tener impacto político. No es válida la dicotomía entre una ética pública y otra privada. La ética pública y la ética privada deben responder a un mismo referente valórico.

Escribe Bernard Crik, profesor de Ciencias Políticas de la afamada Escuela de Economía de Londres, en su ya clásica obra "*En defensa de la política*": "La política merece grandes elogios. Es una preocupación de hombres y mujeres libres y su existencia es una prueba de libertad. El elogio en labios de hombres y mujeres libres es valioso, pues es el único que no adolece de servilismo o condescendencia. La política merece ser elogiada como "ciencia" o actividad social que aspira al bien de todas las otras "ciencias" o actividades sin ánimo de destruir ninguna y cultivándolas todas hasta el punto que cada una de ellas permita. La política es creadora de civilización".

Pero, agregamos nosotros, para que la política merezca estos elogios necesariamente tiene que ir de la mano de la ética.

LOS EFECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO PROCEDENTE, IMPROCEDENTE Y NULO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL ESPAÑOL

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS¹

RESUMEN: Toda relación contractual en materia laboral supone el inicio o la extinción de dicha relación. En la extinción de dicha relación existen múltiples causales que las legislaciones en la materia suelen incorporar, así como los procedimientos a seguir. El autor pretende con este artículo científico, analizar dos de estas causas de extinción del contrato de trabajo previstas en la ley española, son las que, según la literalidad de tal norma, reciben el nombre concreto de “despido”: “*el despido colectivo*” y el “*el despido del trabajador*” que en realidad es el comúnmente denominado “*despido disciplinario*” del trabajador. No obstante, la doctrina científica, cuando se refiere a supuestos de despido incluye un tercero, al que rubrica de “despido por causas objetivas”, y al que se dice denominar en la ley simplemente como “*extinción del contrato por causas objetivas*”.

Este tema tiene por objeto, sólo el estudio del referido despido disciplinario del trabajador, y en concreto, únicamente se tratarán aquellos aspectos particulares del mismo que den respuesta a las cuestiones que en concreto y los efectos de que se puedan determinar los parecidos y disensos entre varios ordenamientos jurídicos iberoamericanos sobre tal despido.

El despido ha sido desde de una institución clásica y básica del Derecho del Trabajo, cuya significación hoy día adquiere nueva dimensión con ocasión en atención de fenómenos tan actuales como la flexibilidad laboral y las deslocalizaciones empresariales propias de una economía globalizada.

1 Profesor Honorario de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona (España), Vicepresidente del Instituto Iberoamericano del Derecho Deportivo

PALABRAS CLAVES: derecho laboral, extinción del contrato, despido disciplinario

ABSTRACT: All contractual relations in labor is the start or termination of the relationship. At the termination of that relationship there are multiple causal laws in this area typically incorporate, as well as the procedures to follow. The author aims with this scientific article, consider two of these grounds for termination of the employment contract under Spanish law, are those that, according to the wording of this rule, given the particular name of “redundancy”, “collective redundancies” and the “dismissal of the worker” actually is commonly called “disciplinary dismissal” of the worker. However, the scientific literature, when referring to cases of dismissal includes a third, which rubric of “dismissal for objective reasons”, and is said in the law referred to simply as “termination of employment for objective reasons”.

This theme aims, only the study of that disciplinary dismissal of workers, in particular, only those particular aspects of it that respond to specific issues and effects that can determine the similarities and disagreements will treat each several Latin American legal systems on such dismissal.

The dismissal was from a classic and basic institution of labor law, whose significance today acquires new dimension with time in care as current phenomena such as job flexibility and business relocations typical of a globalized economy.

I. INTRODUCCIÓN: FUENTES REGULADORAS, OBJETO DE ESTUDIO Y SU ENCUADRAMIENTO EN EL MARCO DEL DERECHO DEL TRABAJO

40

1. FUENTES REGULADORAS

Las principales reglas generales del ordenamiento jurídico español que regulan el despido, están establecidas en las dos siguientes normas²: primero, en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los

2 Un estudio detallado de cómo y cuántas veces ha venido cambiando la regulación del despido desde 1980 hasta hoy, daría una primera prueba objetiva de la significación del tema: tantas y cuantas “reformas laborales” se han sucedido en el tiempo –y no has sido pocas–, de una o de otra manera, han incido en la modificación de la regulación del despido.

Trabajadores (TRLET, en adelante)³, y en segundo término, en la Ley de Procedimiento Laboral (TRLPL, en adelante)⁴. Si bien es cierto que el TRLET es la norma laboral sustantiva o material por excelencia y el TRLPL la de ritual, también lo es que cualquier comentario sobre el despido requiere un estudio en paralelo de las mismas, pues en ambas se contienen, indistintamente, pautas materiales y procesales sobre tal cuestión⁵.

Dichas reglas generales, se deberán complementar, cuando así proceda, con otras pautas particulares, como por ejemplo las que: se contienen en los convenios colectivos aplicables; las establecidas en la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE, 8) (LOLS, en adelante)⁶, cuando el despido pueda afectar a dicho derecho; y en el caso que se trate, en concreto, de las denominadas “relaciones laborales especiales”, se deberán tener también en cuenta las pautas previstas en

3 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE, 29). El vigente Texto Refundido de la LET, tiene su origen en la Ley 8/1980, de 10 de marzo (BOE, 14), del Estatuto de los Trabajadores y recoge y refunde todas las modificaciones producidas hasta esa fecha. Con posterioridad a 1995, se han venido produciendo otras modificaciones de la LET, siendo la última de las mismas la introducida por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE, 14).

4 Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE, 11, corrección de erratas, BOE de 26 de mayo). En la LPL vigente se refunde las disposiciones dictadas desde la publicación del anterior texto articulado de la LPL aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril (BOE, 2 de mayo). Con posterioridad a 1995, se han venido produciendo otras varias modificaciones puntuales del TRLPL..

5 El texto completo del TRLET, se puede consultar en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (www.mtas.es), en concreto: <http://info.mtas.es/publica/estatuto06/estatuto.html>). El texto completo del TRLPL, se puede consultar en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (www.mtas.es), en concreto: <http://www.mtas.es/Guia2005/leyes/rdlg0295.html>

6 Cuyo texto en versión íntegra puede consultarse en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (www.mtas.es) y en concreto: <http://mtas.es/Guia2005/leyes/LO1185.html>.

las normas reglamentarias que las regulan⁷. En el mismo sentido, debe citarse el Convenio número 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo⁸.

2. EL OBJETO DEL TEMA

Entre las causas de extinción del contrato de trabajo previstas en la TR-LET (art. 49), dos son las que, según la literalidad de tal norma, reciben el nombre concreto de “despido”: “*el despido colectivo*” (art. 49.i TR-LET) y el “*el despido del trabajador*” (art. 49.k TRLET) que en realidad es el comúnmente denominado “*despido disciplinario*” del trabajador (art. 54 TRLET). No obstante, la doctrina científica, cuando se refiere a supuestos de despido incluye un tercero, al que rubrica de “despido por causas objetivas”, y al que el TRLET denomina simplemente como “*extinción del contrato por causas objetivas*” (art. 52 TRLET).

Este tema tiene por objeto, sólo el estudio del referido despido disciplinario del trabajador, y en concreto, únicamente se tratarán aquellos aspectos particulares del mismo que den respuesta a las cuestiones que en concreto me requiere la organización del Congreso y en especial a las que expresamente se formulan en el cuestionario preelaborado por el Relator de este tema, el Profesor Rolando Murgas Torrazza, a los efectos de que se puedan determinar los parecidos y disensos entre varios ordenamientos jurídicos iberoamericanos sobre tal despido⁹.

7 El art. 2 del TRLET, establece el listado de las denominadas “*relaciones laborales especiales*” (v.gr.: “*personal de alta dirección...deportistas y artistas profesionales...servicio del hogar familiar...*”, etc.), relaciones laborales cuya regulación particularizada se establece en sendas normas reglamentarias; es por ello que: lógicamente, el despido de trabajadores de tal condición, se regula por las pautas generales establecidas en la LET, y por las particulares contenidas en tales normas.

8 Adoptado por la Conferencia de la OIT el 22 de junio de 1982; ratificado por España (BOE, 29 junio de 1985, y cuya entrada en vigor está fechada el 23 de noviembre de 1985; para cuya interpretación puede también tenerse presente la Recomendación OIT 166, sobre el mismo tema, adoptada con la misma fecha. Las normas de la OIT pueden consultarse en su página web <http://www.ilo.org> .

9 No obstante, en una nota final a pie de página se reseñarán las reglas generales de los efectos jurídicos y económicos del despido por causas objetivas y por despido colectivo, a los solos efectos, de que el disciplinario quede mejor comentado.

3. EL DESPIDO EN SU CONTEXTO: DEL PRINCIPIO A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO AL DERECHO AL TRABAJO

Como bien resulta sabido, uno de los caracteres del contrato de trabajo es que se trata de un negocio jurídico de ejecución continuada, y ello es debido a que el propio objeto del contrato comporta ineludiblemente que tal acto jurídico tenga una -más o menos prolongada- duración en el tiempo; no es pues un acuerdo de voluntades que se consuma con un acto único. Proyección en el tiempo que permite afirmar que dicho contrato tiene su propio “ciclo vital”, a lo largo del cual se suceden diferentes circunstancias jurídicas de muy diversa condición y naturaleza que, para presentarlas de forma simplificada, se pueden agrupar en tres bloques o fases: en primer término, las que conforma su nacimiento, es decir aquellas que tienen como referente nuclear las manifestaciones de voluntad de las partes y la formalización de las mismas; en siguiente lugar, las vicisitudes que pueden acaecer durante su desarrollo (v. gr. interrupción, modificación y suspensión); y en tercer y último punto, el contrato de trabajo siempre se extingue, ya sea por una, u otra causa, pero siempre por una de las reseñadas al efecto, y entre las cuales se incluye el despido.

Apuntado y explicitado que el contrato de trabajo describe un ciclo en el tiempo, veamos a continuación, como además, las tres fases del mismo resultan ser interdependientes entre si, y, de forma especial, como en particular etapa final en la que se ubica el despido influye en la configuración de las dos precedentes, la primera y la intermedia.

No pretendemos caer en el error de cavilar sobre si la extinción del contrato, es, o no es, la fase del ciclo vital más importante del contrato desde una óptica jurídico laboral; pero no se puede dejar de señalar que, la regulación de la rescisión, condiciona muy y mucho, tanto la ordenación de la originaria suscripción del contrato de trabajo como el desarrollo del mismo a lo largo del tiempo. Apunta un dicho que: “Dime con quien andas y te diré quien eres”, pues bien: dígame cómo y con qué efectos se puede extinguir el contrato de trabajo, y descubriremos que interés tiene en la práctica seguir platicando, por ejemplo, sobre la bondad o maldad, que los contratos se deban, o no, convenir con una duración indeterminada o determinada; y, a mayor abundamiento, dígame cómo se puede extinguir el contrato, y también descubriremos, con qué garantías reales pueden los trabajadores ejercitar eficazmente sus derechos laborales individuales y colectivos durante el desarrollo del contrato.

Si la anterior reflexión formulada tomando como referente la extinción contractual en general, la reconducimos al supuesto de rescisión por despido del trabajador en particular, se advierte que lo que se quiere es transmitir la siguiente hipótesis de trabajo: una regulación muy laxa del despido –cuyo prototipo más paradigmático sería el despido libre o incluso el indemnizado con cantidades meramente simbólicas, que para el caso es casi lo mismo–, cercena de raíz, y dicho sea como muestra, el verdadero sentido del debate –tan actual por cierto– sobre la conveniencia de priorizar la contratación indefinida en detrimento de la temporal en aras a favorecer la estabilidad en el empleo, asimismo, puede desincentivar el ejercicio del derecho de libertad sindical por parte de los trabajadores; ejemplos estos que se citan para poder concluir esta opinión afirmando que la regulación del despido, no sólo incide sobre el principio de estabilidad en el empleo, que como se sabe es una pauta inspiradora del Derecho del Trabajo, sino que según y como se haga podría menoscabar el derecho al trabajo, e incluso, hipotéticamente, puede afectar de manera negativa el ejercicio del derecho a la libertad sindical, derechos ambos, que no sólo son bóvedas de clave del ordenamiento jurídico laboral, sino también de raíz constitucional.

Sí pues, la regulación del despido no siempre es una simple extinción del contrato, sino que, en ocasiones, es además una problemática que incide en la propia esencia del Derecho del Trabajo; también da cuenta de ello el que la regulación del despido ha ocupado y sigue ocupando un lugar destacado en un debate tan manido –y a veces más interesado que interesante– como es el de la flexibilidad laboral, práctica esta que, como resulta conocido, en ocasiones, puede derivar en otra experiencia más criticable cual es la desregulación laboral cuyas consecuencias forman parte de la vasta panoplia de ejemplos que escenifican el fenómeno de la huida del Derecho del Trabajo; pues bien, un despido “fácil” es una práctica desreguladora de las relaciones laborales. Y de cómo una laxa ordenación del despido, como última fase del ciclo vital del contrato, ocupa un lugar estelar en el debate sobre la flexibilidad laboral, también da cuenta la estrecha interrelación que tal práctica empresarial guarda con la primera de las fases contractuales enumeradas, queriendo con ello denotar que una contratación temporal, flexible por definición, es también una manera, indirecta si se quiere, de flexibilizar el despido, pues ambas fases del ciclo contractual, aunque dispares jurídicamente, funcionan en la práctica a modo de vasos comunicantes a los efectos que tratan en estas páginas.

Es en este contexto y no en otro, es en el que se encuadrará todo y cuanto se dirá a continuación sobre la regulación del despido disciplinario de trabajadores en el ordenamiento jurídico laboral español. Es por ello pues, que en las páginas que seguirán, no se reflejarán únicamente cuestiones jurídicas dogmático positivistas, valoraciones siempre necesarias, sino que también se formularán, en voz alta, críticas reflexiones desde la óptica de la política del derecho, apreciaciones estas no menos oportunas.

II. DESPIDO DISCIPLINARIO: UNA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EMPRESARIAL CAUSAL Y FORMAL

1. LA CONFIGURACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Como resulta sabido, el contrato de trabajo es el título jurídico que habilita al empresario a incorporar a su haz de propiedades los resultados del trabajo prestado por el trabajador, quien, en consecuencia, los presta personalmente y bajo el régimen de dependencia o subordinación (art. 1.1 TRLET); lógico es pues que si el asalariado no cumple con sus obligaciones, el empresario, consiguiente titular del poder disciplinario, lo reprenda con la sanción gradualmente adecuada, entre las cuales, la de mayor tenor es el despido disciplinario.

Ubicado que ha sido el despido en su marco general, se debe ahora concluir su contextualización añadiendo que: el despido es una como una moneda, tiene dos caras inseparables, una en la que se refleja que expresa su condición de causa de extinción del contrato, y la otra, que responde a su naturaleza de sanción disciplinaria.

El contrato de trabajo podrá extinguirse por resolución del empresario mediante despido disciplinario cuando el trabajador incumpla una “obligación contractual”¹⁰ de forma “grave” (v. gr. reiteración, habitualidad, continuidad....etc) y (acumulativamente) “culpable” (imputabilidad por dolo, culpa, malicia, imprudencia o negligencia grave...etc.)¹¹ (art. 54.1

10 En ningún caso como represión del ejercicio de derechos: Sentencia Tribunal Constitucional 14/1993, de 18 de enero.

11 Por todas, *vid.*: Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1986, de 24 de septiembre de 1987, y de 22 de febrero de 1990.

TRLET); las tres palabras entrecomilladas, son los núcleos de imputación del concepto de despido disciplinario, partiendo de los cuales se podría desarrollar el estudio del mismo; quehacer al que sólo cabría añadir una nota conceptual más: tener siempre presente que quien despide –si así lo desea– es el empresario, es por ello que se afirma que la referida extinción proviene de una decisión o resolución adoptada por el empleador, de la misma manera que es corriente afirmar que el despido conlleva la resolución (o extinción o rescisión) del contrato.

Pero además, el despido del trabajador es la sanción disciplinaria de más alto nivel, y por ello se debe aplicar teniendo siempre en cuenta que estamos en el terreno del “derecho sancionador”, y que éste tiene sus propias pautas y principios.

Es por todo ello que el despido, como resolución extintiva que es y como sanción que comporta, debe implementarse cumpliendo dos primeros requisitos básicos: el primero de fondo, y el segundo de forma. Se exige pues que el incumplimiento, alegado por el empresario, sea precisamente uno de los tipificados como tales en la normativa vigente, es por ello que se afirma que el despido disciplinario es una institución causal nunca *ad nutum*; y además, se requiere que su puesta en práctica por parte del empleador se haga siguiendo la tramitación establecida al respecto, es por ello que el despido es formal. Ambos requisitos, tienen por principal finalidad: impedir que el empresario ejercite su poder de dirección de forma irregular o arbitraria en general y que se extralimite en orden al ejercicio de su consiguiente potestad sancionadora en particular, para que así trabajador afectado por el despido disfrute de la necesaria seguridad jurídica, que, le permita defenderse si así lo estima oportuno. En todo caso, y como se ha confirmado judicialmente¹², debe tenerse presente que, el despido existe desde que, previa comunicación del empleador al trabajador, éste deja de prestar sus servicios efectivos, cuestión distinta es si después se convalidará o no en sede judicial.

Afirmar, en los términos relatados, que el despido disciplinario es causal y formal, es un primer argumento para defender que el ordenamiento jurídico laboral español no permite el despido libre; aseveración ahora

12 Sentencia Tribunal Supremo de 20 diciembre de 1989. El texto de las sentencias de la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, puede consultarse a partir de la página web del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es>) entrando en “Tribunal Supremo” (La Sala IV del Tribunal Supremo es la “Sala Social”).

pergeñada que adquirirá mayor precisión en un momento posterior al tratar, especialmente, de los efectos jurídicos y económicos del referido despido. Cuestión distinta es reflexionar sobre si el despido en España es más o menos “fácil” de consumir y/o, más o menos costoso o barato ponerlo en práctica, problemáticas estas sobre las que se opinará en los trazos finales de esta Ponencia.

2. LA CAUSALIDAD DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: PRINCIPIO DE CAUSALIDAD

Como se decía el despido es causal, es decir debe estar motivado, en concreto, por una –o varias- de las causas justas que están particular y concretamente tipificadas en la normativa aplicable como incumplimiento muy grave; exigencia de fondo que expresada en sentido negativo lleva a concluir que un incumplimiento del trabajar que no encaje en alguno de los tipos de incumplimiento muy grave configurados por la normativa, no podrá ser sancionado mediante el despido, sino que, en su caso, deberá serlo con otra corrección de menor rango disciplinario; siendo pues el despido una sanción, se debe también atender a la teoría de la gradualidad que permita una de adecuación entre varios referentes, tales como, por ejemplo, los hechos y la gravedad de la sanción, pero no se tendrán en cuenta hechos extraños a la empresa¹³. Es por todo ello que el despido disciplinario bajo la inspiración del principio de causalidad, cuestión distinta es qué entender por tal en ciertos casos concretos, pues como se advertirá, el despido improcedente por razones causales y tal principio, no son precisamente fáciles de emparejar.

El pasaje 54.2 del TRLET¹⁴ es el que enumera las causas que justifican el despido, listado que debe entenderse, por los motivos expuestos, como una lista cerrada¹⁵. Lógica rigidez que para nada queda desvirtuada, si se reconoce que las causas legales referidas en dicho pasaje legal se formulan de forma genérica y que en consecuencia, cada una de ellas, puede

13 Sentencia Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1990.

14 Cuyo tenor literal se da por reproducido a aras a la brevedad exigida; pero que puede consultarse en las páginas web referenciadas.

15 Ayuda a fundar tal opinión el hecho de que el art. 54.2 citado a diferencia, del 50.1, en el que se listan las causas de “extinción por voluntad del trabajador”, no se incluye una cláusula de cierre que expresamente permita ampliar la lista.

comprender varias conductas particulares e irregulares¹⁶; es por ello que ciertos convenios colectivos, partiendo siempre de las causas de despido tipificadas en el TRLET, las concretan y/o particularizan en atención a las características del ámbito de los mismos, sin que ello comporte incrementar el número de las mismas, pues la legislación estatal precitada no faculta a la autonomía colectiva a realizar tal labor expansiva. Así, cuando las circunstancias lo han requerido, ha sido la propia legislación estatal la que ha ampliado la lista de causas de despido¹⁷.

Que las causas de despido disciplinario, como se ha explicitado, estén relacionadas en una lista cerrada para garantizar la seguridad jurídica del trabajador, es, sin duda, muestra de una buena política legislativa, pues no se debe olvidar que el despido es también, como se ha apuntado, una práctica sancionadora. Pero tal bondad, no comporta, sin más, que no se deba comentar y en su caso criticar, que: no todas las causas de despido se incluyen en dicha lista, y que alguna de las que se citan no deberían constar. La omisión hace referencia a la no inclusión de la participación en huelga ilegal como causas de posible despido disciplinario¹⁸. Y

16 El hecho de que entre las causas justas de despido disciplinario se incluyan expresiones tan genéricas u omnicomprensivas, como por ejemplo: “*la indisciplina*”...“*la desobediencia*”...“*la transgresión de la buena fe contractual*...” (arts. 54.1.b y 54.1.d TRLET, respectivamente), posibilita afirmar que la clásica discusión sobre si la lista del pasaje 54.1 del TRLET es ejemplificativa o limitativa, pierde interés desde el punto de vista práctico.

17 En el citado pasaje 54.2 del TRLET, se ha incluido una nueva causa de despido: “*el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad u orientación sexual al empresario a las personas que trabajan en la empresa*”, añadido por el art. 37.Cinco de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas administrativas y de orden social (BOE, 31, corrección erratas BOE de 3 de enero de 2004 y BOE de 1 de abril de 2004). Normativa española mediante la cual se acogen las Directivas de la Unión Europea 2000/43 y 2000/78 sobre igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en el trabajo; normativa comunitaria que puede consultarse en <http://europa.int/eur-lex/es/index.html>.

18 Se debe recordar que en dicha lista de causas de despido, no se cita la participación en huelga ilegal, no obstante debe tenerse como incluida de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (BOE, 9), texto, preconstitucional, parcialmente vigente de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981m de 8 de abril (BOE, 25); sentencia que puede consultarse en la página web del Tribunal Constitucional (www.tribunalconstitucional.es) o directamente en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos) tc. Cuestión distinta es que la jurisprudencia, más que utilizar dicha norma de 1977

la extralimitación a una de las causas incluidas en la lista debería desaparecer de la misma; se está pensando en “*La embriaguez habitual o toxicomanía <si repercuten negativamente en el trabajo>*” > (art. 54.2.f TRLET), supresión puede fundarse, como mínimo, en dos convincentes argumentos: la embriaguez y toxicomanía, como enfermedades que son, deberían ser causas de suspensión del contrato, pero no de despido; y por lo demás, las repercusiones negativas en el trabajo que dichas situaciones pueden, sin duda, generar, bien podrían ser sancionadas, incluso, con el despido en atención a varias de las restantes causas que se incluyen en la repetida lista legal; así pues, jurídicamente es causa innecesaria, y socialmente desafortunada.

Cabe anticipar, por lo que después se dirá, que para que el despido prospere en sede judicial no es suficiente con que la causa (incumplimiento laboral del trabajador), hipotéticamente, exista (verdad material), sino que además deberá ser probada, carga que le corresponde al empresario, quien está obligado a aportar los medios de prueba para que sean valorados por el juzgador (verdad formal).

3. LA FORMA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

También el despido es formal, en los términos ya pergeñados. Con ello se pretende, principalmente, que el trabajador afectado, tenga conocimiento no sólo de la pretensión empresarial, sino que además sea conocedor de los motivos concretos alegados por el empresario, para que así, si lo desea, pueda impugnarlo en tiempo, con la forma y en el lugar debido, circunstancias éstas que serán objeto de consideración. Como se comprobará, la forma de referencia tiene una finalidad garantista y de interdicción de una hipotética arbitrariedad del empresario; dichas formas son las que legalmente se estalecen y las que se dedica un comentario a continuación, y las que por vía de convenio colectivo pudieran establecerse a modo de plus de garantía (art. 55.1, 2º párrafo del TRLET).

para tratar de la participación ilegal en la huelga como causa de despido (Sentencia Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1985), tenga tendencia a hacerlo con base a las causas del art. 54.2 del TRLET, como por ejemplo inasistencia al trabajo, transgresión de la buena fe contractual...etc. (v.g: Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1986 y de 23 de junio de 1988).

(El derecho a la huelga está reconocido en el art. 28.2 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (BOE, 29), pero todavía no se desarrollado mediante la ley orgánica correspondiente, debido serios problemas de acuerdo entre los diferentes Gobiernos y los agentes sociolaborales).

En punto a las formalidades del despido, a las que expresamente se refieren los puntos 1 y 2 del pasaje 55 del TRLET, se estima oportuno formular las siguientes puntualizaciones.

3.1 LA COMUNICACIÓN DEL DESPIDO: FORMA, CONTENIDO Y TIEMPO

1ª) El empresario que decida despedir, deberá comunicarlo al trabajador en tiempo y en forma, es decir, antes que el supuesto incumplimiento del trabajador haya prescrito¹⁹, y hacerlo obligatoriamente por escrito; no resulta pues posible un despido, cuando se haya producido la prescripción relatada, ni es un despido regular el comunicado de manera verbal, pero en este último caso el trabajador afectado deberá extremar su atención si es que además existen hechos fehacientes que le impide trabajar realmente, pues en este caso se podría tratar de lo que la doctrina científica denomina “despido tácito” (despido irregular) que por razones de seguridad exigiría que se impugnara judicialmente en tiempo y forma²⁰, pues podría entenderse que la omisión de la voluntad manifiesta resolutoria del empresario, aunque no se ha exteriorizado por medio de la carta de despido se desprende de la concurrencia de los hechos referidos.

En relación a la obligatoriedad de tal escritura conviene tener presente las dos cuestiones siguientes²¹. La primera, para enfatizar que el escrito de despido (“carta de despido”, en expresión coloquial) no sólo debe entregarse al trabajador sino que además éste ha de recibirlo de forma fehaciente (acto recepticio, en terminología doctrinal aceptada en el fondo por la jurisprudencia²²), pues la fecha de recepción es importante porque: condicionará el día en el que el despido será efectivo, a pesar de que la

19 Es decir sin que el tiempo transcurrido desde el supuesto incumplimiento laboral del trabajador hasta la comunicación de despido haya provocado la prescripción de las faltas y correspondientes sanciones, efectos jurídicos a los que se refiere el artículo 58 del TRLET.

20 Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1988, de 16 de noviembre de 1998, y, de 20 de mayo de 1990, citadas sean *ad exemplum*.

21 Se puede defender que la comunicación escrita, *per se*, no es una forma *ad solemnitatem* en sentido estricto, puesto que una lectura literal el art. 55.1 TRLET, como se detallará, no comporta en principio la nulidad del despido sino simplemente la improcedencia, pero no obstante habría que evaluar si dicha omisión o defecto de la comunicación escrita provoca, o no, la lesión de derechos fundamentales –v.gr. tutela judicial- en cuyo caso, bien se podría intentar predicar la nulidad del despido.

22 Entre otras muchas, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1990.

fecha recepción no tenga porque coincidir con la del despido efectivo; porque será la referencia para calcular el plazo de caducidad a los efectos de impugnar judicialmente el despido según lo previsto en el art. 59.3 TRLET; y porque, cuando proceda, fijará el día *a quo* para el cálculo de la cuantía de los denominados de tramitación o salarios decaídos. Y la segunda observación sobre la obligación de la forma consiste en precisar que, como mínimo, en tal escrito ha de constar con claridad la fecha a partir de la cual el trabajador deja de prestar sus servicios, y asimismo, deben citarse “*los hechos que lo motivan* (el despido)” (ex. art. 55.1, *in prius* TRLET), exigencia que, como se desprende de la literalidad del mandato legal, no se satisface con la simple cita o copia textual del título de la causa de despido tal y como se hace en el artículo 54.1 del TRLET, sino con el relato de los hechos circunstanciados de la misma sin necesidad de exhaustividad pero sí con la suficiencia necesaria en atención a los objetivos que persigue la exigencia de un contenido mínimo en tal escrito.

Como se comprueba, la finalidad de la comunicación escrita –exteriorización de la decisión resolutoria del empleador- y de su contenido mínimo, además de confirmar la referida causalidad del despido, es que el asalariado tenga conocimiento fehaciente de la decisión que adopta el empresario para que el afectado pueda reaccionar y hacerlo en tiempo²³. Por ello, resulta comprensible que al empresario, en trámite de impugnación, le esté vedado modificar sustancialmente la causa o motiva y/o los hechos relatados pues esta novación realmente comportaría un nuevo despido de un trabajador, ahora desamparado de la seguridad jurídica exigible y sumido en la consiguiente indefensión.

Es por todo ello, fácil de advertir, que, la recepción fehaciente de la carta despido, incluso la firma por parte del trabajador de la copia de la misma, no comporta aceptación de culpa alguna por parte del trabajador, quien, si así lo estima oportuno, podrá impugnar judicialmente el despido en cuestión.

23 Así se argumenta, entre otras, muchas en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1989, de 20 de febrero de 1991, y de 22 de febrero de 1993).

3.2 DESPIDO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES: EXPEDIENTE CONTRADICTORIO

Cuando el trabajador a despedir ostente cargo de representante legal de los trabajadores de la empresa (es decir, sea: Delegado de Personal, o miembro del Comité de Empresa, o Delegado Sindical²⁴), el empresario, antes de comunicarle el despido por escrito, estará obligado a tramitar un expediente contradictorio (art. 55.1, 3er párrafo TRLET)²⁵, en caso contrario el despido se calificará de improcedente; resultando así que el trabajador afectado podrá alegar todo lo que estime oportuno en su descargo, pero teniendo presente que, ni se practican pruebas en sentido estricto, ni que el resultado de tal expediente vincula al empresario. Dicho acto previo no es más que una garantía instrumental del ejercicio del derecho de libertad sindical por partida doble, es decir, a favor de los derechos sindicales del propio trabajador afectado y de los derechos de tal condición de los trabajadores representados que podrían quedarse sin representante aunque fuera temporalmente; es por ello que la exigencia del referido expediente contradictorio sólo en el caso de trabajadores representantes, no puede ser calificado de práctica discriminatoria, pues el trato diferenciado está debidamente justificado²⁶.

3.3 DESPIDO DE TRABAJADORES AFILIADOS A UN SINDICATO: AUDIENCIA SINDICAL

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato, y tal condición le constare al empresario, éste, antes de comunicar el despido al trabajador, de-

24 Esta garantía se extiende también a los candidatos proclamados mientras dure el proceso electoral (v. gr.: Sentencias Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 y de 20 de junio de 2000; pero no cambio no se prolonga al término del mandato (v. gr.: Sentencia Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997)

25 En este sentido, también se pronuncian: el art. 10.3 de la LOLS; el art. 68.a del propio TRLET; y, el art. 106.2 del TRLPL.

26 El art. 7 del precitado Convenio OIT 158/1982, establece la necesidad que el despido de todo trabajador vaya precedido por la “*posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra el...*”; pues, bien, esta audiencia previa del interesado no está prevista como tal en la legislación española, en la que, como se ha detallado, sólo se instituye mediante el expediente contradictorio previo cuando el despedido ostenta el cargo de representante en los términos relatados. La doctrina mayoritaria, entiende que tal omisión no contradice el Convenio OIT por cuanto que las garantías establecidas en el TRLET ya son suficientes; cuestión distinta es que los convenios colectivos lo incluyan como un trámite obligatorio para todo despido.

berá dar audiencia a los Delgados Sindicales de la Sección Sindical de la empresa del sindicato correspondiente(art. 55.1, 4º párrafo TRLET²⁷), en caso contrario el despido será declarado improcedente. La opinión de tal Sección Sindical manifestada en trámite de audiencia no vinculará al empresario, aunque no por ello se pueda dejar de reconocer que se trata de una garantía del ejercicio del derecho de libertad sindical, y en concreto de la vertiente individual del mismo en orden al derecho de afiliación sindical del que se benefician todos los trabajadores, pues sus representantes sindicales tendrán así la posibilidad de poder conocer si el despido en cuestión, en realidad, está motivado por la afiliación del trabajador, o se debe a otra causa justa o no²⁸.

El citado expediente contradictorio y/o la referida audiencia sindical, bien, podrían ser prácticas garantistas que por medio de los convenios colectivos se podrían extender a todos los trabajadores, utilizando para ello la previsión que al respecto establece el artículo 51.1, 2º párrafo del TRLET; posibilidad que por lo demás, y tal y como se ha explicitado, encajaría perfectamente con el Convenio OIT 158/1982²⁹.

3.4 INCUMPLIMIENTO DE LA FORMA

En la medida que las formas relatadas, como se ha advertido, resultan de obligado cumplimiento por parte del empresario, su omisión no puede resultar inocua, sino que deberá producir unos efectos determinados que serán objeto de tratamiento al tratar del despido improcedente, pues esta es la calificación judicial que corresponde al despido en tal supuesto de incumplimiento de forma.

27 En este sentido también se pronuncian: el art. 10.3.3º de la LOLS; y, el art. 104.d del TRLPL

28 El art. 7 del Convenio OIT 158/1982, establece que todos los trabajadores afectados por un despido deberán tener la previa “*posibilidad de defenderse de los cargos*” ante el empresario; pues, bien esta previa audiencia de todos los despedidos no está recogida en la legislación española, omisión que no obstante, entiende la doctrina, no menoscaba el Convenio OIT de referencia por cuanto que las leyes españolas ya ofrecen un sistema lo suficientemente garantista. Cuestión distinta es que los convenios colectivos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55.1, 2º párrafo del TRLET, establecieran dicha obligatoriedad en su ámbito.

29 En todo caso debe recordarse que el art. 64.1.7º del TRLET, establece que el Comité de Empresa deberá ser informado por el empleador de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves, es decir, también sobre el despido disciplinario.

Cabe dejar constancia aquí y ahora que por expreso mandato legal, si el despido se realizara inobservando las formas precitadas, o las convencionalmente establecidas, el empleador podrá realizar “*un nuevo despido*” en el que se cumplan los requisitos omitidos, pero deberá dejar transcurrir veinte días desde el anterior despido (art. 55.2 TRLET y art. 110.4 TRLPL)³⁰; resultando así que primero de los despidos no tiene consideración de tal, y en consecuencia los efectos sólo serán los que devengan del segundo, y es por ello que el empresario deberá satisfacer los salarios de los días intermedios, es decir los comprendidos entre el que dejó de prestar servicios con ocasión del primer despido hasta la fecha en el que resulte efectivo el segundo³¹. El supuesto relatado es de reiteración de despidos distintos, no de subsanación del primero.

III. CLASES DE DESPIDO DISCIPLINARIO: DESPIDO PROCEDENTE, DESPIDO IMPROCEDENTE Y DESPIDO NULO

1. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: TIEMPO, FORMA Y LUGAR.

Una vez que el trabajador reciba, en tiempo y forma, la comunicación escrita de despido, puede adoptar dos actitudes: avenirse sin más, en cuyo caso el contrato se extinguirá, y percibirá las cantidades salariales devengadas pero todavía no liquidadas (recibo de finiquito); o bien, oponerse, en cuyo supuesto deberá impugnar el despido ante el Juzgado de los Social competente, presentando en tiempo y forma una demanda en los términos que se reseñaran.

A los efectos de seguir desarrollando el objeto de la Ponencia, resulta necesario señalar que el ordenamiento jurídico español, establece la obli-

30 Posteriormente se tratará del siguiente caso especial: del segundo despido del trabajador previamente despedido improcedentemente por incumplimiento de formas pero que no obstante es readmito por el empresario, supuesto al que se refiere el apartado 4 del pasaje 110 del TRLPL.

31 Así mismo, durante tales días intermedios, el empresario está en la obligación de mantener en situación de alta en la Seguridad Social al trabajador afectado (art. 55.2, *in fine* TRLET y artículo 209.6 de la Ley General de Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 2 de junio (BOE, 29), varias veces modificada desde entonces.

gatoriedad que la impugnación judicial del despido vaya acompañada del trámite de conciliación administrativa previa (art. 63 TRLPL)³².

Es por ello que el trabajador que decida presentar la referida demanda por despido ante el órgano judicial precitado, obligatoriamente también deberá presentar la denominada papeleta de conciliación ante el órgano administrativo que resulte competente para realizar el referido trámite de conciliación³³. Si la conciliación concluye con avenencia de las partes, el acta administrativa levantada en dicho acto tendrá valor de sentencia (fuerza ejecutiva entre las partes), resultando así innecesaria la realización del proceso judicial ante el Juzgado de lo Social³⁴; mientras que, si el intento de conciliación administrativa finaliza, por la razón que fuere, sin avenencia, y así constare en el acta correspondiente, se deberá realizar el acto de juicio en sede judicial correspondiente al proceso laboral iniciado con ocasión de la presentación de la demanda.

Así pues, el trabajador afectado por el despido, como se ha explicitado, puede oponerse a la decisión empresarial impugnándola judicialmente en forma, tiempo y lugar correspondiente. La forma exige que el trabajador,

32 Tal conciliación administrativa no resulta necesaria en aquellos procesos por despido que sea parte demandada el Estado u otro ente público.(art. 54.2.a TRLPL), en cuyo caso resultará obligatoria la denominada “*reclamación previa judicial*” (arts. 59 a 73 TRLPL). En todo caso, no debe confundirse la referida conciliación administrativa previa obligatoria, a la que ahora se hace referencia, con la “conciliación judicial” que se realiza ante el propio juez al inicio del acto de juicio (art. 84 TRLPL).

33 Adviértase que se trata de un acto administrativo, no judicial pues, cuya razón de existir es el intento de evitar el juicio y que así sean las propias partes en conflicto las que diriman sus diferencias extrajudicialmente. El órgano administrativo competente es la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Dirección General del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o el homólogo autonómico cuando el conflicto se plante en una Comunidad Autónoma que tenga competencias en materia de conciliación laboral. Y por lo demás, presentada la demanda en plazo, la falta de conciliación administrativa previa es subsanable.

34 Interesa tener conocimiento que la presentación de la papeleta de conciliación administrativa suspende el plazo de caducidad legalmente establecido para la presentación de la demanda por despido ante el Juzgado de lo Social en los términos precisados en el art. 65 del TRLPL y 59 del TRLET. Sobre el tema, puede consultarse la Sentencia el Tribunal Constitucional 354/1993, de 29 de noviembre (BOE, 29 de diciembre) (Anteriormente se ha citado forma y manera de consulta digital de sentencias de dicho Tribunal).

ejercite su acción mediante la presentación de una demanda³⁵ en la que solicitará que el despido se declare nulo y/o improcedente; presentación que deberá hacerse durante el plazo establecido so pena de que su acción haya caducado³⁶; y la presentará en el Juzgado de lo Social que resulte competente³⁷.

2. EL PROCESO LABORAL POR DESPIDO DISCIPLINARIO: UNA MODALIDAD PROCESAL CON REGLAS DE PROCEDIMIENTO PARTICULARES

La presentación de la referida demanda en las condiciones expresadas, inicia el proceso laboral por despido disciplinario cuyo procedimiento, no sólo está regulado por las reglas generales de todo proceso laboral ordinario (arts. 80 a 101 TRLPL), sino que además lo está por otras particulares en atención a la materia en conflicto, y que son las que se establecen en los pasajes 103 a 113 del TRLPL. Así pues el proceso por despido disciplinario es una modalidad particular (*“modalidad procesal”* en ter-

35 Documento que deberá formalizarse por escrito y cuyo contenido mínimo debe ajustarse a las previsiones legales establecidas al respecto (arts. 80 y 104 TRLPL)

36 El plazo de presentación de la demanda, que es de caducidad a todos los efectos, comprende los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido el despido es decir dejado de prestar los servicios (art. 103.1 TRLPL y art. 59.3 TRLET), no obstante en atención a lo previsto en el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (supletoria del TRLPL), la presentación de la demanda puede hacerse hasta las 15 horas del día siguiente al del vencimiento referido; al respecto se pueden consultar, entre otras, las Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1982, de 12 de mayo (BOE, 18) y la 15/1985, de 5 de febrero (BOE, 5 de marzo). En todo caso, es muy importante recordar que: dicho plazo de caducidad quedará en suspenso –que no interrumpido– por la presentación de la ya comentada solicitud de conciliación administrativa previa y obligatoria (art. 59.3, 2º párrafo del TRLET), interrupción que se inicia el propio día de presentación de tal solicitud y que concluirá el día siguiente de intentada la conciliación o bien transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya celebrado por la razón que fuere (art. 65.1 TRLET), aunque se tendrá en cuenta a los efectos que aquí preocupan que, en todo caso, transcurridos treinta días sin celebrarse el acto de conciliación, el trámite se tendrá cumplido (art. 65.2 TRLET), previsión esta avalado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 354/1993, de 29 de noviembre (BOE, 29 de diciembre). [Debe recordarse que el mes de agosto, no es inhábil para la modalidades procesales de despido, *ex art.* 43.4 TRLPL].

37 Las reglas que concretan las competencias en orden al conocimiento de demandas por despido disciplinario entre todos los distintos Juzgados Sociales existentes se estipulan en el pasaje 10 del repetido TRLPL.

minología legal, según rúbrica del Título II <<”de las modalidades procesales>>de referencia), pero tal especificidad procedimental no debe ser entendida en el sentido que nos encontramos ante un proceso “especial”; de la misma manera que la jurisdicción es única, sin que ello impida que en la misma existen órganos judiciales especializados como los del orden social, el proceso laboral es uno, sin que ello imposibilite que, junto al proceso ordinario, existan otros –como el de despido disciplinario- cuyo procedimiento se configure teniendo también en cuenta unas reglas particulares justificadas por la naturaleza del objeto en litigio; la especialidad está pues en el procedimiento y no en el proceso en sentido estricto. La unicidad de jurisdicción y de proceso –es decir la supresión de jurisdicciones especiales y consiguientes procesos especiales- en los términos relatados, resulta ser una concepción del poder judicial –unos de los tres poderes del Estado- acorde con el “*Estado social y democrático de Derecho*” que configura el artículo 1.1 de la Constitución española vigente³⁸.

El proceso laboral por despido disciplinario, en el que la carga de la prueba corresponde al empleador³⁹, concluirá con el dictado de la correspondiente sentencia, y en el fallo la misma -donde se plasma la condena-, el juzgador calificará al despido como se comenta a continuación.

3. LA OBLIGADA CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO EN LA SENTENCIA DEL PROCESO DE INSTANCIA, UNA TRIPLE POSIBILIDAD: PROCEDENTE, IMPROCEDENTE O NULO

El propio TRLET, aún siendo, como se ha anticipado, una ley material o sustantiva por excelencia, ya establece que el “*despido será calificado como procedente, improcedente o nulo*” (art. 55.3 TRLET). Mandato legal que se formula con indubitado tono imperativo y que no cabe entender dirigido a nadie más que no sea el juzgador (Juzgado de lo Social), y a quien sólo se le ofrece la posibilidad de calificar al despido de una de las tres maneras citadas; mandato que por lo demás, lógicamente, se fórmula con más claridad y precisión en la norma de ritual o procesal, en la que, literalmente, se previene que: “*En el fallo de la sentencia, el*

38 Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE, 29).

39 Sentencia Tribunal Constitucional 27/1993, del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1991.

*Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo” (art. 108.1 TRLPL)*⁴⁰.

Estas son pues las tres únicas calificaciones que el despido voluntariamente patrocinado por el empleador puede recibir en sede judicial, y de entre tales sólo podrá hacerlo de una; y claro está, de la calificación otorgada por el juzgador, dependerán los efectos jurídicos y económicos del repetido despido, consecuencias estas que, como se ha anunciado, constituyen uno de los aspectos básicos del objeto de la Ponencia, y que consecuentemente serán cuestiones a tratar a continuación con el detalle y forma necesaria, pero no por ello sin la contención de espacio y el estilo expositivo, debido todo ello a las pautas de organización de este Congreso, que por lo demás resultan muy plausibles si lo que se pretende, es como, se ha anunciado, hacer un estudio de derecho comparado sobre unas institución jurídica determinada.

Es por todo ello necesario que, sin solución de continuidad, se dediquen unas líneas a conceptualizar el despido procedente, el improcedente, y el despido nulo; y cumplido dicho trámite conceptualista, se estará en disposición de tratar de los efectos jurídicos y económicos de cada una de las tres clases de despido, labor esta última, a la que para mayor orden y claridad explicativa, se dedicaran sendos apartados.

4. EL DESPIDO DISCIPLINARIO PROCEDENTE

El despido se calificará de procedente cuando el Juez entienda que se cumplen los dos siguientes requisitos: primero, que el empresario ha respetado las formas y formalidades que exige la tramitación del despido; y segundo, que el incumplimiento grave y culpable alegado por el empresario en su escrito de despido entregado al trabajador esta tipificado al efecto y que además quede suficientemente acreditado (art. 55.4 TRLET y art. 108.1, segundo párrafo TRLPL).

Ambos requisitos son acumulativos, y así, en la práctica judicial diaria, si el juzgador advierte error u omisión formal, posiblemente ya no entrará en cuestiones de fondo a los efectos de declarar el despido como

40 Tal y como ha venido argumentando la jurisprudencia –no sin controversia doctrinal–, el juzgador en su sentencia no está facultado para imponer otra sanción que no sea el despido, *v. gr.* y por todas: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1993, y en consecuencia no podrá fallar condena de sanción inferior al despido (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993).

procedente; y si entiende que las formas exigidas se han respetado, el juez a continuación, valorará la adecuación y consiguiente acreditación del incumplimiento laboral del trabajador denunciado, previa práctica de las pruebas aceptadas por el juez, pero aportadas por el empleador. En este supuesto pues, se sanciona a un trabajador cuya inocencia ha sido desmentida en sede judicial, es pues un trabajador “culpable”, y por ello resulta fácil advertir cuales serán los efectos jurídicos de tal despido.

5. EL DESPIDO DISCIPLINARIO IMPROCEDENTE: IMPROCEDENCIA FORMAL O IMPROCEDENCIA CAUSAL

El despido se calificará de improcedente, cuando en opinión del Juez concurren alguna de las dos circunstancias siguientes: primera, que no se hubiesen respetado las formas exigidas y citadas; segunda, cuando el incumplimiento del trabajador alegado por el empresario no sea el ajustado o no quede suficientemente acreditado en opinión del juzgador (art. 55.3 TRLET y art. 108.1, 2º párrafo TRLPL).

5.1 IMPROCEDENCIA FORMAL

En punto a la improcedencia por vulneración de los requisitos de forma, el pasaje 108.1, segundo párrafo del TRLPL, precisa que el despido “*será calificado de improcedente*” cuando la omisión formal se refiera a alguno de los requisitos de tal condición “*establecidos en el número uno del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores...*”, es decir, ausencia de escrito de despido, falta del contenido mínimo del mismo, expediente contradictorio cuando el trabajador a despedir sea representante de los trabajadores de la empresa; y la audiencia de los Delegados Sindicales, cuando el trabajador afectado esté afiliado al sindicato correspondiente y esta condición le constare al empleador, todo ello en los términos ya relatados⁴¹.

En ocasiones se afirma que si el juzgador advierte un defecto formal en la tramitación del despido, lo declarará improcedente sin necesidad de entrar en valoraciones sobre el fondo, aseveración esta que debería entenderse corregida cuando el despido pueda declararse nulo, pues no

41 Las omisiones en orden al referido expediente contradictorio y la audiencia sindical, justifican la improcedencia del despido, y en principio, no cabe considerar la posibilidad de la nulidad del mismo por lesión del derecho fundamental de libertad sindical.

hacerlo así bien podría provocar efectos no deseados por el legislador; y si las precitadas formalidades referidas se han cumplimentado debidamente, se pasará a considerar si el presunto incumplimiento laboral del actor se acredita por el demandado – quien, como hemos reiterado, asume la carga de la prueba- pues en caso contrario el juzgador también calificará el despido de improcedente.

Cabe recordar que calificar de improcedente el despido practicado por el empleador con incumplimiento de las formas debidas en la tramitación del despido por parte empresarial provoque la improcedencia del despido, es una decisión que el legislador tomó hace unos años, pues anteriormente tal conducta del empleador conllevaba la nulidad del despido. Tal modificación –hoy todavía vigente-, como resulta fácil advertir, comportó facilitar el despido, y por ello concitó la crítica de ciertos iuslaboralistas, pues con tal cambio se olvidan y contradicen las razones que justifican la necesidad de una tramitación formal por parte del empresario, como por ejemplo la seguridad jurídica, la posibilidad de defensa, y en definitiva, la tutela judicial. A los efectos de corregir los resultados perversos provocados por dicha alteración, cabe agudizar el celo en el sentido de valorar si las omisiones de forma, sólo son tales, o bien conllevan además menoscabo de derechos fundamentales, pues si así resultare, el despido no debería ser calificado de simplemente improcedente, sino de nulo en lo términos y por las razones que se detallarán⁴².

5.2 IMPROCEDENCIA CAUSAL

60

El despido disciplinario improcedente es la calificación debida cuando a criterio del juez, o no existe causa justificativa (incumplimiento contractual laboral, grave y culpable), o la misma no queda acreditada o probada, dicho sea en términos procesales. Resulta cómodo advertir que se plantea un problema que aunque obvio y consentido por nuestro legislador, no debe quedar sumido una vez más en el olvido: se está sancionado a un trabajador cuyo incumplimiento no se ha probado, es decir, se está possibilitando dejar –ni más ni menos– sin su trabajo, y derecho al mismo, a un asalariado “inocente”⁴³, resultado que contradice todas las reglas

42 El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 140/1999, de 22 de julio, extrema su atención en supuestos de quiebra del derecho a ejercitar acciones judiciales.

43 Lo de inocente entrecomillado, pues desde un principio se debe recordar que no resulta de aplicación al despido disciplinario el principio de presunción de

básicas del derecho en general. Es pues un resultado que, desde su origen está “viciado”, pues escapa de toda lógica jurídica⁴⁴, y en consecuencia, resulta obvio de prever que cualquier reconducción que el legislador pretenda introducir con ocasión de fijar los efectos de tal despido, no puede ser más que una forzada solución o incluso una criticable “componenda” que, por lo demás, trae su razón de ser en una circunstancia y polémica más coyuntural que sustancial. En todo caso, se entiende que el juzgador dispone de suficientes alternativas para corregir, si los hubiere, abusos y fraudes que se pudieran intentar cometer aprovechando el mejorable planteamiento legal de los efectos de la improcedencia causal; aunque en este punto también hay que ser extremadamente cauteloso por cuanto que el fraude y abuso referidos no siempre conducen al despido nulo⁴⁵.

6. EL DESPIDO DISCIPLINARIO NULO

6.1 DESPIDO NULO ORDINARIO

El despido se calificará de nulo, “*cuando tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas la por la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*” (art. 55.5 TRLET y art. 108.2 TRLPL)⁴⁶.

En relación a la transcrita configuración legal y general del despido nulo, se debe formular la siguiente observación: los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador a los que se refiere con los que se recogen en la Constitución española de 1978, en sus artículos 14 a 29, y entre tales el legislador ordinario parece que muestra especial interés por la represión de conductas empresariales discriminatorias (art. 14 CE),

inocencia recogido en el artículo 24.2 de la Constitución española de 1978, según ha razonado el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 27/1993, de 25 de enero, apreciación que aquí se cita sin más valoración.

44 Si el despido disciplinario es por definición causal, mal se entiende que la ausencia o acreditación de la misma de origen al despido improcedente, resultando así que el principio de causalidad resulta difícil de explicar argumentado que la causa es el derecho de opción en si mismo considerado.

45 Que un despido en fraude de ley sea calificado de improcedente y no de nulo, reaviva la problemática, y en este sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1996, la de 23 de mayo de 1996, y la de 10 de julio de 1996.

46 Concordancia básica con: art. 14 Constitución , y art. 4.2.c del TRLET.

pues este es el único de todos los fundamentales al que el legisferante se dirige por su propio nombre en particular⁴⁷.

6.2 DESPIDOS NULOS PARTICULARIZADOS

El tono general que se utiliza para conceptualizar el despido nulo, debe concretarse, con la cita de unos supuestos de despido nulo a los que la normativa se refiere de manera particularizada, y que son los siguientes: despido del trabajador durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento (preadoctivo o permanente), de menores de seis años (art. 108.2.a TRLPL y art. 55.5.a TRLET)⁴⁸; el de trabajadoras embarazadas y el de los trabajadores que hayan solicitado los permisos por lactancia de un hijo o guarda legal o excedencia para atender al cuidado de hijo de acuerdo con las previsiones legales establecidas al efecto (art. 108.2.b TRLPL y art. 55.5.b TRLET)⁴⁹; y, el de las trabajadoras víctimas de violencia de género en ciertos supuestos identificados legalmente (art. 55.5.b, segundo inciso TRLET)⁵⁰.

En punto a estos supuestos de despido nulo particularizados cabe añadir que: dicha nulidad podrá no apreciarse, cuando el despido esté motivado en razones ajenas al embarazo o con el ejercicio los permisos o licencias referidas, en cuyo caso cabría la posibilidad de un despido procedente (art. 1081.2, último párrafo TRLPL y art. 55.5, último párrafo TRLET); y, que si se acredita que el despido obedece a algunas de las causas referidas en tales despidos particularmente enfatizados, el juzgador deberá

47 Sobre cuestiones generales de despido nulo por violación de derechos fundamentales, *vid.* sentencia Tribunal Constitucional 66/1993.

48 Ambos en concordancia con el artículo 45 (*Causas y efectos de la suspensión*”), punto 1 letra d; pasaje estatutario este redactado de acuerdo con lo establecido en el art. 3 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE, 6 de diciembre, corr. err. BOE, 16).

49 Ambos en concordancia con los arts. 37.4, 37.5, y 46.3 del TRLET, pasajes éstos redactados de acuerdo con los arts. 2.1, 2.2, y 4 de la precita Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

50 Redactado de acuerdo a lo dispuesto en apartado Siete de la Disposición adicional de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE, 29 de diciembre, corr. err., BOE de 12 de abril de 2005).

obligatoriamente pronunciarse sobre la nulidad del despido “*con independencia de cuál haya sido la forma del mismo*” (art. 108.3 TRLPL), es pues este mandato una garantía de la operatividad del despido nulo, pues el legislador intenta evitar que cuestiones de forma pudieran de alguna manera desembocar en un despido improcedente⁵¹. El que el legislador en estos supuestos desprece el defecto de forma como posibilidad de justificar el despido improcedente, no puede ser tenido como argumento válido a los efectos de desvirtuar que como se ha razonado, ciertos defectos de forma puedan conducir, sin más, a la declaración de nulidad.

V. EFECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO PROCEDENTE

Si el fallo de la sentencia declara procedente el despido, es porque el juzgador estima la “culpabilidad” de trabajador en los términos ya relatados, y por ello, tal y como ya se ha sugerido en estas páginas, los efectos que el mismo conlleva son fáciles de adivinar con éxito (art. 55.7 TRLET y art. 109 TRLPL).

1. EFECTOS JURÍDICOS

Jurídicamente, el contrato se extingue con la fecha en que el trabajador dejó de prestar sus servicios de acuerdo con lo determinado en la comunicación escrita de despido

2. EFECTOS ECONÓMICOS

Desde la óptica económica el trabajador no tendrá derecho a percibir cantidad dineraria indemnizatoria alguna. Cuestión distinta es que el empresario deba saldar al ex trabajador con el pago de las cantidades salariales devengadas hasta la fecha del despido pero no liquidadas, finiquito que por lo demás se pone a disposición del asalariado afectado en el mismo momento en el que se le entrega la comunicación escrita de despido.

51 Dicho sea incidentalmente, esta previsión y consiguiente garantía que el legislador adopta en este caso, no hace más que confirmar la existencia de un problema ya señalado, cual es que un despido omitiendo formas sea, por regla general, improcedente y no nulo; es por ello que en este caso, el legislador se ve obligado a reconducir la situación.

VI. EFECTOS JURÍDICOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO IMPROCEDENTE

Los referidos efectos están condicionados a una cuestión previa: en este supuesto de despido, la normativa laboral vigente, ofrece una doble opción: la extinción del contrato indemnizado, o bien la readmisión del trabajador (art. 56.1 TRLET y art. 110.1 TRLPL). Cada una de las opciones generan efectos distintos.

1. EL DERECHO DE OPCIÓN SOBRE LA READMISIÓN

El derecho de opción precitado, como regla general, se atribuye al empresario⁵², salvo en el caso que el trabajador despedido sea un representante legal (unitario o sindical) de los trabajadores en la empresa, en cuyo supuesto la opción siempre corresponderá a éste a modo de garantía del ejercicio del derecho de libertad sindical (art. 56.4 TRLET y art. 110.2 del TRLPL)⁵³; derecho de elección en general que será objeto de posterior reflexión, pero del que aquí y ahora se deja constancia sobre el siguiente detalle legal: en el supuesto que el trabajador representante despedido improcedentemente se decida por la readmisión, el legislador, establece que: “*Cuando la opción, expresa o presunta, sea a favor de la readmisión, está será obligada*” (art. 56.4, *in fine* del TRLET)⁵⁴; solución esta que así anunciada, parece ser la única posible, pero que como se comprobará en su momento puede ser desvirtuada.

En ambos supuestos, la elección se ejercer en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia (art. 110.3 TRLPL y art. 56.1 TRLET). Si transcurren los cinco días referidos sin que el titular de la opción la ejercite, se entenderá que se inclina por la readmisión. Ejercido el derecho de readmisión, se comunicará en el los diez días siguientes, la fecha

52 En convenio colectivo bien podría establecerse, por ejemplo, que siempre será el trabajador quien ostente tal derecho de opción; así lo ha admitido la jurisprudencia, y al respecto sirva la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1997.

53 En la mismo sentido, los trabajadores designados para prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo prevenido en el pasaje 30.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE, 10).

54 De la misma manera que se anticipa que para el estudio del sentido y contenido de esta derecho del representante de los trabajadores, es conveniente la consulta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 142/1985, de 23 de octubre (BOE, 26 de noviembre).

de reingreso, que no podrá fijarse, como mínimo, antes de los tres días desde la recepción de la comunicación de la readmisión.

Este derecho de escogimiento así configurado y atribuido, es susceptible de crítica jurídica, pues, como se ha reiterado, comporta reconocer un beneficio, precisamente, a un empresario que ha incumplido las formas exigidas legalmente en la tramitación del despido, y/o que en todo caso es una sanción que se impone, también precisamente, a un trabajador acusado de un incumplimiento laboral que no ha sido probado, ni más ni menos, que en sede judicial.

2 LOS EFECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DESPIDO IMPROCEDENTE SIN READMISIÓN DEL TRABAJADOR

25. Veamos ahora cuáles son los efectos jurídicos y económicos en el supuesto de despido disciplinario improcedente sin readmisión.

2.1 EFECTOS JURÍDICOS: EXTINCIÓN

Desde la óptica jurídica, la no readmisión provoca la extinción del contrato de trabajo con la fecha en que el trabajador dejó de prestar sus servicios de acuerdo con lo determinado en la comunicación escrita de despido. Si el trabajador despedido cumple con todos los requisitos exigidos al respecto, se beneficiará de las prestaciones por desempleo.

2.2. EFECTOS ECONÓMICOS: INDEMNIZACIÓN Y SALARIOS DECAÍDOS

Económicamente, la no readmisión, obliga al empresario a satisfacer al trabajador dos partidas dinerarias por sendos conceptos jurídicos: la primera, una cantidad de condición indemnizatoria (art. 56.1.a TRLET) y una segunda en concepto de salarios de tramitación o salarios vencidos (art. 55.1.b TRLET). Ambas cantidades deberán constar en el fallo de la sentencia como condena al empresario, y las dos deberán satisfacerse en el caso de no readmitir al asalariado afectado, salvo el supuesto de exoneración de la liquidación de los referidos salarios decaídos que se comentará.

2.2.1 INDEMNIZACIÓN

La cuantía de la indemnización viene fijada en la ley (indemnización *ex legem*), con la siguiente fórmula: “cuarenta y cinco días de salario, por año trabajo, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades” (art. 56.1.a TRLET).

Sobre dicha indemnización en general y su cuantía en concreto, resulta interesante formular unas reflexiones, con la intención de que también sirvan en el momento en que se plantee el clásico e inevitable debate sobre si el despido “es caro o barato” en España. En cuanto a su naturaleza, se acepta doctrinalmente que se trata de una cantidad reparadora o indemnizatoria, que no sancionadora, aunque, cierto es, no sea *restitutio in integrum*. Es la indemnización cuya cuantía mínima legal es la más elevada de entre todas las previstas en supuestos de extinción de contratos de trabajo comunes⁵⁵. La cuantía de la indemnización señalada por la normativa, es tasada para el Juez quien, por si mismo, no puede tener en cuenta ninguna circunstancia concurrente más. Tiene la condición de mínima legal, es decir, individual o colectivamente se podría acordar cuantificaciones más favorables para los trabajadores, en cuyo caso el juzgador debería pasar por ellas. Como parámetro para el cálculo se toma el salario percibido por el trabajador en el momento del despido⁵⁶. La fórmula para el cálculo del montante de la indemnización está basada en una proporción directa y creciente que toma como único y exclusivo referente la antigüedad del trabajador en la empresa⁵⁷, de lo que se deduce que la indemnización correspondiente a trabajadores, no ya con menos antigüedad dicho sea en términos generales, sino simplemente contratados con carácter temporal resultarán ser razonablemente menos cuantiosas por lógica aritmética, resultando así, tal y como ya se ha planteado, que si afirmar que el despido más fácil y menos costoso consiste en contratar temporalmente puede resultar exagerado, sí que es cierto objetivamente que en un mercado de trabajo con una tasa de contratación temporal elevada –como es el caso español– comporta automáticamente que el despido improcedente resulte menos costoso para el empresario; es por ello que la contratación por tiempo determinado

55 A modo de ejemplo y para que sirva de relativa comparación, se puede recordar que, cuando el empresario incumpla gravemente sus obligaciones –v. gr. “*la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado*”–, el trabajador tiene, entre otras medidas reparadoras, el derecho de solicitar la extinción del contrato con la correspondiente indemnización, cuya cuantía es la misma que la del despido improcedente sin readmisión (art. 50 TRLET).

56 Apreciación jurisprudencial consolidada, v. gr., por todas: Sentencias Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 y de 3 de enero de 1991.

57 Salvo pacto en contrario convenido por las partes, al respecto, v. gr.: Sentencia Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1990.

reduce la indemnización de referencia, y en definitiva, rebaja pues los costes del despido ahora considerado⁵⁸.

2.2.2 SALARIOS DECAÍDOS

En punto a los salarios de tramitación siguen unas consideraciones sobre, su configuración, naturaleza jurídica, cálculo y cuantía, y otras observaciones menos positivistas.

A) Configuración

Los denominados salarios decaídos o de tramitación son los que el trabajador dejó de percibir por los días no trabajados desde el día de inicio del despido efectivo (día *a quo*: día en el que dejó de presta trabajo efectivo), hasta el día que el empresario opta por no readmitirlo (día *a quem*: día de reingreso efectivo)⁵⁹ (art. 56.1.b TRLET). Para el cálculo de los referidos salarios vencidos se tomara como referente el salario día percibido en el momento del despido.

Los salarios vencidos sólo reparan los perjuicios de haber dejado de trabajar unos días y en consecuencia sin percibir compensación alguna, otras circunstancias que hayan podido perjudicar al trabajador inactivo; se trata pues de una indemnización reparadora de daños y perjuicios tasada⁶⁰ más que de auténticos salarios, afirmación que en ciertos supuestos es contradicha por autores, pero que parece la más acorde con el supuesto⁶¹

Cierto es que la condena al pago de salarios de tramitación en el caso de no readmisión, puede parecer algo extraña, pero en realidad no es más que una componenda del legislador (o de su subconsciente, si se

58 La jurisprudencia acepta el cómputo del tiempo total de todos los contratos de duración determinada con la empresa, siempre que entre los mismos no existan *lapsus* temporales “significativos”, v.gr: Sentencias Tribunal Supremo, unificación de cortina, de 30 de marzo de 1999 y de 15 de febrero de 2000).

59 En estos apartados se trata de la readmisión en cumplimiento ordinario de la sentencia; el tema de los días efectivos de readmisión en los supuestos de ejecución de sentencias firmes de despido, o de ejecución provisional, se tratarán en los últimos.

60 Sentencia del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, de 20 de octubre de 2000.

61 Sentencia del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, de 10 de julio de 2000.

nos permite la expresión) que deja traslucir la problemática que conlleva cuantificar una indemnización debida por una extinción contractual “contranatura o jurídicamente forzada”, es decir la de un trabajador “inocente” en los términos explicitados. En este supuesto bien que se podría valorar la posibilidad de suprimir el pago de los salarios de tramitación incrementando proporcional y razonadamente la indemnización⁶², pero resulta comprensible –que no justificable– que posiblemente cualquier propuesta al respecto levantaría nuevas polémicas que, quizás, más que lograr avances de cara a un acuerdo, reavivaría más el disenso, a la vez que impediría la objetivación del cálculo de la cuantía de cierta parte de la indemnización global⁶³.

B) Reducción y supresión

En todo caso, en relación a los salarios decaídos debidos por el empresario en el caso del despido improcedente sin readmisión, se ha de señalar que ya desde hace tiempo se han venido y vienen introduciendo modificaciones legales que reducen la cuantía de los mismos⁶⁴, y tal es

62 La OIT al respecto de las compensaciones económicas por despido parte de una configuración muy amplia, que en consecuencia facilita a los Estados la regulación de las mismas. El artículo 12. 12.a del Convenio OIT 158/1982, es del siguiente tenor literal: “*De conformidad con la legislación y la práctica nacional, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: a) una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios, y del monto del salario....*”.

63 En tiempos de tendencia al abaratamiento de la indemnización del despido en estos supuestos, resulta comprensible que -estratégicamente- interese mantener con “personalidad propia” los salarios de tramitación; cuestión distinta son situaciones de *lege ferenda* planteadas en el marco de la discusión teórica de una política legislativa determinada.

64 Como supuestos de reducción de la cuantía de los salarios decaídos, se citan los siguientes, no sin antes manifestar que cada uno de ellos responde a razones distintas y es en atención a ello que las mismas pueden merecer una valoración más o menos negativa o positiva: cuando la sentencia de improcedencia se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles a contar desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de los días de salario que excedan de dichos sesenta días (art. 57.1 TRLET, y arts. 116 a 119 del TRLPL); si durante el tiempo transcurrido entre el despido y la sentencia, el trabajador afectado, no obstante hubiera prestado servicios remunerados en otra empresa, de la cantidad debida por salarios de tramitación se le deducirá la que corresponda a dichos salarios (art. 56.1.b TRLET; *idem*, cuando haya trabajado por cuenta propia

la intensidad de dicha línea de tendencia a la baja, que desde hace menos tiempo⁶⁵, incluso se pueden suprimir; proceso este que constituye una nueva, y sustanciosa, razón para explicar el paulatino y sostenido proceso de abaratamiento del despido de referencia.

En la actualidad, si el empresario que despide, reconoce, antes del acto de conciliación, la improcedencia del despido y a su vez deposita en el Juzgado de lo Social la citada indemnización (la del art. 56.1.a TRLET), y todo ello lo pone en conocimiento del afectado, verá reducida la cantidad debida por salarios vencidos, pues sólo los deberá satisfacer hasta la fecha del depósito; pero es que además si tal depósito y comunicación la realiza en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes a notificado el despido al trabajador, el empleador quedara exonerado de liquidar cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación (art. 55.2, 2º párrafo del TRLET)⁶⁶; se ha consumado pues la práctica desaparición del pago de los referidos salarios decaídos, posibilidad esta “ilógica”, pues se trata de un empresario que despide por incumplimiento del trabajador pero

(Sentencia Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1999); y, por último digamos que si el empresario, una vez notificado el despido, pero antes de la conciliación, puede reconocer la improcedencia, y depositar en el Juzgado de lo Social la cantidad de la indemnización (la del art. 56.1.a) poniéndolo en conocimiento del trabajador despedido, en cuyo caso, acepte o no el trabajador la indemnización, y si el despido se declara improcedente, los salarios de tramitación debidos sólo serán los correspondientes hasta la fecha de tal depósito (art. 56.2, segundo párrafo TRLET, introducido en dicho texto en atención a lo dispuesto en el art. 2.3 e la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE, 13). Como se advertirá este último supuesto de reducción de los salarios de tramitación, es el que conduce a la posibilidad de la práctica supresión de los mismos, posibilidad esta, que por su interés, se comenta en el propio cuerpo del texto de esta Ponencia.

65 Posibilidad introducida por la Ley 45/, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección del desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE, 13).

66 Apartado introducido en el TRLET conforme a lo dispuesto en el pasaje 2.3 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre e medidas urgentes para la reforma del sistema por desempleo y mejora de la ocupabilidad. La ironía jurídica que sin duda rezuma el juego de las palabras “lógica” *versus* “ilógica”, adquiere su verdadera dimensión si se advierte que el abaratamiento del despido improcedente que comporta la supresión de los salarios de tramitación, se introduce en una ley “urgente” que por lo demás tiene por objetivo lo que se desprende de la literalidad de su transcrito título.

que reconoce de antemano que tendrá dificultades para probar, en sede judicial, la infracción grave y culpable de la que acusa al asalariado; y si se adjetiva de “ilógica” la cuestión, también se puede aseverar que tal posibilidad es “lógica que sea ilógica”, pues existe un vicio de origen ya denunciado: que se trata de sancionar con despido disciplinario a un trabajador, que como se ha anticipado, es legalmente “inocente”. En todo caso resulta evidente que, reducir o suprimir los salarios de tramitación es una “salida” para abaratar el coste del despido, lo que ocurre es que hacerlo recortando, precisamente, los salarios decaídos, y no la indemnización, resulta ser una operación cuya explicación resulta más difícil pues quita valor y sentido que puedan tener los referidos salarios como compensación por el despido de referencia.

Evidentemente, el trabajador despedido y al que se le comunica el reconocimiento de la improcedencia y el depósito de la susodicha indemnización, podrá no obstante, impugnar judicialmente el despido, incluso postulando –y en su caso obteniendo– la nulidad del despido; por ello la tutela judicial efectiva no se menoscaba, pero muy posiblemente sí que se desincentiva que el trabajador afectado pleitee, pues una “solución” intermedia, como lo es la improcedencia, ya la tiene asegurada “sin tutela judicial” a la cual, en tal caso ha renunciado “voluntariamente”, y todo ello sin soportar las cargas e inseguridades que siempre conlleva pleitear.

2.3 EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA DE INSTANCIA PENDIENTE DE RECURSO EN EL SUPUESTO DE DESPIDO IMPROCEDENTE SIN READMISIÓN

Hasta aquí se ha tratado de los efectos jurídicos y económico del despido disciplinario improcedente sin readmisión en atención a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, que como se ha comentado son los que tienen competencia para conocer de la demanda interpuesta por el trabajador despedido, pues bien, a continuación se dedicarán unas breves líneas a tratar de la ejecución provisional de la misma⁶⁷.

Si se ha optado por la no readmisión, y la sentencia de improcedencia se recurre, por la parte que fuere, no procederá la ejecución provisional

67 En orden a la ejecución de sentencia, únicamente se hará referencia a la readmisión, pero o no a las cantidades dinerarias recaídas en condena, pues la ejecución de éstas son “ejecuciones dinerarias” que siguen las reglas generales.

de la sentencia en cuestión, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación de desempleo involuntario. Según sea la condena de la sentencia que resuelva el recurso –*v. gr.* supuesto en el que manteniéndose la improcedencia, no obstante la condena de mayor gravamen económico indemnizatorio para el empresario–, el empleador podrá cambiar el sentido de la opción, e inclinarse, ahora, por la readmisión de trabajador, debiendo atender las responsabilidades económicas que dicho cambio comporta en materia de salarios de tramitación y en orden a las cotizaciones debidas a la Seguridad Social; y si, en concreto, la nueva sentencia declara la nulidad del despido anteriormente calificado de improcedente, el derecho de opción ejercido en su momento se tendrá por no realizado (arts. 111. 1.b y 111.2, ambos TRLPL)⁶⁸, y claro está los efectos serán los propios del despido nulo.

3. LOS EFECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DESPIDO IMPROCEDENTE CON READMISIÓN DEL TRABAJADOR

A continuación, y siguiendo el orden preestablecido, se considerarán cuáles son los efectos jurídicos y económicos en el supuesto de despido disciplinario improcedente con readmisión, ya sea cuando la opción la ejerza el empresario o cuando así lo haga el trabajador por ostentar la condición de representante legal de los trabajadores en la empresa. Tales efectos, se resumen en los que siguen.

3.1 EFECTOS JURÍDICOS: NO EXTINCIÓN CONTRACTUAL

Desde la óptica **jurídica**, el despido disciplinario improcedente seguida de la readmisión del trabajador, como resulta lógico, no provoca la extinción del contrato de trabajo, pues se está ante un supuesto de reingreso al trabajo, y no frente a la formalización de un nuevo o contrato.

3.2 EFECTOS ECONÓMICOS: SALARIOS DECAÍDOS

Económicamente, la readmisión, sólo obliga al empresario a satisfacer al trabajador la cantidad correspondiente a los salarios de tramitación, pues lógicamente la indemnización establecida para el supuesto en el que no hay readmisión del trabajador no procede por propia definición.

68 El art. 112 de la LPL, regula los efectos que se producen en un caso particular: despido improcedente de un trabajador que sea representante legal, cuya sentencia sea recurrida.

Para el cálculo de la cuantía, la reducción y, en su caso, supresión de tales los salarios vencidos tramitación, como para otra cualquiera valoración sobre dichos salarios decaídos, valen aquí y ahora todas las consideraciones formuladas *supra* al tratar de idénticas cuestiones en punto al despido improcedente sin readmisión (art. 110.1, primer párrafo TRLPL).

3.3 READMISIÓN

Sobre la readmisión interesa puntualizar los siguientes aspectos, algunos formales o de procedimiento y otros más sustantivos:

- 1º) Desde la óptica formal, digamos que el empresario que haya optado por la readmisión siguiendo la tramitación ya expuesta, deberá comunicar por escrito al trabajador, en un plazo no superior a los diez días de notificada la sentencia, la fecha de reincorporación al puesto de trabajo que no podrá ser inferior a tres días desde la fecha de recepción de tal escrito (art. 276 TRLPL)⁶⁹. Del supuesto en que el empresario no lo readmita o lo haga irregularmente se tratará en el punto dedicado a la ejecución de la sentencia del supuesto.
- 2º) Como cuestión más de fondo, digamos que la readmisión obliga al empresario a facilitar el reingreso del trabajador “*en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido...*” (art. 110.1, 1er. párrafo, *in prius* TRLPL), expresión que debe entenderse en sentido amplio, y así por ejemplo y como regla general, el tiempo durante el cual el trabajador despedido no prestó sus servicios, computará a los efectos de la antigüedad del mismo.
- 3ª) Y en último lugar se debe recordar que el artículo 56 del TRLET dispone que si el despido improcedentemente ostentara cargo de representación en la empresa, y éste optara por la readmisión, ésta, sea “*expresa o presunta...será obligada*”; es una puntualización que configura un supuesto de readmisión reforzada que anteriormente ya ha sido citado, y sobre el que ahora, cabe añadir que se trata de una garantía más del derecho de libertad sindical, a la que ahora se volverá a dedicar atención con ocasión

69 Debe notarse que, tal y como hemos explicitado los salarios de tramitación que debe pagar al trabajador abarcarán hasta el día anterior al que efectivamente se reincorpore al trabajo, y así en consecuencia también se procederá en este caso (art. 276 TRLPL).

de plantar la ejecución de las sentencias firmes por este despido, aunque aquí se puede enfatizar, no sólo que la readmisión será obligatoria, sino que se admite la opción “expresa y tácita”.

3.4 EFECTOS DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA FIRME, Y EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA MISMA PENDIENTE DE RECURSO EN EL SUPUESTO DE DESPIDO IMPROCEDENTE SIN READMISIÓN

Hasta aquí se han explicitado los efectos jurídicos y económicos del despido disciplinario improcedente con readmisión en atención a la sentencia dictada en instancia por el Juzgado de lo Social (cumplimiento voluntario de la sentencia), que como se ha expuesto es el órgano que tiene atribuida la competencia para conocer de la demanda interpuesta por el trabajador despedido; pues bien, a continuación se dedicarán unas breves líneas sobre la ejecución de tal sentencia cuando es firme, y después a la ejecución provisional de la misma.

3.4.1 EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA FIRME. EL TRÁMITE DE INCIDENTE DE NO READMISIÓN

En punto a la ejecución de la sentencia firme del despido que ahora se considera, se ha de advertir que si el empresario no readmite o lo hace de forma irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución ante el propio Juzgado de lo Social en los términos establecidos al respecto (art. 277 TRLPL); órgano que judicial que, citará a las partes a comparecer ante el mismo a los efectos de ser examinados sobre los hechos y pruebas que pudieran explicar el no acatamiento de la sentencia (art. 279 TRLPL); en el plazo de tres días el juzgador, cuando aprecie las alegaciones del ejecutante, dictará un auto en el que: declarará extinguida el contrato con la fecha del auto; acordará que el empresario abone al trabajador una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades (arts. 279 TRLET y por remisión de éste, art. 110 LPL y 56.1 TRLPL)⁷⁰, y además, *“En atención a las circunstancias concurrentes y los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá (el juzgador) fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades”* (art. 279.2.b); y en tercer

⁷⁰ Adviértase que esta indemnización es idéntica a la que corresponde al supuesto de despido improcedente sin readmisión, y que ha sido anteriormente valorada.

lugar, en dicho auto se condenará al empresario al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez calificó el despido de improcedente hasta el día en que se dicte el auto referido (art. 279.c TRLET).

Ni que decir tiene que la solución legal que el legislador establece ante la negativa del empresario a materializar la readmisión que el mismo solicitó, merece como mínimo un par de comentarios, dicho sea todo ello a pesar de que se conoce que el propio Tribunal Constitucional ha venido avalando la regularidad de la sustitución de la readmisión por indemnizaciones⁷¹.

La primera para señalar que dicha alternativa no parece ser la que se aplicará cuando la readmisión debida y no cumplida por el empresario tenga su origen en la opción del trabajador despedido improcedentemente por ostentar cargo de representante de los trabajadores en la empresa, pues en este caso –recuérdese- la readmisión, sea “*expresa o presunta...será obligada*” (art. 56 TRLET)⁷²; este supuesto se tratará como si el despido fuera calificado de nulo (art. 280.1.a TRLPL).

Y la segunda, de tono lógicamente crítico, para denunciar que frente a un desacato del empresario a la autoridad judicial, el legislador laboral, no reacciona ponderadamente, pues, en principio, únicamente se limita a “dejar las cosas como si ni hubiera pasado nada” pues de ninguna otra manera se puede valorar que la “condena” que impone al empresario cuando cambia de opinión sin justificación admitida judicialmente es la misma que le hubiere correspondido si desde un buen principio el empresario hubiera optado por la no readmisión. Y se puede seguir sosteniendo tal opinión –aunque lógicamente podría existir otra mejor fundada en derecho– a pesar de que no se desconoce que el legislador introduce dos correcciones: incrementar el número de días de salario de tramitación debidos, e introducir la llamada “*indemnización adicional*”, pues ocurre que ninguna de las dos, o las dos conjuntamente, pueden ser adjetivadas, con garantías de éxito, como suficientemente compensadoras del nuevo perjuicio que genera desacato empresarial, pues tener

71 Sentencias 58/1983; 61/1992y 188/1993.

72 Afirmación que sin duda se confirma si se tiene presente que de la literalidad de los artículos 276 y 277 TRLET, aplicables en este caso, se refiere a empresarios que hayan, primero optado por la readmisión, y posteriormente no le hayan materializado debidamente.

que pagar más salarios de tramitación es una carga que se explica por sí misma —el supuesto contrario, sería impensable—, mientras que la nueva y/o segunda indemnización, que por lo demás se plantea simplemente como optativa —a decidir por el juez—, se fija con unas cantidades tanto mínimas como máximas, de las cuales se debe señalar que la mínima se vuelve a calcular por años de servicio lo que la desvaloriza en atención a la contratación temporal existente, y la máxima —se reitera: que tampoco se deja en manos del juez cuantificarla— se hace por cantidad a tanto alzado relativo que no parece ponderada para todos los supuestos imaginables. Se puede ser consciente que obligar al cumplimiento de una obligación de hacer como lo sería implementar la readmisión puede ser complicado —aunque la solución para hacerlo legalmente ya está acuñada en derecho—, pero no cabe olvidar que: tal fue la libre opción del empresario, quien además no recurre la sentencia, y por lo demás —y volviendo siempre al problema de origen— que se trata de un trabajador no sólo primero readmitido y después no readmitido, sino que además es —no se olvide— un trabajador que formal y legalmente es “inocente”, pero a al final pierde su puesto de trabajo a cambio de una cantidad dineraria, resultando así condicionado su derecho al trabajo⁷³. A pesar de todo ello, se puede seguir manteniendo que el ordenamiento jurídico laboral español no admite el despido libre, pues si antes se argüía que tal rescisión requiere causa y tramitación formal, ahora se puede añadir que además no es libre por cuanto que comporta indemnización y compensaciones económicas; pero con la misma intensidad y sinceridad reflexiva cabe seguir manteniendo que es una regulación con tales claroscuros que la hace susceptible de una mejora desde la óptica de una política de derecho, sin dejar claro está de reconocer, como se decía, que los condicionamientos coyunturales son muchos y delicados de recomponer.

Ya para concluir la exposición de los avatares que en la práctica pueden acaecer en fase de ejecución de la sentencia firme por despido improcedente con readmisión falta el comentario del siguiente aspecto particular: la readmisión en el supuesto que la misma tenga su origen en la opción del despedido por ser representante de los trabajadores de la empresa.

En este caso se aplica la regla siguiente: “*la sentencia se aplicará en su propios términos*”, pues así lo tiene estipulado el artículo 280.1.a del

73 Citado artículo 35.1 de la Constitución española, para cuyo estudio, *vid. v. gr.* la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, y en concreto su Fundamento Jurídico núm. 8).

TRLPL, es decir, que se aplicaría la misma pauta que la que rige en trámite de ejecución de una sentencia firme por despido nulo; es por ello que aquí y ahora cabe formular una remisión a lo que sobre la cuestión se dirá *infra* al tratar, decimos, de la referida ejecución de la sentencia por despido nulo, remisión que no obstante debe permitir adelantar aquí la cita de una cuestión que posteriormente se detallara: que de la dicción literal de la regla de referencia, no puede ni debe, deducir, sin más, que obligatoriamente procederá la readmisión del trabajador afectado.

3.4.2 EJECUCIÓN PROVISIONAL

En orden a la ejecución provisional, por pendencia de recurso, de la sentencia del Juzgado de los Social por despido improcedente con readmisión cabe señalar lo siguiente: cuando dicha sentencia sea recurrida por el empresario o por el trabajador ante el Tribunal competente, y el empresario optare por no readmitir al trabajador por propia decisión o no la permitiera cuando así optara el trabajador, deberá aquél “*satisfacer (al trabajador) la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad...*” mientras dure la tramitación del recurso (art. 295 en sus apartados 1 y 3 TRLPL)⁷⁴, lo cual, lógicamente comporta que el asalariado dejará de percibir las prestaciones por desempleo que pudieran corresponderle (art. 295.4 TRLET); no obstante el trabajador no readmitido podrá solicitar a la autoridad judicial competente su reingreso al puesto de trabajo, y ante ello el jugador, previa audiencia de las partes en litigio, “*resolverá lo que proceda*” (art. 296 TRLPL).

VII. EFECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DISCIPLINARIO NULO

Cuando el despido se califica de nulo, “*se condenará (al empresario) a la inmediata readmisión del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir*” (dicción literal del primer inciso del art. 113 TRPLP; y en

74 En el supuesto que el trabajador fuera requerido por el empresario para incorporarse al trabajo mientras se tramita el recurso, pero no lo hiciera sin justificación, el mismo sufrirá –lógicamente– la “*pérdida definitiva de los salarios*” a los que hace mención el comentado pasajes 295 y 297 del repetido TRLPL. Por lo demás, si la sentencia de recurso desfavoreciera al trabajador, éste no estará obligado a retornar los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional (art. 298 TRLPL).

el mismo sentido, art. 56.6 TRLET)⁷⁵; escueto mandato legal en este supuesto de despido que sirve de cabecera para tratar de los referidos efectos, y poder señalar así lo siguiente⁷⁶, no sin antes apuntar que tal clara y rotunda decisión del legislador se confirma si se recuerda que el segundo inciso del precitado pasaje 113 concluye mandando que “*La sentencia (declarando nulo el despido) será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos en el artículo 295, tanto cuando fuera recurrida por el empresario como por el trabajador*”⁷⁷.

1. EFECTOS JURÍDICOS: NO EXTINCIÓN CONTRACTUAL POR READMISIÓN

Jurídicamente el despido nulo no provoca la extinción del contrato de trabajo, pues la condena consiste, precisamente, en la readmisión inmediata y en los propios términos, y además no a un reingreso cualquiera, sino obligatorio –pues en este caso no se establece derecho de opción alguno- e inmediato –por expreso mandato legal- y por lo demás debe entenderse, lógicamente que, se trata de una readmisión “*en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido...*”, expresión que debe entenderse, como mínimo, en el sentido amplio comentado al tratar de otro supuesto (art. 110.1, 1er. párrafo, *in prius* TRLPL).

Si se tiene presente que la calificación de nulo trae su razón de ser de una infracción empresarial de derechos fundamentales contrastada judicialmente, la readmisión es lógica y materialmente la única alternativa posible de reponer al trabajador en la situación que le permita el eficaz ejercicio de tales derechos.

75 Sobre el alcance de la cuestión, ver las Sentencias del Tribunal Constitucional 58/1983, de 29 de junio (BOE, 15 de julio), y la 69/1983, de 26 de julio (BOE, 18 agosto).

76 En este punto de la exposición, y en lo fundamental, sólo se incluyen comentarios tomando como punto de referencia la sentencia de nulidad dictada por el Juzgado de lo Social, y no sobre las vicisitudes derivadas la nulidad que se obtiene en una segunda sentencia por haberse recurrido la primera. En todo caso, sobre la cuestión, téngase presente el pasaje 111,2 de l TRLET citado y comentado al tratar del despido improcedente, cuya sentencia se recurre, y la segunda declara la nulidad del despido.

77 Aunque esta cuestión será objeto de desarrollo posterior, a los efectos de comprensión, adelantamos que el art. 295 TRLPL, por lo que aquí interesa, establece que: el empresario que no obstante no lo readmita, deberá satisfacerle el salario debido.

2. EFECTOS ECONÓMICOS: SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Los efectos económicos del despido nulo consisten en la obligación del empresario de liquidar al trabajador los denominados salarios vencidos o decaídos⁷⁸. Sobre tal cuestión, valga aquí todo lo ya comentado al respecto de los mismos; pero teniendo muy presente que los salarios de tramitación no se podrán, reducir de la misma manera que ocurría en el supuesto de despido improcedente⁷⁹, ni tampoco se podrán suprimir en los términos que resultaba factible hacerlo con ocasión del despido improcedente⁸⁰.

Si en el caso de despido improcedente, el pago de los salarios de tramitación tenían una razón, más o menos, clara de ser —más en el caso de readmisión, que en el de no readmisión, por los razonamientos expuestos—, en el supuesto de despido nulo la explicación todavía es mayor, pues resultaría incomprensible que a quien en la propia empresa se le impide trabajar por despido que menoscaba el disfrute de un derecho fundamental, debiera, además, asumir la carga que comportaría no percibir el salario debido a la decisión, precisamente, de quien ha infringido el derecho en conflicto sentenciado; todo ello justifica que la normativa no prevea en este caso supuestos de reducción, y menos, de supresión del pago de los referidos salarios.

78 Obviamos aquí cualquier comentario sobre la posibilidad de solicitar una indemnización (daños y perjuicios de acuerdo con las previsiones de las normas civiles.

79 Así por ejemplo, no resulta de aplicación la reducción prevista para cuando la sentencia se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles a contar desde la fecha en que se presentó la demanda y el empresario podía reclamar del Estado el abono de los días de salario que excedan de dichos sesenta días, pues esta posibilidad, al decir de la normativa, está revista para el despido improcedente (art. 57.1 TRLET, y art. 116 TRLPL); tampoco está previsto el supuesto de reducción si durante el tiempo transcurrido entre el despido y la sentencia, el trabajador afectado, no obstante hubiera prestado servicios remunerados en otra empresa, de la cantidad debida por salarios de tramitación se le deducirá la que corresponda a dichos salarios, pues la normativa que trata de la cuestión sólo de refiere al despido improcedente (art. 56.1.b TRLET).

80 La comentada posibilidad de suprimir el pago de los salarios de tramitación de acuerdo con lo establecido en el citado y estudiado arts. 56.2 y concordante del TRLET, sólo resulta posible en el caso de que el empresario reconozca la improcedencia, y todo ello de acuerdo con lo establecido en dichos pasajes.

3. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA FIRME, Y EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA MISMA PENDIENTE DE RECURSO EN EL SUPUESTO DE DESPIDO IMPROCEDENTE SIN READMISIÓN

Hasta aquí se ha tratado de los efectos jurídicos y económico del despido disciplinario improcedente sin readmisión resultantes de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, que como se ha comentado son los que tienen competencia para conocer de la demanda interpuesta por el trabajador despedido; pues bien a continuación se dedicarán unas escasas líneas a tratar de: primero, de la ejecución de tal sentencia cuando es firme, y en segundo término, de la ejecución provisional de la misma.

4. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA FIRME, Y EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA MISMA PENDIENTE DE RECURSO EN EL SUPUESTO DE DESPIDO NULO

4.1 EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA FIRME

En punto a la ejecución de la sentencia de instancia firme por despido nulo se deberán tener presente, una regla general y otras más particulares⁸¹.

La regla general establece que el despido nulo obliga al empresario a la ejecución de la sentencia “*en su propios términos*” (art. 280.1.b TRL-PL), y es así que, si no se facilita el reingreso (o se hace de forma irregular) el juzgador, siguiendo el procedimiento establecido, requerirá del empresario que lo haga en las condiciones y tiempo establecido (arts. 280. 2 y 281 TRLPL).

Hasta aquí la regla general, se formula con claridad y lógica, por cuanto que respeta el propio mandato que estipula que la sentencia “*será “-obligatoriamente pues- ejecutada, tal y como se ha se ha dicho, “en su propios términos”*”; pero a continuación el propio legislador desvirtúa la susodicha regla al establecer unas pautas particulares, que como se comprobará, posibilitan que el empresario no readmita al asalariado; ires y venires legales que desde la óptica de una correcta política legislativa deben calificarse, desde un buen principio, cuando menos, de sorprendentes,

81 Recuérdese aquí, que tal como se ha anticipado en su lugar, las reglas sobre la ejecución de la sentencia firme por despido nulo, se aplican también en el supuesto de readmisión del trabajador despedido improcedentemente, pero que por su condición de representante opta por la readmisión (art. 280.1.a TRLPL).

opinión esta, pues de *lege ferenda*, que no desconoce el clásico principio *nemo ad factum cogi potest* que explica la dificultad que entraña imponer el cumplimiento de una obligación de hacer personalísima como lo es para el empresario la readmisión en cuestión.

El propio pasaje legal que establece la regla general comentada (art. 281 TRLET), y sin ni siquiera solución de continuidad, indica que tal readmisión se deberá implementar, pero añade lo siguiente: “*sin perjuicio de que adopte (el juzgador), a petición de parte, las medidas que dispone el artículo 282*”. Pues bien, tal pasaje 282 del TRLPL trata de los efectos que conlleva el hecho de que el empresario no readmita al trabajador; en definitiva, se faculta al empresario a no readmitir al trabajador, es decir, que posibilita que la sentencia no se ejecute en sus propios términos sino en los contrarios.

Cuando el empresario no cumpla la decisión judicial varias veces reiterada en fase de ejecución (*ex arts. 280.2 y 281.2 ambos TRLPL*), el juzgador deberá dictar un auto en el adoptará las siguientes medidas (art. 282 TRLPL): primera, que el trabajador siga percibiendo los salarios y los incrementos del mismo que se pudieran producir por convenio colectivo con el paso del tiempo; y, segunda, que el asalariado siga en situación de alta en el sistema de la Seguridad Social, y consecuentemente debiéndose se satisfacer las cotizaciones debidas.

Bien es cierto que en caso de desacato a la readmisión en el supuesto de despido nulo, las cargas del empresario son mayores que cuando tal circunstancia ocurre con el despido improcedente con readmisión, pero también lo es que en este supuesto, más grave, tampoco se logra la reparación del perjuicio del trabajador como tal, pues percibir salario sin trabajar, no deja de ser una situación, no sólo personalmente insatisfactoria a todas luces, sino también y sin duda perjudicial desde el punto de vista profesional; en definitiva es una solución que sin duda no resulta ponderada o equilibrada en atención a los hechos concurrentes. El desacato del empresario a la autoridad judicial en este caso, bien podría ser merecedor de un reproche y corrección legal más adecuada.

4.2 EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA PENDIENTE DE RECURSO EN EL SUPUESTO DE DESPIDO NULO

En fase de ejecución provisional de la sentencia que califica el despido de nulo, la normativa aplicable establece las siguientes pautas generales:

- 1^a) Que si el empresario recurre la sentencia de nulidad, podrá evitar la readmisión pero deberá seguir satisfaciendo al trabajador “*la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad...*” (art. 295.2 TRLPL), en cuyo caso éste dejara de percibir la prestación por desempleo (art. 295.4). Y en el caso de el trabajador no se reintegre al trabajo cuando el empresario le facilite la readmisión, aquél perderá los salarios correspondientes (art. 297 TRLPL).
- 2^a) Que si la primera sentencia de nulidad recurrida resultara corregida por una segunda declarando, por ejemplo, la procedencia, el trabajador no deberá reintegrar los salarios percibidos por los días trabajados fruto de su readmisión debida al cumplimiento ordinario de la primera sentencia (art. 298 TRLPL); en caso contrario, cuando menos, se podría producir un enriquecimiento injusto por parte del empleador.
- 3^a) Cuando el despido nulo afecte a un representante legal de los trabajadores, la sentencia deberá adoptar las medidas oportunas, para que al margen que la readmisión se produzca o no de la forma debida, con el objetivo de garantizar por parte del trabajador afectado el ejercicio de las funciones propias del cargo que ostenta mientras se sustancia el correspondiente recurso (art. 300 TRLPL)⁸².

82 Aunque el despido por causas objetivas y el despido colectivo no son objeto de esta Ponencia por las razones ya expuestas, bueno será introducir una breve referencia sobre los efectos de los mismos, para que así quede, más claro si cabe, lo que representa el despido disciplinario.

El despido por causas objetivas (arts. 52 y 53 TRLET), es el debido a razones ajenas a la voluntad del trabajador (ineptitud sobrevinida; falta de adaptación al puesto de trabajo; amortización de puestos e trabajo por causas técnicas, económicas, organizativas o productivas o por absentismo) y cuya puesta en práctica, en este caso con preaviso, requiere una tramitación por parte del empresario que no se detallará aquí, y que puede ser aceptado o impugnado judicialmente por el trabajador afectado presentando en tiempo, forma y lugar una demanda; en el caso de impugnación judicial, ésta seguirá las pautas del despido disciplinario que ya han sido comentadas; siendo los efectos, prácticamente los mismos, salvo que: si se declara procedente, la extinción del contrato se acompañará obligatoriamente de una indemnización legal, mínima y tasada de: veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año y con un máximo de doce mensualidades; y si se declara improcedente y el contrato a extinguir es, de la modalidad “para fomento de la contratación indefinida” la indemnización sólo será de 33 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN CRÍTICA.

- 1ª) El despido ha sido desde de una institución clásica y básica del Derecho del Trabajo, cuya significación hoy día adquiere nueva dimensión con ocasión en atención de fenómenos tan actuales como la flexibilidad laboral y las deslocalizaciones empresariales propias de una economía globalizada.
- 2ª) El despido disciplinario, despido por excelencia, tiene una doble condición: por sus efectos es una causa justa de extinción del contrato, y por su contenido es una sanción. Doble característica que hace de su estudio jurídico, cuestión más compleja. Dificultad que adquiere nueva dimensión si se tiene presente que, hoy día ya no es sólo eso: una sanción extintiva –que ya es mucho decir- sino que además, más artificiosa que realmente, se le viene considerando algo más: es considerado “un coste laboral”; circunstancia que indica sin duda que tal institución se ha desvirtuado y su regulación desubicado, explicándose así tantas y cuantas reformas legales viene sufriendo en los ordenamientos laboral, olvidando así- a la vez que desfigurando- el real significado de los despidos debidos por causas organizativas o económicas, “nuevos” despidos estos que precisamente surgieron para solventar las cuestiones de los costes de la actividad empresarial.
- 3ª) Tal contaminación que sufre en la actualidad del despido disciplinario explica, en parte, que lo que podría denominarse su “teoría general” ha caído en el olvido de la reflexión pues nadie trata de ello, mientras que el montante de su coste es lo único que parece interesar en los foros de

Mientras que el despido colectivo (art. 51 TRLET), es el debido a causas técnicas, organizativas, productivas o económicas, que en un periodo de 9 meses consecutivos afecte a un número de trabajadores que supere unos umbrales numéricos establecidos en la normativa y que son variables y directamente proporcionales al volumen de la plantilla de la empresa; con carácter previo exige un período de consulta con los representantes de los trabajadores en la empresa, y su implementación requiere obligatoriamente que la autoridad laboral administrativa (no pues la judicial) tramite un expediente de regulación de empleo y dicte la correspondiente resolución administrativa autorizando al empresario a la extinción de los contratos, en caso que la resolución sea negativa, el empresario no podrá despedir a los trabajadores; mientras que así autorizados los despidos, el empresario deberá satisfacer a los asalariados afectados una indemnización mínima legal tasada cuya cuantía se ajusta a la siguiente fórmula: 20 días salario por año de servicio, prorrateándose por meses el tiempo inferior a la año, hasta un máximo de doce mensualidades, cuantía que puede ser superior si así lo han acordado el empresario y los representantes los trabajadores durante el período de consulta.

debate: y aceptar trabajar en este escenario y sólo en éste es en si mismo una trampa. Es por ello que, cuestiones que en su momento resultaron polémicas ahora están aletargadas, así por ejemplo: el que el incumplimiento de las formas del despido, que antes provocaba que el despido se calificara de nulo, pero que desde hace tiempo los sea de simplemente improcedente, parece ser un detalle sin importancia; la desvirtuación que ha sufrido el principio de causalidad del despido con ocasión de aceptar que uno sin causa o sin que quede acreditada pueda provocar el despido improcedente; el que continúe siendo el empresario quien, sin más disponga del derecho de opción en caso de despido improcedente, no parece preocupante; y que en fase de ejecución de la sentencia firme de despido no se asegure la readmisión, parecen ser prácticas “lógicas” cuando en realidad, son como mínimo, realidades opinables desde el entendimiento jurídico.

- 4^a) El coste del despido disciplinario ha venido sometido a un progresivo de abaratamiento, sin que a su vez, se haya tenido en cuenta que han surgido nuevos fenómenos que ya de por si provocan el mismo resultado, como así ocurre con la contratación temporal y con cuantas modalidades de interposición empresarial se puedan imaginar. Tal omisión, provocada o no, es lo que explica que hoy el problema se enfoca desde otro ángulo muy diferente, cual es el que se condensa en la siguiente afirmación: la contratación indefinida, sin más, comporta el incremento del costo del trabajo. Afirmación, que como en realidad se sabe, no siempre es cierta en valores absolutos.
- 5^a) La flexibilización del principio de causalidad de la contratación temporal y la del principio de causalidad en el despido, no sólo facilita el mismo por partida doble, sino que además traza un circuito de la flexibilidad, que en ciertas ocasiones, más que tal flexibilidad puede llegar ser una práctica desreguladora de las relaciones laborales que resulta contraria a la propia esencia del Derecho del Trabajo.
- 6^a) Las opiniones que legítimamente opinan que el despido es caro, deberían precisar a qué tipo de despido se refieren, pues una valoración sobre costos requiere saber si se trata de un despido que es improcedente por decisión judicial y que el empresario, pudiéndolo hacer, no obstante opta por no readmitir al trabajador, o, por ejemplo, se trata de un despido objetivo por amortización de puesto de trabajo. Pero es que además valorar si un despido es “caro o barato”, exige tener en cuenta otros parámetros, como por ejemplo: tasas de desempleo, tasa de contratación temporal, índice de protección por desempleo, y cuantía y duración de las prestaciones por tal contingencia; en defi-

nitiva, que una indemnización por despido será “mayor o menor”, no sólo por razones intrínsecas derivadas de la cuantía de las mismas, sino también por la solidez del Estado del Bienestar.

- 7^a) En punto a la valoración del coste del despido no siempre se tiene en cuenta que también se han incorporado a la organización de la empresa, mecanismos que abaratan el coste del trabajo, como por ejemplo, la intermediación de empresas de trabajo temporal, empresas cuyos beneficios legales precisamente los obtienen asumiendo unos riesgos que el empresario de la empresa usuaria no quiere asumir por supuestamente costosos, dejando así pendiente de dilucidar si es que, en algunos supuestos, existe o no un déficit del buen saber organizar y administrar una empresa o un correcto proceder de la administración laboral. En esta misma línea discursiva cabe reflexionar sobre si puede ser o no cierto que ciertas subvenciones públicas para fomentar la contratación indefinida son efectivas, o bien si, por ejemplo, son las que en parte poco después se podrían utilizar para costear (con dinero “expúblico”) un despido, por lo demás, cada vez menos costoso.
- 8^a) El reciente rebaje del coste del despido en España por medio de la reducción o incluso supresión de los salarios de tramitación, es una operación criticable desde la óptica jurídica, y que sólo tiene su explicación en la falta de acuerdo sobre la cuantía de la indemnización y la consiguiente falta de decisión del legislador: ¿no se va a cobrar el salario debido porque el empresario despida (es decir no deje trabajar) y además simultáneamente él mismo auto-acepte ante el propio juzgador que lo hace de forma improcedente?, ¿encaja esta operación con algún tipo de lógica jurídica mínimamente sostenible? Si el legislador quiere eliminar los salarios de tramitación –que es lo que ha ocurrido-, que lo haga, pero expresamente, y si a continuación quiere, que reconsidere la cuantía de la indemnización, y si no, que no lo haga –que no lo ha hecho-, pero recurrir a subterfugios, por razones coyunturales, no es desde luego una operación de recibo a los efectos del necesario debate sobre el costo del despido.
- 9^a) Los aspectos nucleares del despido en general, y el disciplinario en particular, deberían ser objeto de nuevos replanteamientos más adecuados a las nuevas formas de organización del trabajo en la empresa, y especialmente lo deberían ser los temas clásicos y profundos del mismo que condicionan sus efectos jurídicos y económicos, pues el ordenamiento jurídico vigente español en estos momentos es el resultado de sucesivas reformas que se han sucedido desde 1984 hasta la última –2006- sin una línea clara y continua de proyección.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL SALVADOR

CAROLINA MORÁN DE GÓMEZ¹

RESUMEN: El presente artículo versa sobre “**La Negociación Colectiva de los Empleados Públicos en el Salvador**”, dicho artículo establece que la legislación salvadoreña regula la celebración de contratos y convenciones colectivas de trabajo de forma general a partir de su artículo 39 Constitucional y de forma más específica a través de la Ley de Servicio Civil en su artículo 101, por otra parte también nos hace referencia a las unidades de negociación sobre las cuales pueden recaer los conflictos colectivos de trabajo.

Es menester destacar que se nos explica de una manera sustancial el procedimiento negociador, abarcando de una forma fundamental cada una de las etapas de este, cabe mencionar que se enfatiza sobre la eficacia, vigencia, interpretación y aplicación de los contratos colectivos, así como también del derecho a la huelga que estos poseen.

PALABRAS CLAVES: Derecho, Convenios colectivos, negociación, sector público

ABSTRAC: This article is about “The negotiation collective of the employees public in el Salvador”, said article establishes that Salvadoran legislation regulates the conclusion of contracts and collective agreements of work in general from article 39 constitutional and more specifically through the law on Civil Service in its article 101, on the other hand it also refers us to bargaining units on which collective disputes may lie in work.

It is necessary to highlight that he is explains in a substantial way the negotiating procedure, covering each of the stages of this in a fundamental way, it is worth mentioning that he emphasizes on the effectiveness, validity, interpretation and application of collective agreements, as well as the right to strike that they have.

1 Docente e Investigadora Honoraria de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI, Iuslaboralista, Miembro de la AIDTSS, Docente de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, UCA y de la Universidad Francisco Gaviña de El Salvador. Socio Miembro de Tax & labor, Centroamérica.

I. NORMATIVA REGULADORA

La legislación salvadoreña para los servidores públicos al igual que para los privados, regula a partir del artículo 39 de la Constitución que: *“La ley regulará las condiciones en que se celebrarán los contratos y convenciones colectivos de trabajo. Las estipulaciones que estos contengan serán aplicables a todos los trabajadores...”*. Lo cual se viene a regularse en la Ley de Servicio Civil sólo para los servidores públicos en su artículo 101 estableciendo *que los contratos colectivos de trabajo tienen por objeto regular, durante su vigencia, las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo en las distintas dependencias de las Instituciones Públicas y los derechos y obligaciones de las partes contratantes.*

La Ley de Servicio Civil regula los conflictos colectivos de trabajo que se suscitan entre el Estado o instituciones públicas y sus servidores, reconociendo como clases de conflictos al igual que otras legislaciones, los conflictos Jurídicos o de Derecho y Económicos o de Intereses.

Los conflictos económicos o de intereses lo determina la ley como *todos aquellos conflictos que se originan de la negociación de las condiciones generales y especiales de la prestación de servicios de parte de los servidores públicos para con las instituciones de las que dependen²*, desarrollándose en las etapas siguientes: a) La de Trato Directo; b) La de Conciliación; y, c) La de Arbitraje.

86

Las partes intervinientes en el conflicto colectivo por parte de los servidores públicos es el sindicato, pudiendo elegir una comisión negociadora y suscriptora del contrato; por parte de la institución pública esa intervención esta designada al representante de la institución o por los representantes que éste designe y serán responsables de conducir las negociaciones. Ambas partes negociadoras del contrato pueden nombrar asesores hasta un máximo de cuatro, quienes intervendrán con derecho a voz en la negociación.

Al referirnos a la obligatoriedad de la negociación, nuestra legislación ha establecido que toda institución pública está obligada a negociar y celebrar el contrato colectivo de trabajo cuando al sindicato de la institución

2 Artículo 122 de la Ley de Servicio Civil.

pertenezcan el 51%³ de los servidores públicos de la institución, e incluso, en el caso de que no se lograra ese porcentaje y existen varios sindicatos en la institución, estos se pueden coaligar para llegar al porcentaje de ley requerido⁴ incluso aunque un sindicato logre ese porcentaje también se pueden coaligar con otros sindicatos si ellos lo consideran. Es de hacer notar que por cada institución pública sólo puede haber un contrato colectivo de trabajo.

II. UNIDADES DE NEGOCIACIÓN.

La legislación al regular los conflictos colectivos de carácter económico o intereses, ha establecido que los aspectos que se comprenderán serán todos aquellos que integren la relación de servidor público, tanto las de contenido salarial, como las relativas a las demás condiciones de trabajo, especificando que serán básicamente: a) Las condiciones laborales; b) La retribución de los trabajadores sobre la base de eficiencia, eficacia, productividad, calidad y economía; c) El establecimiento de las necesidades de capacitación relativas al desarrollo de las funciones propias de la Institución; y, d) La formación de comisiones mixtas entre representantes de las instituciones públicas y los sindicatos.

3 La existencia de los sindicatos de trabajadores y el cumplimiento del requisito de titularidad tienen como contenido teleológico el hecho de la contratación colectiva por medio de la cual se buscará la mejora de las condiciones de trabajo no sólo de los afiliados sino de todos los servidores de la institución, presentes y futuros, en el sentido de lo prescrito por el Art. 39 de la Constitución de que las estipulaciones de los contratos colectivos de trabajo serán aplicables a todos los trabajadores de las empresas que los hubieren suscrito, aunque no pertenezcan al sindicato contratante, y también a todos los demás trabajadores que ingresen a tales empresas durante la vigencia de dichos contratos, produciéndose lo que doctrinariamente se conoce como eficacia general del contrato colectivo de trabajo, contrariamente a la eficacia limitada que es prohibida por la Constitución, fortaleciendo esa posición con la prohibición de toda especie de cláusula de exclusión, según el inciso 5° del Art. 47 de la Constitución, ya con respecto a los no afiliados como a otros colectivos en cuanto al goce de derechos, prestaciones y beneficios derivados del contrato colectivo de trabajo.

4 Esto lo encontramos regulado en el artículo 106 de la Ley de Servicio Civil y a manera de comparación dicha ley no regula la negociación voluntaria a contrario el Código de Trabajo que si lo regula para el sector privado y las Instituciones Oficiales Autónomas.

De igual manera ha venido ha establecer que no puede ser objeto de negociación las decisiones de la Administración Pública que afecten sus potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas⁵; existiendo además la prohibición de cláusulas de exclusión en el contenido del contrato colectivo de trabajo.

Al referirnos al contenido del convenio colectivo, estamos haciendo alusión a lo que comprende la materia objeto del convenio, es decir, al conjunto de cláusulas y estipulaciones acordadas por los sujetos negociadores, que regulan las relaciones de trabajo en un determinado ámbito, siendo esa parte normativa del convenio la que viene a establecerse como fuente de la relación laboral fundamental en los derechos y obligaciones de los servidores públicos y el Estado o las instituciones públicas incluyendo a las municipalidades.

Dicho contenido de los contratos colectivos de trabajo para los servidores públicos según la legislación salvadoreña debe ser: a) Lugar y fecha del otorgamiento de los su otorgamiento de los contratos colectivos; b) Nombres completos y generales de quienes lo suscriben y expresión de la calidad en que actúan; c) La fecha en que entrará en vigor; d) Las condiciones generales de trabajo; e) Cláusulas que determinen los derechos y obligaciones de las partes contratantes; sin perjuicio de lo establecido en el ordenamiento jurídico⁶; f) Cláusulas que garanticen la ejecución o eficacia del contrato; g) Las demás estipulaciones en que convengan las partes contratantes; y, h) Las otras condiciones que las partes convengan y que no contengan una afectación al equilibrio del Presupuesto General del Estado, de tal manera de no afectar la prestación y la calidad de los servicios públicos.

5 Artículo 108 de la Ley de Servicio Civil.

6 Al referirse sin perjuicio a lo establecido en el ordenamiento jurídico, es porque como lo hemos manifestado anteriormente, dependiendo de la institución pública de que se trate así será la normativa que se aplicará a las relaciones individuales de los servidores públicos.

III. PROCEDIMIENTO NEGOCIADOR.

A) INICIO. ETAPA DE TRATO DIRECTO.

El procedimiento de negociación de los conflictos colectivos económicos o de intereses está regulado en la Ley de Servicio Civil en la Sección III según las etapas que antes mencionamos, dando inicio a la celebración o revisión del contrato⁷ mediante una solicitud que se denomina pliego de peticiones, ésta debe ser formulada por escrito y hacerse acompañar de dos ejemplares del proyecto de contrato, así como la acreditación de quien presente la solicitud; la certificación del punto de acta de la asamblea sindical de la sesión donde se haya aprobado el proyecto de contrato; aspectos básicos de la designación de la parte requerida; la designación de las personas encargadas de la negociación y como un requisito esencial está, que se debe hacer en la solicitud una breve relación de los fundamentos sociales, jurídicos, económicos y técnicos en los que se base el pliego de peticiones.

La solicitud de negociación o pliego de peticiones debe ser presentado ante el Tribunal de Servicio Civil, quien es el competente para conocer de este tipo de conflictos⁸; una vez recibida el tribunal de inmediato traslada

7 Al referirnos a la celebración de un contrato colectivo de trabajo, vamos a entender por aquellos contratos que se lleva a cabo su negociación por primera vez y la revisión son las subsiguientes veces en las cuales se negocia nuevamente el contrato.

8 Cuando son conflictos colectivos de carácter económico o intereses de los servidores públicos y el Estado, la Ley de Servicio Civil en su artículo 132 le da la competencia de conocer al Tribunal de Servicio Civil y no al Ministerio de Trabajo, ya que éste es sólo competente para el otorgamiento de la personalidad jurídica de las organizaciones sociales de los servidores públicos y para la negociación no, pero una vez negociado el contrato y que las partes cumplan con los requisitos legales, dicho Ministerio es nuevamente competente para llevar el registro de los Contratos Colectivos de Trabajo, excluyéndolo el legislador sólo del conflicto.

la solicitud a la parte a quien va dirigida⁹, y ésta, en el término de setenta y dos horas de recibida debe comunicarse con la parte oferente para determinar el lugar, fecha y hora en que se llevarán a cabo las sesiones de negociación¹⁰dando inicio a la primera etapa del conflicto colectivo siendo ésta la de Trato Directo, la cual tiene una duración de veinte días hábiles prorrogables por acuerdo de las partes, los cuales son contados a partir del siguiente a aquél en que la institución hubiese recibido el pliego de peticiones y en esta etapa las partes negocian de manera directa sin intervención del tribunal, siendo este solamente un facilitador del conflicto.

En la etapa de trato directo si las partes llegan a un acuerdo total sobre el proyecto de contrato colectivo de trabajo, este deberá someterse a la aprobación de la respectiva asamblea sindical y a opinión del titular de la institución que está negociando, la cual debe estar sujeta al dictamen

9 La Ley de Servicio Civil ha regulado en su artículo 137 la negativa a negociar para la parte a quien se presente una solicitud de negociación de un contrato colectivo de trabajo, estableciendo que está deberá comunicar su negativa al peticionario, expresando los motivos en que la funda, en un plazo de diez días contados al siguiente de recibida la solicitud; Si la negativa se fundare en la falta de titularidad del solicitante o en cualquier otra causa, el Tribunal de Servicio Civil, como acto previo a la siguiente etapa, mandará a oír a la otra parte por el término de tres días, abriendo el procedimiento a pruebas en un plazo de tres días hábiles y debiendo resolver el tribunal en el termino de dos días hábiles. Si la resolución del tribunal resuelve a lugar la negativa, el conflicto se dará por terminado, de lo contrario continua en la etapa de trato directo. Hay que hacer notar que la resolución del tribunal ante la negativa, admite recurso de revocatoria ante el mismo Tribunal.

Es de hacer notar que para la negociación colectiva en la administración pública el requisito de la titularidad es esencial, ya que se constituye en una condición *sine qua non* para proceder a la contratación colectiva, como lo exige el artículo 106 de la Ley de Servicio Civil, no dando lugar su texto al reconocimiento voluntario para esos efectos, especialmente las condiciones regladas que rigen las relaciones laborales en la administración pública y las facultades también regladas, conforme el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución que establece que “Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley.”

10 El artículo 134 de la Ley de Servicio Civil establece que en caso de que las partes no se reúnen o no se logran poner de acuerdo sobre las sesiones de negociación, cualquiera de ellas lo hará saber al Tribunal de Servicio Civil quien el que previa audiencia con las partes, determinará el lugar, fecha y la hora en que se efectuarán las sesiones de negociación.

favorable del Ministerio de Hacienda¹¹; una vez aprobado el contrato, las partes proceden a firmarlo y proviene su inscripción en el registro que para el efecto lleva el Ministerio de Trabajo, dándose así la finalización del conflicto. Ahora bien si las partes no logran un acuerdo total, sino que parcial, o en caso que no hubiere acuerdo, se hacen constar en acta los puntos sobre los cuales hubo acuerdo, especificándose, a su vez, aquéllos en que no los hubo. De inmediato, cualquiera de las partes podrá solicitar al Tribunal de Servicio Civil, que inicie la etapa de conciliación.

B) ETAPA DE CONCILIACIÓN.

La Etapa de Conciliación recae en el Tribunal de Servicio Civil, siendo el presidente de dicho tribunal el que interviene con el objeto de moderar el comportamiento de los interesados, de procurar el avenimiento de las partes y proponer soluciones equitativas; si el presidente lo considera, éste puede designar uno o más conciliadores¹²; el tribunal tiene el plazo de cuarenta y ocho horas para citar a las partes en conflicto, a efecto de proceder a establecer el calendario de reuniones y para que nombren a las personas que las hayan de representar y asesorar.

Esta etapa tiene una duración máxima de treinta días hábiles los cuales se cuentan a partir de la celebración de la primera reunión, pudiendo las

11 Esto lo encontramos regulado en el artículo 119 de la Ley de Servicio Civil el cual nos dice: que todo contrato colectivo celebrado con cualquier Institución Pública necesita para su validez, de la aprobación del titular de la misma, la cual estará sujeta a la opinión favorable del Ministerio de Hacienda. Para ello el funcionario respectivo hará la remisión dentro de los quince días hábiles siguientes de la firma del contrato.

El Ministerio de Hacienda, al momento de emitir la opinión a que se refiere el inciso que antecede, la cual se emitirá dentro del plazo máximo de noventa días, deberá someterse a lo que establece el artículo 226 de la Constitución y lo que sobre el particular establece la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado. En caso la opinión fuera desfavorable se extenderá la vigencia del contrato anterior si existiere, y en todo caso se abrirá la negociación con base en los parámetros que dicha opinión necesariamente contemplase.

En ningún caso podrá autorizarse ni emitir opinión favorable cuando el contrato en referencia exceda o pueda vulnerar lo que al efecto señala el artículo 228 de la Constitución.

La institución que celebre dicho contrato está obligada a comunicar el texto del mismo a la Corte de Cuentas de la República.

12 Art. 138 y sigs. Ley de Servicio Civil.

partes acordar su prórroga, no está sujeta a ninguna formalidad y no podrán admitirse sistemas o métodos de negociación que puedan obstaculizar el avenimiento, así como también en esta etapa debe existir mayor flexibilidad en el trámite y en lo que respecta a las actitudes de negociación de las partes. Ésta Etapa puede darse por terminada anticipadamente al presentarse cualquiera de las siguientes situaciones:

- 1^a) Cuando una de las partes manifiesta que no está dispuesta a conciliar; y,
- 2^a) Cuando una de las partes deja de concurrir a dos reuniones conciliatorias.

De todo lo actuado en las reuniones de conciliación se deberá elaborar acta, en la que se hará constar todo lo procedido. Si las partes no pusieron fin al conflicto en esta etapa, el conciliador que haya sido asignado al conflicto (en el caso de que no interviene el presidente del tribunal) deberá devolver las diligencias a efecto de que se pronuncie una resolución dando por terminada la etapa de conciliación, la cual se notifica a las partes¹³ procediendo el arbitraje en los puntos en los que no hubo acuerdo en las etapas anteriores.

C) ETAPA DE ARBITRAJE.

El proceso arbitral, es uno de los métodos alternativos de solución de conflictos, éste surge de la voluntad de las partes de someter la resolución del conflicto a un tribunal arbitral imparcial, independiente, que tiene criterio profesional, ético y equitativo. Los árbitros procederán y sentenciarán conforme les dictare su conciencia y con equidad. El Tribunal de arbitraje necesariamente debe actuar, deliberar y resolver con la asistencia plena de todos sus miembros; y sus resoluciones se adoptarán por mayoría de votos. En los conflictos colectivos contra el Estado se da

13 En la etapa de conciliación al igual que en la de trato directo, si las partes llegan a un acuerdo total sobre el proyecto de contrato colectivo de trabajo este deberá someterse a la aprobación de la respectiva asamblea sindical y a opinión del titular de la institución que está negociando, la cual debe estar sujeta al dictamen favorable del Ministerio de Hacienda; una vez aprobado el contrato, las partes proceden a firmarlo y proviene su inscripción en el registro que para el efecto lleva el Ministerio de Trabajo, dándose así la finalización del conflicto.

un arbitraje obligatorio¹⁴, ya que existe una prohibición en la Constitución para el derecho de huelga de los servidores públicos¹⁵.

Dentro de las setenta y dos horas de haberse sometido el conflicto al arbitraje, cada una de las partes designará un arbitrador y se le comunicará al Presidente del Tribunal de Servicio Civil. Si las partes, o alguna de ellas, no hicieren el nombramiento en dicho plazo, el presidente lo hará en nombre del omiso u omisos. El tribunal arbitral es juramentado por dicho funcionario y en ese mismo acto se designa un tercer árbitro que hace las veces de presidente del tribunal arbitral.

Para ser árbitro¹⁶ estos deberán ser ciudadanos salvadoreños, mayores de treinta y cinco años, con título universitario, que se encuentren en el goce pleno de sus derechos civiles y políticos; además por cada árbitro las partes deberán designar un sustituto, el cual será juramentado de igual manera que el titular y tomará su lugar en caso de muerte, renuncia o remoción del cargo por una causal de recusación.

Los impedimentos para ser miembros del tribunal de arbitraje según la ley son: el que hubieran intervenido en el conflicto en representación de las partes en las etapas de arreglo directo o de conciliación, ya sea de manera directa como indirecta, así como también el que exista un vínculo a cualquiera de las partes como sus directivos, empleados, representantes, socios, afiliados, asesores, apoderados o abogados permanentes;

14 En lo que respecta al arbitraje obligatorio, la posición del Comité de Libertad Sindical es clara: sólo es admisible con respecto a huelgas en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, en caso de crisis nacional aguda o en la función pública: El arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga sólo es aceptable cuando lo han pedido las dos partes implicadas en el conflicto o en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir, en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población. Véase Recopilación de 1996, párrafo 515 OIT).

15 El artículo 221 de la Constitución prohíbe la huelga de los trabajadores públicos y municipales, lo mismo que el abandono colectivo de sus cargos.

16 Es de hacer notar que los miembros del tribunal arbitral según la Ley de Servicio Civil no puede injustificadamente no asistir a las actuaciones del Tribunal, ya que la sanción que se le da es que pierde sus honorarios y en caso de una segunda inasistencia injustificada, da lugar a la comparecencia del árbitro por apremio.

pudiendo ser recusados ante el presidente del tribunal, dentro de las 48 horas de juramentados, y dicho funcionario resolverá el incidente en las 48 horas siguientes. La resolución del funcionario sobre el incidente admitirá recurso de revocatoria. Son causas de recusación las siguientes:

- 1^a) No reunir los requisitos necesarios para ser miembro del Tribunal de Arbitraje o tener cualquiera de los impedimentos señalados en el Art. 147;
- 2^a) Ser cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los representantes, funcionarios, concejales, directivos, asesores o apoderados; y,
- 3^a) Tener interés comprobado en el conflicto.

El tribunal arbitral contará con treinta días contados a partir de la fecha de su integración para pronunciar el fallo de lo contrario los miembros de dicho tribunal pierden sus honorarios, pero el fallo no se ve afectado por ser pronunciado fuera del término antes mencionado. Dicho fallo que se denomina “Laudo Arbitral” no admite recurso alguno y es de estricto cumplimiento, logrando así el fin del conflicto colectivo y teniendo el carácter de contrato con una vigencia de tres años.

IV. DERECHO DE HUELGA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

En El Salvador el derecho de huelga para los servidores públicos es restrictivo, encontrándose prescrita expresamente en el artículo 221 de la Constitución, la que manifiesta que “*se prohíbe la huelga de los trabajadores públicos y municipales*”. Sobre el particular, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que: “*la misma situación de prestar servicios al Estado o a cualquier ente descentralizado, la naturaleza de dicha prestación de servicio personal y la calidad del ente para el cual trabaja o despliega su fuerza laboral, hacen improcedente que exista un derecho de huelga para estos trabajadores [los servidores públicos], ya que si se admite tal situación, ello implicaría que la función estatal se viera afectada cada vez que los servidores públicos decidan ir a huelga...*”¹⁷

17 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 20 de junio de 1999, en el proceso de Ref.: 4-88.

Al respecto la misma sala de la Corte Suprema de Justicia, también señala la prohibición constitucional al establecida en el artículo 221 de la Constitución, en relación a la continuidad de la función administrativa y de servicios públicos, que *“La huelga es el hecho que subordina el funcionamiento de un servicio público, es decir, la satisfacción de una necesidad general, a los intereses particulares de los agentes. Por respetables que fuesen estos intereses particulares, no pueden prevalecer sobre el interés general representado por el servicio público. El régimen del servicio público descansa sobre la supremacía del interés general. La huelga es, pues, por parte de los agentes del servicio público, un hecho ilícito (...) Quienes ingresan como obreros, empleados o funcionarios de una entidad o empresa encargada de la prestación de un servicio público, virtualmente aceptan el régimen jurídico pertinente, renunciando así a plantear reclamos recurriendo a esas situaciones de fuerza o presión”*¹⁸

En las relaciones colectivas de los servidores públicos estamos ante una manifestación concreta del derecho de sindicación, pero no es un derecho absoluto y, en circunstancias excepcionales, la legislación interna puede prever restricciones e incluso prohibiciones del mismo respecto de algunas categorías de trabajadores. En las propias normas internacionales del trabajo se admite que si el derecho de huelga es objeto de restricciones o de prohibiciones, los trabajadores que se vean así privados de un medio esencial de defensa de sus intereses socioeconómicos y profesionales deberían disfrutar de garantías compensatorias. Por ejemplo, de procedimientos de conciliación y de mediación, que, en caso de que se llegase a un punto muerto en las negociaciones, abrieran paso a un procedimiento de arbitraje que gozase de la confianza de los interesados¹⁹.

18 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 16 de octubre de 2007, en el proceso de Ref.: 63-2007/69-2007.

19 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, “Estudio general de 1994. Libertad sindical y negociación colectiva: El derecho de huelga”, en: Oficina Internacional del Trabajo, Biblioteca Electrónica de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra, 2003.

V. EFICACIA DE LOS CONTRATOS COLECTIVOS.

Los contratos, al igual que los Acuerdos, son fruto de la negociación colectiva en el ámbito funcional; buscando como finalidad esencial la regulación de las condiciones de trabajo de los servidores públicos sujetos a una relación funcional; los conflictos colectivos que se originan de la negociación de las condiciones generales y especiales de la prestación de servicios de parte de los servidores públicos para con las instituciones de las que dependan, se denominan Conflictos Colectivos Económicos o de Intereses, de conformidad a la legislación laboral salvadoreña.

Los contratos colectivos poseen eficacia jurídica, ya que estos se vuelven derechos y obligaciones para las partes contratantes; prevalecen sobre otras normas cuando en los más beneficioso para los servidores públicos; una vez cumplidos los requisitos de registro, los contratos colectivos son aplicables y de estricto cumplimiento para las partes; estos son de aplicación imperativa, los cuales no pueden ser modificados ni alterados en relación a casos particulares y en perjuicio o ventaja de alguno o algunos de los funcionarios ni en vía unilateral o contractual, así como también no pueden ser modificados por acuerdos o decretos, a no ser que se ante una negociación colectiva y que ambas partes acuerden su modificación y que de ser acordada su modificación queda sin efecto el contrato anterior, aclarando que la modificación no puede ser en desmejora de las condiciones laborales que se habían pactado con anterioridad.

VI. VIGENCIA DE LOS CONTRATOS COLECTIVOS.

La legislación ha determinado que por cada institución pública sólo podrá haber un contrato colectivo de trabajo, cuyas estipulaciones les serán aplicables a todos los servidores de la institución de que se trate, sin distinción alguna de pertenecer o no al sindicato contratante y al referirse a la vigencia del contrato ésta ha establecido, que el plazo de un contrato colectivo será de tres años, tiempo el cual se puede prorrogar automáticamente por períodos de un año o mientras duren las negociaciones del nuevo contrato, siempre que ninguna de las partes, en el penúltimo mes del mismo o de sus prórrogas, pida la revisión del contrato; contándose los meses del plazo a partir de la fecha en que el contrato

entre en vigencia, la cual esta supedita al ejercicio fiscal siguiente al de la celebración del mismo²⁰.

fixar un período mínimo durante el cual los contratos colectivos que no contengan disposiciones en contrario deberán considerarse vigentes, a menos que antes de su vencimiento hayan sido modificados o anulados por las partes²¹.

VII. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS COLECTIVOS.

En El Salvador al igual que otros países, el incumplimiento o interpretación²² de un contrato colectivo de trabajo se ventila mediante un conflictos colectivos jurídico o de derecho, siendo competentes para conocer según nuestra legislación, las Cámaras de lo Laboral de la ciudad de San Salvador; y en el caso de los municipios, los Jueces con competencia en materia laboral de la respectiva jurisdicción.

Cuando estamos en presencia de un conflicto colectivo de carácter jurídico, la parte interesada presentará a la Cámara o al Juez respectivo su demanda en duplicado en la que expondrá todas las razones que tuviere para alegar que se está incumpliendo o interpretando erróneamente el contrato colectivo de trabajo, demanda que deberá reunir los requisitos que establece el Art. 379 del Código de Trabajo, en lo que le fuere aplicable.

Una vez admitida la demanda, el tribunal correspondiente emplazará a la otra parte, entregándole copia de la misma para que la conteste dentro de los cinco días siguientes al del emplazamiento. En la contestación deberá expresar las razones que tuviere para afirmar que está cumpliendo o interpretando correctamente el contrato colectivo, si no contesta en el

20 Artículo 107 de la Ley de Servicio Civil.

21 Recomendación número 91, párrafo VII, Medidas Diversas, 8 letra c).

22 Las diferencias que resulten de la interpretación de un contrato colectivo deberían someterse a un procedimiento de solución adecuado, establecido por acuerdo entre las partes o por vía legislativa, según el método que sea más apropiado a las condiciones nacionales. Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91) Recomendación sobre los contratos colectivos Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951).

término del emplazamiento el conflicto continúa sin la intervención de este, pudiéndose apersonar personalmente sin hacer retroceder el conflicto.

El tribunal que conoce deberá abrir a pruebas por el término de diez días, si se trata del cumplimiento del contrato colectivo y una vez vencido dicho término con las pruebas presentadas el tribunal emitirá su fallo dentro del plazo de cinco días, resolución mediante la cual fallará ordenar que se cumpla con la cláusula o cláusulas infringidas dentro de un plazo que este fije, el cual no puede exceder de treinta días o en su caso fallará diciendo que no hay incumplimiento.

Ahora bien, cuando el conflicto verse sobre la interpretación de una norma o normas contenida en el contrato colectivo de trabajo, el tribunal deberá fallar dentro de los cinco días siguientes al de la contestación de la demanda o de transcurrido el término del emplazamiento, declarando la correcta interpretación del contrato. De ser pertinente, el tribunal señalará la forma y oportunidad en que deben cumplirse la norma o normas interpretadas.

A. PRESEDENTE.

En El Salvador como lo hemos manifestado anteriormente, por ser de reciente ratificación los convenios e incorporadas las reformas a la normativa nacional para garantizar el derecho a la libertad sindical y negociación colectiva de los servidores públicos, solamente se ha tenido la experiencia de un conflictos colectivos de carácter jurídico, el cual se dio entre el Sindicato de Trabajadores del ministerio de Hacienda (SI-TRAMHA) contra el Ministerio de Hacienda, dicho conflicto se genero por el incumplimiento de la cláusula número 058 “Bonificación²³” del contrato colectivo vigente que les vincula.

Como resultado del conflicto, la Cámara Segunda de lo Laboral, en fecha 24 de septiembre de 2012, fallo:

1. Que el Ministerio de Hacienda, a través de su titular, estaba incumpliendo la cláusula número 058 “Bonificación del contrato

23 Dicha cláusula establece que: “El ministerio de Hacienda entregará, en el mes de junio, en concepto de Bonificación especial a cada uno de sus empleados y empleadas, un bono por un mil dólares (\$1000.-), el cual será entregado en el pago correspondiente a dicho mes”

colectivo de trabajo²⁴ vigente entre dicho Ministerio y el SITRAMHA.

- 24 Hay que hacer notar que en todas las diligencias del conflicto colectivo, se denominó como contrato colectivo de trabajo, cuando en lo que se estaba en presencia era de un laudo arbitral, ya que las partes no lograron acuerdos entre ellas en las distintas etapas, por lo cual el conflicto fue resuelto por el tribunal arbitral. Si bien es cierto que el laudo pone fin al conflicto colectivo y tiene el carácter de contrato colectivo de trabajo, hay puntos diferenciadores, como el hecho que se inscribirá sin más trámite ni diligencia en el registro correspondiente y su vigencia será de tres años contado a partir de la inscripción. Situación que ha generado diversas interpretaciones, ya que algunos consideran que previo a su inscripción el tribunal arbitral de conformidad al Art. 119 LSC por ser Institución Pública la vinculada en el conflicto, es necesario para su validez la aprobación del titular de la institución o Ministerio de que se trate, sujetando la aprobación a la opinión favorable del Ministerio de Hacienda, por el tema presupuestario de cada institución, situación que consideramos que contiene un vacío legal, porque de conformidad al Art. 151 este manifiesta que *los árbitros procederán y sentenciarán conforme les dictare su conciencia, con equidad y dentro de los límites establecidos en el Art. 119 de esta ley, so pena de nulidad del respectivo laudo arbitral*. En tal sentido en caso se puede interpretar que en caso que el tribunal arbitral no haga la consulta respectiva o no cuente con el aval del Ministerio de Hacienda, dicho laudo puede ser considerado nulo, contradiciéndose la LSC ya que por una parte manifiesta que se inscribe el laudo sin trámite ni diligencia alguna y por otra lo sujeta a lo antes manifestado. Sobre el mismo tema, la Cámara Segunda de lo Laboral en el conflicto en comento ha establecido la primera jurisprudencia, al manifestar en la resolución que *el Art. 156 del mismo cuerpo legal se impone como caso de excepción a esa consulta (refiriéndose a la consulta del Ministerio de Hacienda del laudo arbitral) no sólo porque así lo dice el legislador... sino porque jurídicamente el fallo de un tribunal, que al final de cuentas eso constituyen los árbitros, es una sentencia que lo único que queda es acatarla*. Además considero que *dejar a reserva de "opinión", la fuerza de un laudo arbitral, va contra su misma naturaleza decisoria como sentencia...* finalizando sobre el punto que en el caso del laudo arbitral del Ministerio de Hacienda y su sindicato, el que se haya inscrito sin trámite alguno y sin escuchar la opinión del mismo ministerio por el tema presupuestario, dicha inscripción que se hizo quedó legitimada conforme al Art. 156 de la LSC. Sentencia de la Cámara Segunda de lo Laboral, con Ref. 48E/2012, de fecha 24 de septiembre de 2012.

2. Que se debiese pagar a los trabajadores vinculados con el ministerio de Hacienda el bono de un mil dólares, correspondientes al año 2012, de conformidad al art. 127²⁵ inciso segundo de la LSC²⁶.

De conformidad la resolución emanada por la Cámara Segunda de lo Laboral, el Ministro de Hacienda haciendo uso del derecho de apelación, presento ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia el recurso mediante el cual se oponía a lo resuelto por la referida Cámara, resolviendo la Sala de lo Civil en fecha 17 de octubre de 2012, que se revocaba la sentencia definitiva emitida por la autoridad antes manifestada, declarando improponible la demanda que se había entablado en el conflicto jurídico en cuestión, dejando a salvo el derecho del sindicato para plantear la demanda contra el legítimo contradictor²⁷.

25 Dicho artículo en el inciso citado establece que el tribunal ordenará el cumplimiento de la cláusula o cláusulas infringidas dentro del plazo que este fije, sin que exceda de treinta días a la notificación; sin embargo, en aquellos casos en que sea necesario realizar algún procedimiento para la obtención de una prestación o servicio, el cumplimiento del contrato quedará supeditado al o los plazos indicados en la ley o leyes respectivas que al efecto regulen dicha situación.

26 La Cámara además manifestó que para asegurar la intención de cumplir con la responsabilidad de pagar el bono, prevenía al Ministro de Hacienda que debía de solicitar en el próximo ejercicio fiscal, la disponibilidad para pagar el bono atrasado del año 2012. Situación que además estableció dicha cámara que3 daba como plazo hasta el último día del mes de enero del año 2013, para su cumplimiento, ya que consideró que no se solicitó en tiempo la asignación presupuestaria, y que en caso de incumplimiento se pueda deducir ante la autoridad competente y a petición de parte, la responsabilidad a que alude la parte final del inciso segundo del Art. 127 de la LSC, correspondiente a la responsabilidad en la que incurriese el servidor público por la demora injustificada del requerimiento del trámite correspondiente.

27 En el presente caso la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, valoró en el recurso de apelación que la demanda interpuesta en la Cámara de lo Laboral fue dirigida inicialmente contra el Ministerio de Hacienda, y subsidiariamente contra el Estado de El Salvador, quien a juicio de la Cámara no era parte procesal por la falta de legitimación pasiva según el Art. 123 de la LSC, razón por lo que la Cámara en cuestión en el proceso que siguió en el conflicto jurídico, declaró improponible respecto de este último, pero el proceso continuo únicamente contra el Ministerio de Hacienda. En tal situación la Sala de lo Civil valoró que en el sector público, de conformidad al Art. 106 de la LSC los contratos colectivos de trabajo se suscriben entre sindicato de trabajadores, ya sean de manera individual o coligados y entre la institución Pública respectiva, en el entendido que el rol del Estado es ser la parte empleadora, por lo que considero que al dirigirse una demanda de Conflicto Colectivo de Carácter Jurídico por incumplimiento de las parte empleadora, dicha

B. OTROS ASPECTOS.

Es de hacer notar que en El Salvador son pocas las instituciones públicas que han negociado contratos colectivos de trabajo, ya que en la actualidad sólo cinco instituciones públicas han tenido o están teniendo la experiencia, según datos del Tribunal de Servicio Civil, lo cual puntualizamos y detallamos:

1. Tribunal Supremo Electoral: Actualmente se encuentran negociando el contrato colectivo de trabajo en la Etapa de Trato Directo, en vista que el Ministerio de Hacienda no dio su dictamen favorable para que se procedieran a inscribir el contrato, procediendo de conformidad a la ley, en que las partes se sientan a negociar nuevamente, dicho contrato colectivo, ya que el dictamen de dicho Ministerio no ha sido favorable y en dos oportunidades ha sido devuelto, por considerar que es muy alta la carga presupuestaria para el Estado, por lo cual se puede decir que se encuentran por tercera ocasión negociando en trato directo.
2. Ministerio De Hacienda²⁸: celebraron el contrato colectivo y en la actualidad es el único contrato vigente que se encuentra le-

demanda deberá dirigirse contra la institución pública. De igual manera advirtió dicha Sala, que de conformidad al Art. 124 de la LSC, el cual establece que “*son competentes para conocer los conflictos colectivos de carácter jurídico contra el Estado, las Cámaras de lo Laboral...*” que el planteamiento hecho en la demanda presentada ante la Cámara en el conflicto en relación, carecía de un presupuesto material del proceso, como es la falta de legitimación pasiva, ya que el Ministerio de Hacienda no es en sí el Estado, sino una dependencia del mismo, carente de personalidad jurídica, por lo que no es susceptible de ser demandado. Sentencia de la Sala de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia, con *Ref. 129-APL-2012*, de fecha 17 de octubre de 2012.

De conformidad a la jurisprudencia que se está estableciendo la Sala de lo Civil, estaríamos en el entendido que en los casos de Conflicto Colectivo de Carácter Jurídico, contra las instituciones del Estado, estas deben de ser incoadas contra el Estado de El Salvador, ya que sus Ministerio o Instituciones no gozan de personalidad jurídica para no tener legitimación pasiva.

- 28 En este conflicto, las partes ya habían acordado el texto final del Contrato Colectivo de Trabajo, pero el conflicto se reabrió en la etapa de trato directo, en virtud de una opinión desfavorable al costo financiero de las prestaciones establecidas en el Contrato que fue negociado y firmado por segunda vez por el Tribunal Supremo electoral y el sindicato STRATSE con base al artículo 119 inciso 3° de la Ley de Servicio Civil.

- galmente inscrito, ya que cumplieron con todos los requisitos de ley, dando por terminado el conflicto en la etapa de arbitraje.
3. Secretaria De La Cultura²⁹: Este conflicto se dio por terminado y concluyo por resolución del Tribunal de Servicio Civil, en vista que se probó el incidente especial de falta de titularidad para poder negociar, ya que la institución alego que el sindicato no tenía el 51% de Afiliados de los trabajadores de toda la institución.
 4. Ministerio De Trabajo: Este conflicto se encuentra en la Etapa de Trato Directo, estando negociando de manera directa las partes intervinientes.
 5. Procuraduría De Derechos Humanos: Este conflicto hoy en día a pasado a la etapa de arbitraje, habiéndose agotado todas las demás etapas.

La duración promedio de una negociación colectiva solo la podemos tomar del único caso finalizado que es el contrato colectivo celebrado entre el sindicato de trabajadores y trabajadoras del Ministerio de Hacienda y su duración fue de 14 meses según el detalle siguiente:

Etapa de Trato Directo duración de 6 meses.

Etapa de Conciliación duración 3 meses.

Etapa de Arbitraje duración 5 meses.

29 En este caso se finalizo de forma anormal al procedimiento de negociación, por haberse probado el incidente especial de falta de legitimidad para poder negociar, en virtud de no tener el sindicato el 51 por ciento de afiliados de toda la Secretaria de Estado es decir, que según lo establece el Artículo 46 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, la Secretaría de la Cultura es una de las Secretarías de la Presidencia, denominada como una Unidad de Apoyo al servicio de la Presidencia de la República y que por ende forma parte orgánica de ésta, lo cual se robustece con lo regulado en el Art.53-G del Reglamento Interno en referencia, en el cual se afirma que la Secretaría de la Cultura tiene su asignación de fondos dentro del presupuesto de la Presidencia de la República. En tal sentido, por sí sólo el Sindicato de Trabajadores de la Secretaría de Cultura no pueden negociar un contrato colectivo, ya que para poder hacerlo dicho sindicato tendría que estar conformado al menos con el cincuenta y uno por ciento de todos los empleados que pertenecen a la Institución, entendiéndose por la Institución todos los empleados de la Presidencia de la República; en el caso que no llegasen al porcentaje, dicho sindicato peticionante tendría que coaligarse con las otras dependencias de la Secretaría de la Presidencia, para poder tener la facultad de negociar que regula el artículo 106 de la Ley de Servicio Civil.

BIBLIOGRÁFICO

- Alonso Olea, Manuel. “*Derecho del Trabajo*”. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Sección Publicaciones, Madrid, España, 1991.
- Baños Pacheco, O., “*La estabilidad laboral del servicio público en El Salvador*”, 1ª Ed. San Salvador. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1999.
- Bronstein Arturo. “*Elementos para un Diagnóstico de las Relaciones de Trabajo en Centroamérica*”. OIT. Equipo Técnico Multidisciplinario, San José, Costa Rica. Documento sometido ante la 1a. Conferencia Centroamericana del Trabajo organizada por el Parlamento Centroamericano, PARLACEN; Guatemala, 21-22 de agosto de 1997.
- Cabanellas de Torres Guillermo, “*Compendio de Derecho Laboral*”, Tomo I, 3ra Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001.
- Cabanellas, Guillermo, 12º.ed. “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”. Tomo I-VI, Buenos Aires, Editorial Neliasta S.R.L., 1979.
- De Diego Julián Arturo, “*Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, 5ta. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- De Ferrari, Francisco, “*Derecho del Trabajo*”, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires 1971, 2ª Edición, t. IV.
- De La Cueva, Mario, “*Derecho Mexicano del Trabajo*”, Tomo I, Séptima Edición, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México.
- Gonzalo Vidal Caruana, “*El diálogo y la concertación social en España, la Unión Europea y en Latinoamérica*”, mimeo, 1997.
- Javillier, Jean-Claude. “*Droit du Travail*”. Quinta edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, France, 1996.
- Jovel Arsitides, *Tesis El Derecho del Trabajo en El Salvador*, Inédito.
- Martín Valverde A., Rodríguez-Sañudo F., García Murcia J., “*Derecho del Trabajo*”, 16a edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.
- Montoya Melgar, Alfredo, “*Derecho del Trabajo*”, Vigésima Séptima Edición; Editorial Tecnos, Madrid 2006.
- Morgado Valenzuela Emilio, “*Reflexiones en Torno al Tripartismo*”, Apud, “El Tripartismo y las Normas Internacionales del Trabajo”, en AA.VV, Edic. OIT-

- Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIADTSS), Santiago de Chile, 1995. 1a. Edición.
- Oficina Internacional del Trabajo, “*Aspectos Claves del Diálogo Social*” Nacional: Un documento de Referencia sobre Diálogo Social, Ginebra, 2005.
- Organización Internacionl del Trabajo, con la colaboración de P. Windmuller, “*La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado*”, Ginebra, Oficina Internacional de Trabajo, 1974.
- Ozaka, Muneto, *Negociar la Flexibilidad: El papel de los Agentes Sociales y el Estado*, 1ª. Edición, Ginebra, Editorial de OIT, 2000.
- Plá Rodríguez, Américo, “*La negociación colectiva en América Latina*” Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Madrid 1993.
- Recopilación de desiciones y principios del Comité de Libertad Sindical del Oficina Internacional del Trabajo, año 1996.
- Sala Franco, Tomás, “*Lecciones de derecho del trabajo*”, Tercera Edición, Ed. Tirant Lo Blanche, Valencia, 1987.
- Sala Franco, Tomas. “*Derecho Sindical*”, Editorial Tirant lo Blanch, 1989, Valencia, España.
- Santos Azuela, Hector. “*Estudios de Derecho Sindical y del Trabajo*”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1º edición, 1987, México.
- Sosa Mancha, Maria Teresa; “*La Emergencia del Contrato de Trabajo*”, Primera Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2002.
- Uriarte, Oscar Ermida. “*Diálogo Social: Teoría y Práctica*”. Relacetro. Revista de Relaciones Laborales. No.2, San José, junio 2002.
- Vázquez Vialard Antonio, “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, 10ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008.
- Vega Ruiz, Maria Luz, “*La Reforma Laboral en América Latina*”, *Análisis de Derecho Comparado*, 1ª. Edición, Montevideo, Editorial Cinterfor, 2001.
- Villasmil Prieto, Humberto, “*La Libertad Sindical: Historia y Fundamentos*”, Marzo 2002, www.oit.org.cr, http://www.oit.or.cr/oit/papers/lib_sind.pdf 16 de enero de 2012.
- Von Potobsky, Geraldo W. y otros, “*La Organización Internacional Del Trabajo*”, Ed. Astrea, 1990, Buenos Aires.

LEGISLATIVA

Código de Trabajo de El Salvador, promulgado por Decreto Legislativo N°15, el 30 de junio de 1972.

Código Procesal Civil y Mercantil el cual entró en funcionamiento a partir del 1 de julio de 2010 (D.L. 220, de 11/12/2009).

Constitución de la República de El Salvador, promulgada mediante Decreto Legislativo N° 38 publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo 281 del 16 de diciembre de 1983.

Ley de Servicio Civil es un decreto ley emitido por el Directorio Cívico Militar de El Salvador, mediante Decreto N° 507 de fecha 24 de noviembre de 1961, publicado el 17 de diciembre de ese mismo año.

Reglamento del Consejo Superior del Trabajo, promulgado por Decreto Ejecutivo N° 69, del 21 de diciembre de 1994.

Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, promulgado por Decreto Ejecutivo N° 24. del 18 de abril de 1989.

JURISPRUDENCIAL

Sentencia de la Cámara Segunda de lo Laboral, con Ref. 48E/2012, de fecha 24 de septiembre de 2012.

Sentencia de la Sala de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia, con Ref. 129-APL-2012, de fecha 17 de octubre de 2012.

DERECHO PENAL LABORAL

DR. ARTURO MARTÍNEZ Y GONZÁLEZ¹

RESUMEN: El derecho laboral es la disciplina jurídica que se encarga de regular las relaciones jurídicas laborales entre empleadores y trabajadores; dada la importancia histórica, económica, social y jurídica de esta disciplina, se ha visto la necesidad de crear instrumentos jurídicos destinados a la protección de los derechos laborales desde el ámbito sustantivo y procedimental, a la luz del derecho Internacional del trabajo, estandarizando las normas nacionales con las internacionales, establecidas en los diferentes convenios de la OIT.

Las diferentes universidades mexicanas imparten asignaturas como Derecho Laboral (individual y colectivo), Derecho Procesal Laboral (administrativo y judicial) y Derecho Laboral Internacional; recientemente ha surgido la necesidad de regular los aspectos penales del derecho laboral y con ello, la necesidad de estudiar en el currículo académico esta tendencia como una nueva asignatura.

El Derecho Penal Laboral surge como una necesidad, debido a que la mayoría de sanciones que existen por violaciones a la norma jurídica laboral, han sido generalmente de carácter administrativo. El derecho penal laboral es la disciplina que se encarga de sancionar las acciones u omisiones que realizan los individuos ante las violaciones que se efectúan a las normas laborales contemplada en la respectiva normativa.

PALABRAS CLAVES: Derechos Humanos, Constitución Política, derecho laboral, derecho penal, derecho laboral penal.

ABSTRAC: Labour law is the legal discipline which regulates legal relationships between employers and workers; given the historical, economic, social and legal importance of this discipline, has been the need to create legal instruments aimed at the protection of labour

1 Profesor e Investigador Honorario de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI, Iuslaboralista, Miembro de la AIDTSS, Docente de la Universidad Iberoamericana de México, Titular de la Firma Mtz. y Glz. Asociados, México

rights substantive and procedural level, in the light of international labour law, standardizing the national standards with international ones, laid down in the various conventions of the OIT

The different Mexican universities teach subjects such as (individual and collective) labour law, labour procedural law (administrative and judicial) and international labour law; recently there has been the need to regulate the criminal aspects of labour law and therefore need to study this trend as a new subject in the curriculum.

Employment criminal law arises as a necessity, since the majority of sanctions that exist for the rule of labor law violations, have been generally of an administrative nature. Employment criminal law is the discipline that is responsible for sanctioning the acts or omissions made by individuals to the violations carried out on labour standards as referred to in the respective regulations.

El derecho del trabajo como parte del derecho social ha tenido una serie de ramificaciones importantes. Tan es así, que en México en muchas universidades públicas y privadas existen materias tales como: derecho internacional de trabajo, derecho del trabajo burocrático, derecho penal de trabajo, etcétera.

Nos ha tocado en esta Jornada Iberoamericana disertar sobre el derecho penal laboral, materia novedosa en algunas instituciones de educación superior, la que en un futuro próximo tendrá el carácter de obligatoria, en razón a las reformas constitucionales del mes de junio del 2011, en las que se insertaron en nuestra Constitución Política los derechos humanos, mismos que en una parte se refieren a la materia laboral, pues nadie podrá disentir en el sentido de que el trabajo representa un derecho humano y su violación puede conllevar a una sanción de carácter penal.

Por eso, primeramente debemos definir al derecho penal, mismo que consideramos como el conjunto de normas del derecho positivo destinadas al establecimiento de los delitos, la fijación de las sanciones y penas por la comisión de los mismos.

Los delitos por su parte deben ser actos realizables por el hombre previsto en la ley, contrario al derecho, imputables a una persona que lo comete con plena intencionalidad o bien por imprudencia y que dicha conducta sea punible.

En este análisis, por otra parte se analizará que el incumplimiento de algunas normas laborales puede llegar a ser o considerarse como un delito.

La Ley Federal del Trabajo en México, le ha encargado a la Inspección de Trabajo, como autoridad laboral, el vigilar el cumplimiento estricto de las normas laborales.

Esta función social, se practica por medio de inspectores laborales, quienes en materia de trabajo cuentan con fe pública, ya que los hechos certificados por ellos, en las actas que levanten en ejercicio de sus funciones, se tendrán por ciertos mientras no se demuestre lo contrario.

El Dr. Mario De La Cueva, afirma que “la función social consiste en vigilar la aplicación de las normas a todas las prestaciones de trabajo, de poner en conocimiento de los empresarios las violaciones que hubiese encontrado a fin de que las corrijan, y cuando la recomendación no sea acatada, imponer las sanciones que autorice la ley. Solamente así, surte efecto pleno la imperatividad del derecho del trabajo en beneficio de la clase trabajadora y de la justicia social”.

En tal virtud, La Inspección del Trabajo, previo procedimiento legal, debe proceder a la aplicación de la sanción que corresponda. Si el empleador no está de acuerdo con la resolución emitida por dicha autoridad podrá solicitar la nulidad por la vía administrativa; la inconformidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y por último el juicio de Amparo.

El legislador en nuestro país estableció en la ley laboral un título sobre responsabilidades y sanciones; sin embargo, todavía no se ha contestado la pregunta acerca de si conviene tipificar delitos en materia de trabajo y determinar las sanciones aplicables.

Para ser claros, en México, las sanciones que la ley impone a los empresarios por el incumplimiento de las normas de trabajo, son por regla general, sanciones administrativas. En efecto, la sanción aplicable es la multa, cuyo monto va a variar de acuerdo a la gravedad de la violación, siendo la mínima de tres veces el salario mínimo general y la máxima de trescientas quince veces de dicho salario. En tal virtud, se toma como base el cálculo de la cuota diaria de un salario mínimo general vigente, en el lugar y tiempo en que se cometa la violación.

En la actualidad el salario mínimo vigente para la zona económica de la Ciudad de México, es de \$62.33 pesos (un poco más de cuatro dólares americanos).

Como ya hemos expresado, estas sanciones son de carácter administrativas y serán efectivas por las autoridades que designen las leyes.

A pesar de lo anterior, la Ley Federal del Trabajo establece penas de prisión únicamente en los siguientes casos:

- De seis meses a tres años de prisión si el empleador entrega a uno o varios de sus trabajadores cantidades inferiores al salario mínimo general, o bien, cuando haya entregado comprobantes de pago que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente hizo entrega. En estos casos, cuando los Presidentes de Juntas e Inspectores del Trabajo se percaten de que un patrón no cubre el salario mínimo a sus trabajadores, tiene la obligación de denunciar al Ministerio Público (Representación Social) tal circunstancia a efecto de que se ejercite la acción penal en contra del empleador. En este caso se tipifica el *delito de fraude*, como más adelante se detallará.
- De seis meses a tres años de prisión, al Procurador de la Defensa del Trabajo, o al apoderado o representante del trabajador, cuando sin causa justificada no concurra a dos o más audiencias y cuando no promueva en el juicio durante el lapso de tres meses. Este caso se tipifica el *delito de abogados, patronos y litigantes*.

Resulta incomprensible la disposición anterior ya que es motivo de sanción el no concurrir a dos o más audiencias cuando se patrocina a un trabajador; sin embargo, por regla general, si no se concurre a la primera audiencia (conciliación, demanda y excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas), el trabajador no podrá obtener un resultado favorable.

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal vigente establece el delito de abogados, patronos en el artículo 319 que a continuación se transcribe:

Artículo 319. “Se impondrán de seis meses a cuatro años de prisión, de cincuenta a trescientos días de multa y suspensión para ejercer la abogacía, por un término igual al de la pena impuesta, a quién:

- I. Abandone una defensa o un negocio sin motivo justificado y en perjuicio de quien patrocina;
- II. Asista o ayude a dos o más contendientes o partes con intereses opuestos en un mismo negocio o negocios conexos, o acepte el patrocinio de alguno y admita después el de la parte contraria en un mismo negocio;
- III. A sabiendas, alegue hechos falsos o se apoye en leyes inexistentes o derogadas;

IV. Promueva cualquier incidente, recurso o medio de impugnación notoriamente improcedente, que entorpezca el juicio o motive su dilación;

De seis meses a cuatro años de prisión a toda persona que en un juicio laboral presente documentos o testigos falsos. Este caso se tipifica con el *delito de falsedad ante autoridades*.

El Código Penal vigente establece, sobre el particular, lo siguiente:

Artículo 315. "Al que aporte testigos falsos conociendo esta circunstancia, o logre que un testigo, perito, intérprete o traductor falte a la verdad o la oculte al ser examinado por la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a doscientos días de multa".

Estas penas, obviamente no las impone la autoridad de trabajo, sino el Juez Penal, quien determinará al concluir el proceso correspondiente, si resulta procedente condenar al inculcado por la comisión de un delito.

En cuanto al *derecho penal del trabajo*, en México no se ha considerado y como dice el Maestro Mario De La Cueva, el tema está abierto desde hace mucho tiempo y presenta dos aspectos, uno de los cuales es su fundamentación teórica y el otro su posibilidad de realización.

Se ha preguntado si dentro de un orden constitucional vigente es posible un *derecho penal de trabajo* que tipifique como delitos algunos incumplimientos de las obligaciones patronales en la normatividad laboral, como no conceder vacaciones, prolongar la jornada laboral más allá de los máximos legales, no pagar los días de descanso semanal, etc., ya que una situación es violar intereses particulares que afectan a patrimonios privados y otra es una violación de los derechos humanos reconocidos; por ejemplo: no podrá ser tipificado como un delito, una violación a las normas de trabajo que se haya incumplido en una ocasión, por ejemplo: obligar a trabajar en días de descanso semanal, pero sí, debería ser tipificado como delito, si esa violación se hace sistemáticamente y afecta a los trabajadores en un centro de labores determinado.

Ahora bien, ¿qué autoridad legislativa le correspondería tipificar los delitos? si la Constitución determinó que el único facultado para legislar en materia de trabajo lo es el Congreso de la Unión, por lo que sólo dicho Congreso puede determinar cuáles son las consecuencias por el incumplimiento a las normas laborales.

En el Código Penal Federal y en los diversos códigos penales estatales no se señalan como delitos a muchas de las violaciones a la Ley Federal del Trabajo que, desde nuestro punto de vista, deberían ser sancionadas penalmente; a pesar de lo anterior, cada día la legislación penal, se inmiscuye más en el ámbito laboral y sanciona al empleador que defrauda los derechos de los trabajadores o que restringe los mismos por diferentes causas, como analizaremos a continuación:

FRAUDE AL DERECHO DE LOS TRABAJADORES

En efecto, el Código Penal para el Distrito Federal (México) establece que por fraude se entiende al que por medio del engaño o aprovechándose del error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

En nuestro país, los empleadores han encontrado dos formas de explotar los servicios del hombre que trabaja: una, incorporándolos por medio de contratos de prestación de servicios profesionales de carácter civil, a pesar de que se trata de verdaderos vínculos de trabajo, la segunda constituyendo empresas prestadoras de servicios con el objeto primordial de defraudar los derechos de los trabajadores en sus contrataciones y la tercera es la subcontratación (*outsourcing*).

Contratación por la vía civil.- Tanto en la iniciativa privada, como en el servicio público, miles de trabajadores han sido llevados ficticiamente al campo del derecho civil, es decir, a una normatividad que le resulta abiertamente impropia y notoriamente desventajosa.

En este ámbito, se da una clara desproporción entre los sujetos de la relación, trabajador y patrón, pues aunque teóricamente dentro del contrato de prestación de servicios profesionales las partes están en igualdad de circunstancias, en la práctica ocurre todo lo contrario, pues el patrón es quien impone las condiciones y el trabajador no tiene más remedio que aceptarlas a la manera de un contrato de adhesión.

Dentro del servicio público mexicano, el artículo 8° de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, niega la tutela en este marco jurídico a estos trabajadores al señalar: “*Quedan excluidos del régimen de esta Ley.... aquellos que prestan sus servicios mediante contrato civil o que sean sujetos al pago de honorarios*”.

Cuando se compromete la naturaleza de una relación laboral, el trabajador tiene la garantía que le corresponderá al patrón probar ese extremo.

Con otras palabras, existe en nuestro país tanto en el sector privado como en el gubernamental un cúmulo de verdaderos trabajadores contratados como si fuesen prestadores de servicios profesionales a quienes de forma sistemática les son violados sus derechos laborales y de la seguridad social.

La actitud de los patrones que pretenden eludir sus responsabilidades como tales, escudándose tras un contrato de prestación de servicios profesionales constituye una simulación de la relación de trabajo.

Es necesario establecer la simulación de la relación de trabajo en nuestra legislación laboral, considerándola como delito, imponiendo cargas económicas a los patrones que incurran en esa simulación, en atención al espíritu que debe imperar en cualquier norma de trabajo, es decir, el alcanzar el equilibrio la justicia social entre los trabajadores y patrones.

Existe simulación de la relación de trabajo cuando el patrón celebra con un trabajador un contrato distinto al de trabajo, aparentando que los une una relación diversa a la laboral.

El legislador mexicano de 1970, previó con toda claridad este problema al definir al contrato individual de trabajo, manifestando que independientemente del nombre o denominación que se dé a dicho contrato, es aquél en virtud del cual, una persona le presta a otra un trabajo personal subordinado mediante el pago de un salario.

En este orden de ideas, un empleador podrá contratar a un trabajador, mediante un contrato de prestación de servicios profesionales, de comisión mercantil, etc., pero si se demuestra que existe el elemento característico de la relación laboral, que es la subordinación – facultad de mando y obligación correlativa de obediencia si se trata de trabajo contratado-, dichos contratos a pesar de su denominación, serán verdaderos contratos de trabajo.

Las autoridades, los trabajadores, los sindicatos, federaciones, etc., deberán denunciar a aquél patrón que simule la relación de trabajo, sea cual fuere el giro de sus actividades y deberán dar vista a la representación social (Ministerio Público), para que inicie una averiguación previa y determine si dicha simulación constituye o no un delito.

Contratación por empresas prestadoras de servicios.- Consideramos que existe fraude a los derechos de los trabajadores, cuando éstos son contratados por empresas “prestadoras de servicios”, que son constituidas por las fuentes de trabajo con el único fin de reducir su carga y riesgo laboral, y no cubrir las prestaciones con las que cuenta sus demás trabajadores, como son mayor número de días de aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, bonos por rendimiento etc., y además como carecen de activos suficientes, por una parte y en caso de un problema grave, resultan ser insolventes y por la otra, los empleadores dejan de cubrir a sus trabajadores la participación de utilidades obtenidas en sus empresas, lo que, definitivamente, constituye una simulación de actos jurídicos en contra de del hombre que trabaja.

En nuestro país, y previendo lo anterior, existen diversas disposiciones, como son los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Ley Federal del Trabajo, que habla del intermediario como la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón.

Se establece que no se consideran intermediarios sino verdaderos patrones las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios y suficientes para cumplir las obligaciones que derivan con sus trabajadores, ya que en caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios por las obligaciones contraídas con los trabajadores.

Por otra parte, los trabajadores tendrán entre otros derechos: que la prestación de sus servicios lo harán en las mismas condiciones de trabajo y con los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten labores similares en empresa o establecimiento.

Por último en dichos numerales se establece que en las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra y que no dispongan de elementos propios y suficientes, la empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores.

Por otra parte, la Ley del Seguro Social, adopta el anterior criterio, precisamente en el artículo 15-A que fue adicionado a dicho Ordenamiento Legal el 20 de diciembre del 2001, en cuanto a la responsabilidad solidaria de la “prestadora de servicios”, y de la empresa beneficiaria de los servicios de aquélla.

Como podremos observar, nuestra Legislación previó que para el caso de que se constituyan empresas prestadoras de servicios, con el objeto de defraudar los derechos de los trabajadores, sin contar con activos suficientes, la empresa beneficiaria de los servicios de los trabajadores será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con ellos, por la “prestadora de servicios”.

Inscripción fraudulenta de los trabajadores al Instituto Mexicano del Seguro Social.- Comete delito de fraude también aquél patrón que inscribe a un trabajador en el régimen de seguridad social con un salario inferior al que realmente percibe, ya que realiza un engaño con el ánimo de obtener un lucro indebido para él.

Fraude por pagar salarios inferiores.- Por lo que respecta al fraude, el artículo 231 de la Legislación penal mencionada, determina que:

“Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quién:

IX.- Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a la que legalmente le corresponde por las labores que ejecuta o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase, que ampare suma de dinero superiores a las que efectivamente entrega”.

Fraude procesal.- El artículo 310 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece:

“Al que para obtener un beneficio indebido para sí o para otro, simule un acto jurídico, un acto o escrito judicial o altere elementos de prueba y los presente en juicio, o realice cualquier otro acto tendiente a inducir a error a la autoridad judicial o administrativa, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, se le impondrán de seis meses a seis años de prisión y de cincuenta a doscientos cincuenta días de multa. Si el beneficio es de carácter económico se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude”.

Delito de discriminación.- Este delito es novedoso en nuestra legislación penal, y tiene cabida para cualquier incumplimiento en las normas de trabajo, con motivo de alguna discriminación. El artículo 206 del Código Penal mencionado señala:

“Se impondrá de uno a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días de multa al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud:

I.- ...

II.-...

III.- Niegue o restrinja derechos laborables”.

Como podemos observar de la disposición anterior un despido injustificado, constituye, sin lugar a duda, la negación o restricción de los derechos laborales del trabajador que ha sido separado de sus labores.

La tercerización, subcontratación y/o *outsourcing*.- Otra de las figuras de importancia significativa en el ordenamiento laboral mexicano, lo es sin duda, la llamada “tercerización” y/o “subcontratación” y/o “*outsourcing*” (término anglosajón), misma que de igual manera se les ha llamado empresas de arrendamiento de mano de obra, prestadoras de servicios, etcétera.

Sobre el particular, la Doctora Patricia Kurczyn Villalobos afirma que:

El derecho laboral clásico mexicano ha logrado hasta ahora sustraerse a los cambios y transformaciones sin alterar su fin esencial contenido en la Constitución General. Ha sorteado las adaptaciones con la expedición de varias leyes, sin duda las federales de 1931 y 1970 como las más importantes. Si bien entre la primera y la vigente transcurrieron casi cuarenta años, durante los últimos veintiocho se enfrentan un mayor cúmulo de embates y retos económicos, tanto con el predominio del neoliberalismo como por la desaparición del comunismo en los países de la antes llamada Europa Oriental. La presión del cambio resulta más intensa en la actualidad y sortearla puede tener un costo social más grave. Aún sostenida la legislación en los términos actuales, las reformas se impondrán por las prácticas con la búsqueda de la forma legal; para ello baste recordar la desafortunada figura de “empresas de servicios temporales”, vigentes, escudadas en ficciones legales para evadir la figura del intermediario contemplada en los artículos 12, 13, 14 y 15, LFT.

Por su importancia nos permitimos transcribir los artículos de la Ley Federal del Trabajo señalados en el párrafo anterior.

Artículo 13. “No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores”

Artículo 14. “Las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que deriven de esta Ley y de los servicios prestados...”

Artículo 15. “En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, se observarán las normas siguientes:

I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores...”

Como podemos observar, se establece expresamente la responsabilidad solidaria, tanto de los llamados “intermediarios” como de aquellas empresas que presten en forma exclusiva o principal servicios a otra, quien por cierto, al recibir los beneficios de la prestación de servicios de los trabajadores que les son adscritos, se convierten en una empresa beneficiaria de los mismos y por lo tanto son solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con los trabajadores.

En la actualidad se ha abusado de la tercerización laboral, constituyendo un instrumento jurídico incontrolable donde se juega con el concepto de subrogación que caracteriza la relación laboral con otro tipo de relaciones. Es decir, día con día existe más fraude en la contratación de trabajadores, ya que muchos empleadores cuyas empresas no contemplan su función social, contratan al personal que les prestará sus servicios, por regla general, por tiempo determinado, tratándose de liberar de toda carga laboral, fiscal y de seguridad social.

Mucho se ha escrito sobre el *outsourcing*. El maestro Néstor De Buen manifiesta por una parte que es un nuevo fraude empresarial y por la otra señala textualmente que: “no cabe duda que el *outsourcing* ha permitido incrementar el empleo en los países de menor desarrollo en la misma proporción en que disminuye en los países en los que radican las grandes empresas fundamentalmente armadoras.”

Otro concepto de esta figura de tercerización la explica Juan Razo al manifestar: “el concepto de *outsourcing* en cuanto a su traducción literaria es el “*de fuente externa, de origen externo*”. Y refiriéndose a Purcell, se define como “*la utilización de servicios subcontratados ofrecidos por proveedores especializados*”. Para dicho autor las causas de la tercerización del trabajo son las siguientes:

La reducción de los costos.- En una realidad globalizada y altamente competitiva, la reducción de costos se vuelve un objetivo central y la figura del *outsourcing* permite reducir los costos estructurales y laborales.

Mayor flexibilidad.- En el modelo económico global se obliga a estrategias más dinámicas y las respuestas del aparato productivo deben ser rápidas, por lo que se hace a un lado las estructuras rígidas, pesadas y finalmente costosas.

Mayor productividad.- La tercerización promueve la competencia de los trabajadores independientes y de los subcontratistas para ofrecer a la empresa central mejores productos a menor costo y,

Disminución o anulación del control sindical.- La moderna fragmentación de la empresa, la competitividad de los trabajadores dependientes e independientes, la polivalencia y la desigualdad de las retribuciones ponen en crisis la solidaridad de los trabajadores y por lo tanto el control sindical.

Para Rivero Llamas define al *outsourcing*: “como una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de ésta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando.”

Emilio Morgado Valenzuela, establece que desde el marco conceptual “se puede sostener que en Chile el *outsourcing* puede ser entendido como un conjunto de modalidades mediante las cuales la contratación laboral deja de ser directa entre el que recibe el trabajo y el que lo realiza. En consecuencia migra desde el ámbito de las vinculaciones directamente establecidas entre el empleador y el trabajador-base de la relación laboral del contrato de trabajo clásico-y se domicilia en un ámbito externo, se externaliza.”

En México se ha querido reglamentar la subcontratación en diversas iniciativas de modificaciones y adiciones a la Ley Federal del Trabajo, sin que se haya tenido éxito al respecto.

El 9 de febrero del 2009, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social presentó un documento que denominó “Hacia una Reforma Laboral para la Productividad y la Previsión Social” y que fue presentado en un llamado Foro “México ante la crisis: ¿Qué hacer para crecer?”, se pretendió reformar los artículos 13 y adicionar los numerales 15-A, 15-B, 15-C, 15-D y 16 de la Ley Federal del Trabajo, estableciendo:

Artículo 13. “No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario, los patrones que utilicen en su empresa los servicios de trabajadores proporcionados por un intermediario, serán responsables solidarios en las obligaciones contraídas con aquellos.”

Artículo 15-A. “El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista o subcontratista ejecuta obras o presta servicios con trabajadores bajo su dependencia, a favor de otra persona física o moral que resulta beneficiaria de los servicios contratados, la cual fija las tareas a realizar y supervisa el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratados.”

Artículo 15-B. “El contrato que se celebre entre la persona física o moral que resulte beneficiaria de los servicios y un contratista o subcontratista que ponga a su disposición trabajadores, deberá constar por escrito.

La empresa beneficiaria deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista o subcontratista cuenta con elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.”

Artículo 15-C. “La empresa beneficiaria de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista o subcontratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.”

Artículo 15-D. “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que se utiliza el régimen de subcontratación en forma dolosa, cuando con el objeto de simular salarios y prestaciones menores, las empresas prestadoras de servicios tengan simultáneas relaciones de trabajo o de carácter mercantil o civil con los trabajadores”.

Quienes incurran en la conducta señalada en el párrafo anterior, serán sancionados en términos del artículo 1004-C de esta Ley.”

Artículo 16. “Para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa.

Los trabajadores del establecimiento de una empresa forman parte de ella para efectos de la participación de los trabajadores en las utilidades”.

De este estudio formulado por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social destaca fundamentalmente: la imposición de la figura de la responsabilidad solidaria para los patrones que utilicen en su empresa los servicios de trabajadores proporcionados por otro empleador; se indica con claridad el concepto de subcontratación; se establece la formalidad obligatoria para la firma del contrato respectivo ante las empresas (prestadora y beneficiaria); un señalamiento importante es la obligación de la empresa subsidiaria de supervisar a la contratista para que cumpla las disposiciones legales de carácter laboral, de seguridad social, de salud y de medio ambiente; habla de la subcontratación dolosa para evitar el fraude de los derechos de los trabajadores y por último para evitar la proliferación de las llamadas “empresas prestadoras de servicios”, que tratan de evitar el pago de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, por lo que se establece que los trabajadores forman parte de ella para obtener las utilidades correspondientes.

Lo señalado por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México, tiene la característica de conceptualizar el régimen de subcontratación, determinándose cuando ésta es dolosa, existiendo simulación con las penalidades correspondientes.

CLAUSULAS SOCIALES EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

DR. AUGUSTO VALENZUELA HERRERA¹

RESUMEN: En el presente ensayo titulado “Clausulas Sociales en los Tratados de Libre Comercio” el Dr. Augusto Valenzuela Herrera, hace referencia a la necesidad que existe de incluir clausulas sociales en los tratados de libre comercio que permitan el establecimiento de estándares mínimos de respeto a los derechos laborales y medioambientales entre los países firmantes, lo anterior debido a los procesos de globalización que se viven en la actualidad y que imponen por tanto un reto de equilibrar los beneficios económicos con los beneficios sociales. El autor denomina que la clausula social tiene su fuente primaria en el respeto a los derechos humanos, que buscan establecer estándares mínimos de condiciones de trabajo que deben cumplirse en la producción de los bienes y servicios exportables.

Este es un tema de mucha controversia puesto que desde hace tiempo se vienen discutiendo las consecuencias sociales del comercio que hasta ese momento eran negativas y se evidencia con la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, que trata de dar respuesta positiva a la internacionalización del comercio sobre el empleo.

PALABRAS CLAVES: Comercio Internacional, Globalización, Derechos Humanos, Clausulas Sociales.

ABSTRAC: In the present essay entitled “Clauses social in the treaties of free trade,” Dr. Augusto Valenzuela Herrera makes reference to the need to include social clauses in free trade agreements that allow the establishment of minimum standards of respect for labor and environmental rights among signatory countries, the aforementioned due processes of globalization which is currently live and therefore imposed a challenge of balancing the economic benefits with social benefits. As he called that

1 Docente e Investigador Honorario de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI, Iuslaboralista, Miembro de la AIDTSS, Catedrático de Derecho Laboral Universidad San Carlos de Guatemala, Director en Tax & Labor, Centroamérica.

clause it social is your primary source on respect for human rights, seeking to establish minimum standards on working conditions that must be met in the production of goods and services exportable.

This is a subject of much controversy since long, the social consequences of the trade that so far were negative are discussed and is evident with the creation of the International Labour Organization in 1919, which seeks to give positive response to the internationalization of trade on employment.

I. INTRODUCCIÓN

Los actuales procesos globales imponen a las sociedades del mundo el reto de equiparar los beneficios económicos con el beneficio social. La competencia desleal provocada por el “*dumping social*” demanda la inclusión de las llamadas cláusulas sociales en los tratados de libre comercio. La cláusula social implica que en los tratados de libre comercio se implementen estándares mínimos de respeto a los derechos laborales y el medio ambiente. El capítulo dieciséis del DR-CAFTA, suscrito entre Estados Unidos de América y los países de Centroamérica y República Dominicana es el “capítulo laboral”, que contempla los mecanismos que las partes del mismo deberán agotar para garantizar derechos y gozar de los beneficios comerciales que implica dicho tratado comercial.

Las cláusulas sociales, en ámbitos como comercio, inversión, trabajo y medio ambiente, en un mundo globalizado como el de hoy en día, cada vez se hacen más necesarios, como el objeto de fomentar la productividad a nivel mundial en una competencia comercial equilibrada.

Con la explosión del comercio mundial ocurrida en los últimos tres decenios, la globalización ha pasado a ser uno de los temas más controvertidos hoy en día, debido al fuerte impacto que implica en todas las actividades de la sociedad, y especialmente en el mundo del trabajo.

Se menciona que la cláusula social lo que hace es que, trata de homologar normas laborales mínimas. Su fuente primaria está basada en el respeto a los derechos humanos, que buscan establecer estándares mínimos de condiciones de trabajo que deben cumplirse en la producción de los bienes y servicios exportables. La no observancia de estos mínimos es conocido como “*dumping social*”.

Desde hace más de un siglo se habla de las consecuencias sociales del comercio. La creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 responde precisamente, a la preocupación sobre las consecuencias negativas de la internacionalización del comercio sobre el empleo. Actualmente, este problema ha vuelto a formar parte del debate público, tras analizar el empeoramiento en las condiciones laborales de trabajadores, sobre todo los no cualificados, de forma especial en los países en desarrollo.

El objetivo último es valorar si la inclusión de cláusulas sociales podría ayudar a conseguir los objetivos del movimiento denominado comercio justo.

II. SURGIMIENTO DE LAS CLAUSULAS SOCIALES A TRAVÉS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con el objeto de poder determinar la trascendencia de las cláusulas sociales en nuestro entorno, indispensablemente resulta poder establecer el verdadero origen o surgimiento de las cláusulas sociales, que nacen a través de los instrumentos jurídicos que regulan, protegen y promocionan los derechos humanos.

Es precisamente en los instrumentos jurídicos internacionales donde se establecen una serie de principios y derechos laborales, que obligadamente se deben de proteger, de igual forma en ellos se establecen las formas directas o alternativas de reconocimiento de estos derechos. Se menciona que las cláusulas sociales a diferencia de las Cartas Sociales, las Declaraciones y Pactos sobre derechos humanos y de las normas internacionales del trabajo, sólo tienen sentido dentro del comercio internacional o en relación con éste.

Se debe de tener en cuenta que existen a su vez puntos de conexión o vinculaciones entre la Carta Social y la Cláusula Social. La Carta Social puede operar como una cláusula social si su incumplimiento acarrea sanciones propias del comercio internacional; de lo contrario, no.

A su vez, la Cláusula Social puede remitir a una Carta Social: un convenio comercial puede contener una cláusula (social) que establezca sanciones o la rescisión en caso de no respetarse derechos sociales contenidos en una Carta Social o en un convenio internacional del trabajo o en cualquier

otro instrumento autónomo. Es más, toda cláusula social necesita identificar cuál o cuáles son los derechos laborales por cuya violación opera la rescisión del acuerdo comercial o suspensión de los beneficios comerciales acordados o la aplicación de sanciones económicas. Esos derechos pueden ser definidos en la misma cláusula o en una enumeración anexa o remitirse a un instrumento independiente (que puede ser una Carta Social o una Declaración o un convenio internacional del trabajo, etc.).

Existen varios criterios con respecto a las inserción de las cláusulas sociales en los tratados o convenios de cualquier naturaleza entre estados, muchos manifiestan estar en contra, ya que mencionan que las cláusulas sociales, predominante entre los gobiernos de países subdesarrollados, se centran, fundamentalmente, en que aquella sería un instrumento de proteccionismo de los países más desarrollados y un eventual atentado contra la soberanía de los países pequeños. Es precisamente a través de la cláusula social, que un Estado podría compeler a otro a adoptar las decisiones y conductas que fueren convenientes, bajo la “amenaza” de limitar o suspender los beneficios comerciales derivados del Tratado, los préstamos o la cooperación. Al mismo tiempo, el cumplimiento de los mínimos laborales exigidos por la cláusula social impondría a las economías nacionales de los países menos industrializados, unos costos laborales tales, que les harían perder toda “competitividad” internacional.

Posteriormente se analizarán a detalle los aspectos positivos y negativos de la inserción de las cláusulas sociales en tratados internacionales, pero resulta interesante establecer los argumentos a favor de las cláusulas sociales. Se dicen que estas parten de la afirmación de que el tema central no es, en verdad, la soberanía nacional, ni el comercio internacional, ni la competitividad, ni los costos laborales, sino el respeto y la eficacia de los derechos humanos. La cláusula social no es más que un instrumento que en conjunción con otros, busca como objetivo el respeto efectivo de los derechos humanos.

Se debe de tomar en cuenta la universalidad de los Derechos Humanos en cuanto a su protección por parte de los Estados, es por esto que los mismos Derechos Humanos consagrados en instrumentos jurídicos internacionales deben de regularse en tratados internacionales, específicamente en cláusulas sociales.

Si las normas internacionales directas o tradicionales como los convenios, tratados y declaraciones no se han mostrado suficientemente eficaces para garantizar la efectiva vigencia práctica de dicho principio,

parece justificado recurrir a las técnicas de mercado para que éste respete los derechos humanos.

III. DEFINICIÓN DE CLAUSULAS SOCIALES

Para Jorge Witker las cláusulas sociales pueden ser definidas como *“aquellas inclusiones en los tratados comerciales de prescripciones, que fijan normas mínimas o equitativas de trabajo como condición para acceder a las ventajas contempladas en tales convenios”*.

Se trata de acuerdos internacionalmente reconocidos a los trabajadores o “normas laborales internacionales mínimas”. Los temas laborales en general, se contextualizan en el ámbito genérico de los derechos económicos y sociales, y de los derechos derivados de las convenciones sobre derechos laborales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La cláusula social puede ser definida como un grupo de regulaciones relativas al comportamiento social, las cuales los gobiernos y las compañías deben acatar para obtener ciertos beneficios, y así librarse de sanciones económicas.²

Desde los años ochenta se habla de la conexión entre estándares laborales y comercio internacional. La conveniencia de los estándares laborales fundamentales ya era tema prioritario en la agenda de la primera Conferencia Ministerial de la OMC en Singapur, en Diciembre de 1996.

Por cláusula social, en sentido estricto, se entiende la inclusión en los convenios internacionales de comercio de una cláusula que fije normas mínimas o equitativas de trabajo como condición para beneficiarse de las ventajas que surgen de esos tratados.

Muchos autores han coincidido en que existen cláusulas sociales positivas o negativas, se menciona que una cláusula social es positiva cuando se beneficia al país que cumple, dándole un acceso más flexible al mercado internacional y negativa cuando prevé la posibilidad de aplicar sanciones al país infractor, como la prohibición de la importación de bienes.

2 La definición surgió en la Conferencia Sur/Norte, en Pisa, Italia, 1995. Tema: la cláusula social, en el documento ‘Nueva alianza para la dignidad en el trabajo’.

Como anteriormente se mencionó la introducción en los tratados de libre comercio de las cláusulas sociales es un tema sumamente polémico y muy discutido, por lo general, recibe críticas de los empleadores o patronos, de muchos gobiernos, mientras que se reclama como una necesidad por parte de las organizaciones de trabajadores, recibiendo el apoyo unánime de éstas.

Desde la perspectiva de los trabajadores, se concibe las cláusulas sociales de la siguiente manera, según la exposición de un delegado trabajador ante la Conferencia Internacional del Trabajo de 1994: *“No se trata de la protección del comercio, se trata de la protección de las personas. No se trata de establecer salarios mínimos en el mundo entero. No se trata de trasladar salarios y condiciones de trabajo del primer mundo al tercer mundo. Se trata de asegurar que los derechos humanos fundamentales se respeten en todos los países que comercian... La cláusula social propuesta contempla que la negociación libre es la manera de establecer los salarios y las condiciones de empleo que puede permitirse un país a la luz de sus circunstancias nacionales”*.

IV. LAS CLAUSULAS SOCIALES PROTECTORAS DE LAS CONDICIONES MÍNIMAS LABORALES

Sin duda alguna el objeto de las cláusulas sociales es la efectiva protección y promulgación de los derechos humanos, en el caso de los tratados de libre comercio se trata de proteger los derechos laborales que de estos se puedan desprender. Hoy en día los derechos laborales básicos, que han sido aprobados por la Organización Internacional de Trabajo, a través de sus convenios, son considerados derechos humanos, consecuentemente son susceptibles de protección, independientemente del nivel de desarrollo económico del país o estado.

Actualmente, como posteriormente se analizará, existe una sanción económica a los Estados transgresores de violaciones de los derechos laborales básicos, también considerados derechos humanos o fundamentales; por ejemplo Sudáfrica fue condenada a una sanción económica por la discriminación racial y la igualdad, el famoso “apartheid”.

Jurídicamente hablando se consideran derechos *fundamentales* aquéllos que resguardan sobre todo la dignidad humana y que por tanto detenta

toda persona: se trata, entre otros, del derecho a la vida, a la integridad física, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho al respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de su persona y de su familia, etc. Estos derechos no son otorgados por el órgano estatal, ya que entre una de sus características aparece la inherencia del ser humano, es decir, se detentan por la misma condición y naturaleza de ser humano; consecuentemente el papel del Estado no es otorgarlos, sino únicamente reconocerlos.

Los estados al momento de negociar un Tratado de Libre Comercio instan a la inclusión de cláusulas sociales, las cuales se basan en convenciones de la Organización Internacional del Trabajo. La inclusión de estas cláusulas sociales van a depender del tratado que se está negociando entre los estados, así también del carácter del derecho humano de un determinado estándar laboral, su grado de aceptación y el posible impacto sobre la posición competitiva de los países en vías de desarrollo.

Derivado de esta serie de ideas, muchos autores han coincidido en enumerar una serie de derechos laborales que obligadamente deben de ser incluidos en una cláusula social. Partiendo de este criterio se pueden establecer como derechos laborales internacionalmente reconocidos lo siguientes:

- a) Libertad de asociación y negociación colectiva (Convenciones 87 y 98 de la OIT).
- b) Principio de No Discriminación e igual remuneración (Convenciones de la OIT 100 y 111).
- c) Prohibición de trabajo forzado u obligatorio (Convenciones de la OIT 29 y 105);
- d) Trabajo Infantil Edad Mínima. (Convención 138).
- e) Formas de Trabajo Infantil. (Convención 182).
- f) Prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. (Convención 174).
- g) Indemnización en caso de accidentes de trabajo. (Convención 017).
- h) Protección de los trabajadores migratorios. (Convención 97 y 143).

V. LA INCLUSIÓN DE LAS CLAUSULAS SOCIALES EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

El mundo globalizado impone a las sociedades el reto de equiparar los beneficios económicos con los beneficios sociales. La competencia desleal provocada por el “*dumping social*” demanda la inclusión de las llamadas cláusulas sociales en los tratados de libre comercio. La cláusula social implica que en los tratados de libre comercio se establezcan estándares mínimos de respeto a los derechos laborales y el ambiente.

La globalización de la economía ha creado un “*mercado laboral global*”, que ha sido definido por Etwell como el resultado de la producción tecnológica *standard*, de capital altamente móvil, así como de comparaciones de logros en productividad, flexibilidad para el empleador y condiciones laborales y salariales.

Dice Van der Laet que el tema de la vinculación entre el Derecho de Trabajo y el comercio internacional no es tan novedoso como puede pensarse, de hecho, citando a Servais, afirma que dicha alianza es tan antigua como la misma normativa internacional. En efecto, desde el siglo XVIII, en Europa se tenía claro que la disminución de las garantías laborales implicaba ventajas para las instituciones comerciales, siempre y cuando, tales garantías laborales fueran disminuidas en una sola de ellas (la beneficiada).

En efecto, en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, una legislación laboral débil o insuficientemente aplicada genera una clara desventaja para los países con normas rigurosas; así, *la obtención de ventajas comerciales a costa de la ausencia de seguridad social y de derechos laborales para los trabajadores*, práctica conocida como *dumping social*, constituye competencia desleal en el comercio internacional (Van der Laet, 2000).

Por “*dumping social*”, en la doctrina, generalmente se identifica la obtención de ventajas comerciales a costa de la ausencia de seguridad social y de derechos laborales para los trabajadores. Se teme que las ventajas que para un país pueda tener un bajo nivel de protección laboral y de seguridad social pueda generar un “*círculo vicioso de retroceso social*” a nivel mundial. Este temor ha llevado al planteamiento del tema de la llamada “*cláusula social*” en los acuerdos de libre comercio.

Desde una perspectiva económica, la preocupación fundamental estriba en la imposibilidad de competir en igualdad de condiciones con productos en cuya fabricación no se han respetado ni siquiera los derechos laborales más elementales y que, consecuentemente, tienen un costo de producción extraordinariamente bajo. La competencia desleal que se origina entre esos productos y los elaborados en países que garantizan el cumplimiento de esos mismos derechos, hace que muchos autores estableciendo una analogía con el concepto tradicional de *dumping*, denominen a este fenómeno *dumping* social o *dumping* laboral.

La existencia de prácticas desleales como el *dumping social* justifica la postura de quienes abogan por la inclusión de las llamadas “cláusulas sociales” en los tratados comerciales multilaterales como regulaciones que conduzcan a su erradicación –del *dumping social*- (Van der Laet, 2000). En ese orden de ideas, la cláusula social se establecerá como un garante de la libre competencia y del respeto de los derechos laborales de los trabajadores de aquellas industrias cuyos productos compiten en el ámbito internacional.

Ahora bien, si el cometido de las cláusulas sociales es la abolición del *dumping social* como práctica desleal en la competencia internacional, puede decirse que una cláusula social, inserta en convenios internacionales de comercio, constituye una disposición que fija normas mínimas o equitativas de trabajo como condición para beneficiarse de las ventajas que surgen de dichos tratados.

VI. ¿PARA QUE SIRVEN LAS CLAUSULAS SOCIALES?

Los defensores de incluir cláusulas sociales en acuerdos sociales se pueden agrupar en dos escuelas, que denominamos económica y moral. La perspectiva económica fundamenta la necesidad de cláusulas sociales en el llamado social *dumping*. Entienden que la reducción de la protección jurídica de los trabajadores, que conlleva una reducción de costos para la empresa, es una forma de subvención encubierta para animar las exportaciones, que erosiona la posición competitiva a los países que mantienen altos niveles de protección de los trabajadores. Así, para mantener la ventaja competitiva, los países tendrán que reducir más y más los niveles de protección, «una competición a la baja», resultando en mayor desigualdad y fricciones sociales.

Por eso, para mantener una situación de equilibrio en el sistema, es necesaria la inclusión de una cláusula social. En caso de que se opte por no incluir cláusulas sociales en los tratados comerciales, se debe esperar esa competición a la baja entre países o un mayor proteccionismo por parte de los países con mayores niveles de protección de los trabajadores.

El peligro del proteccionismo disfrazado, es un problema central en el debate sobre la conexión entre estándares laborales y comercio. Por un lado se debería establecer cómo hacer uso del pequeño margen para combatir el abuso social y por el otro las ventajas de los relativos costos comparativos de los países en desarrollo y por lo tanto su posición en el mercado mundial.

Los contenidos laborales de los acuerdos de comercio establecen estándares deben ser recogidos por las normas internas de los países que adoptan estos acuerdos. Pero los acuerdos que liberalizan el comercio son muy celosos de la soberanía legislativa en materia laboral de los estados que los adoptan, por lo que reconocen expresamente que no se puede intervenir en las decisiones legislativas de un estado, no existiendo en consecuencia ningún derecho a cuestionar las leyes que sean decididas y promulgadas por un país asociado comercialmente.

Hoy en día se dice que la pobreza nacional es considerada la causa principal o más importante de la existencia de estándares laborales inaceptables en los países en vías de desarrollo, la introducción de estándares superiores podría ser una importante condición para ser competitivos en el mercado mundial, así como para su desarrollo económico y social. Esta conclusión es aplicable a estándares mínimos como la libre asociación y la negociación colectiva, la prohibición del trabajo forzoso y la prohibición del trabajo infantil, y la no discriminación a nivel de empleo. Esta idea es menos aplicable a estándares directamente relacionados a los salarios y condiciones laborales pues los costos laborales y, por consiguiente, la posición de los países en vías de desarrollo en el mercado mundial, podrían verse afectados cuando de lo que se trata es de proveer un mecanismo que distribuya en forma equitativa los resultados del comercio y del crecimiento económico.

Según Brian Langille, un experto canadiense en leyes laborales, el problema no está en evitar una posible pérdida de la soberanía, sino proveer la oportunidad para que ésta sea en alguna medida restituida: poder, por ejemplo, decidir en relación a las regulaciones de los

mercados mundiales, y estar presentes en el proceso de toma de decisiones de envergadura internacional ahí donde las decisiones son tomadas.

VII. ASPECTOS POSITIVOS DE LAS CLAUSULAS SOCIALES

Se debe de tomar en cuenta que para muchos sectores como la doctrina, el sector sindicalista o incluso los empleadores, las cláusulas sociales constituyen un marco jurídico de protección a los derechos laborales internacionalmente reconocidos; es por esto que se analizaran los principales argumentos a favor de las cláusulas sociales de cada uno de los grupos.

Van Liemt destaca, a nivel doctrinal, varios argumentos a favor de las cláusulas sociales. Inicialmente menciona que la cláusula social fomenta la competencia leal entre los exportadores de los países en desarrollo, pues garantizaría que quienes observan las normas laborales mínimas no se verían perjudicados por su despliegue de esfuerzos en pro del desarrollo social; así también estas servirían para que el incremento del comercio redunde en beneficio de los trabajadores y por último establece que la falta de una cláusula social haría mucho más difícil la lucha contra las presiones a favor de un mayor proteccionismo.

Por su parte, Etwell señala que la inclusión de cláusulas sociales en tratados de libre comercio, permitirá a los nuevos exportadores mantener sus ventajas comparativas en los mercados de países industrializados; evitará el “dumping social” y sustituirá las iniciativas unilaterales de grupos de derechos humanos y consumidores, que en ocasiones tienen como efecto agravar la situación de los trabajadores explotados en el tercer mundo por efecto del boicot a los bienes que éstos producen. De igual forma también establece que fortalecería la democracia, pues se ha determinado la existencia de una relación entre ingreso poco equitativo e inestabilidad democrática. La posición del movimiento sindical, a todo nivel, es favorable a la inclusión de una cláusula social en los acuerdos comerciales, toda vez que se considera que, si no hay una sanción en el plano comercial, persistirá la violación de los derechos laborales.

Algunas organizaciones laborales internacionales han planteado que el contenido de la cláusula social debe ser el de los derechos laborales que la OIT ha considerado como derechos humanos fundamentales, es decir,

la libertad sindical, la negociación colectiva, la no discriminación en el empleo, la prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzoso. Proponen, asimismo, que las cláusulas sociales deben tener vigencia respecto de todos los trabajadores de un país y no sólo del sector exportador.

VIII. ASPECTOS NEGATIVOS DE LAS CLAUSULAS SOCIALES

Al igual que existen un sin fin de argumentos a favor de la inclusión de las cláusulas sociales en tratados de libre comercio, existe varios sectores igualmente que arguyen estar en contra de dicha inclusión.

Los países en vías de desarrollo son los principales opositores a estas cláusulas sociales, estableciendo que el movimiento a favor de establecer una cláusula social se funda en el éxito que han tenido los países exportadores en el incremento de las exportaciones, lo que provoca presiones cada vez mayores de proteccionismo dado el fuerte desempleo que hay en los países importadores. La consideran el fruto de un proteccionismo encubierto, que podría afectar el desarrollo industrial de los países exportadores y privarles de una de sus principales ventajas comparativas, como la posibilidad de aprovechar productivamente una mano de obra barata.

Así también consideran que se trata de una injerencia en sus asuntos internos y una ofensa que se les pida asumir obligaciones en materia social a cambio de concesiones comerciales. Por otro lado también se alega que este mecanismo centra la atención en las normas de trabajo aplicables especialmente al sector manufacturero, que es el que produce para la exportación, sin que ello signifique necesariamente que tales disposiciones sean las que necesiten ser mejoradas en el país exportador, toda vez que es respecto de los trabajadores de los otros sectores de esas naciones donde existen las situaciones más delicadas y que, por el contrario, al mejorarse a través de la presión que ejerce una cláusula social la posición del sector manufacturero, se ahondarán dentro del exportador las diferencias con los otros sectores, especialmente los de las plantaciones, las minas, la industria de la construcción y las pequeñas empresas de servicios que trabajan para el mercado interno.

El Consejo del Sistema Económico Latinoamericano (SELA) recomendó en junio de 1994 a los Estados que lo componen, continuar oponiéndose a la cláusula social, al mismo tiempo que apoyó *“la adopción de*

una política más indicativa de la observancia de los derechos laborales en la OIT, incluida la ratificación de un mayor número de convenios por parte de un mayor número de países, y la ejecución de acciones bilaterales y multilaterales encaminadas a mejorar las políticas sociales y el desarrollo institucional de la región para la instrumentación de programas sociales”.

Así también arguyen que las cláusulas sociales significarían un paso atrás en la apertura de los mercados e irían en contra de las estrategias empresariales que han apostado por el proceso de mundialización. El desarrollo económico de muchos países en vías de desarrollo está todavía en su fase preliminar, siendo previsible que los niveles sociales de esos países aumenten en proporción a su prosperidad económica. Al respecto, se señaló que la mejora en las condiciones de vida y de trabajo de los países desarrollados se había producido en la medida en que habían desarrollado su economía, y que estas mejoras habían tardado mucho en producirse.

IX. APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS CLAUSULAS SOCIALES DEL DR-CAFTA (LIBRO BLANCO)

En el informe elaborado con ocasión de la reunión concertada entre los Ministros de Comercio y Trabajo de los países de Centroamérica y la República Dominicana, en Washington, D.C., en julio de 2004, se concibe que la dimensión laboral en el contexto de las relaciones comerciales a establecerse bajo el amparo del DR-CAFTA, es esencial para la implementación exitosa del Tratado.

El documento conocido como Libro Blanco contempla la imperativa necesidad de fortalecer y aumentar la capacidad de las instituciones laborales locales para garantizar el efectivo cumplimiento de la normativa laboral dentro del marco de relaciones comerciales entre Centro América, Estados Unidos y República Dominicana.

En efecto, se establece en dicho instrumento que el fortalecimiento general de los Ministerios de Trabajo es presupuesto esencial para el fiel cumplimiento de la ley laboral; en tal virtud, la reforma de sus presupuestos, recursos (humanos y materiales), reglamentos y políticas constituye una prioridad. En este sentido, los estados partes reconocen que:

“Es esencial mejorar la capacidad de los ministerios de trabajo y tribunales laborales para aplicar y hacer cumplir la legislación laboral si se quiere conseguir una aplicación efectiva en toda la región.”

Se consideró que la labor efectiva de los ministerios de trabajo y de los tribunales laborales constituye un pilar fundamental para el desarrollo de la cultura de cumplimiento en la región. En efecto, como exponían Isa-Contreras y Santos-Reyes (2000), la existencia de instancias locales de supervisión, control y promoción de cumplimiento de la normativa laboral en los países partes del Tratado, consolida el compromiso por alcanzar una mejoría en el cumplimiento de las normas laborales vigentes.

Dentro de los principales compromisos que asumieron Centro América y República Dominicana en el Libro Blanco, pueden mencionarse los siguientes:

- a. **Legislación laboral y su aplicación:** reforma de leyes, reglamentaciones o políticas relacionadas con la materia; garantía de la libre asociación, sindicalización y relaciones laborales; inspección y control del cumplimiento de las normas.
- b. **Recursos humanos y económicos en los Ministerios de Trabajo:** las limitaciones financieras y de personal que afrontan los Ministerios de Trabajo constituyen un reto importante a superar para la mejora en el cumplimiento de las normas laborales.
- c. **Fortalecimiento del sistema judicial laboral:** superar las limitaciones de personal y equipo (jueces, personal de apoyo, equipo) para erradicar la demora en las resoluciones judiciales.
- d. **Protección contra la discriminación en el empleo:** preocupaciones específicas respecto de las condiciones de trabajo de las mujeres, especialmente en aquellos países que poseen importante industria maquiladora o zonas francas.
- e. **Peores formas de trabajo infantil:** compromiso de erradicar el trabajo infantil con arreglo a lo dispuesto en el *Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición y Acción Inmediata para la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999)*.
- f. **Fomento de cultura de cumplimiento:** existe la necesidad de extender y reforzar una *cultura de cumplimiento* de la ley laboral.

Específicamente, con relación al caso guatemalteco, el Libro Blanco contempla el reto del fortalecimiento del Ministerio de Trabajo y Previsión Social y de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social.

Se hace especial énfasis en lo siguiente:

- a. Dotar a la Inspección General de Trabajo de un estatuto de servicio profesional; aumentar sus salarios, capacitación, equipamiento y continuar con el estudio de reclasificación de puestos.
- b. Introducir los cambios que sean necesarios para implementar la mediación y conciliación en los ámbitos laborales; impartir formación especializada en aptitudes de negociación y resolución de conflictos.
- c. Revisar el programa de modernización de la justicia financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo para asegurar que preste atención suficiente a las necesidades de la justicia laboral en Guatemala.
- d. Continuar los esfuerzos para impulsar un programa sistemático de reforma de la justicia laboral.
- e. Incrementar el número de jueces y tribunales laborales.

Con la mejora institucional local se pretende trascender de la simple reiteración en los compromisos internacionales asumidos conforme lo pactado en el Tratado y garantizar el pleno cumplimiento de la normativa laboral.

X. LA INSERCIÓN DE LA CLÁUSULA SOCIAL EN EL DR-CAFTA

Las normas laborales recogidas en los distintos instrumentos de integración varían según cada caso en particular. Esencialmente, las cláusulas laborales comprenden los Derechos Fundamentales en el Trabajo, resumidos en la *Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su Seguimiento (1998)*, otras cláusulas incluyen temas como el empleo y la seguridad social, siendo la “promoción del empleo” la única institución laboral acogida en todos los casos.

Diferentes instrumentos de integración económica han contemplado dentro de sus cláusulas laborales lo siguiente:

- a. **Derechos Fundamentales.** En los instrumentos de integración se han efectuado expresas referencias a la libertad de asociación y libertad sindical, derecho de negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil, eliminación de discriminación e igualdad de remuneración, materias que comprenden los Derechos Fundamentales en el Trabajo.

- b. **Condiciones de Trabajo.** Igualmente, algunos convenios se han referido a los siguientes derechos: derecho al trabajo, jornada de trabajo, descanso, remuneración justa o adecuada, estabilidad en el trabajo, promoción o ascenso, normas sobre mujeres que trabajan, minusválidos, vacaciones, feriados, seguridad e higiene ocupacional y mecanismos para la solución de controversias laborales.
- c. **Empleo.** En la normativa internacional se abordan temas de promoción del empleo, movilidad de la mano de obra o trabajadores migrantes, formación profesional y orientación vocacional.
- d. **Administración del Trabajo.** Las cláusulas laborales también han hecho referencia a temas como la Administración del Trabajo y la Inspección del Trabajo en los países miembros de los tratados comerciales.
- e. **Seguridad Social.** Se han tratado temas de seguridad social en general, subsidios por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, indemnización por lesiones o enfermedades de trabajo, atención médica, auxilio funerario, protección contra la desocupación, protección contra la vejez y pensión de sobrevivientes.
- f. **Órganos de promoción y control.** Finalmente, las cláusulas laborales también contemplan mecanismos de promoción y control de las disposiciones en ellas acordadas; el establecimiento o designación de órganos de promoción y control también forma parte de las cláusulas laborales.

La cláusula laboral en el DR-CAFTA, por su parte, incluye lo relacionado con los Derechos Fundamentales en el Trabajo, con arreglo a la *Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)*, la normativa laboral local de los países miembros del tratado, así como las disposiciones contenidas en otros convenios internacionales de la materia.

El alcance de lo pactado en el DR-CAFTA rebasa las disposiciones netamente comerciales e incluye otras de índole laboral y ambiental; de ahí que se le considere un acuerdo de “tercera generación”.

El objeto del capítulo laboral del DR-CAFTA, como cláusula social no puede ser otro que garantizar el respeto de la legislación laboral internacional y local, vigente en cada país, y evitar el dumping social. En efecto, asegurarse de que las partes no usen el relajamiento de las normas laborales como forma de promover el comercio y, asimismo, cumplan

con sus respectivas legislaciones laborales, son las motivaciones nucleares del pacto laboral en el Tratado de Libre Comercio.³

Las obligaciones internacionales en materia laboral y la soberanía en el establecimiento y cumplimiento de las normas laborales de los países miembros del Tratado, son reconocidas en dicho capítulo; se establece también la prohibición del debilitamiento de la legislación laboral por razones comerciales o de inversión como medio de promover la competencia leal entre los países exportadores:

“Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna (Art. 16.2, numeral 2).”

Asimismo, se recogen los aspectos procesales y la promoción del conocimiento público de las leyes laborales vigentes en cada país. La garantía de transparencia, economía y celeridad procesal en los asuntos de trabajo; el compromiso de los órganos jurisdiccionales de cada país parte en dictar las resoluciones que ponen fin a los asuntos en tiempo y de conformidad con las disposiciones legales aplicables, motivando sus razonamientos y observando plenamente el sistema de valoración de prueba que corresponda.

Se establecen los mecanismos y espacios institucionales a través de los cuales se canalizarán las consultas en materia laboral. Se crea un Consejo de Asuntos Laborales, de integración ministerial, como el principal mecanismo de consulta laboral, sus decisiones serán públicas y contará con mecanismos de participación pública; tiene como cometido primordial supervisar la implementación del Capítulo laboral y revisar el avance en la materia conforme lo pactado en el Tratado, en general, dar seguimiento a los objetivos laborales del DR CAFTA.

El Consejo de Asuntos Laborales también toma parte en el mecanismo de solución de diferencias establecido en el capítulo. Con relación a este tema (solución de diferencias), se establece que las partes no podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias, contenido en el capítulo veinte del Tratado, sin antes haber agotado las instancias de consulta establecidas en el capítulo laboral; tal procedimiento puede resumirse como sigue:

3 Isa-Contreras, Pável y Felipe Santos-Reyes. (2000). DR-CAFTA: algunos aspectos laborales relevantes para la República Dominicana. Centro de Investigación Económica para el Caribe(CIECA).

- a. Consultas laborales cooperativas.** Se establecen las llamadas Consultas Laborales Cooperativas, un mecanismo para conocer y resolver asuntos laborales levantados por algunas de las partes previo al conocimiento del asunto por parte del Consejo de Asuntos Laborales, el cual asumirá los asuntos cuando no sean resueltos por las consultas cooperativas. Conforme estas consultas laborales, los países partes tratan de llegar a un solución satisfactoria a través del procedimiento de “Consultas interinstitucionales” (autoridades de trabajo de cada país en conflicto).
- b. Consejo de Asuntos Laborales.** Si no se llegase a ningún acuerdo en el procedimiento de consultas laborales cooperativas, se convoca al Consejo de Asuntos Laborales, integrado por los Ministros de Trabajo. Se buscará una solución dando prioridad a las oportunidades de cooperación. El Consejo puede resolver el asunto mediante consultas a expertos y/o procedimientos alternativos como buenos oficios, conciliación y mediación.
- c. Capítulo de Solución de Controversias (Capítulo veinte).** Deberá agotarse el procedimiento establecido en el capítulo veinte del DR-CAFTA para la solución de controversias, sea a cargo de la Comisión de Buenos Oficios o del Panel Arbitral. El procedimiento finaliza con el cumplimiento de las recomendaciones del panel arbitral.
- d. Medidas coercitivas.** Ante el incumplimiento de las recomendaciones del panel arbitral, se impondrán las medidas coercitivas que fueren el cumplimiento por parte del Estado que se trate.

- Una multa hasta por US \$15 millones anuales a los Estados parte.
- Suspensión de beneficios arancelarios.

Finalmente, el capítulo establece un programa de cooperación entre las partes, dicho mecanismo es denominado *de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades* y está fundamentado en el reconocimiento de la importancia que reviste la cooperación laboral para “...la promoción del desarrollo en el territorio de las Partes y en promover oportunidades para mejorar las normas laborales (...) el avance en los compromisos comunes en asuntos laborales (Artículo 16.5 DR-CAFTA)...”

El programa de cooperación establecido define áreas prioritarias de trabajo y actividades (Anexo 16.5). Algunas de las áreas de atención prioritaria son los derechos fundamentales, peores formas de trabajo infantil,

inspección laboral, resolución alterna de conflictos, relaciones laborales, condiciones de trabajo, trabajadores migrantes y género (Isa-Contreras y Santos-Reyes, 2000).

Queda claro que la inserción de una cláusula laboral en el DR-CAFTA obedeció al establecimiento de un marco de normas y principios que promuevan la protección y cumplimiento de los derechos de los trabajadores a través de la observancia y aplicación de la respectiva legislación laboral de cada uno de los países miembros, tomando en consideración las diferencias en tamaño y desarrollo de ellas; y, a la creación del marco de normas y principios adoptados en materia laboral que no constituya ni permita la adopción de medidas que afecten el comercio entre las partes.

XI. ACUERDO DE ASOCIACIÓN ENTRE CENTROAMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA

Durante la Cuarta Cumbre Unión Europea – América Latina y el Caribe, celebrada en Viena, Austria, en el mes de mayo de 2006, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea y de América Latina y el Caribe y Centroamérica tomaron la decisión de entablar negociaciones relativas a un Acuerdo de Asociación.

El Acuerdo de Asociación, implicaría el establecimiento de compromisos mutuos en tres áreas complementarias: Diálogo Político, Cooperación y el establecimiento de una zona de libre comercio entre la Unión Europea (UE) y los países de Centroamérica (CA).

El componente del Diálogo Político persigue establecer mecanismos institucionalizados para promover una discusión e intercambio de información –en diferentes instancias- entre la UE y CA sobre cuestiones bilaterales y regionales de interés común que podrían permitir la adopción de posiciones conjuntas en temas de trascendencia internacional. A través de estos mecanismos se busca promover una serie de valores comunes entre ambas regiones, tales como el respeto a los principios democráticos y los derechos humanos fundamentales, la protección del medio ambiente y el fortalecimiento del Estado de Derecho, entre otros.

Dentro del contexto del Acuerdo de Asociación, el componente de Cooperación busca ir más allá de la ayuda financiera de la UE hacia CA y se orientaría a identificar mecanismos concretos a través de los cuales

ambas regiones puedan alcanzar los objetivos identificados, tanto en el componente de Diálogo Político como en el componente comercial. En este contexto, es importante señalar que la UE ya es uno de las principales fuentes de cooperación de CA.

En el área comercial, el Acuerdo de Asociación implica el establecimiento de una zona de libre comercio entre CA y la UE. En el contexto comercial, CA ha mantenido por mucho tiempo lazos económicos estrechos con Europa, los cuales se han visto beneficiados por el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) de la UE, que permite que muchos de los productos centroamericanos ingresen en ese mercado sin pagar aranceles o con aranceles preferenciales. A pesar de ello, otra cantidad significativa de bienes en los cuales CA tiene ventaja competitiva han estado excluidos de esa iniciativa, lo que ha promovido que desde hace varios años los países de la región hayan promovido avanzar en la profundización de la relación comercial a través de la suscripción de un acuerdo de libre comercio.

El Acuerdo de Asociación CA-UE, se concibe para el fortalecimiento de las relaciones políticas, económicas y de cooperación bi-regionales. En ese sentido, para que genere beneficios recíprocos entre las partes involucradas, su diseño debe reconocer las particularidades, necesidades y niveles de desarrollo concretos existentes en Centroamérica y con relación a la Unión Europea.

Asimismo, el Acuerdo de Asociación se concibe como un acuerdo integral que implica compromisos mutuos en las áreas políticas, económico-comerciales y cooperación.

A diferencia del DR-CAFTA en lo referente al tema laboral, éste Acuerdo no con lleva sanciones económicas ya que va encaminado a implementarse cooperación más estrecha en el tema laboral, creando para el efecto un comité consultivo conjunto que velará por el cumplimiento de la aplicación de todos los compromisos que se asumirán, tanto comerciales como de respeto a los derechos humanos y laborales.

XII. CONCLUSIONES

- La globalización en la que hoy en día se desarrolla el mundo constituye un parámetro fundamental en las relaciones entre los Estados, es por esto que cada vez se hace más necesario la inclusión de cláusulas sociales en los Tratados de Libre Comercio, teniendo en cuenta

que tienen como objetivo fundamental la protección de los derechos laborales internacionalmente reconocidos, en búsqueda de un comercio justo.

- Las Cláusulas Sociales dentro de los Tratados de Libre Comercio, desarrollan un papel fundamental en los aspectos políticos, económicos, sociales, y culturales en los Estados negociantes, por lo que constituyen un primer paso para conseguir los objetivos del movimiento por el comercio justo, ya que no tratan de alterar estructuras comerciales.
- El reconocimiento de una gama de derechos laborales en tratados comerciales entre Estados se considera es un medio para obtener ciertos objetivos y beneficios en el marco de la liberalización del comercio internacional, en el marco que los acuerdos de comercio identifican expresamente: es decir, prevenir la competencia desleal basada en reducción de la protección laboral; mejorar las oportunidades de trabajo y el nivel de vida de los trabajadores.
- Las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, constituyen un parámetro de la negociación de acuerdos bilaterales entre Estados, ya que es en estos instrumentos jurídicos internacional donde se abordan la importancia, y las normas a tomar en cuenta para la efectiva protección de los derechos laborales.
- La Organización Internacional de Trabajo ha aportado argumentos a favor y en contra de la universalidad de los derechos laborales, junto con la aprobación de las Declaraciones sobre los Principios Fundamentales y Derechos en el Trabajo.

XIII. REFERENCIAS

- a. Brian A. Langille. Estándares laborales en la economía global y debate sobre mercado libre, mercado justo. Segenberger, Werner y Duncan Campbell (eds), estándares laborales internacionales y la interdependencia económica. Ginebra: Instituto Nacional de Estudios Laborales, 1999.
- b. Isa-Contreras, Pável y Felipe Santos-Reyes. (2000). DR-CAFTA: algunos aspectos laborales relevantes para la República Dominicana. Centro de Investigación Económica para el Caribe (CIECA).
- c. Chan, A; Ross, J.S. *Racing to the bottom: international trade without a social clause*. Third World Quarterly, 2002. Pp. 1011-1028.

- d. Etwell C. *Human Rights Labour Standard and the New World Trade Organization: Opportunities for a Lienkage. A Cannadien perspective*. International Center for Human Rights and Democratic Development. 1995.
- e. Göte Hansson. *Cláusula Social y Comercio Internacional: un análisis económico de los estándares laborales en políticas comerciales*. London: Croome Helm, 1983; Nueva York: Prensa St. Martin, 1983. Consejo Consultivo Nacional para el desarrollo de la Cooperación. Recomendación de Estándares internacionales laborales mínimos. Recomendación No. 84. La Haya: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1984.
- f. Lobejón Herrera, Luis Fernando. *El Comercio internacional*. Editorial Akal. Madrid. 2001.
- g. Louis Emmerij. *Desafíos actuales en los estándares laborales resultantes de la globalización*. Sengenberger, Werner y Duncan Campbell (eds), *Estándares laborales internacionales e independencia económica*. Ginebra: Instituto Internacional de Estudios Laborales, 1994.
- h. McDonagh P. «*Communicative campaigns to effect anti-slavery and fair trade*». The cases of Rugmark and Café- direct. *European Journal of Marketing*, 2000. Pp. 642-666.
- i. Tsogas, G. *Labour standards in International Trade Agreements: an assessment of the arguments*. *The International Journal of Human Resource Management*. 1999. Pp. 351-375.
- j. Van Lient. *Normas Laborales mínimas y Comercio Internacional: ¿Resultaría viable una cláusula social?* *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 108. Núm. 3. San José. 1999.
- k. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. Biblioteca Jurídica Virtual. Jorge Witker. *Las Cláusulas Sociales y Los Tratados de Libre Comercio*. www.bibliojuridica.org/libros/5/2458/16.pdf.
- l. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Dr. Bernardo van der Laet Echeverría. *La Dimensión social de la Globalización, Cláusulas Sociales, Códigos de Conducta y Normas de Responsabilidad Social*. <http://www.iij.ucr.ac.cr/archivos/publicaciones/revista/Revista%20103.pdf>.

LA GESTIÓN UNIVERSITARIA Y LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS ACTORES DE LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA

DR. ÓSCAR CASTILLO GUIDO¹

RESUMEN: Las Universidades privadas, en nuestro país y en otros de la región, funcionan bajo la figura de “personas jurídicas sin fines de lucro” o bien como “personas mercantiles” (con fines lucrativos). Se constituyen y rigen por las normas establecidas y según su naturaleza jurídica. Funcionan bajo un régimen de autonomía universitaria en la académico, lo administrativo, financiero y orgánico. A fin de asegurar la autonomía, una parte de las instituciones (según el artículo 125 Cn. y el artículo 4 de la Ley 89, LAIES) reciben financiamiento estatal del 6% del Presupuesto General de la República. La UPOLI dentro de este marco funciona como una entidad de carácter privado, sin fines de lucro y de servicio público. Asume la educación superior como un bien público y desarrolla sus acciones en función de ello.

PALABRAS CLAVES: Autonomía universitaria, servicio público, democracia universitaria

ABSTRACTS: The private universities, in our country and elsewhere in the region, operate under the figure of “non-profit legal persons” or as a “commercial persons” (for profit). They constitute and governed by standards and according to its legal nature. They operate under a regime of university autonomy in the academic, administrative, financial and organic. In order to ensure the autonomy, a part of the institutions (according to article 125 Cn. and article 4 of law 89, LAIES) receive State funding of 6% of the General budget of the Republic. The UPOLI within this framework functions as an entity of a private nature, without aims of profit and service public. It assumes the higher education as a good public and develops its actions accordingly.

¹ Decano de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI, asesor Jurídico de la misma Institución y presidente de Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho en América Latina (AFEIDAL)

Las Universidades privadas, en nuestro país y en otros de la región, funcionan bajo la figura de “personas jurídicas sin fines de lucro” o bien como “personas mercantiles” (con fines lucrativos).

Se constituyen y rigen por las normas establecidas y según su naturaleza jurídica. Así por ejemplo, si fueran sin fines de lucro, por lo que disponga la Ley 147, Ley General sobre Personas Civiles sin Fines de Lucro; o bien si fueran con fines lucro, por el Código de Comercio de Nicaragua.

Al ser la educación superior un servicio público (art. 1 LAIES²) esta se sujeta a las regulaciones que el Estado fija tanto en la constitución política como en las leyes de la materia.

- a) Constitución Política que fija los principios fundamentales de la educación y faculta la existencia de centros de educación privada en todos los niveles (art. 123 Cn.). Particularmente en el art. 125 Cn. se refiere a la educación superior en razón de la autonomía universitaria, libertad de cátedra, participación de la comunidad universitaria en gestión universitaria, presupuesto y protección de los bienes o patrimonio de las mismas.
- b) Ley 89, Ley de Autonomía de las Instituciones de Educación Superior (LAIES). Que regula los fines y principios de la Educación Superior. Reglamenta y desarrolla los conceptos de autonomía universitaria consagrados en la Constitución Política. Regula dos régimen de organización y funcionamiento: el primero referido a la Universidad Pública o Estatal para lo cual la ley en su conjunto sería su ley orgánica y, el segundo el referido a la Universidad Privada (art. 12 LAIES), la cual se rige por sus Estatutos y Reglamentos, es decir, el régimen de organización establecido en la Ley es solo para las Universidades Estatales y las privadas se regirán por sus actas constitutivas, estatutos y demás normas internas.

Por medio de esta ley se da el reconocimiento de estas (art. 4) y faculta a que se rijan por sus propias normas de organización y funcionamiento. A las Universidades privadas también les serán de aplicación las normas correspondientes a la clase de personalidad jurídica adoptada.

Entonces, las normas de organización y funcionamiento de las Universidades privadas serán elaborados y aprobados por ellas mismas,

2 Ley de Autonomía de las Instituciones de Educación Superior

con sujeción, en todo caso, a los principios constitucionales y con garantía efectiva del principio de libertad de cátedra establecida en el art. 125 Cn.

- c) La Ley General de Educación. Que es la norma de orden general que desarrolla de manera amplia los fines y objetivos de la Educación en Nicaragua, en particular desarrolla las disposiciones constitucionales establecidas en los artículos 116 al 124 Cn. Esta ley representa en sí misma la política pública que en materia de educación fija el Estado de Nicaragua. Busca la articulación de los subsistemas de educación existentes, y en particular al referirse a las IES las remite a su ley especial, entendiéndose la Ley 89, LAIES (art. 48, párrafo segundo de la Ley 582, LGE).

De igual manera reconoce a los Centros de Educación Privadas así: “**Artículo 52.-** Las Instituciones Educativas Privadas son personas jurídicas de derecho privado, creadas por iniciativa de personas naturales o jurídicas, autorizadas por las instancias de cada subsistema educativo. El Estado en concordancia con la libertad de enseñanza, el derecho de aprender y la promoción de la pluralidad de la oferta educativa, reconoce, valora y supervisa la educación privada”.

EL CARÁCTER AUTÓNOMO POR SU NATURALEZA CONSTITUTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PRIVADAS

Son las Universidades privadas autónomas por disposición de su propia naturaleza y no por definición política a como si funciona para la Universidad Estatal. Así lo expresan los arts. 4 y 12 de la Ley 89 y según las voces del art. 58, numeral 7 le corresponde al CNU autorizar nuevas Instituciones de Educación Superior, para las que debe entenderse implícito su derecho a gozar de autonomía por disposición de las leyes que las regulan en su funcionamiento como entidades privadas, sin fines de lucro y que por consiguiente esta disposición debe entenderse de forma limitada frente a éstas. Es decir, estas instituciones autorizadas, por su naturaleza en las que son creadas o constituidas, ya son autónomas, no públicas ni estatales y gozan de las prerrogativas conferidas en los artículos 99, 104 y 123 de la Constitución Política y de la Ley n. ° 147, Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro.

La autonomía universitaria en todos sus aspectos, tal como debe considerarse históricamente (fin político de la misma), es más perceptible para

las universidades estatales con respecto al Estado y a las privadas referidas en el art. 4, numeral 2 de la ley en cuestión, para lo que corresponda.³ Este título es el que denominamos la parte orgánica de la Ley que regula los aspectos de la estructura de funcionamiento de las instituciones de educación superior incluidas en la misma, sin perjuicio de la estructura que puedan darse, en el marco del art. 12 de la misma, las instituciones privadas de servicio público reguladas en el art. 4 de esta Ley 89, LAIES. Además, es de hacer notar que estas instancias son desarrolladas de mejor manera en los estatutos y reglamentos Internos de las instituciones.

Por naturaleza de las entidades educativas privadas, el gobierno de estas tiende a ser no democráticas o democráticas:

- a) Así por ejemplo las empresas o entidades mercantiles no son democráticas, su composición y decisiones se toman de conformidad a cómo esté integrado el capital. A veces una sola persona que tenga la mitad mas uno del capital es la que decide todo, aunque el resto del capital esté distribuido en 100 personas. Cuando un socio se retira, se lleva su capital o parte del patrimonio que le pertenece según la proporción de las acciones que representa o bien las puede trasladar a otro.
- b) En las asociaciones o entidades sin fines de lucro ocurre todo lo contrario a lo anterior, son más democráticas ya que sus socios, por un lado no se lucran de ningún capital ya que este se destina a cumplir los fines propuestos; sus decisiones y gobierno lo deciden sus socios con el voto individual de cada uno, según las mayorías de votos y quórum establecidos en sus actas constitutivas y estatutos. Se gobiernan de forma democrática a través de una Junta Directiva que los representa y electa por y entre ellos mismos, así como de comités o comisiones de consulta, éticas, fiscalizadoras, entre otros. El que se retira de la organización no se lleva nada o parte del patrimonio de la asociación.

Por ello el Estado de Nicaragua con el espíritu y necesidad de asegurar, por un lado la no mercantilización de la actividad educativa a nivel superior y por el otro asegurar la democracia en estas instituciones, estableció en el artículo 58, numeral 7 de la Ley 89, LAIES, la obligatoriedad de que estas IES al constituirse lo hicieran como Asociación sin Fines de Lucro.

3 Cfr., para contextualizar en la historia, Tünnermann Bernheim, Carlos. *La Universidad hacia nuevos horizontes*. UPOLI, Managua, 1992. pp. 37-42, 50-64.

CÓMO FUNCIONA SIN EMBARGO, LA AUTONOMÍA DESDE LA GESTIÓN UNIVERSITARIA EN UNA INSTITUCIÓN PRIVADA.

La autonomía, no como fin político ni orgánico, sino basadas en los principios y fines de la educación superior nicaragüense y en un contexto de libertad de cátedra y de democracia participativa en la gestión universitaria podríamos definirla así:

“**Autonomía** significa autodeterminación, independencia para tomar las decisiones académicas, administrativas, de política educativa y de formación, de docencia, de investigación, de proyección social. Autonomía, a su vez, para organizar y administrar la universidad, de tal forma que sirva a la consecución de los fines académicos y sociales. Una universidad autónoma debería poder optar por el modelo de organización que más le convenga, planificar y programar sus actividades, elegir a sus autoridades sin presiones externas ni internas, promover a sus profesores y disfrutar también de autonomía económica”

Hay democracia cuando toda la comunidad universitaria participa en el proceso de gestión. Para esto es necesario asegurar e implementar modelos participativos, en donde la administración del currículo, la investigación, la extensión sean no solo consultados sino asumidos por la comunidad académica en general, por ser ella misma sujetos y actora de los mismos. La participación de todos los estamentos en la formulación de las políticas universitarias, es una verdadera democracia en este sistema.

El artículo 111 de la Ley 582, Ley General de Educación, así mismo, reglamentando el párrafo tercero del art. 125 Cn., expresa: “En todos los Centros Educativos independientemente de su nivel y de su naturaleza, los trabajadores de la educación y estudiantes tendrán reconocimiento oficial de sus organizaciones y podrán participar en la definición general de las políticas educativas del centro, además gozarán del derecho de representación a través de la organización gremial que ellos escojan y que cumpla con lo establecido por el Código del Trabajo.” El espíritu de este artículo ha tenido como finalidad que en vez de basarse en el autoritarismo de unos pocos para imponer la política educativa, se intente fomentar la coparticipación, el diálogo, la autodeterminación, la responsabilidad compartida, etc. de todos los miembros de la comunidad universitaria (estudiantes y trabajadores de la educación sean estos docentes o administrativos con la dirección superior). De igual manera el participar en la

gestión de las políticas se busca encausar el dialogo, de hablar de igual a igual, de respeto mutuo, etc.

La autonomía, para todos los casos, universidad pública o privada dentro de un contexto democrático también es una condición indispensable para ejercer la docencia, la investigación con libertad de pensamiento, libertad de investigación y libertad de “cátedra”, ya que sin estas libertades no es posible producir conocimientos científicos, tecnológicos y humanísticos, ni transferirlos a los alumnos en forma democrática ni proyectarlos a la sociedad.

Gestión, gobernabilidad y democracia universitaria son conceptos vinculantes en la autonomía, pero con sus excepciones legales bien delimitadas. En la Universidad Pública Estatal es más perceptible en todos los ámbitos: la estructura, la organización, el gobierno, las finanzas, etc. En la Universidad Privada, por el carácter particular e individual de sus socios, se manifiesta más bien en la gestión académica, en órganos de consulta y asesoría, en los claustros académicos, no así en el gobierno o la estructura, pues este último corresponde a los socios civiles o mercantiles según sea el caso, definirlo y gestarlo. Esto último es el espíritu del art. 12 de la LAIES.

LA UPOLI EN EL CONTEXTO JURÍDICO DE AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y SU VOCACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.

148

De conformidad con lo que dispone el artículo 12 de la Ley 89 (LAIES): “Las universidades y centros de Educación Técnica Superior privadas gozarán de todas estas potestades y designarán a sus autoridades, según lo dispongan sus propios estatutos y reglamentos.”

Dentro de ese marco la UPOLI se define como una entidad privada, de inspiración cristiana, sin fines de lucro, que presta un servicio público, reconociendo en esto último su vocación y lema “Sirviendo a la Comunidad”

La autonomía para la UPOLI nace desde su fundación y por la naturaleza privada de su constitución está implícita la misma y la es de carácter académico, administrativo, económico y docente.

Serian propias de la autonomía en la UPOLI, traduciendo de sus objetivos, principios y fines en su acta constitutiva, estatutos y reglamentos, las siguientes facultades:

- a. Establecer los programas académicos de su propio desarrollo.
- b. Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales.
- c. Fijar los planes de estudio que regirán su actividad Académica.
- d. Otorgar los títulos correspondientes.
- e. Determinar libremente sus propios estatutos.
- f. Definir su régimen interno
- g. Libertad de nombrar a sus autoridades.
- h. La participación de la comunidad educativa en la gestión universitaria.
- i. Estatuir los mecanismos referentes a la elección, designación y periodo de sus autoridades superiores.
- j. Señalar las reglas sobre selección y nominación de profesores.
- k. Admitir a sus alumnos.
- l. Aprobar y manejar su presupuesto.

La UPOLI como parte y miembro fundador del Consejo Nacional de Universidades, forma parte del grupo de instituciones que según la Constitución Política en su artículo 125, recibe aporte financiero del Estado, beneficiándose del 6 % que del Presupuesto General de la República, se entrega a la Universidad Pública y a las privadas de servicio público, según el artículo 4, LAIES.

Con esta asignación y reconocimiento que hace el Estado a la UPOLI y con los recursos propios que ella genera, mediante programas amplios de extensión, docencia e investigación, cumple con su vocación de servicio la comunidad, resalta su carácter privado y de autonomía y cumple con la función social de formar profesionales con calidad y pertinencia, preservando en ella el servicio público y asegurando la existencia de la educación superior como un bien público.

BIBLIOGRAFÍA:

Tünnermann Bernheim, Carlos, (1992) *La Universidad hacia nuevos horizontes.*, Managua: UPOLI.

Constitución Política de Nicaragua (1987). Managua: Asamblea Nacional.

Ley 89, Ley de Autonomía de las Instituciones de Educación Superior (1990). Managua: Asamblea Nacional.

Ley 147, Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro (1991). Managua: Asamblea Nacional.

Código del Trabajo de Nicaragua (1995). Managua: Asamblea Nacional.

Ley 582, Ley General de Educación (2006). Managua: Asamblea Nacional.

CONTENIDO

Presentación	<i>Lydia Ruth Zamora</i>
Estado de derecho y libertad de expresión	<i>Sergio Ramírez</i>
Los desafíos a la gobernabilidad democrática en América Latina	<i>Carlos Tünnermann Bernheim</i>
Los efectos jurídicos y económicos del despido disciplinario procedente, improcedente y nulo en el ordenamiento jurídico laboral Español	<i>Francisco Pérez Amorós</i>
La negociación colectiva de los empleados públicos en El Salvador	<i>Carolina Morán de Gómez</i>
Derecho penal laboral	<i>Arturo Martínez y González</i>
Clausulas sociales en los tratados de libre comercio	<i>Augusto Valenzuela Herrera</i>
La gestión universitaria y la participación democrática de los actores de la comunidad universitaria	<i>Dr. Óscar Castillo Guido</i>