

ISSN: 2215-6682

Revista

VOLUMEN 1, 2022
COSTA RICA

DE DERECHO DEL TRABAJO Y

SEGURIDAD SOCIAL DE LA

DEFENSA PÚBLICA



Consejo editorial:

- Juan Carlos Pérez Murillo
- Yendry Portuguez Pizarro
- Jorge Arturo Ulloa Cordero, Director
- Paula Calderón Devandas
- Ana Briceño Yock
- Marilyn Rivera Sánchez

Autores y autoras:

- Adrián Todolí Signes
- Edgar Alejandro Abarca Alfaro
- Jorge Arturo Ulloa Cordero
- Natalia Martínez Masís
- Fernando Víctor Vargas
- Adelina Rodríguez Vásquez

Financiado por:

Proyecto "Implementando una cultura de cumplimiento laboral en el sector agroexportador de Costa Rica. Este proyecto es ejecutado por FUNPADEM y Compañeros de las Américas con el financiamiento del "- Departamento de Trabajo de Estados Unidos (USDOL).

Nota editorial:

"Los artículos científicos y ensayos incluidos en este volumen son responsabilidad exclusiva de la persona autora o personas autoras y no reflejan, necesariamente, el pensamiento o postura de la Defensa Pública del Poder Judicial de Costa Rica y sus unidades, de las personas miembros del Consejo Editorial o del Consejo Científico".

Coordinación y colaboración técnica:

- Paula Calderón Devandas:
Unidad Laboral - Defensa Pública
- Ana Briceño Yock:
Unidad Laboral - Defensa Pública
- Arturo Ulloa Cordero:
Unidad Laboral - Defensa Pública
- María Angélica Gutierrez Sancho:
Proyecto de Comunicación
Defensa Pública
- Melania Chacón Chavez:
Proyecto de Comunicación
Defensa Pública
- Laura Aguilar Castillo:
Fundación para la Paz y la Democracia
- Sarah Castrillo Castrillo:
Fundación para la Paz y la Democracia
- Brandon Mata Aguilar:
Fundación para la Paz y la Democracia

Diseño, ilustración y diagramación:

- Viviana Lobo Mesén

VOLUMEN 1: Elaborado en San José, Costa Rica, 2022

ÍNDICE

Presentación

4

Breve reseña histórica de la Unidad Laboral de la Defensa Pública.

6

El reto de los falsos autónomos. Proponiendo una interpretación finalista del concepto de trabajador, del Dr. Adrián Todolí Signes.

14

Aspectos, avances y retrocesos a cuatro años de entrada en vigencia de la Ley 9343 Reforma Procesal Laboral, del Licdo. Edgar Alejandro Abarca Alfaro.

35

El tránsito de una justicia laboral formal a una material, del M.Sc. Jorge Arturo Ulloa Cordero.

39

La conciliación previa o anticipada como medio alternativo para solucionar el conflicto laboral, de la Licda. Esp. Natalia Martínez Masís.

54

Una mirada al trabajo del mar, del Licdo. Fernando Víctor Vargas.

64

El paradigma de las cláusulas de ultraactividad en las convenciones colectivas costarricenses, de la MBA. Adelina Rodríguez Vásquez.

76

Invitación.

90

Parámetros de evaluación.

92



PRESENTACIÓN



M.Sc. Juan Carlos Pérez Murillo
Director de la Defensa Pública,
Poder Judicial

Hace cuatro años, a través de una reforma trascendental para nuestro estado social de derecho, el país le encomendó al Poder Judicial, a través de su Defensa Pública, una de las funciones más significativas para el fortalecimiento de la democracia: la asesoría y la representación legal gratuita de las personas trabajadoras.

Confianza en la excelencia y calidad que ha caracterizado la labor de la Defensa Pública a lo largo de su existencia, Costa Rica apostó por introducir una serie de cambios fundamentales en la jurisdicción laboral y en la tramitación de los procesos laborales y, más importante aún, apostó por garantizar, de manera efectiva, el acceso a la justicia de un gran sector de la población vulnerable de este país, que se encon-

traba inerte e indefensa ante la vulneración constante de sus derechos laborales.

Se reconoció así, por primera vez en la historia nacional, el derecho de las personas trabajadoras a contar con asesoría legal gratuita en materia laboral, brindada por el Estado. Este acompañamiento legal representó una reducción de las barreras que generaban una desigualdad de armas en el acceso a la justicia laboral de las personas más vulnerables de este país y un caminar en sintonía con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, pues este honorable tribunal ha tratado, desarrollado y reconocido materialmente el derecho al acceso a la justicia convirtiéndolo en un derecho exigible para los Estados.

La Defensa Pública opera como un pilar fundamental del sistema democrático que permite que los valores de igualdad, libertad, solidaridad, y los principios del debido proceso y el derecho de defensa trasciendan del aspecto formal y se materialicen, convirtiéndose en una realidad para todos los habitantes del país.

Este gran logro social es el que se conmemora con la publicación de este número inicial de la Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública. Gracias al esfuerzo de las personas participantes, tanto de quienes contribuyeron con sus ensayos y textos académicos, como de aquellas personas que validaron el contenido y han ayudado de manera decisiva en la publicación.

El presente número cuenta con seis artículos atinentes a la materia laboral. El primero sobre doctrina extranjera y, los otros cinco, son contribuciones de personas defensoras públicas en materia laboral que han plasmado por escrito,



desde una óptica académica, cómo ha impactado la Reforma Procesal Laboral en diferentes aspectos del Derecho del Trabajo.

Como primera contribución, a nivel de doctrina extranjera, contamos con el texto “El reto de los falsos autónomos. Proponiendo una interpretación finalista del concepto de trabajador” del profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, Dr. Adrián Todolí Signes. En este nos explica cómo el concepto de “trabajo” y “persona trabajadora” debería actualizarse al compás de la contemporaneidad, nos presenta su tesis de interpretación finalista del concepto de trabajador para una actualización del Derecho del Trabajo.

De seguido, se presenta el ensayo “Aspectos, avances y retrocesos a cuatro años de entrada en vigencia de la Ley 9343 Reforma Procesal Laboral” del Lic. Edgar Alejandro Abarca Alfaro, quien a partir de su experiencia profesional nos expone los principales avances y retos de las personas defensoras públicas en materia laboral, en la prestación del servicio público para las personas más vulnerables. En dicho ensayo se despliegan temas como la conciliación, la asistencia legal gratuita, la tramitación del proceso judicial por medio de audiencias orales y el reto de la mora judicial, que pone en tela de juicio el principio de justicia pronta y cumplida.

En tercer lugar, el M.Sc. Jorge Arturo Ulloa Cordero escribe sobre el derecho al acceso material a la justicia laboral con un texto denominado “El tránsito de una justicia laboral formal a una material”. En este se expone la tesis de la transformación de dicho derecho por la inclusión de la defensa legal gratuita, al moverse de una concepción formal –de mero acceso al proceso judicial– a una material –de defensa técnico-jurídica de las personas trabajadoras–.

Se continúa con el artículo intitulado: “La conciliación previa o anticipada como medio alterno para solucionar el conflicto laboral” de la especialista Natalia Martínez Masís. En dicho texto se hace un análisis doctrinal completo de la figura de la conciliación previa en materia laboral, así como de sus principales ventajas

procesales y la defensa efectiva de los derechos de las personas trabajadoras.

El Lic. Fernando Víctor Vargas nos expone, en su artículo denominado “Una mirada al trabajo del mar”, un tema poco desarrollado por la doctrina nacional. Este trabajo presenta un completo análisis de la figura del trabajo y persona trabajadora del mar, desde la óptica de la normativa internacional, así como de la legislación nacional. Concluye con un llamado a la conciencia de las personas operadoras jurídicas para tomar en consideración el control de convencionalidad a la hora de aproximarse a casos referidos al trabajo del mar.

En materia de derecho laboral colectivo, la MBA. Adelina Rodríguez Vásquez contribuyó con el trabajo académico “El paradigma de las cláusulas de ultraactividad en las convenciones colectivas costarricenses”. Dicho texto presenta una problemática poco estudiada a nivel nacional, que no solo impacta la negociación colectiva, sino que –tal como se expone en la investigación– incide en las condiciones individuales de trabajo de las personas.

Como podrá apreciar la persona lectora, este número es una muestra de la calidad académica y profesional de las personas integrantes de la Unidad Laboral de la Defensa Pública, quienes día a día buscan el fortalecimiento de sus conocimientos técnico-jurídicos en procura de una defensa efectiva y profesionalizada de las personas usuarias.

Para finalizar esta presentación, a nombre de la Defensa Pública, no podemos dejar pasar la oportunidad de agradecer la contribución de la Fundación para la Paz y la Democracia pues, sin su colaboración no sería posible presentar ante ustedes el número inicial de la Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública.

Espero que esta revista contribuya a que la justicia avance hacia espacios en donde las personas más vulnerables y trabajadoras tengan voz, tengan representación y sigan haciendo valer sus derechos, mediante una defensa técnica fortalecida.

BREVE RESEÑA

HISTÓRICA

DE LA UNIDAD LABORAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

M.Sc. Ana Briceño Yock¹

Resumen:

En el presente artículo se hace un recuento y análisis histórico de los inicios de la Unidad Laboral de la Defensa Pública de Costa Rica. Además, hace referencia al proceso de implementación de la Reforma Procesal Laboral en el sistema judicial para hacer una realidad la asistencia legal gratuita de las personas trabajadoras.

Palabras clave:

Unidad Laboral de la Defensa Pública, reseña histórica, Reforma Procesal Laboral.

Abstract:

In this paper, a recount and historical analysis of the beginnings of the Labor Unit of the Public Defense of Costa Rica is made. In addition, it refers to the process of implementing the Labor Procedure Reform in the Judicial system to make free legal assistance for workers a reality.

Keywords:

Labor Unit of the Public Attorney, historical review, Labor Procedure Reform.

¹Defensora Pública Supervisora del área social.

1. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la reforma al Código de Trabajo el 25 de enero del 2016, se otorgó la posibilidad de que las personas trabajadoras pudieran solicitar asistencia legal gratuita en la tramitación de los procesos laborales. Lo anterior constituyó una de las más importantes innovaciones de esa reforma, ya que, con ello el proceso laboral cumple con lo dispuesto en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta normativa obliga a los Estados a garantizar a los ciudadanos el respeto del derecho a un debido proceso y, a su vez, como parte del debido proceso a garantizar el derecho de la persona a ser asistido por una persona profesional en leyes en un proceso judicial.

Sin embargo, este derecho a la asistencia legal no puede verse limitado por condiciones económicas o de vulnerabilidad. Por esta razón, el Estado debe proporcionar asistencia legal gratuita como una forma de garantizar el acceso a la justicia en todo proceso judicial. Así lo señalan las Reglas de Brasilia aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo del 2008, que a la letra indica:

Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública no solamente en el orden penal sino también en otras órdenes jurisdiccionales (...), entre estos los procesos laborales y de seguridad social (artículo 29 de las Reglas de Brasilia).

2. LA DEFENSA PÚBLICA DE COSTA RICA:

Una institución con historia en el servicio de asistencia legal gratuita

La asistencia legal gratuita en Costa Rica se origina como una respuesta del Estado a la necesidad de proveer defensa técnica a las personas sometidas a procesos penales con limitaciones económicas.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales (Ley N°13), el día 25 de marzo de 1887, el servicio de asistencia legal gratuita pasa a manos de defensores de oficio y se amplía este servicio a otras poblaciones, como lo señala el artículo 107 de esta ley: “Los Tribunales y Juzgados nombrarán defensor de oficio a los menores, viudas, personas desvalidas o reos que no tuviere quien los represente y defienda en los negocios judiciales en que fueren interesados.” (SINABI Sistema Nacional de Bibliotecas Costa Rica, s.f.).

Fue en el año de 1928, que la Asamblea Legislativa mediante la ley N°13 del 2 de junio de ese año vota, de forma afirmativa, la “Ley de Defensores Públicos”, asignando el servicio de asesoría legal gratuita a personas defensoras públicas dependientes de la Corte Suprema de Justicia. Es importante destacar que esta ley también establecía como parte de las labores de las personas defensoras públicas el “asesorar a los obreros perjudicados por accidentes en el trabajo, cuando estos gestionen sus reclamos”.

No obstante, esta normativa fue suspendida por la ley N° 193 del 25 de agosto de 1934, con fundamento en problemas presupuestarios, derogándose con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante la ley N° 3666 del 10 de enero de 1966 (Montero Montero, pág. 3). Por lo anterior, se regresa a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Tribunales de 1887, en que la asistencia legal gratuita sería brindada por defensores de oficio.



En el año de 1966, se deroga la Ley de Defensores Públicos, se reforma el capítulo IV del título VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1937 y se incluye en el presupuesto del Poder Judicial una partida específica para personas defensoras públicas que “tendrán a su cargo la defensa de menores de edad, sordomudos, enajenados mentales, reos ausentes y personas desvalidas, salvo que éstas se defiendan por sí mismas cuando la ley lo permita, o que en el caso de menores inhábiles, sus representantes legales los provean de defensor, o cuando tratándose de reos ausentes hicieren la designación el cónyuge o u ascendiente, descendiente o hermano, que no tenga interés opuesto” (GR SINALEVI, s.f.).

Es en la discusión del presupuesto para el año 1970, en la sesión N° 26 de la Corte Plena de las 8:00 horas del 22 de mayo de 1969, en la que se acuerda crear un departamento de Defensa Pública, compuesto en ese momento por una plaza de Jefatura, reconociendo como la primera Jefa a la Licda. Gloria Navas Montero y ocho plazas de medio tiempo de persona defensora pública para la provincia de San José y quince plazas de medio tiempo distribuidas en el resto del país (Montero Montero, 7).

Posteriormente, con la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante la ley de Reorganización Judicial (N° 7728 del 15 de diciembre de 1997), se establece que la Defensa Pública gozaría de independencia técnica y funcional, pero con sujeción administrativa y presupuestaria a la Corte Suprema de Justicia (ver artículo 150 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En cuanto al servicio que brinda la Defensa Pública, el artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que:

La Defensa Pública proveerá defensor público a todo imputado o prevenido que solicite sus servicios. La autoridad que tramite la causa le advertirá que, si se demuestra que tiene solven-

cia económica, deberá designar un abogado particular o pagar al Poder Judicial los servicios del defensor público, según la fijación que hará el juzgador.

Asimismo, los empleados del Organismo de Investigación Judicial y los demás servidores judiciales tendrán derecho a que se les nombre un defensor público, cuando sean llevados ante los tribunales o la sede disciplinaria, por asuntos directamente relacionados con el ejercicio de sus funciones.

También proveerá defensor, en los procesos agrarios no penales, a la parte que lo solicite y reúna los requisitos que establezca la ley de la materia.

La redacción de este artículo ha permitido la ampliación de los servicios de asistencia legal gratuita de la Defensa Pública en otras materias, a través de diferentes reformas legales que han modernizado los procesos judiciales en la búsqueda de crear mecanismos de acceso a la justicia, derecho a un debido proceso y a una defensa de poblaciones en condiciones de vulnerabilidad.

Debido a lo anterior, la Defensa Pública cuenta con una amplia experiencia no solo como proveedor de asistencia legal, sino también en la implementación de proyectos para la creación y la prestación de servicios de asesoría legal gratuita. Es precisamente esta experiencia, como una organización consolidada, la que sirvió de fundamento para que nuestros legisladores le otorgaran a la Defensa Pública el reto de fundar, por primera vez en la historia patria, un servicio de asesoría legal gratuita para las personas trabajadoras.

Con el fin de lograr remover obstáculos que limitaban el acceso a la justicia de las personas trabajadoras en condición de vulnerabilidad en los procesos laborales, desde el año 2007, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia promovió la creación de servicios de asesoría legal gratuita, como un mecanismo necesario para que el proceso laboral se informe con principios de oralidad, tal como lo señaló el Magistrado Orlando Aguirre Gómez:



El 26 de julio del 2017 la Defensa Pública inauguró el servicio de asistencia legal gratuita en materia laboral, con la participación de las personas abogadas de asistencia social de todo el país. En la actividad solemne participaron el Magistrado Orlando Aguirre Gómez, Magistrado Luis Porfirio Sánchez Rodríguez, Magistrada Julia Varela Araya, además el Director de Gestión Humana José Luis Bermúdez Obando y la Subdirectora de la Defensa Pública Diana Montero Montero.



3. EL INICIO DE UN SERVICIO PARA BRINDAR ASISTENCIA LEGAL GRATUITA A LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Por cuanto en la actualidad siendo un proceso escrito se permite que los trabajadores puedan litigar por sí solos en estrados o con la ayuda de alguna otra persona, y eso ya no será posible en un proceso oral donde van a debatirse las distintas cuestiones en audiencias, lo cual obvia-

mente que requiere de una persona que preste la debida asesoría legal porque de lo contrario el trabajador quedaría en desventaja frente a la otra parte que de seguro va a estar litigando con una asistencia legal calificada. (Acta Corte Plena, No 023-2007, artículo III, 2007)

En el año 2011, con la cooperación financiera y técnica del Programa Regional USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral, se aprueba en la sesión de Corte Plena No 006 del 7 de marzo del 2011, un proyecto para que en el II Circuito Judicial de San José, se realizara una reingeniería que permitiera contar con una sección del Juzgado de Trabajo a cargo de la tramitación de expedientes electrónicos y de la celebración de audiencias orales. Así, da inicio el proyecto piloto del Juzgado de Trabajo Oral y Electrónico en el II Circuito Judicial de San José a partir del 1 de abril del 2011.

Ese mismo año, en el seno de la Corte Plena, a raíz del inicio de ese proyecto piloto, se discutió la posibilidad de la creación de plazas de Defensor o Defensora Pública en el área laboral, para la implementación de la oralidad en los procesos laborales. Indicó, en su momento, el Magistrado Orlando Aguirre Gómez que: "(...) hemos quedado debiendo mucho precisamente por este tema, porque se piensa y se dice que no



es concebible que a las alturas de los tiempos actuales, los trabajadores de escasos recursos no cuenten con una asesoría que les permita ejercer adecuadamente sus derechos en los tribunales.” (Acta 0017-2011 Corte Plena , 2011).

En la sesión 18-2011 del siete de junio del dos mil once, artículo XI, con la discusión del presupuesto de la Defensa Pública para el año 2012, por solicitud planteada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, se aprueba la creación de dos plazas de Defensor o Defensora Pública y de un Auxiliar Administrativo, para dar inicio a un proyecto piloto, que trabajaría en los tribunales del II Circuito Judicial de San José con el Juzgado de Trabajo Oral – Electrónico, a raíz de la implementación de la oralidad en este Juzgado. Así, se da inicio a la formación de un modelo de asistencia legal gratuita, con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia de las personas trabajadoras de poblaciones en condición de vulnerabilidad.

Este proyecto estuvo liderado por la Defensa Pública a cargo de la Msc Marta Iris Muñoz Casante como Directora y el Msc Alejandro Rojas Aguilar como Subdirector. Las primeras defensoras públicas laborales nombradas fueron la Msc Ana Briceño Yock y la Msc Paula Calderón Devandas, con el apoyo de la auxiliar administrativa Katherine Vargas Rodríguez. El trabajo realizado con este equipo sirvió de base para proyectar la implementación Defensa Pública en materia laboral a partir de la aprobación de la Reforma Procesal Laboral.

4. UN SERVICIO DE ASISTENCIA LEGAL GRATUITA PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN LA DEFENSA PÚBLICA

En el año 2005, entró a la corriente legislativa el proyecto de ley denominado “Reforma Procesal Laboral”, con el número de expediente legislativo 15990 en su texto original, publicado en el diario oficial La Gaceta N°188 del 30 de setiembre del 2005. Este proyecto fue el resultado del diálogo del sector empresarial, sindical, gobierno, sociedad civil y Poder Judicial con el objeto de mejorar la justicia laboral.

El 31 de julio del 2012, en la Asamblea Legislativa se aprueba, en primer debate, con una votación unánime de 45 diputados y el 13 de setiembre de ese mismo año, en segundo debate, el proyecto de ley conocido como Reforma Procesal Laboral, con una votación de 40 diputados a favor y 4 en contra. Mediante el decreto legislativo N° 9076 del 26 de setiembre del 2012, recibe el Poder Ejecutivo del Departamento de Servicios Parlamentarios de la Asamblea Legislativa el proyecto de ley Reforma Procesal Laboral.

El 09 de octubre del 2012, el proyecto de ley Reforma Procesal Laboral es vetado por la Presidenta de la República Laura Chinchilla Miranda (2010 – 2014), fundamentado en razones de inconstitucionalidad, oportunidad o conveniencia según el oficio DP-0603-2012. El 21 de mayo del 2013, el Poder Ejecutivo mediante el oficio DP-316-2013, decide retirar el veto por razones de inconstitucionalidad, y conserva, únicamente, los motivos de oportunidad o conveniencia, como un acto de control político, devolviendo el proyecto al Poder Legislativo. El periodo constitucional de la Asamblea Legislativa del año 2010 – 2014 finaliza sin dar trámite al proyecto. Es en el año 2014, que las nuevas fracciones políticas de la Asamblea Legislativa inician las negociaciones para continuar con el trámite legislativo del proyecto de ley y modifican los aspectos vetados por el Poder Ejecutivo en su momento, centrados en el tema de la huelga en servicios esenciales.

El proyecto de ley en discusión, incluía una sección III denominada “Beneficio de justicia gratuita”, que implementaba una red de asistencia legal gratuita conformada de la siguiente manera:

a. El Patronato Nacional de la Infancia a cargo de suministrar asistencia legal gratuita a las personas trabajadoras más vulnerables (artículo 453 Código de Trabajo):

- i. Adolescentes Trabajadores que necesiten ejercitar acciones en los Tribunales de Trabajo.
- ii. Madres para reclamos de sus derechos laborales relacionados con la maternidad.

b. La Defensa Pública. Según el artículo 454 se crea una sección especializada que será conformado por “abogados o abogadas de asistencia social”, quienes le darán asistencia legal gratuita a las personas trabajadoras con un ingreso mensual último o actual, no supere dos salarios base del puesto de auxiliar administrativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 9289, Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del Año 2015, de 29 de noviembre de 2014. (artículo 454 del Código de Trabajo) en los conflictos jurídicos individuales. En los reclamos de sus derechos laborales de las mujeres relacionados con la maternidad y las personas trabajadoras menores de edad para la tutela de sus derechos laborales y en casos de discriminación, aunque no cumplan con el requisito económico.

c. Colegio de Abogados y cualquier otra organización gremial: pueden formar centros o redes de asistencia legal gratuita con fines de asistencia social, que podrán tener su propia organización.

Ante la posible aprobación de este proyecto de ley y con la experticia en las implementaciones de otras legislaciones procesales como la agraria y de pensiones alimentarias, la Defensa Pública empieza a trabajar en la elaboración de un proyecto de creación de una unidad de defensa para personas trabajadoras. Se inició con un estudio de impacto de este proyecto de ley en la institución, tomando en cuenta los siguientes aspectos:

- La necesidad de tener un servicio de acceso y cobertura nacional, que tome en cuenta las necesidades de las poblaciones más vulnerables.

- Garantizar una asistencia técnico jurídico de calidad y especializada.
- Diagnóstico de estadísticas de casos entrados en los Juzgados de Trabajo.
- Proyección de demanda de servicio por escenarios considerando que la Defensa Pública asuma un 90%, 80% o 70% de los casos entrados a los Tribunales de Trabajo.
- La posibilidad de que cada abogado o Abogada de Asistencia Social pueda conocer 400 casos anuales.
- Estudio de Ingeniería Industrial de métodos de trabajo y flujogramas del Proyecto Piloto
- Análisis de estadísticas de las Encuestas de Ingreso y Encuestas de Empleo del Instituto Nacional de Censo y Estadística. Anuarios de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Personal Administrativo: por cada 4 profesionales se asignará el apoyo de una Técnica o Técnico Jurídico y por cada 5 profesionales se asignará un Auxiliar Administrativa o Administrativo.

Además, se tomaron como insumos diversos documentos relacionados con el estado actual del acceso a la justicia en materia laboral. Entre ellos, el I Informe del Estado de la Justicia de Costa Rica del año 2015, a cargo del Programa Estado de la Nación, que obtuvo diversos hallazgos en la jurisdicción laboral en cuanto al acceso a la justicia de la persona trabajadora, entre ellos:

- a.** La posibilidad de que el actor se presente sin asesoría legal es una garantía de acceso, pero a la vez puede limitar su desempeño durante el proceso, mientras que el empleador por lo general está debidamente asesorado. El personal del despacho judicial no brinda ningún tipo de asesoramiento.
- b.** El principio de igualdad de armas es un elemento esencial del derecho de defensa, de contradicción y, más ampliamente, del principio de juicio justo, y hace alusión a un mandato según el cual cada parte del proceso debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal (Sentencia C-536/08 de la Corte Constitucional de Colombia). De allí la necesidad de que se garanticen



derechos como el de asesoría legal, para asegurar una tutela judicial efectiva. Las desigualdades entre las partes deben ser compensadas por el Estado porque, de lo contrario, será imposible el efectivo cumplimiento de los derechos constitucionales y legales que norman la relación laboral; es decir, estos últimos se tornarían nugatorios. (www.estadonacion.or.cr, 2015)

Asimismo, en ese mismo año 2015, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en un Diagnóstico sobre el Acceso a la Justicia Laboral de la Personas Trabajadoras Migrantes, realizado en asocio con la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ) en Costa Rica, concluyó lo siguiente:

De forma generalizada, la población migrante considera que el principal apoyo que pueden recibir cuando llegan a los Juzgados es la representación letrada, ya que por razones económicas no pueden contratar esta asesoría y ello denota el desequilibrio existente y la intimidación que les produce enfrentarse en el proceso a la persona empleadora, que por lo general cuenta con posibilidades de contratar a un profesional en derecho. / Si bien el proceso laboral es de libre representación y no exige patrocinio letrado, la falta de asesoría legal supone para la persona trabajadora migrante de escasos recursos, una limitación importante en todas las fases del proceso laboral ordinario. Ello constituye un obstáculo para que las personas más vulnerables... (Organización Internacional del Trabajo, CONAMAJ, Poder Judicial República de Costa Rica, 2015, 21)

A partir de esos insumos, se elaboró el proyecto de implementación del servicio de asesoría legal gratuita en la Defensa Pública, visto desde cuatro perspectivas: requerimiento de personal, presupuesto, capacitación y necesidades de bienes inmuebles y muebles. Este trabajo se ejecutó en equipo con la Presidencia de la Corte, la Sala Segunda, la Comisión de la Jurisdicción

Laboral, la Dirección Ejecutiva, el Departamento de Planificación, el Departamento de Gestión Humana y el Departamento de Tecnología de la Información del Poder Judicial, con los cuales, posteriormente, se crearía un equipo ejecutor para la planificación y ejecución de la Reforma Procesal Laboral.

La Dirección de la Defensa Pública elaboró una propuesta que se presentó al Departamento de Planificación del Poder Judicial y dio como resultado el acápite del Informe 30-PLA-PI- 2016 Impacto Organizacional y Presupuestario en el Poder Judicial ante la Implementación de la Reforma Procesal Laboral del 15 de abril del 2016 para la Defensa Pública.

El Departamento de Planificación en su informe establece la necesidad, para iniciar el servicio de asesoría legal gratuita en el área laboral en la Defensa Pública, de 72 plazas de abogados o abogadas de asistencia social, denominación que les otorga la ley. Acompañados por 18 técnicos judiciales y 14 auxiliares administrativos, distribuidos en 23 oficinas en todo el país. Este informe fue aprobado por el Consejo Superior en la sesión extraordinaria N° 38-16 para la discusión del presupuesto del Poder Judicial del año 2017, celebrada el 20 de abril del 2016 y por Corte Plena en la sesión para aprobación del presupuesto para el Poder Judicial del año 2017, N° 19-16 del 8 de junio del 2016. Aprobado mediante ley N° 9411 del Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del 2017.

El servicio en materia laboral en la Defensa Pública se ve materializado el 26 de julio del 2017, cumplida la vacatio legis de la ley N° 9343 que reforma el Código de Trabajo, con un equipo inicial de 36 personas abogados y abogadas de asistencia social, 9 plazas de técnicos jurídicos y 7 plazas de auxiliares administrativas distribuidas en las siguientes oficinas de la Defensa Pública: I, II y III Circuito Judicial de San José, Alajuela, San Carlos, Upala, San Ramón, Grecia, Heredia, Cartago, Turrialba, Liberia, Cañas, Santa Cruz, Nicoya, Puntarenas, Quepos, Osa, Limón, Siquirres, Guápiles, Pérez Zeledón y Corredores.

Para completar la totalidad del equipo de la Unidad Laboral, el 3 de noviembre del mismo año se incorporaron 36 plazas de abogados y abogadas de asistencia social, 9 plazas de técnicos jurídicos y 7 plazas de auxiliares administrativas a las oficinas. Además, posteriormente se crearon las oficinas de Jacó y Golfito. Es importante señalar que a las personas abogadas de asistencia social se les brindó un proceso de inducción y capacitación en el servicio que brinda la Defensa Pública, en derecho laboral sustantivo y procesal un mes antes que iniciaran su trabajo, con el fin de que se integraran a la Defensa Pública y así iniciaran su labor de una forma eficaz.

5. A MODO DE REFLEXIÓN

Sin duda alguna, la reforma al Código de Trabajo trajo consigo un gran avance en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, al incluir en la sección segunda el capítulo segundo titulado “Beneficio de Justicia Gratuita”.

En ese capítulo se brinda a las personas trabajadoras un mecanismo real para el acceso a la justicia y la tutela de sus derechos, como es el derecho de poder ser asistido por un profesional en derecho de forma gratuita en los procesos laborales y de seguridad social.

La Defensa Pública, por su trayectoria en defensa de la tutela de los derechos y acceso a la justicia de poblaciones vulnerables, es la institución que por antonomasia tenía que ser designada para brindar este servicio a las personas trabajadoras. La asignación de tan importancia servicio representó un reconocimiento de su labor.

Actualmente, la meta es lograr la universalización de los servicios como indica el artículo 454 del Código de Trabajo, siempre en la búsqueda de la tutela de los derechos de personas trabajadoras y la eliminación de aquellas barreras que no le permitan acceder a la justicia de Costa Rica.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Acta 0017-2011 Corte Plena . (2011). *Secretaría Corte Suprema de Justicia*. Obtenido de Poder Judicial: www.secretariacorte.poder-judicial.go.cr/index.php/component/phocadownload/category/106
- Acta Corte Plena, No 023-2007, artículo III. (26 de agosto de 2007). *Poder Judicial*. Obtenido de Secretaría Corte Suprema de Justicia: www.nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/act-1-003-384-3
- Asamblea Legislativa. (2015). Expediente 19819. *Proyecto de Ley Reforma Procesal Laboral*. San José, Costa Rica.
- García Vargas, L. (s.f.). *Biblioteca Centro de Estudios de Justicia de las Américas*. Obtenido de Centro de Estudios de Justicia de las Américas: www.biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3427/cr-eliana-garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- GR SINALEVI. (s.f.). Obtenido de Sistema Costarricense de Información Jurídica: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=3960&nValor3=4193&strTipM=TC
- Organización Internacional del Trabajo, CO-NAMAJ y Poder Judicial de la República de Costa Rica*. https://www.ilo.org/san-jose/publicaciones/WCMS_347995/lang-es/index.htm. (2015, p21).
- Ley Organica de Tribunales. (1842).
- Montero Montero, D. (s.f.). *Defensa Pública, Poder Judicial*. Obtenido de Defensa Pública, Poder Judicial : defensapublica.poder-judicial.go.cr/images/historia/historiacompleta.pdf
- SINABI Sistema Nacional de Bibliotecas Costa Rica*. (s.f.). Obtenido de https://www.sinabi.go.cr/ver/Biblioteca%20Digital/LIBROS%20COMPLETOS/Ley%20organica%20de%20tribunales/Ley%20Organica%20de%20Tribunales.pdf#.Yel_CP5BxPY
- Estado de la Nación*. <https://www.estadonacion.or.cr>. (2015). Obtenido de www.estadonacion.or.cr



EL RETO DE LOS FALSOS AUTÓNOMOS.

Proponiendo una interpretación

finalista del concepto de trabajador

Dr. Adrián Todolí Signes¹

Resumen:

Existe consenso en la doctrina laboralista de que el concepto de trabajador debe interpretarse conforme a la realidad social del momento en el que debe ser aplicado. El presente trabajo analiza qué significa esta afirmación en el momento actual de expansión de las plataformas digitales y del trabajo autónomo en general. Para ello, se analizan i) las propuestas existentes en la doctrina comparada de ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo; ii) los fines propios del Derecho del trabajo; iii) las últimas interpretaciones del Tribunal Supremo del concepto de trabajador. En base a este análisis, se realiza una propuesta de interpretación finalista del concepto de trabajador que permita incluir a todos aquellos que prestan servicios sin ser genuinamente una empresa.

Palabras clave:

concepto de trabajador, ámbito subjetivo de aplicación del estatuto de los trabajadores, subordinación, dependencia, ajenidad, interpretación finalista del concepto de trabajador.

Abstract:

There is consensus in the labor law doctrine that the concept of worker must be interpreted according to the social reality of the moment in which it should be applied. The present work analyzes what this affirmation means in the current moment of expansion of digital platforms and autonomous work in general. For that, i) the existing proposals in the comparative doctrine of extension of the subjective scope of Labor Law are analyzed; ii) the aims of labor law; iii) the latest interpretations of the Supreme Court of the concept of worker. Based on this analysis, a purposive interpretation proposal is made of the concept of worker that allows to include all those who provide services without being genuinely a company.

Keywords:

Worker concept, Labour Law scope, subordination, control-test, finalist interpretation of the concept of worker.

¹ Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia.



ÍNDICE

1. LOS RETOS DEL

DERECHO DEL TRABAJO

Una de las mayores innovaciones del trabajo en plataformas ha sido su capacidad de producir una nueva forma de organización del trabajo. La tecnología actual (aplicaciones, páginas web, *smartphones*, algoritmos, entre otros) permite nuevos modelos de negocio y de prestación de servicios que despiertan el interés de los consumidores².

No es la primera vez que se produce una situación similar vinculada, precisamente, a los cambios tecnológicos. Con la máquina de vapor y los telares mecanizados, las formas de producción y distribución de textiles cambiaron radicalmente. Antes de la industrialización existía una producción individualizada en los hogares de los trabajadores, de donde el empresario recogía semanalmente (o con otra periodicidad) las prendas para, a continuación, distribuirlas en el mercado. Posteriormente, con las posibilidades que ofrecía la tecnología, se cambió a una producción en fábricas. En efecto, el incremento de productividad provocado por el telar mecánico hacía económicamente ineficiente continuar cosiendo individualmente vestidos por los trabajadores en sus respectivas casas. Por el contrario, era necesario realizar fuertes inversiones en la adquisición de maquinaria y aquellos que no podían costearla –quienes vivían de su trabajo– debían abandonar el trabajo doméstico para acudir a la fábrica y ofrecer su tiempo a cambio de una remuneración. En base a esta forma de prestar servicios, y con objeto de incrementar la

²Un reciente informe de la Comisión Europea establece tres tipos de organización la economía industrial de 1850 a 1970, la economía de la información de 1970 a 2020 y un tercer tipo llamado economía de la inteligencia artificial que empezando en los 2010 será imperante en el futuro. Esta economía de la inteligencia artificial incluye en su seno la economía de plataformas, pero también el *big data*, ver Goos (2019).

eficiencia del proceso productivo, apareció – con el tiempo– la cadena de montaje *fordista* y, persiguiendo la reducción de los costes de mano de obra, el *taylorismo*.

Precisamente, debido a este cambio en la forma de organizar el trabajo –del trabajo en casa a la fábrica– provocado por la necesidad del uso de la tecnología, de la cual los trabajadores no eran titulares, aparecieron los primeros conflictos sociales enfrentando a los empresarios –propietarios de la tecnología indispensable– con los trabajadores –que no la poseían–. Esta posición de privilegio del empresario permitió abusos sobre los trabajadores, quienes habían de someterse a las órdenes del titular de los medios de producción, a jornadas extenuantes marcadas por éste y a precarias condiciones de salubridad en las fábricas si querían continuar trabajando. Frente a ello, surgió el Derecho del trabajo como forma de “resolver” el conflicto entre las partes con, entre otros, los siguientes objetivos (Davidov, 2002).

- La protección de la parte débil frente a abusos (desigualdad del poder de negociación).
- La dignificación del trabajo y sus condiciones (valores sociales).
- La pacificación y encauzamiento del conflicto colectivo dentro del sistema capitalista (fallos de mercado).

Así pues, el nacimiento del Derecho del trabajo es indisociable de la industrialización y de la aparición de grandes fábricas con trabajadores que realizan sus funciones bajo la estricta supervisión de los encargados. Dado el interés del legislador original de proteger a este sujeto que prestaba servicios en el marco de una organización determinada, se diseñó el concepto legal de “trabajador” para describirlo. A su vez, el sistema de protecciones (jornada máxima, salario mínimo, etc.) se creó pensando en las necesidades de estos trabajadores y los derechos laborales se limitaron a aquellos que eran compatibles con el sistema de producción industrial, otorgando ciertas potestades de control de los trabajadores al empresario (en-



tre otros, su horario, su jornada, instrucciones directas, etc.). En conclusión, tanto el concepto “trabajador”, como su régimen jurídico, fueron pensados y adaptados a ese modelo de organización empresarial/industrial.

En este contexto, y con la legislación de inspiración industrial todavía vigente, aparece una nueva forma de organizar el trabajo, que no surge aisladamente, sino que culmina un proceso de descentralización productiva y “desverticalización” de las empresas, que proviene de los años 70. Efectivamente, la empresa integrada verticalmente ha sido remplazada por una empresa-red mucho más dinámica y adaptable a las necesidades del mercado en cada momento. Las empresas que aportan un alto valor añadido ya no desean integrar todos los elementos del proceso productivo en su matriz, sino mantener exclusivamente el núcleo del negocio para descentralizar y subcontratar en otras empresas el resto del proceso. Ello les permite adaptar su estructura de costes a la necesidad del mercado con mucha facilidad. Así, rescindir una contrata con otra empresa cuando una parte del proceso productivo ya no resulta necesario es mucho menos costoso que escindir o extinguir parte de la empresa propia (Calvo, 2017). De esta forma, este proceso de descentralización ha creado empresas de “primera” –las que mantienen el valor productivo– y de “segunda” –servicios accesorios–, modelo al cual el Derecho del trabajo ha ido adaptándose, sin muchas modificaciones, como ha podido. Esto ha sido posible dado que la descentralización productiva aquí narrada se limitaba a cambiar la forma de organizar las empresas, pasando de una integración vertical a una coordinación entre ellas o incluso a una subordinación de unas empresas a otras, pero sin afectar al núcleo de la prestación del trabajo.

En este proceso de descentralización aparece el trabajo en plataformas como expresión última de dicha descentralización productiva. No obstante, a diferencia de las anteriores manifestaciones del fenómeno, esta vez no se afecta solamente a la forma en que las empresas se organizan y se coordinan, sino que también repercute directamente en cómo se organiza el trabajo, esto es, cómo se presta el servicio por parte del trabajador y cómo se relaciona la empresa cliente final con la persona que presta el servicio.

En este punto se plantea la cuestión de si el concepto de trabajador, o más bien el propio ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores, se adecúa a esta nueva realidad social. Tradicionalmente se ha mantenido que el concepto de trabajador es suficientemente flexible como para adaptarse a las nuevas profesiones y a las nuevas realidades económicas sin necesidad de cambios. En efecto, el concepto de trabajo subordinado lleva años acomodándose a las diferentes situaciones, sin que el hecho de que el trabajador tenga libertad para elegir cuándo realiza el trabajo –o cómo– sea relevante para su calificación jurídica. Es precisamente la elasticidad del concepto la que permitirá su adecuación a la “realidad social del tiempo” en el que ha de ser interpretado (Pérez, 1993: 39). Así pues, la pregunta que se pretende responder en este trabajo es ¿qué significa esa elasticidad aplicada actualmente? ¿Cómo se debe interpretar el concepto de trabajador –y a la vez el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores– para responder a las nuevas realidades? Para responder a esta cuestión, el trabajo se ha dividido de la siguiente manera: el apartado dos tratará de configurar una radiografía del trabajo en plataformas en nuestro país con objeto de conocer su intensidad y su alcance; el tercero tratará brevemente de justificar la necesidad de proteger a los trabajadores en plataformas debido a que pertenecen todos a un grupo de proveedores de servicios que requieren de una

tecnología –la plataforma–, que no es de su propiedad, ni está bajo su control, para poder prestar sus servicios y los efectos que ello tiene. El cuarto apartado, parte de la premisa de que los trabajadores en plataformas no son los únicos afectados por la desregulación existente en materia de condiciones de trabajo para los trabajadores autónomos, por lo que se plantearán posibles soluciones más globales, entre ellas, un nuevo ámbito de aplicación de Derecho del trabajo que comprenda toda prestación personal de servicios. El quinto, analiza una interpretación finalista del concepto de trabajador dependiente que incluya a todos aquellos prestadores personales de servicios –sean dependientes o no– que no sean genuinamente una empresa. El sexto capítulo analizará la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de concepto de trabajador para establecer una comparativa con esta doctrina (interpretación finalista del concepto de trabajador) vista en el anterior capítulo. El trabajo termina con unas conclusiones.

2. EL CRECIENTE TRABAJO

EN PLATAFORMAS: TIPOS

DE TRABAJOS Y SECTORES

Varios estudios se han llevado a cabo en los últimos años con objeto de cuantificar el empleo en plataformas. Uno de los más amplios es el realizado por la encuesta COLLEM, dirigida por Pesole (2018) y elaborada por la Comisión Europea, que ofrece datos de 14 Estados Miembro, incluyendo España, sobre el número de trabajadores de plataformas. Las estimaciones para nuestro país indican que, en promedio, un 11,6% de la población adulta española ha recurrido alguna vez a las modalidades *online* de trabajo en plataformas para obtener ingresos, prestando algún tipo de servicio. Sin embargo, menos del 10% realiza este tipo de actividad frecuentemente. Respecto a cuántos trabajadores dedican un tiempo considerable

de horas (al menos 10 por semana) y obtienen una cuantía significativa de ingresos (al menos un 25% del total) a través del trabajo en plataformas, la cifra se fija en torno al 6%. Por su parte, en cuanto a los trabajadores cuya actividad económica principal es el servicio prestado en la plataforma, esto es, que, al menos, el 50% de sus ingresos proviene del trabajo en plataformas o dedican a este tipo de trabajo más de 20 horas por semana, la cifra se reduce a aproximadamente un 2% de la población adulta. Esto es, un 3,7% de la población ocupada total en España.

Las cifras absolutas revelan que el número de trabajadores en España cuya fuente principal de ingresos son sus servicios en plataformas asciende a 694.000 personas. Se trata de un número nada desdeñable de afectados por esta nueva forma de trabajar que, además, se espera que aumente exponencialmente en un periodo relativamente corto, considerando que, hace cinco años, esta forma de prestar servicios era prácticamente inexistente en nuestro país.

A mayor abundamiento, la percepción ofrecida por los medios de comunicación podría conducir a la conclusión de que nos encontramos ante un tipo de prestación de servicios que afecta únicamente a un trabajo poco cualificado (transporte, limpieza, etc...), pero nada más lejos de la realidad.

Las plataformas han modificado la forma de organizar el trabajo, y de proveer servicios transversalmente, en todo tipo de sectores y ocupaciones, entre ellos, aquéllos más cualificados. De acuerdo con la encuesta citada, la mayoría de tareas realizadas consisten en funciones administrativas, seguidas inmediatamente por profesiones liberales, como puedan ser abogados, arquitectos, ingenierías o incluso servicios médicos. En efecto, el trabajo en plataformas no se limita a ocupaciones poco cualificadas, sino que cualquier prestación de servicios individual es apta para organizarse a través de plataformas. Incluso aquellas que requieren un grupo de trabajadores para completarse pueden organizarse a través de



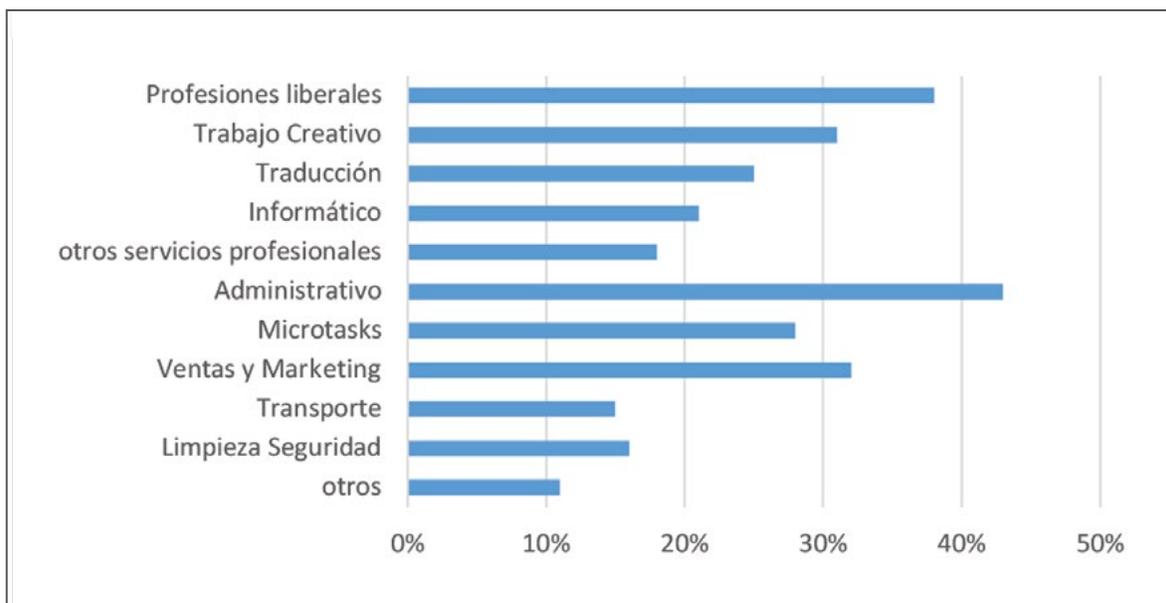
los susodichos sistemas de plataformas, por ejemplo, segmentando el trabajo mediante algoritmos hasta individualizarlo³. Así pues, en el sector servicios, pocas ocupaciones escapan a la posibilidad de ofrecerse individualmente a través de plataformas.

A su vez, estos datos nos dan una idea bastante clara de que las plataformas no crean nuevos sectores productivos ni nuevas ocupaciones, sino que esencialmente se limitan a

cambiar la forma de ofrecer servicios en el mercado y de organizar el trabajo de profesiones pre-existentes. Y el anterior es hallazgo relevante, puesto que revela que con el trabajo en plataformas no se cumple la promesa *schumpeteriana* de generación de nuevos sectores productivos gracias a la tecnología creando, así, empleo. En cambio, se trata de una transformación, en la mayoría de casos, de ocupaciones y empleos ya existentes.

Tipos de trabajos y sectores

Gráfico 1: Ocupaciones de los trabajadores en plataformas.



³Por esta razón, desde la doctrina se ha considerado que nos encontramos ante un nuevo taylorismo, Marvit, M., "How Crowdworkers became the ghosts in the digital machine" (en línea), 2014, <https://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/> (consultado 10 de abril de 2019); Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant, 2017.

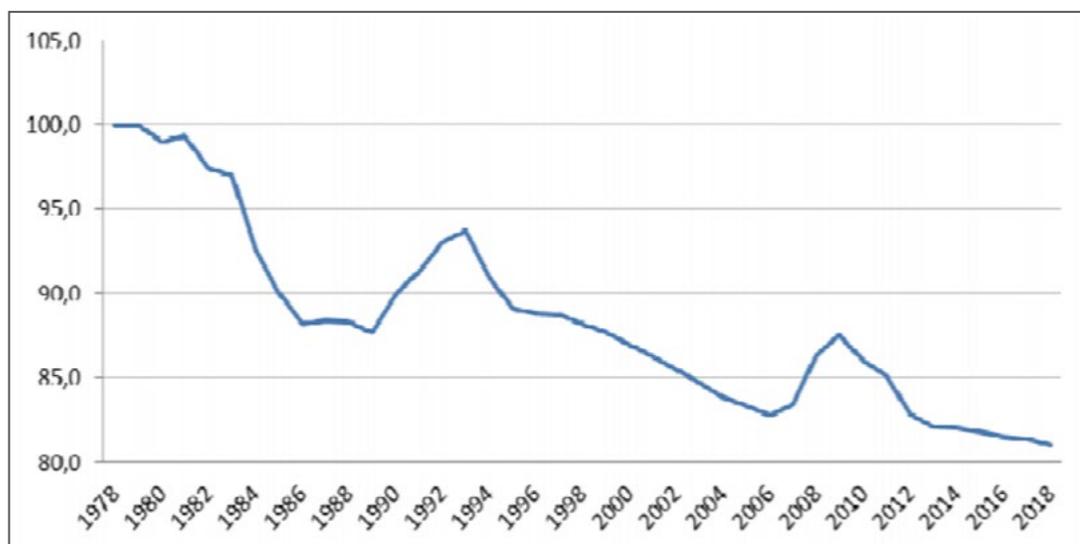
3. LA DIGITALIZACIÓN

Y LA DESIGUALDAD

Recientemente, un informe de la Fundación BBVA (2018) alertaba de una fuerte bajada en la participación de las rentas del trabajo en la economía nacional frente a un incremento de las rentas del capital. Lo anterior se traduce en una caída de la masa salarial percibida por

los trabajadores españoles. Uno de los principales factores que explica esta reducción es la digitalización. Se argumenta, desde esta teoría, que las nuevas empresas digitales requieren una menor mano de obra en comparación con las empresas tradicionales, generando, incluso, mayores beneficios con un menor número de trabajadores. En efecto, algunos autores han puesto de relieve que la suma de los ingresos obtenidos por GM, Ford y Chrysler en los años 90 es prácticamente idéntica a la declarada por Google, Apple y Facebook, requiriendo estos tres últimos nueve veces menos trabajadores que los anteriores (Tegmark, 2017: 121). Así pues, pocas dudas caben de la importancia de la tecnología en la sustitución del trabajo y como forma de acaparar la mayor parte de los ingresos creados.

Gráfico 2: Participación ajustada de las rentas del trabajo en España 1978-2018



Fuente: Comisión Europea. Base de datos AMECO.

Ello parece confirmarse no solo por la sustitución de los trabajadores por la tecnología, sino también cuando la tecnología se vuelve un instrumento central de la organización del trabajo, como es en el caso de las plataformas digitales. Así, un informe del Instituto JPMorgan Chase (2018), tras analizar los salarios de los conductores de Uber y de otras plataformas digitales del sector del transporte en 2018 y lo que estos mismos trabajadores percibían en otros empleos en 2013, concluyó que ingresaban significativamente menos en Uber que en sus trabajos previos. Concretamente, de media obtenían al mes un 53% menos que en sus antiguos empleos fuera de la economía de plataformas. Parece, pues, y a falta de más estudios, que el trabajo en plataformas repercute negativamente en los ingresos totales de los trabajadores por su empleo. Una cuestión interesante es que, ante este análisis, la propia compañía Uber contestó apuntando que el estudio no había tenido en cuenta la flexibilidad con la que contaban ahora estos trabajadores en contraposición con sus empleos anteriores. Esto es, la situación se presenta – por parte de la empresa– como una disyuntiva entre la flexibilidad horaria y los salarios dignos. Sobre el *trade off* entre libertad y protección laboral se volverá al final de este artículo.



Cabe destacar, pues, que la inclusión de la tecnología, y la necesidad de ésta para acceder al mercado disminuye el poder de negociación de aquellos que viven de su trabajo sin ser ti-

tulares de la misma –igual que sucedió con los primeros telares–. Esta reducción del poder de negociación incrementa la subordinación del trabajador –que ha de estar a las órdenes de la empresa o perderá la oportunidad de trabajar– a la vez que estrecha la porción de los ingresos totales que se dedican a retribuir el trabajo. Ante esta perspectiva, cabe señalar dos cuestiones.

La primera, y a efectos de lo que aquí interesa, se debe poner en valor la negociación colectiva como forma tradicional de obtener un reparto más equitativo entre las rentas que se destinan al capital (beneficios) y al trabajo (salario) en una empresa o un sector. Cualquier reducción o limitación al uso de este instrumento solamente agravará la inequidad en el reparto de los ingresos obtenidos por las empresas entre los propietarios de la tecnología y los trabajadores que carecen de ella (amén de incrementar la conflictividad laboral⁴).

En segundo lugar, visto que los sectores afectados por el trabajo en plataformas son todos aquellos basados en la prestación de un servicio, independientemente de que éste requiera una alta o baja cualificación, y que la economía de plataformas no crea en sí misma un nuevo sector productivo,

⁴Un claro ejemplo es la huelga a nivel mundial de Uber el 8 de mayo de 2019 ver <https://edition.cnn.com/2019/05/09/tech/uber-driver-deal/index.html> (accedido el 13 de mayo de 2019).

sino que modifica o transforma los preexistentes y que lo hace incrementando el poder del titular de la plataforma frente al trabajador que carece de ella, cabe la posibilidad de que profesiones liberales, que tradicionalmente funcionaban de manera autónoma y con capacidad de auto–protegerse sin necesidad de intervención del Derecho del trabajo pueden verse ahora sometidos a los mismos riesgos y a la misma –o parecida– subordinación respecto del propietario de la tecnología –y la marca⁵– que los obreros de las fábricas.

Si las predicciones se cumplen, y los consumidores incrementan la demanda de servicios –incluidas profesiones liberales– a través de las plataformas digitales, estos profesionales liberales dejarán de poder prestar servicios en sus despachos particulares –como tradicionalmente venían haciendo– sin estar integrados en una plataforma.

Estas plataformas –que además tienden al monopolio u oligopolio⁶– ejercerán gran poder de negociación sobre los trabajadores que presten servicios con el uso de su tecnología y marca –igual como lo hicieron los dueños de las fábricas sobre los trabajadores que necesitaban de su maquinaria para poder producir bienes–. En fin, ello puede hacer que estos profesionales, que tradicionalmente prestaban sus servicios de manera independiente, pasen a depender, de una forma u otra, del propietario de la plataforma.

⁵ La plataforma además de un medio tecnológico consistente en portales web, aplicaciones móviles, algoritmos y recolección de datos para “alimentar los algoritmos” también es una “marca” en el sentido de un elemento distintivo conocido y reconocido por los consumidores necesario para poder acceder al mercado y proveer servicios.

⁶ Ver al respecto conclusiones del informe realizado por el IVIE, Pérez García, (2019).

4. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO

SUBJETIVO DE PROTECCIÓN

DEL DERECHO DEL TRABAJO

El problema de la exclusión de los trabajadores del ámbito de protección del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sin duda, no es exclusivo de este nuevo modelo de negocio. Es cierto que la aplicación de la tecnología puede, incrementalmente, agravar la situación, además de poseer particularidades dignas de estudio. No obstante, sería ingenuo pensar que se está ante un problema completamente nuevo. Con la evolución del mercado de trabajo de los últimos años se ha constatado un aumento de la sustitución de mano de obra laboral por mano de obra “autónoma”. De hecho, la extrema flexibilidad en la utilización de la mano de obra y la transferencia del riesgo desde la empresa hacia el prestador de servicios mediante la utilización de la figura de los autónomos se ha convertido en una realidad para una gran parte de la fuerza de trabajo que va mucho más allá de la economía de plataformas (De Stefano, 2016). Por ello, sería lógico pensar que la prestación de servicios a través de plataformas digitales es sólo parte de una tendencia general hacia la utilización del trabajo autónomo.

Por esta razón, una primera respuesta a la cuestión planteada en este trabajo pasa por ampliar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Es decir, dado que el *trabajo en plataformas* no es una cuestión aislada, sino que se enmarca en una tendencia generalizada, se podría argumentar que la solución difícilmente puede provenir del estudio particularizado de esta cuestión. Por el contrario, habría que conectar la solución a la falta de protección de los trabajadores en plataformas digitales con aquéllas planteadas para reducir los riesgos que asumen, en general, los trabajadores autónomos que actualmente tampoco quedan cubiertos por la protección del Derecho del tra-



bajo. En definitiva, dado que el problema analizado no es radicalmente nuevo, el análisis de las soluciones doctrinales que se han planteado hasta ahora puede arrojar cierta luz.

En este sentido, las propuestas doctrinales de modernización del Derecho del trabajo elaboradas en los últimos años pasan todas, también, por ampliar del ámbito subjetivo de la disciplina. Ello no significa, en todos los casos, ampliar la definición de contrato de trabajo, sino, por el contrario, librar a la especialidad del anclaje del contrato de trabajo como ámbito de aplicación. En efecto, de una forma u otra, las propuestas apuestan porque el Derecho del trabajo no esté constreñido por la definición del contrato de trabajo, sino que su ámbito debería extenderse a todo el “mundo del trabajo” (Freedland y Kountouris, 2011: 21). La anterior tendría, como primera consecuencia, que el trabajo personal, esté formulado bajo dependencia o independencia, seguiría sujeto a normativas protectoras.

Las posiciones doctrinales, obviamente, difieren en cómo realizar la ampliación y en el tipo de protecciones que debieran tener las relaciones personales de trabajo que entraran dentro del Derecho del trabajo, pero no dentro del contrato de trabajo.

La Comisión Europea, en un informe realizado bajo la dirección de Alain Supiot (2001), tuvo como objetivo reformular el Derecho del trabajo de tal forma que se liberara de las restricciones del trabajo subordinado bajo el contrato de trabajo. La idea central en el “informe Supiot” fue la de reconocer y concienciar sobre la existencia de un amplio rango de situaciones en las que los ciudadanos están trabajando a pesar de no encontrarse bajo un contrato de trabajo. De hecho, el informe Supiot no se limitaba a ampliar el ámbito subjetivo de la

disciplina al “trabajo no subordinado”, sino también al “trabajo no remunerado” (ej., cuidados dentro de la familia o tareas domésticas sin retribución). La ambiciosa propuesta configuraba un “statut professionnel” o estatuto profesional, donde se incluirían todos aquellos que prestaran servicios de mano de obra. No obstante, en dicha propuesta, este estatuto se limitaría a conceder derechos de Seguridad Social. Esto es, Supiot proponía desligar la protección de Seguridad Social de la existencia de un contrato de trabajo. Efectivamente, uno de los primeros problemas con los que se encuentran los trabajadores autónomos es su desprotección en materia de Seguridad Social respecto a sus homólogos trabajadores. Por su parte, éste es el campo donde más se avanzado en los últimos años –a pesar de seguir existiendo importantes diferencias–.

También Lyon–Caen (1990: 7–9), en su momento, propuso integrar en el Derecho del Trabajo relaciones personales de trabajo distintas al contrato de trabajo. En este sentido, propuso “un Derecho del trabajo para trabajadores distintos de los existentes en el modelo del Derecho del trabajo”. A su vez, enunció qué principios legales debían ser aplicables a trabajadores distintos de los trabajadores subordinados.

Por su parte, Ewing, Hendy y Jones (2016: 35), en su *Manifesto for Labour Law* y su continuación en la reciente publicación *Rolling Out the Manifesto for Labour Law* (2018: 36), también sugieren la necesidad de ampliar la construcción nacional del ámbito de aplicación personal de los derechos laborales mediante su propuesta de definición consistente en toda persona contratada por otra para proveer trabajo, y que no esté genuinamente dirigiendo una empresa de su propiedad, ha de considerarse trabajador⁷.

⁷Traducción propia.

Adicionalmente, también Dockés (2017) y otros autores franceses han defendido una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo en su país.

En una línea similar, es interesante la propuesta realizada por Freedland y Kountouris (2011). Estos autores también se decantan por el abandono de la noción de subordinación como definidor del ámbito del Derecho del Trabajo. Se debe notar que estos autores no proponen la modificación del ámbito subjetivo del contrato de trabajo –que seguiría limitándose a la subordinación–, sino que su propuesta es incluir dentro del ámbito del Derecho del trabajo otras relaciones de trabajo personales, que actualmente se encuentran en el derecho privado (Freedland y Kountouris, 2011: 38).

Se parte de la idea de que actualmente se está ante un sistema binario en las prestaciones personales de trabajo; por una parte, el contrato de trabajo –regulado por el Derecho del trabajo– y, por otra, el resto de prestaciones de trabajo amparadas en el Derecho privado. Sin embargo, esta división parte de una falsa idea de que todas las prestaciones de trabajo reguladas por el Derecho civil son idénticas. Este argumento viene reforzado por el hecho de que el Derecho civil, en su regulación, no distingue entre la presta-

ción de servicios personales y los no personales (Freedland y Kountouris, 2011: 289). En efecto, la regulación aplicable a un contrato de prestación de servicios entre una empresa y un trabajador autónomo será la misma que entre una empresa y otra empresa. Ante ello, estos autores proponen que el Derecho del trabajo amplíe su ámbito a todas las prestaciones de trabajo realizadas personalmente. Con ello, se pretende que el Derecho del trabajo deje de centrarse en el contrato de trabajo para pasar a centrarse en “la persona que trabaja” (Freedland y Kountouris, 2011: 316)⁸.

“Con ello, se pretende que el Derecho del trabajo deje de centrarse en el contrato de trabajo para pasar a centrarse en “la persona que trabaja”

Retomando esta posición doctrinal se pronuncian Countouris y De Stefano (2019) al establecer que el Derecho del trabajo no debería verse constreñido al trabajo subordinado, puesto que todos aquéllos que “viven de su trabajo” requieren protección. Si bien estos autores en su informe no establecen el nivel de protección concreto, sí fijan que, al menos, deberían tener todos derecho a la libre sindicación y a la negociación colectiva (también haciendo referencia a otros derechos individuales, pero sin matizar cuáles).

En efecto, se argumenta que el Derecho del Trabajo debería aplicarse a todos aquéllos que realizan trabajo personal, esto es, que son ellos mismos los que realizan el trabajo frente a aquellos otros –los que quedarían excluidos– que, bien, tienen otros trabajadores a su cargo que realizan el trabajo por ellos, bien, es un trabajo intensivo en capital o tecnología de la cual son propietarios esos trabajadores. Esto es, el Derecho del Trabajo, de acuerdo con estos autores, debería aplicarse, con independencia de si se realiza bajo instrucciones directas o no, a todos aquéllos que prestan personalmente servicios. De esta forma, solamente quedarían excluidos aquéllos que prestan servicios a través de otras personas contratadas que los desarrollan en su nombre o aquellas que no prestan servicio personalmente, puesto que son dueños de un importante capital –en

⁸Por su parte, esta propuesta doctrinal no propugna una equiparación en los derechos y deberes de todas “las personas que trabajan” con los derechos y deberes del contrato de trabajo, sino que habría que realizar diferenciaciones respecto al contenido obligacional según las necesidades de cada relación jurídica. En definitiva, estos autores proponen una ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo a través del establecimiento, de lo que podría llamarse, una lista de relaciones laborales especiales que no se limitarían a las relaciones laborales dependientes, sino que se incluirían las no realizadas bajo dependencia. Con ello, a modo orientativo, los autores establecen una lista de prestaciones personales de trabajo que deberían estar insertas dentro del Derecho del trabajo como, por ejemplo; las profesiones liberales, los autónomos, los consultores externos, los agentes comerciales, etc.

forma de tecnología o activos– siendo éste esencial para realizar el servicio.

En fin, en la doctrina comparada se puede observar un empuje hacia una redefinición del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Aunque haya diferencias entre las propuestas, todas ellas tienen un fin común: ajustar la aplicación de esta disciplina a todos aquéllos que requieren protección. Para ello se parte de la hipótesis de que en la actualidad se está excluyendo del Derecho del Trabajo a muchos sujetos que, realmente, no son empresarios. Esto es, se entiende que los límites del Derecho del trabajo deben encontrarse allí dónde se halle un genuino empresario. Por el contrario, con la actual definición de subordinación como forma de atribución de derechos laborales, el efecto generado es que existan muchos sujetos que, aunque no son genuinos empresarios, quedan excluidos del Derecho del trabajo.

En otras palabras, existen trabajadores dependientes, trabajadores independientes y empresarios. Pues bien, se defiende por estos autores que, con la configuración de la normativa actual, solamente los trabajadores dependientes quedan protegidos, no estándolo los trabajadores independientes a pesar de ser sujetos que carecen de poder de negociación suficiente como para auto–protegerse. Por ello, las propuestas pasan todas por ampliar el campo del Derecho del Trabajo, extendiéndolo a las personas que trabajan –y que no son genuinamente un empresario– aunque no se encuentren estrictamente subordinadas.

Por su parte, esta ampliación puede realizarse de dos maneras, bien mediante una modificación legislativa, bien mediante una reconfiguración interpretativa del concepto de trabajo subordinado.

5. UNA INTERPRETACIÓN

FINALISTA DEL CONCEPTO

DE TRABAJADOR LABORAL

La idea subyacente en las propuestas presentadas hasta el momento no es otra que extender la aplicación del Derecho del Trabajo a quienes necesitan protección. Esto es, permitir que el Derecho del Trabajo satisfaga sus funciones originales. Y para ello no parece requisito indispensable un cambio normativo, sino más bien una interpretación finalista del concepto de trabajador. Como pone de relieve la situación social de muchos trabajadores actualmente clasificados como autónomos, una interpretación restrictiva de la noción de trabajador, centrada en la dependencia jurídica, excluye de su aplicación muchos trabajadores que requieren de protección. En efecto, que no exista un control directo por parte del beneficiario de una prestación de trabajo sobre el trabajador no significa que esta persona no requiera protección del Derecho del trabajo.

Por ello parece necesario realizar una interpretación teleológica del concepto de trabajador para aplicar dichas protecciones a todos aquellos que las requieran. Esto es, se pretende diferenciar un trabajador –al que se aplican las protecciones laborales– de un genuino empresario –al que no– en función de las vulnerabilidades presentes en el primero que no afectan al segundo (Davidov, 2016: 35).

La doctrina identifica tres principales razones que justifican la necesidad de la aplicación de la regulación laboral: i) fallos de mercado; ii) distribución de la riqueza; iii) desequilibrio en el poder de negociación de las partes.

En primer lugar, los fallos de mercado justifican la regulación laboral dado que el mercado laboral adolece de problemas de eficiencia que la normativa ha de solucionar. Los principales fallos que caracterizan el mercado laboral pueden resumirse de la siguiente manera (Fudge, 2006: 626): i) asimetría de la información; ii) inelasticidad en la oferta de trabajo; iii) problemas de conflicto colectivo; iv) baja inversión en el capital humano. Hyde (2006) argumenta que estos fallos de mercado afectan todas las prestaciones personales de servicio con independencia de que éstas puedan calificarse jurídicamente como subordinadas o no. Así pues, para abordar estos fallos de mercado y promover una regulación eficiente, la normativa laboral debe aplicarse a todos los trabajadores.

En efecto, para combatir estos fallos es necesario que todos los trabajadores puedan organizarse y negociar colectivamente, así como tener condiciones mínimas de trabajo de carácter irrenunciable (salario mínimo, máxima jornada de trabajo, restricciones en el trabajo infantil, normativas de prevención de riesgos laborales, entre otras). En definitiva, los derechos sociales son un requisito indispensable para que funcione correctamente el mercado de trabajo (Deakin and Wilkinson 2005: 290–303), lo cual incluye a todo tipo de trabajadores sean dependientes o independientes –en tanto no sean genuinamente una empresa–.

La distribución de la riqueza y el bienestar de los trabajadores constituyen la segunda razón que justifica la legislación laboral. Prosser (2006) desarrolla la idea de que las condiciones laborales de los trabajadores no deben ser decididas por el mercado, sino que han de ser el resultado de un proceso deliberativo democrático. Este autor defiende la existencia de una serie de valores en la sociedad que pueden desvirtuarse si las condiciones de trabajo se dejan al libre mercado y que, por ello, se justifica la existencia de regulaciones

laborales. La existencia de un salario mínimo a cambio del trabajo, la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, religión, el derecho a trabajar bajo medidas de seguridad que protejan a los trabajadores, una jornada máxima y los descansos, son cuestiones que el mercado por sí mismo no asegura, mientras que sí son deseados por la ciudadanía –e incluso entendidos como derechos inherentes a la condición humana–. Por ello, parece poco razonable excluir estos valores sociales y no asegurarlos normativamente simplemente por el hecho de no ser trabajador dependiente conforme a una concreta definición.



La tercera razón fundamental, y probablemente la más ampliamente aceptada, como justificación de la existencia de protección de los trabajadores es la desigualdad del poder de negociación (Davies, 1983: 18), entendida como la falta de una autonomía real cuando se trata de aceptar las condiciones de trabajo por parte de los trabajadores (Valdés Dal-Ré, 2002: 45).

En efecto, igual que los trabajadores de la fábrica no podían negociar libremente sus términos contractuales ni sus condiciones laborales, dada la diferencia de poder respecto al capitalista (dueño de la fábrica), hoy en día muchos trabajadores calificados como autónomos no pueden negociar sus condiciones de trabajo. En el caso de las plataformas digitales esta cuestión parece bastante clara dado que las condiciones las fija la plataforma, siendo iguales para todos los que prestan servicios en ella, no pudiendo ser modificadas ni negociadas individualmente –contratos de adhesión–. Esto implica que los trabajadores solamente pueden aceptar o no trabajar (Murray, 2014; Hillman and Rachlinski, 2002). Lo mismo ocurre para muchos trabajadores formalmente autónomos pero que no gozan de poder para modificar los términos del contrato con su cliente por falta de poder de negociación.

Este desequilibrio en el poder de negociación parece ser la causa de todos los riesgos a los que están sometidos los trabajadores: salarios bajos, jornadas de trabajo excesivas, *impredecibilidad* en los horarios, transferencia de los riesgos inherentes en el negocio al trabajador, riesgos para la salud, etc. Hoy en día muchos trabajadores –sean dependientes o no– trabajan sometidos a condiciones de trabajo establecidas por una empresa sin posibilidad de ser modificadas –ni siquiera negociadas– por parte del trabajador. En vista de esta situación, el contrato de trabajo se caracteriza principalmente por normas obligatorias que no pueden ser modificadas por las partes. La legislación laboral debe imponerse a las partes, ya que el desequilibrio de poder significa que no existe una libertad contractual real en el trabajador. Las leyes laborales deben imponer límites a la aceptación de ciertas condiciones de trabajo por parte de los trabajadores siempre que medie un desequilibrio en el poder de negociación –y con independencia de que exista o no dependencia jurídica–.

Al final, las tres justificaciones para la existencia del Derecho del Trabajo aquí presentadas parecen complementarias más que excluyentes. En el trabajo en plataformas, y en general en todo aquel trabajo personal que no se realiza por una empresa, existe desequilibrio de poder de negociación, fallos de mercado y necesidad de mantener ciertos valores sociales, circunstancias que justifican la aplicación del Derecho del Trabajo a esas relaciones contractuales.

Como se ha visto al principio de este artículo, la dependencia jurídica no fue originariamente – y no lo es ahora– la razón de la aparición de una gran masa de obreros que necesitaban protección. Por el contrario, fue la imposibilidad de tener en su propiedad los medios de

producción relevantes. Requerir elementos productivos –activos materiales e inmateriales– de un tercero –empresario– para poder producir es lo que les hace vulnerables y los sitúa en una situación de debilidad en la negociación (desequilibrio poder de negociación). Es precisamente el hecho de que la estructura empresarial relevante no fuera de su propiedad lo que provocaba que tuvieran que cumplir las órdenes del empresario, someterse a jornadas de trabajo extenuantes, aceptar salarios por debajo del umbral de supervivencia, etc. Es decir, la jerarquía o la existencia de instrucciones por parte del empresario de obligado cumplimiento –dependencia jurídica– son un indicio de existencia de desequilibrio del poder de negociación, pero no el único.

Que actualmente exista desequilibrio de poder de negociación sin instrucciones directas no elimina la vulnerabilidad de los trabajadores, dado que esta solamente era una de las consecuencias de estar sometidos a una estructura empresarial que no le es propia. Confundir la consecuencia –dependencia jurídica– con el hecho causante de la vulnerabilidad –la falta de estructura empresarial propia y de poder de negociación– es lo que ha provocado que el derecho del trabajo deje de aplicarse a muchos sujetos que lo necesitan.

La dependencia jurídica como criterio exclusivo de aplicación del Derecho del Trabajo impide que éste cumpla con sus objetivos primigenios. La subordinación no debería ser equiparada exclusivamente con dependencia jurídica –o control del empresario–. Por el contrario, el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo debe ser interpretado en términos finalistas, esto es, como aquél que permita cumplir los objetivos de protección de quien lo necesite. Para ello se propone que el Estatuto de los Trabajadores se aplique, con independencia del nivel de control existente sobre ese trabajador, a todos aquellos que prestan servicios de forma personal en contraposición a los que

prestan servicios mediante otros trabajadores o aquellos que prestan servicios mediante la propiedad de una estructura empresarial relevante. Con esta interpretación se consigue que el Estatuto de los Trabajadores se destine a todos los trabajadores que requieren protección. Llegados a este punto se debe analizar qué significa prestar servicios de forma personal. Esta definición debe realizarse en negativo, esto es, todos aquellos servicios que no se presten a través de una estructura productiva de la que se es titular –empresa– estarían incluidos en dicho ámbito. Aquí se revela la primera diferencia con la interpretación clásica, la cual entiende que solamente el trabajo dependiente y ajeno será laboral, quedando fuera del ámbito de aplicación el resto de tipos de trabajo.

Así pues, con la interpretación finalista se está más bien en la situación contraria: lo relevante será definir qué es una empresa, puesto que, si no se prestan servicios siendo empresario, se entenderá que se es trabajador. En este sentido, lo relevante, cuando se enfrenta a un caso de clasificación del contrato de trabajo, será la existencia de indicios de que el prestador de servicios es una genuina empresa pues lo contrario implicará que se está ante un trabajador laboral. Se entenderá que se está ante un genuino empresario cuando:

- La propiedad de activos materiales (infraestructuras, maquinaria, edificios...) o inmateriales (marca, datos, fondo de comercio, software específico, etc.) pertenecen al prestador de servicios.
- La gestión real, y la toma de decisiones, de partes clave del negocio frente al mercado (precio, búsqueda y elección de clientes) es llevada por el prestador de servicios.
- La prestación de servicios es realizada por trabajadores contratados por el empresario.

En definitiva, esto es coherente con las anteriores manifestaciones realizadas sobre los nuevos indicios de laboralidad –ajenidad en la marca, ajenidad en los datos, la plataforma digital como medio de producción real, la fijación del precio del servicio, etc.– los cuales, tiene como objetivo, buscar la diferencia entre un verdadero empresario de aquél que únicamente aporta trabajo⁹. No obstante, lo que aquí se propone es una teoría consolidada alrededor del concepto de trabajador que, a través de una interpretación finalista del concepto, permita abandonar la dependencia jurídica como criterio preponderante de la determinación de laboralidad para centrar el peso del debate en la existencia o no de una verdadera empresa: pues si el prestador de servicios no lo hace teniendo el control efectivo de una estructura empresarial relevante se entenderá que se está ante un trabajador laboral.

Además, el objetivo de esta interpretación finalista será incorporar dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores a todos los que presten servicios sin ser una verdadera empresa. Ello implica que no se está aquí defendiendo una diferenciación en los niveles de protección entre un tipo de trabajadores y otros –lo que acabaría creando de nuevo trabajadores “de primera” y “de segunda”–. Sino una unificación –mediante la interpretación finalista del concepto de trabajador– del régimen jurídico aplicable a todo tipo de trabajadores bajo el paraguas del Estatuto de los Trabajadores –o en caso de absoluta necesidad mediante una relación laboral especial que tenga como normativa subsidiaria el propio Estatuto de los trabajadores–.

⁹En el fondo, todo ello tiene similitud a lo defendido anteriormente respecto a “los nuevos indicios de laboralidad”, puesto que al final estos indicios nuevos no tienen otro objetivo que señalar la importancia que tiene el S. XXI unos elementos productivos distintos –ahora inmateriales principalmente– a los que tenían importancia en el S. XX (maquinaria, fábrica). Y como la falta de propiedad de estos nuevos elementos productivos de relevancia son lo que realmente subordinan al trabajador ver Todolí Signes (2018) y Todolí Signes (2017).



6. LA LABOR DEL TRIBUNAL SUPREMO

ESPAÑOL EN LA REINTERPRETACIÓN

DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR

El Tribunal Supremo viene realizando, en los últimos años, una reinterpretación profunda del concepto de trabajador en nuestro país. En efecto, de forma más o menos clara, el máximo Tribunal, parece haber abandonado –o al menos reducido a la mínima expresión– la cuestión de la dependencia jurídica o el control como forma de identificar a los trabajadores.

En este sentido, en multitud de ocasiones el Tribunal Supremo ha entendido que existe contrato de trabajo aunque el trabajador tenga libertad para elegir sus propios horarios o su jornada de trabajo¹⁰. En el mismo sentido, también se ha entendido que puede existir laboralidad aunque no haya instrucciones por parte del empresario¹¹. E incluso se entiende que la facultad del trabajador para rechazar trabajos encargados y asignados por el empresario no excluye automáticamente la laboralidad¹². No obstante, es cierto que, en otras ocasiones, el hecho de que sí existan instrucciones que el trabajador deba cumplir se ha utilizado para confirmar la laboralidad¹³, llegando a consi-

derar que la emisión de instrucciones por parte del empresario “para una correcta ejecución del servicio” es una intromisión ilegítima en el ámbito de actuación de un empresario que se debiera considerar independiente, calificándolo por ello de laboral (STS de 24 de junio de 2015 rec. 1433/2014). Por tanto, los clásicos indicios de la dependencia como son la fijación de horarios y de instrucciones parecen servir para confirmar la laboralidad pero no para excluirla cuando se dan otros indicios. En efecto, desde hace tiempo, la doctrina defiende una flexibilización del concepto “dependiente” para entender cumplido este requisito por el hecho de estar inserto en la organización empresarial (Rodríguez-Piñero; 1966).

Respecto a la ajenidad, es de sobra conocido como el Tribunal Supremo mantiene que la propiedad de herramientas de trabajo o de medios de producción secundarios (o no relevantes) no excluyen la calificación de trabajador laboral¹⁴. De hecho, incluso asumir parte del riesgo¹⁵ no es impedimento para la laboralidad. Tampoco que quede acreditado que no existe exclusividad –dependencia económica–, y que quede atestiguado que realizaba trabajos para otras empresas, ha evitado que calificara el contrato como de trabajo¹⁶.

Así pues, el Tribunal Supremo está abandonando progresivamente, bajo mi punto de vista,

¹⁰ STS 20 de enero de 2015 (rec. 587/2014) –caso de limpiadores de escaleras–; STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) –limpiador de oficinas–; STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) –Transportistas con vehículo propio–; STS de 30 de abril de 2009 (1701/2008) –recogedor productos higiénicos–; STS de 16 de julio de 2010 (rec. 3391/2009 y 2830/2009) de 19 de julio 2010 (rec. 1623/2009 y 2233/2009) –artistas y dobladores–; STS 3 de mayo de 2005 (rec. 2606/2004) –abogados–; STS 21 de junio de 2011 (rec. 2355/2010) –subagentes de seguros–; STS de 14 de julio de 2016 (rec. 539/2015) –Agentes de Seguros–; STS DE 16 de noviembre 2017 (rec. 2806/2015) –traductores–; STS 8 de febrero de 2018 (REC. 3205/2015) –Montadores de ascensores–.
¹¹ STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) –limpiador de oficinas–; STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) –Transportistas con vehículo propio–; STS de 30 de abril de 2009 (1701/2008) –recogedor productos higiénicos–; STS de 16 de noviembre 2017 (rec. 2806/2015) –Traductores–; STS 8 de febrero de 2018 (REC. 3205/2015) –Montadores de ascensores–.
¹² STS de 16 de noviembre 2017 (rec. 2806/2015) –Traductores–; STS de 16 de julio de 2010 (rec. 3391/2009 y 2830/2009) de 19 de julio 2010 (rec. 1623/2009 y 2233/2009) –artistas y dobladores–.
¹³ SSTS de 10 de julio del 2000 (rec. 4121/1999); 15 de octubre de 2001 (rec. 2238/2000) y 7 de octubre de 2009 rec. 4169/2008
¹⁴ STS 20 de enero de 2015 (rec. 587/2014) –caso de limpiadores de escaleras–; STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) –compra propia de elementos de limpieza–; STS 8 de febrero de 2018 (Rec. 3205/2015), STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) –propiedad de furgoneta–; 7 de octubre de 2009 rec. 4169/2008 –alquiler de oficina y pago secretaria–.
¹⁵ STS 9 de marzo de 2010 rec. 1443/2009. En este caso, se descontaban los gastos de mantenimiento de la clínica dental.
¹⁶ STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) –Transportistas con vehículo propio–; STS de 30 de abril de 2009 (1701/2008) –recogedor productos higiénicos–; STS 3 de mayo de 2005 (rec. 2606/2004) –abogado–.



una interpretación rígida de la dependencia y la ajenidad por la cual solamente aquellos que cumplan cumulativamente los dos requisitos – amén de la voluntariedad, la retribución y el trabajo personal– serán trabajadores laborales, adoptando una interpretación amplia del trabajo subordinado como toda aquella prestación personal de servicios¹⁷. A su vez, parece que el concepto de prestación personal de servicios viene definido en contraposición a la prestación de servicios con una organización empresarial propia.

Por supuesto, siguen existiendo dudas interpretativas, puesto que no será siempre fácil definir qué se entiende por “organización empresarial propia”. No obstante, también aquí el Tribunal Supremo, en alguna sentencia reciente, deja elementos suficientes apuntados.

Se está haciendo referencia a la STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) del caso Ofilingua –en materia de traductores–. En efecto, en esta sentencia se enjuicia un caso en el que los trabajadores –formalmente autónomos– gozan de libertad de horarios y de jornada pudiendo rechazar –sin consecuencias negativas– los encargos de la empresa, no existe formación por parte de la empresa, no se asigna ni se paga vacaciones (y ni siquiera exige la empresa que se le comunicara tales circunstancias por parte del trabajador), no hay instrucciones sobre cómo realizar el trabajo, no hay exclusividad y los trabajadores realmente realizan otras tareas –de traducción o interpretación– para otros empresarios o clientes, tampoco la empresa aporta material alguno para desarrollar su prestación de servicios, teniendo el trabajador que hacerlo si lo necesita (material de oficina, papel, bolígrafos, ordenador, teléfono, diccionario, internet, glosarios, vehículo, etc.). Pues bien, a pesar de esa falta de dependencia jurídica –mostrada claramente desde el momento en que no existen instrucciones y, además, el trabajador pue-

de rechazar los encargos– el Tribunal Supremo entiende que existe laboralidad.

Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal se sirve de seis criterios, que ahora se pasan a exponer. No obstante, como luego se verá, pueden resumirse en dos.

1. En primer lugar, se entiende que existe laboralidad, dada “la adopción por parte del empresario –y no del trabajador– de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público”.
2. En segundo lugar, la empresa es la que fija los precios o tarifas del servicio. Es decir, el precio del trabajo no es negociado con el trabajador presuntamente autónomo, sino que era un “o lo tomas o lo dejas” impuesto por el empresario.
3. En tercer lugar, la empresa es la que seleccionaba los clientes finales o personas a las que atender.
4. En cuarto lugar, el Tribunal Supremo entiende que existe laboralidad, puesto que “el cálculo de la retribución (se realiza) con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada”. Esto es, la retribución está conectada con las horas de trabajo y no con otros criterios empresariales.
5. En retribución percibida por el trabajador se nota la ausencia “del lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones”.
6. Por último, el Tribunal Supremo concluye que existe laboralidad puesto que el trabajador presta servicios con “inexistencia de estructura empresarial”.

¹⁷ Obviamente esta evolución no está exenta de contradicciones y pasos atrás, por ejemplo, la STS 7 de octubre de 2009 (rec. ud. 4169/2008) establece que la nota distintiva decisiva debe ser la dependencia y no la ajenidad, decantándose con ello por el criterio de la dependencia jurídica. Un criterio que en otras ocasiones descarta al afirmar que el hecho de que no existan instrucciones ni horarios y que el trabajador pueda libremente rechazar trabajos no impide la calificación de laboralidad (STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) –traductores).



Como se puede apreciar, son seis criterios bien argumentados pero que no apuntan a una dependencia jurídica clásica, sino que más bien se dirigen a demostrar que estos trabajadores que prestaban servicios no eran una genuina empresa.

De esta forma, parece que efectivamente nuestro Tribunal Supremo acoge esa doctrina por la cual el ámbito del Derecho del trabajo no ha de limitarse al trabajo dependiente en sentido estricto, sino a toda prestación personal de servicios que no se haga como un genuino empresario. Es decir, partiendo de la premisa de que existe una amplia gama de tipos de prestación de servicios –trabajo dependiente, el trabajo independiente y los empresarios–, el Tribunal Supremo, con una interpretación finalista, acoge dentro del ámbito del contrato de trabajo a los dos primeros supuestos, excluyendo solamente al tercero.

De hecho, en mi opinión, aunque es cierto que el Tribunal Supremo recoge seis indicios para defender la laboralidad, estos argumentos van todos dirigidos a un objetivo: demostrar que estos trabajadores no eran una empresa real. Así, que los trabajadores no tomarán decisiones respecto al mercado y con el público, que no seleccionarán la clientela o el personal a atender, que la fijación de precios o tarifas viniera impuesta, que la retribución dependiera de las horas de trabajo, son indicios, no tanto de que el trabajo es subordinado, sino de que; i) no pueden negociar sus propias condiciones de trabajo; ii) no son una empresa, puesto que no se encargan de una de las partes más importantes de todo negocio –márquetin, conseguir clientes, mantenerlos, decidir precios, etc.–.

A mayor abundamiento, la “inexistencia de estructura empresarial” es recalcada por la propia sentencia de nuevo para concluir que eran

trabajadores laborales. La falta de elementos que determinen que se está ante una verdadera empresa – como la inexistencia de áreas importantes en todo negocio, pero también la falta de una estructura de activos (materiales o inmateriales) importante– parece lo determinante. En efecto, en este caso, la necesidad de disponer de un ordenador para realizar el trabajo no es suficiente para entender que la prestación requiere alta inversión en activos realizada por quien presta el servicio¹⁸. Así pues, si la prestación de servicios requiere activos de capital económicamente relevantes, éstos pertenecen al prestador de servicios y, además, cuenta con las áreas necesarias para explotar el negocio, se le podría considerar un empresario.

Respecto al indicio de ausencia del lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o el ejercicio libre de las profesiones puede estar remitiendo a dos cuestiones. La primera podría ser respecto a que la percepción recibida en forma de salario es baja, sin embargo, no parece que tener un salario alto excluya la laboralidad –ni siquiera en casos complejos– dado que en el conocido caso del tertuliano radiofónico la retribución era muy superior a la media española y se entendió que se trataba de una prestación laboral de servicios (STS 19 febrero 2014, rec. 3205/2012). La otra posibilidad es que esté haciendo referencia a la plusvalía. Esto es, al concepto que en economía es definido como el rendimiento obtenido por el empresario derivado del aprovechamiento de la mano de obra ajena. En este sentido, a lo que podría estar aludiendo

¹⁸Un nivel relevante de activos que sí podrían excluir la laboralidad podría ser la inversión propia en un local, maquinaria o elementos de capital necesarios para realizar la actividad (ej. un restaurante que requiere local, reformas, cocina, etc...). La propiedad de una marca relevante, un software específico valorado por el mercado, patentes, propiedad intelectual u otros activos inmateriales relevantes o incluso suficiente información o datos que asegure una diferenciación en el mercado.

el Tribunal Supremo es que estos trabajadores percibían una retribución por su prestación personal de servicios y no por gestionar una empresa en la cual otros, contratados por un genuino empresario, prestaban el servicio.

En mi opinión, esta segunda tiene mayor lógica puesto que, si no existen trabajadores a su cargo, significa que esa persona presta todo el servicio ella misma, difícilmente constituyendo eso una verdadera empresa. Además, otros Tribunales extranjeros vienen afirmando, en este sentido, que un autónomo no solamente debe tener una retribución proveniente de algo distinto a su propia mano de obra, sino que además debe poder tener unas verdaderas perspectivas de crecimiento del negocio más allá de percibir más dinero porque trabaja más horas¹⁹.

En definitiva, y siempre con todas las caute- las, el Tribunal Supremo parece realizar una interpretación finalista del contrato de trabajo para aplicarse a todo aquel que preste servicios de manera personal, sea subordinado o no. Pocas dudas caben de que si el trabajador solamente aporta mano de obra no puede ser un empresario y, por ello, se le debe aplicar las protecciones laborales. Sin embargo, sigue existiendo la duda de qué es un genuino em- presario.

Para ello, el Tribunal Supremo parece fijarse en dos características: primero, que tenga es- tructura empresarial haciendo referencia, de un lado, a elementos materiales (maquinaria, edificios...) o inmateriales (marca, datos, fon- do de comercio, software específico, etc.) de relevancia que pertenecen al que presta el ser- vicio²⁰ y, de otro lado, que tenga una organi- zación suficiente que contemple no solamente la ejecución de la prestación sino otros elemen- tos inherentes a la gestión de un negocio (po- lítica de márketing, gestión del negocio, toma de decisiones relevantes, etc...)²¹. Segundo, se entiende que será empresario aquél que tenga trabajadores a su cargo que sean los que real- mente realicen el trabajo por el cual el genuino empresario recibe sus beneficios.

En fin, con esta interpretación finalista se con- sigue que el Derecho del Trabajo cumpla sus fines en materia de fallos de mercado, cumplir con los valores sociales y proteger a la par- te débil del contrato que carece de poder de negociación para tener una verdadera autono- mía de la voluntad cuando acepta las condicio- nes de trabajo.

7. LA REFLEXIÓN FINAL

La tecnología, en los próximos años, va a mo- dificar completamente la forma en que muchos tipos de empresas interactúan en el mercado, volviendo innecesaria la figura del trabajador dependiente. En ciertos sectores –principal- mente de servicios– las empresas no van a ne- cesitar dirigir y supervisar el trabajo realizado. Por el contrario, las empresas, a través de la tecnología, van a confiar en las evaluaciones realizadas por sus clientes de los resultados del trabajo. Con esas mismas evaluaciones se se- leccionarán a los futuros trabajadores (control *ex ante* y control *ex post*). Ni siquiera las em- presas tendrán la necesidad de formar a sus trabajadores pues éstos, si desean trabajar, ha- brán de estar formados y listos para el trabajo. El trabajo moderno, a través de redes virtuales, y con trabajadores de mayor cualificación, se

¹⁹ Employment Tribunal UK case Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others -V- Uber Case Num- bers: 2202551/2015 Comentada en <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comenta- rio-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>

²⁰ En el fondo, todo ello tiene similitud a lo defendido anteriormente respecto a “los nuevos indicios de laboralidad” puesto que al final estos indicios nuevos no tienen otro objetivo que señalar la importancia que tiene el S. XXI unos elementos productivos distintos –ahora inmateriales principalmente- a los que tenían importancia en el S. XX (maquinaria, fábrica), ver Todolí Signes (2018). También las sentencias que declaran la laboralidad del trabajo en plataformas digitales han llegado a esta conclusión al entender que los “riders” no son verdaderos empresarios. Esto es así en la Sentencia del Juzgado de los Social Nº. 33 de Madrid de 11 de febrero, la Sentencia del Juzgado de los Social Nº. 1 de Gijón Nº. 61/2019, Juzgado de los Social Nº. 1 de Madrid en Sentencia nº 130 de 2019 de 4 de abril. En la doctrina se puede consultar, Todolí Signes, (2018b), Sánchez Pérez, (2019).

²¹ El Tribunal Supremo para distinguir entre una falsa cooperativa y una verdadera cooperati- va, a efectos de conocer si los trabajadores cooperativistas eran verdaderos cooperativistas o falsos autónomos también recurre, una vez más, a la cuestión del trato con los clientes y la gestión del negocio. Entendiendo que si la cooperativa no realiza funciones de este tipo se estará ante una falsa cooperativa -, ver STS de 18 de mayo de 2018 (rec.3513/2016).



configura con una menor dependencia y una mayor libertad para el trabajador a la hora de realizar su trabajo. Esta situación puede conllevar que la actividad no siempre encaje perfectamente con la definición de contrato de trabajo existente. No obstante, no debería deducirse que este nuevo tipo de trabajadores no necesiten protección.

El trabajador subordinado es el centro de la protección laboral, por lo que de no cambiar nada, el Derecho del trabajo puede quedarse sin sujeto jurídico que proteger. Como dijo Romagnoli (1999: 10) *“en los años 60 y 70 el Derecho del trabajo italiano entró en la fábrica (...), pero las fábricas se han vaciado.*

De improvisto y bastante deprisa”.

Ahora mismo, nos enfrentamos al mismo fenómeno, pero llevado a su máximo exponente.

En el futuro, la tecnología, y el nivel de formación de las personas, reducirá el uso de las instrucciones directas como forma de subordinar el trabajador. Sin embargo, que los trabajadores carezcan de supervisión o control directo no significa que no requieran protección de las normas laborales –derecho vacaciones, salario mínimo, protección de riesgos laborales, etc.–. Por ello, parece necesaria una interpretación teleológica del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo, que haga posible que éste cumpla las funciones para las que nació. Difícilmente se puede sostener que, actualmente, muchos de los autónomos existentes realmente puedan ne-

gociar sus condiciones de trabajo. Más bien al contrario, existe un desequilibrio que requiere que éstos acepten o no trabajen.

Por ello, se propone que el Derecho del Trabajo se aplique a quienes prestan servicios de forma personal –en contraposición a aquéllos que lo hacen siendo propietarios de una estructura empresarial–. En este trabajo, se sostiene que el Tribunal Supremo español ha iniciado una reinterpretación del concepto de trabajador, aportando sentencias que lo muestran. En efecto, partiendo de la premisa de que en el espectro de la prestación de servicios caben el trabajo dependiente, el trabajo independiente y los empresarios, el Tribunal Supremo, sirviéndose de una interpretación finalista, parece

acoger en los últimos años dentro del ámbito del contrato de trabajo a los dos primeros supuestos, excluyendo solamente al tercero.



Actualmente, muchos autónomos no pueden calificarse de genuinos empresarios en el sentido de poder negociar en igualdad de condiciones y usar su iniciativa para maximizar sus beneficios. En cambio, son mano de obra fungible dentro de una larga lista de demandantes de trabajo. Si no encajan en la definición legal de trabajador

no es porque no se enfrenten a la misma realidad social, sino porque el concepto legal nació para describir una realidad distinta a la actual. Sin embargo, nada impide mediante una interpretación finalista, se consiga que el concepto de trabajador protegido abarque a todos aquellos que requieren de ella.

Más aún en el caso de algunos concretos derechos laborales recogidos en la propia Constitución Española. En efecto, libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga

viene reconocidos a todos los trabajadores – sin que la letra de la norma distinga entre subordinados o independientes–. Que de estos derechos se excluya a los trabajadores independientes es una interpretación restrictiva del concepto trabajador no justificada ni por la realidad social en la que vivimos –necesidad de los autónomos de agruparse para mejorar su poder de negociación– ni por las funciones atribuidas a estos derechos –valores democráticos en el trabajo y resolución de fallos de mercado– y mucho menos dado el carácter de derecho fundamental que le otorga la propia Carta Magna.

En fin, con una interpretación finalista del concepto de trabajador, esta es, aquella que permite proteger a la parte contractual débil de una prestación de servicios, mantener los valores sociales y reparar los fallos de mercado existentes en el mundo laboral, equivalente a incluir dentro de su ámbito toda prestación de servicios no realizada por una auténtica empresa, se conseguiría dar seguridad jurídica actualizando el concepto de trabajador y adaptándolo a la realidad social y productiva de nuestra época. El caso más palmario de esta necesidad son los trabajadores de plataformas. Por mucha libertad de horarios, y falta de instrucciones que formalmente gocen, se encuentran sometidos a los deseos de la plataforma. La razón fundamental de ello es no son verdaderos empresarios con poder de negociación propio. Sin embargo, en el presente trabajo no se busca dar una solución aplicable exclusivamente a los trabajadores en plataformas, sino a todos aquellos prestadores personales de servicios –sean dependientes o independientes– que carecen de poder de negociación frente a los beneficiarios de sus servicios. Es para proteger a éstos para lo que nació el Derecho del trabajo.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BBVA (2018), *La participación del trabajo en la renta nacional*, <https://www.bbva.com/es/la-participacion-del-trabajo-en-la-renta-nacional/> (consultado 10 de abril de 2019)
- Calvo Rodríguez E., (2017). *La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*, Tesis doctoral, Valencia.
- Countouris y De Stefano (2019), “New forms of employment”, *Syndicat Europeen Trade Union*.
- Davidov, (2002), *The three axes of employment relationships: A characterization of workers in need of protection*, U.T.L.J., 52.
- Davidov, (2016), *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford, 35–45.
- Davies, Freedland, Kahn–Freund, (1983), *Labour and the Law*, Stevens, 18.
- De Stefano V., “The rise of the “just-in-time workforce”, ILO, available https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf
- Deakin y Wilkinson, (2005), *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, Oxford, pp 290–303.
- Dockés (ed.) (2017), *Proposition de Code du Travail*, Dallorz, 2017.
- Ewing, Hendy y Jones (2016), *A manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of worker’s right*, IER, p 35.



- Ewing, Hendy y Jones (2018), *Rolling Out the Manifesto for Labour Law*, IER.
- Freedland M y Kountouris N., L., (2011), *The legal construction of personal work relations*, Oxford.
- Fudge, (2006), *Fragmenting work and fragmenting organizations: The contract of employment and the scope of labour regulation*, OHLJ, 44, 4.
- Goos, M., et al, (2019) "The impact of Digital Transformation on EU Labour Markets", European Commission.
- Hugh Collins, (2000), "Justification and techniques of legal regulation of the employment relations", in Hugh Collins, Paul Davies & Roger Rideout (eds.), *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer International, 7–11 (2000) and Hyde, (2006) "What is Labour Law", in Davidov & Langille (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, 37–38.
- JPMorgan Chase (2018), *Uber drivers are earning 53% less than they did in 2013* <https://bigthink.com/technology-innovation/uber-drivers-earning-less>
- Lyon–Caen G., *Le droit du travail non salarié*, Sirey, París, 1990.
- Pérez De Los Cobos, F., (1993) "El trabajo subordinado como tipo contractual", *Documentación Laboral*, N°. 39, 1993.
- Perez Garcia F., et al., (2019), "Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socioeconómico de la economía digital", *XXI Premio de Investigación del CES* (en prensa).
- Pesole, A., et al, (2018), *Platform Workers in Europe Evidence from the COLLEEM Survey*, Publications Office of the European Union.
- Prosser (2006), "Regulation and Social Society", *Journal of Law and Society*, 33, 3, 364–387.
- Rodríguez–Piñero, M., "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo" RPS, 71, 1966.
- Romagnoli, U., "Globalización y Derecho del Trabajo", *Revista de Derecho Social*, 5, 1999.
- Sánchez Pérez, J. "Economía colaborativa y crisis del derecho del trabajo", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y de Seguridad Social* (RTSS. CEF), núm. 430, Enero 2019, pag. 75 a 100.
- Supiot A., et al., (2001), *Beyond Employment –Changes in work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford.
- Tegmark M., *Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, KNOPF, 2017, p 121.
- Todolí Signes, A., (2018), "Prólogo", en Todolí Signes A., Hernández Bejarano (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales*, Aranzadi.
- Todolí Signes, A., (2018b), "Comentario a la sentencia que califica como trabajador a un rider de Deliveroo y sus efectos en la gig economy", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N°. 51, págs. 443–447
- Todolí Signes, A., (2017), *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch.
- Valdés Dal–Re, (2002), "Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo", *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* 168–169, 61.

ASPECTOS, AVANCES Y RETROCESOS

a cuatro años de entrada en vigencia de la Ley 9343

Reforma Procesal Laboral

Licdo. Edgar Alejandro Abarca Alfaro¹

Resumen:

En el presente ensayo se realiza un análisis objetivo y general sobre la Ley N° 9343 (Ley de Reforma Procesal Laboral), aprobada el 09 de diciembre de 2015 en la Asamblea Legislativa, la cual entró en vigencia el 27 de julio de 2017. Se exponen avances significativos en el desarrollo de los procesos judiciales laborales, en el acceso a la justicia por parte de sectores vulnerables de la sociedad, así como los procesos especiales tipificados en el Código de Trabajo que buscan dar justicia a poblaciones altamente discriminadas.

Palabras clave:

Reforma Procesal Laboral, abogados de asistencia social, conciliación previa, fueros especiales.

¹ Abogado de Asistencia Social de octubre de 2017 a la fecha. Ha sido asesor jurídico del Ministerio de Trabajo, abogado asistente de juez del Tribunal Administrativo de la Seguridad Social del Régimen de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. Asimismo, se desempeña como profesor universitario en la Universidad Florencio del Castillo y Universidad de las Ciencias y el Arte de Costa Rica.

Abstract:

In this essay is about an objective and general analysis of Law No. 9343 (Labor Procedure Reform Law), approved on December 9, 2015 in the Legislative Assembly, which entered into force on July 27, 2017. Significant advances in the development of labor judicial processes, in access to justice by vulnerable sectors of society, as well as the special processes typified in the Labor Code that seek to give justice to highly discriminated populations.

Keywords:

Labor Procedure Reform, Social Assistance Lawyers, prior agreement, Special jurisdictions.



ÍNDICE

El 26 de julio anterior conmemoramos los primeros cuatro años de entrada en vigencia de la Ley N°. 9343 (Reforma Procesal Laboral), ante lo cual debo manifestar que me envuelve un enorme sentimiento de satisfacción, contrastado con el compromiso –gustosamente aceptado– de enfrentar los retos que depara el futuro. Al ser una ley, siempre se debe estar en la búsqueda permanente de la perfección, aunque el Derecho sea una ciencia inexacta.

En mi particular caso, externo con gran orgullo que he tenido un protagonismo privilegiado dentro del desarrollo de esta Reforma Procesal Laboral, dado que uno de los grandes cambios que trajo consigo esta reforma fue la introducción de un artículo que da asistencia legal gratuita a aquellos trabajadores que no tuvieran condiciones económicas para contratar los servicios de un abogado particular. Específicamente, el artículo 454 del Código de Trabajo² creó una unidad especial dentro de la Defensa Pública denominada abogados de asistencia social, conocidos comúnmente como defensores públicos laborales, puesto que quien escribe este ensayo ocupa desde octubre de 2017 y hasta la fecha de forma ininterrumpida.

Desde esta perspectiva, he visto y vivido desde dentro sus pros y sus contras. Empezaré resaltando lo positivo: el hecho de que personas en condición social y económica vulnerable tengan acceso a un profesional en Derecho que les asista en todas las etapas del proceso judicial, es una de las mayores virtudes de la Refor-

² Artículo 454 del Código de Trabajo: “Las personas trabajadoras cuyo ingreso mensual último o actual no supere dos salarios base del cargo de auxiliar administrativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 9289, Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del Año 2015, de 29 de noviembre de 2014, tendrán derecho a asistencia legal gratuita, costeadá por el Estado, para la tutela de sus derechos en conflictos jurídicos individuales” (...).

ma Procesal Laboral. Solo a modo de ilustrar la realidad que se vivía antes de la reforma, imagínense que quienes estaban en estas condiciones de vulnerabilidad debían presentarse al Juzgado de Trabajo respectivo y ahí el manifestador le tomaba la declaración *apud acta*, luego debía ejercer su propia defensa en todas las fases del proceso; era como aquella famosa frase bíblica *David contra Goliat*, dado que era muy probable que su patrono sí tuviera los medios para contratar un abogado o incluso hasta un gran bufete.

Conscientes de esta gran desigualdad, quienes trabajaron e impulsaron la Reforma Procesal Laboral idearon la forma de crear la figura procesal de los abogados de asistencia social. Desde entonces existe una gran paridad en los procesos judiciales, incluso con resultados en su mayoría favorables a las pretensiones de la parte trabajadora.

Otro de los puntos por resaltar deviene en los procesos sumarísimos o de tutela de fueros especiales regulados en los artículos 540 y siguientes del Código de Trabajo, dado que han proporcionado grandes resultados en sancionar conductas discriminatorias de parte de los patronos a la hora de la contratación, durante su desarrollo, o bien cuando esta llega a su fin. Básicamente, permite que en plazos sumamente cortos se obtengan resultados; existe posibilidad, dependiendo del caso, de presentar medidas cautelares de reinstalación al puesto de trabajo en pleno ejercicio de sus derechos; además de la búsqueda constante de garantizar no solo los derechos laborales de quienes los demandan sino también de los derechos humanos.

El artículo 404 del Código de Trabajo establece casos concretos de discriminación, como, *iter alia*: etnia, orientación sexual, religión, condición socioeconómica y también deja abierta la posibilidad a *cualquier otra causa análoga*, cláusula que permite la interpretación de quien se siente discriminado por motivos distintos a

los que ahí específicamente se establecen, dando seguridad jurídica y acceso a la justicia de poblaciones anteriormente vulneradas que no tenían como reclamar sus derechos de manera específica. Este tipo de procesos han llevado justicia a quienes la han solicitado, ha venido a llenar una gran deuda que tenía nuestro sistema judicial con la diligencia de casos de trámite especial y han ayudado a consolidar un cada vez más fortalecido proceso laboral, que realmente necesitaba de una atención personalizada y darle su lugar dentro de nuestra legislación.

Uno de los aspectos positivos más trascendentes es la figura de la conciliación previa, regulada en el artículo 459 del Código de Trabajo. Ello, por cuanto ha dotado de una herramienta sumamente útil a las partes, pues, estas pueden buscar una solución armoniosa conflicto existente, incluso en forma previa a la interposición de una demanda judicial, colaborando de esta forma con el sistema judicial, reduciendo plazos de resolución, descongestionando los juzgados, tribunales incluso hasta la Sala Segunda de la Corte y, sobretodo, que la parte trabajadora ve concretizado en un menor tiempo sus derechos laborales. Esta es la principal herramienta que utiliza la Defensa Pública Laboral, dado que se cree en el diálogo como mecanismo de resolución de los conflictos y como una salida inteligente al convulso entorno social que nos envuelve y que sin duda se inmiscuye en las relaciones laborales. Los beneficios de la conciliación aparte de los ya mencionados, van en procura de un descanso mental, físico y económico para las partes, toda vez que resolver un asunto antes de que se vuelva un problema judicial, da estabilidad en todos esos aspectos.

Otro aspecto por destacar es el tema del desarrollo de las audiencias, tanto preliminar como complementaria, dado que antes de esta re-

forma no existían reglas claras ni específicas entorno a su realización, pues, había que realizar un híbrido entre el Código Procesal Civil y el Código Procesal Penal. Con un proceso ordinario con todas sus fases detalladas y resguardadas en los artículos del 495 al 538 del Código de Trabajo, existe plena certeza de que las partes tengan seguridad jurídica, puedan cuestionar o apelar aquellas decisiones del juez que contravengan estas normas, pero sobretodo, tienen claridad de la forma en que debe desarrollarse el proceso como tal, lo cual reviste de especial importancia para la garantía del debido proceso y, que al final, pueda emitirse una sentencia sin vicios procesales.



Aunque son más las cosas positivas que las negativas, no puedo dejar pasar por alto que existen asuntos por mejorar: el tema de la infraestructura, la falta de personal y de jueces en algunos despachos judiciales, la gran demanda de trabajadores que solicitan el servicio de la asistencia legal gratuita. Asuntos todos que inciden en que, aunque por regla general se busque en la mayoría de los

casos conciliar, las agendas de los despachos empiecen a llenarse, con el consecuente perjuicio para el usuario de que van a ver sus pretensiones resueltas en un plazo mayor.

La mora judicial siempre ha sido un problema mayor en cuanto a la consecución de justicia pronta y cumplida, la gran demanda de usuarios en materia laboral, aunado al impacto que ha tenido la pandemia provocada por la COVID-19, han remarcado este problema de siempre en el Poder Judicial, siendo ahora la materia laboral una de las mayores afectadas. La negativa infundada de patronos de pagar los derechos irrenunciables de los trabajadores, tales son, vacaciones y aguinaldo, ocasiona que un trabajador tenga que esperar en algunos casos hasta dos años en determinadas jurisdicciones -incluso en otras podría ser un tiempo mayor o menor - para ver satisfechos

tan vitales derechos laborales, situación que en algunos casos también provocan la deserción de los procesos de parte de los principales actores, sean los trabajadores.

La experiencia que nos ha dado esta Reforma en estos primeros cuatro años es sumamente provechosa, quienes estamos inmersos en el Derecho Laboral, sabemos y entendemos que tenemos una gran responsabilidad con la parte social. Es sabido que si no hay condiciones laborales mínimas que garanticen al menos un ingreso mensual ajustado a lo que el decreto de salarios mínimos establece, los temas de pobreza aumentan, es por ello que desde esta función la sensibilidad social no es una opción, sino más bien una obligación; es saber que de nosotros dependen personas que reclaman sus derechos laborales y, que en la gran parte de los casos, son los únicos ingresos económicos que van a percibir, depositan en quienes ejercemos esta función de abogados de asistencia social, toda su confianza y esperanza, lo que implica que la responsabilidad sea aún mayor.

Es importante tener en consideración la relación tan profunda que existe entre el derecho laboral y la parte social dentro de las grandes civilizaciones. Es natural que se debe de trabajar para poder subsistir y es ahí donde la tarea se hace más grande para quienes ejercemos la labor de defender a grupos vulnerables, ya que no se trata solo de que tengan acceso a un trabajo para generar ingresos, sino que sea un trabajo que ofrezca condiciones dignas en cuanto al respeto de la dignidad del trabajador, áreas de trabajo adecuadas que cumplan normas de seguridad e higiene, acceso a la seguridad social, pago de salario que corresponda según su labor, así como todos los demás derechos laborales que se deriven. Es una labor titánica, pero no imposible, la mística y entrega que envuelve a quienes estamos inmersos en el Derecho Laboral da la fuerza necesi-

ria para afrontar los más altos y difíciles retos que día a día se presentan.

Esa sensibilidad social que se debe de tener a la hora de abordar los procesos laborales es la que hace la diferencia en los resultados, porque en nuestras manos está en juego la posibilidad de que las personas trabajadoras puedan llevar sustento a sus hogares, educación a sus hijos y esparcimiento a toda la familia, de ahí que la premisa fundamental sea siempre pensar en lo que es mejor para el trabajador, a sabiendas de que son la parte más débil de las relaciones laborales. Es por ello que se dotó al Poder Judicial de la Unidad Laboral de la Defensa Pública, con el fin de equilibrar la balanza en ese sentido.

Si se hace una retrospectiva de la historia del Derecho Laboral en nuestro país, vemos como en cuatro años hemos tenido un avance significativo en comparación a los setenta y cuatro años que tenía nuestro Código de Trabajo a la hora de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral, lo que da una luz y una esperanza de que lo que viene será cada vez más positivo.

Lo que depara el futuro son retos y más retos, la especialización en la materia laboral cada vez es mayor, queda construir día con día un mayor fortalecimiento de nuestro sistema judicial, queda ser cada día mejores profesionales, seres humanos y por supuesto asumir el compromiso de buscar una justicia pronta y cumplida para la clase trabajadora de nuestro país.

A cuatro años de la Reforma como país hemos logrado construir un fuerte escudo en aras de buscar la protección de los derechos laborales, se ha conseguido mejorar el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad y se ha alcanzado una igualdad procesal en todos los litigios judiciales, solo queda tener optimismo en recibir lo que vendrá en el futuro y afrontarlo con la responsabilidad que requiere.

EL TRÁNSITO DE UNA justicia laboral formal a una material

**M.Sc. Jorge Arturo
Ulloa Cordero¹**

Resumen:

En la presente investigación se presentan algunos apuntes sobre la novel Unidad Laboral. Se expone el derecho humano a la asistencia legal gratuita aplicado a los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”), así como una pequeña reseña histórico-jurídica de la creación de la Unidad. Se aprovechan las últimas líneas para apuntalar algunas ideas para un mejoramiento del servicio prestado.

Palabras clave:

Unidad laboral, persona abogada de asistencia social, derechos humanos, DESC, litigio estratégico.

Abstract:

In this paper are presented some notes on the new Labor Unit. It is exposed the human right to free legal assistance applied to economic, social and cultural rights (ESCR), as well as a brief historical-legal review of the creation of the Unit. The last lines are used to prop up some ideas for an improvement of the service provided.

Keywords:

labor Unit, labor defender, human rights, ESCR, strategic litigation.

¹ Abogado de Asistencia Social de Pérez Zeledón. Máster en Criminología por la Universidad para la Cooperación Internacional y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante.



ÍNDICE

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

A lo largo de su historia la Defensa Pública ha visto ampliadas sus competencias más allá del llamado convencional, constitucional y legal de proveer la defensa técnica en procesos penales, para incursionar en materias tradicionalmente conocidas como “sociales”², tales como agrario, pensiones alimentarias, familia y, de manera reciente, laboral y seguridad social.

El título de la presente investigación expone de forma resumida la hipótesis en la cual se basa. Se considera que el principio de igualdad ante la ley, con su correlativo de prohibición de discriminación, relacionado con el derecho de tutela judicial efectiva, genera una serie de obligaciones positivas y negativas del Estado para con las personas en condición de vulnerabilidad. Lo anterior, implica pasar —*tránsito*— de una dimensión meramente formal del derecho de acceso a la justicia a una material, en donde el Estado debe comprometer recursos para eliminar las barreras para un servicio de justicia eficaz y de calidad, en la medida de sus posibilidades reales.

Esto, con la preclara convicción, de enterrar una vez por todas la añeja creencia que el derecho de acceso a la justicia se agota con la existencia de recursos y procesos jurisdiccionales para el reclamo de derechos que se consi-

² En la presente investigación renunciamos a la utilización de dicha categoría, pues, genera una falsa dicotomía entre la materia penal y lo social, que genera falsas impresiones. En su lugar se utilizará como categoría “materias no penales” para englobar agrario, pensiones alimentarias, familia, casos civiles y la materia laboral y de seguridad social.

deran violentados o que se buscan implementar. La pregunta que debe orbitar en la mente de quien lea estas líneas es: ¿verdaderamente existe un acceso real a la justicia cuando la persona accionante no posee los conocimientos técnicos jurídicos ni los medios económicos para proveérselos?

Para ello, se presentan tres objetivos. El primero de ellos, exponer la conceptualización del derecho humano a la asistencia legal gratuita en materias no penales.

Luego, precisar el derecho a la tutela judicial efectiva relativo a los DESC. Por último, presentar una breve reseña histórico-jurídica de la Unidad Laboral de la Defensa Pública como materialización de la nueva dimensión del derecho de acceso a la justicia por medio de la asistencia legal gratuita en la materia laboral y de seguridad social.

Al final, se presenta un breve epílogo a manera de “ideas para tomar en cuenta”, con la convicción de que el mejoramiento de la Unidad Laboral de la Defensa Pública transita por el correcto entendimiento de la función procesal y material de la persona abogada de asistencia social como defensora de derechos humanos de la categoría DESC. Lo anterior, por medio del litigio estratégico.

2. EL DERECHO HUMANO A ASISTENCIA LEGAL GRATUITA EN MATERIAS NO PENALES

A nivel internacional se ha establecido un claro parámetro de actuación en cuanto al derecho de igualdad ante la ley, prohibición de discriminación, tutela judicial efectiva y asistencia legal. Las interpretaciones, aunque varían un poco según sea el sistema universal, regional europeo o interamericano, en el fondo se decantan por la multidimensionalidad del derecho a la tutela judicial efectiva, en su ámbito formal y material.

Así, por ejemplo, a nivel universal el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso *Currie vs. Jamaica* (1994) estatuyó que —a la luz del párrafo 3(d) del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— las personas tienen derecho a que su defensa trascienda, cuando sea necesario, la materia penal. En el caso en específico, dispuso que el solicitante tenía derecho a asistencia legal gratuita para defender su caso ante el Tribunal Constitucional, pues, de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha establecido como parámetro regional que toda persona tiene derecho a reclamar ante instancias judiciales derechos y obligaciones de orden civil³. En razón de lo anterior, constituye una obligación estatal garantizar dicho acceso, sea, por medio de un recurso sencillo al alcance del sujeto o, bien, proveer la asistencia legal necesaria para un reclamo efectivo, con lo cual se garantiza un juicio justo (caso *Airey vs. Irlanda*, párrs. 22-23).

Posteriormente, en el caso *Steel y Morris vs. Reino Unido* (2005), el TEDH reafirmó que se deben proteger los derechos de manera material y efectiva, lo anterior particularmente en cuanto al derecho en una sociedad democrática a un juicio justo. Para ello, es necesario que los litigantes —tanto en juicios civiles como

penales— puedan presentar su caso de forma efectiva y en igualdad de armas con respecto a su contrincante (párr. 59). Corresponde a los Estados determinar cuál es la mejor manera para solventar las desventajas procesales, pero la solución debe basarse en las circunstancias particulares de cada caso, como por ejemplo la importancia de los derechos en juego, la complejidad de la normativa y la capacidad real del solicitante de representarse por sí mismo (párrs. 60-61).

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de seguido Corte IDH) ha mantenido una clara línea jurisprudencial en cuanto a la garantía de acceso efectivo a la justicia. Los cambios sucedidos, en nuestro criterio, han sido de precisión, pero no de contenido.

En la Opinión Consultiva OC-11/90 sobre Excepciones al agotamiento de los recursos internos, la Corte inició a delimitar la conexión entre el principio de no discriminación por posición económica (artículo 1.1. de la CADH) y la protección judicial efectiva (numeral 25 *ejusdem*). En dicho caso, la Corte IDH concluyó que, si una persona buscara la protección judicial y por razones económicas esto no fuera posible, queda discriminada por su condición económica y sería colada en una condición de desigualdad ante la ley (párr. 22). Sumado a ello, a partir de una interpretación extensiva de las debidas garantías de debido proceso a las materias no penales (artículo 8 de la CADH), se debe determinar la necesidad o no de la asistencia legal como un escollo para la tutela judicial, en igual sentido que el TEDH. Si resultase necesaria la representación legal, debe ser proveída por el Estado, pues tiene la obligación de eliminar las barreras para el ejercicio y defensa del derecho (párrs. 28-29). Bajo dicha interpretación, es dable entender que el estándar interamericano —análogo al europeo— deja en el margen de apreciación de los Estados optar por simplificar los trámites u otorgar asistencia legal gratuita; y en caso de no darse dichos supuestos, los sujetos en vulnerabilidad económica no deben agotar los recursos internos para acudir al SIDH (párr. 30).

³Entendido en el mismo sentido acá utilizado de “materias no penales”.



En otra opinión consultiva, la Corte IDH interpretó que para lograr los objetivos de la tutela judicial efectiva se deberían resolver los factores que generan desigualdad entre aquellos que apelan ante los tribunales de justicia. Lo anterior, para armonizar el principio de igualdad con la correlativa prohibición de discriminación. En tal sentido, ante la existencia de obstáculos en el acceso a la justicia, se deben adoptar medidas de compensación para minimizar o eliminar sus efectos; en caso contrario difícilmente se podría mantener que las personas en desigualdad tengan un efectivo acceso a la justicia (Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 199). Específicamente en cuanto a los derechos de los migrantes indocumentados, se determinó que la asistencia legal debía ser otorgada por los Estados de forma gratuita (Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 126).



En un caso contencioso, dicha Corte dispuso que el Estado argentino violentó los derechos humanos a las garantías mínimas del proceso en relación con la prohibición de discriminación, en un asunto no penal, por no otorgarle a un sujeto en condición de vulnerabilidad (menor con discapacidad) los medios materiales necesarios para hacer efectivo su tutela judicial; como podría ser la participación de una persona funcionaria pública para el resguardo de los derechos del peticionario (Caso Furlan vs. Argentina, párrs. 241-243).

Por último, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha reafir-

mado el parámetro internacional en cuanto al análisis casuístico en tanto tutela judicial efectiva en asuntos no penales, de: 1) la posibilidad real de defenderse por sí mismo sin asistencia legal y 2) la obligación estatal de solventar los obstáculos procesales que generan efectos discriminatorios en razón de la condición económica. Por tal motivo, en acciones jurídicamente complejas, como recurrir ante tribunales constitucionales, se extiende la garantía del artículo 8 de la CADH para el recurrente de contar con asistencia legal proveída por el Estado (caso Whitley Myrie vs. Jamaica, 2004, párrs. 69-72).

De manera informativa, la CIDH en el Informe sobre pobreza y derechos humanos (2017) expuso que las personas en vulnerabilidad económica enfrentan mayores obstáculos en el acceso a la justicia, por ello las políticas que garantizan la asistencia legal para dichas personas funcionan para compensar la desigualdad material que afecta la tutela eficaz de sus intereses (párr. 503). Se destaca que el acceso a la justicia es instrumental para el disfrute de otros derechos humanos (párr. 505). Textualmente indica: "la obligación de proveer servicios de asistencia gratuita resulta un elemento fundamental para asegurar las debidas garantías procesales y la igualdad ante los tribunales de las personas que viven en situación de pobreza" (párr. 510). Los factores básicos para determinar la necesidad de la asistencia legal gratuita son: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada, b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso y c) la importancia de los derechos afectados (párr. 514).

3. ACCESO A LA JUSTICIA Y

DERECHOS ECONÓMICOS,

SOCIALES Y CULTURALES (DESC)

Ahora bien, es menester para los fines expositivos de este artículo, desentrañar el parámetro internacional del derecho a la tutela judicial efectiva y su relación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Ello, en virtud de que dicha categoría contiene los derechos al trabajo y a la seguridad social, materias de competencia de la Unidad Laboral de la Defensa Pública.

En materia de DESC los instrumentos internacionales esenciales son, a nivel universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1996) y, a nivel regional, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador" (1988). Sumado a ello, a nivel de doctrina internacional, se cuenta con los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴. Dichos instrumentos son parte del corpus iuris de los DESC.

Propiamente el PIDESC no contiene un enunciado normativo sobre el acceso a la justicia en materia de DESC. Sin embargo, dentro de los Principios Limburg, el Principio 19 dispone que

⁴ Aprobada por los participantes en un seminario de expertos, organizado por la Comisión Internacional de Juristas, el Centro Maastricht de Derechos Humanos y el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo, 26 de enero de 1997, Doc. de la ONU E/C.12/2000/13.

los Estados Partes de la PIDESC deben adoptar recursos jurisdiccionales efectivos para hacer efectivos los DESC. Por su parte las Directrices de Maastricht establecen que, a partir de que los derechos humanos son indivisibles, interdependientes, interrelacionados y de igual importancia (tal como se presentan en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, 1948), los Estados tienen las mismas obligaciones para con los DESC, entre lo que se incluye la tutela judicial efectiva cuando se violenten (ver Directrices 4 y 22).

El Comité DESC de la ONU en su informe de país sobre México celebró la creación de la Procuraduría Nacional de la Defensa de los Trabajadores que presta asistencia legal gratuita en materia de derecho laboral (1999, E/C.12/1/Add.41, párr. 9). De forma contraria, reprochó la inexistencia de un órgano gubernamental especial en Bolivia para la asistencia legal de las personas trabajadoras agrícolas para consignar títulos de propiedad en la reforma agraria (2001, E/C.12/2000/13, p. 20).

Por su parte la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (2004), recomendó que los Estados adoptaran mecanismos para que los tribunales nacionales puedan fallar en materia de DESC, promoviendo la igualdad de las garantías procesales. Asimismo, instó a que las instituciones nacionales de derechos humanos promovieran casos directamente ante estrados judiciales (2004, 91-92).

La Organización Internacional del Trabajo, en varios trabajos ha promovido la tutela judicial efectiva por medio de la asistencia legal gratuita. Para muestra, el Convenio sobre los trabajadores migrantes (C097, 1949) en su artículo segundo y el Convenio sobre la violencia y el acoso (C190, 2019) en su numeral 10(b)(v). A nivel informativo, ha identificado la falta de asistencia legal de las personas trabajadoras como una dificultad para la aplicación efectiva de los Convenios de la OIT (2003, 113) en materia de trabajo forzoso (2015) y en lo relativo al trabajo doméstico (2016).



A nivel regional, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010) ha determinado que en materia de justiciabilidad de DESC es trascendental la participación de las personas abogadas y que debe analizarse la garantía de asesoría legal gratuita del artículo 8 de la CADH de forma transversal, pues la falta de recursos económicos no puede ser obstáculo para contar con asesoría jurídica efectiva (57-59).

La Relatora Especial sobre DESC García Muñoz de la CIDH, en el año 2017, concluyó que la labor de los defensores de derechos humanos tiene un valor fundamental en la realización de los derechos humanos de las personas (párr. 141). La tutela judicial efectiva en materia de DESC termina de configurar su justiciabilidad, por lo que el acceso a la justicia resulta necesario para hacerlos efectivos y redundante en su socialización ante la comunidad (párr. 135). Por su parte, la Corte IDH pronunció un hito histórico con la sentencia del caso Lagos del Campo vs. Perú (2017) en la cual determinó la justiciabilidad directa de los DESC en el SIDH a partir del artículo 26 de la CADH. En dicho caso se discutió la estabilidad laboral como derecho humano y la tutela judicial efectiva en materia laboral. La Corte IDH determinó que: “[s]i bien todo despido importa una sanción de máxima gravedad, se destaca que en algunos casos se presenta con particulares caracteres sancionatorios de mayor o especial gravedad, que requieren ampliamente una protección judicial” (párr. 190). En tal sentido, los procesos laborales podrían entrañar una complejidad jurídica que solamente se ve solventada si la parte cuenta con asesoría legal para un efectivo acceso a la justicia.

Otro hito en la línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre la justiciabilidad de los DESC, es la sentencia en el caso Muelle Flores vs. Perú

(2019) en la cual se discutía el derecho a la seguridad social y la tutela judicial efectiva en la ejecución de sentencias. Al respecto la Corte IDH reafirmó la necesidad de una tutela judicial efectiva, en todas las etapas del proceso —máxime en su ejecución—, dentro de la concepción de Estado Democrático de Derecho.

Por lo expuesto, es claro que el parámetro internacional refiere a la necesidad de una tutela judicial efectiva para formalizar la justiciabilidad directa de los DESC. En el plano material, la tutela judicial efectiva debe garantizarse, en caso de procesos judiciales complejos, por medio de asistencia técnico-jurídica, que deberá ser gratuita en casos de sujetos en condición de vulnerabilidad.

4. EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LEGAL GRATUITA EN EL PROCESO LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

En nuestro país, la consolidación de una Defensa Pública que brindara su servicio más allá de la materia penal tuvo una serie de idas y venidas, las cuales a la postre terminaron por amalgamar en una sola institución la atención jurídica de una serie de materias no del todo disímiles. En nuestra opinión, este complicado devenir es producto —además de una serie de causas políticas, económicas y sociales— de una cultura jurídica basada en la predilección de la interpretación literal y no en el enfoque de derechos humanos.

Resulta particularmente interesante, en el plano histórico-jurídico, ver la configuración legal de la “Oficina de Defensores Públicos” a lo largo de los años. De acuerdo con Montero Montero (s.f.) los orígenes se pueden remontar al siglo XIX, cuando por medio del Reglamento Orgánico del Poder Judicial (no. 68 del 1 de julio de 1892) se incluyó la figura procesal de “procuradores de los procesados”.

Posteriormente, de particular importancia para esta investigación, en la Ley Orgánica de Tribunales de 1887 se contemplaba la figura del “Defensor de Oficio” que le otorgaba las siguientes competencias: “Artículo 107.- Los Tribunales y Juzgados nombrarán defensor de oficio á los menores, viudas, personas desvalidas ó reos que no tuvieren quien los represente y defienda en los negocios judiciales en que fueren interesados” (ídem, 2-3). El rango de actuación de dicho defensor se delimitaba en razón del sujeto por auxiliar y no por la materia, de acuerdo con la literalidad de dicha norma. En los posteriores cuerpos normativos, sí se hizo la salvedad de delimitar la competencia a la materia penal. Sin embargo, un primer intento de defensor laboral se encuentra en la Ley de Defensores Públicos de 1928 (Ley no. 13), cuando se determinó que le correspondía a dicha figura la defensa de “los obreros perjudicados por accidentes en el trabajo, cuando estos gestionen sus reclamos” (Montero Montero, s.f., 4).

Por último, en la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley no. 8 de 1937), en su artículo 134 se dispuso que: “Los Tribunales y Juzgados nombrarán defensor de oficio á los menores, viudas, inhábiles, personas desvalidas, a los ausentes y reos que no tuvieren quien los represente y defienda en los negocios judiciales en que fueren interesados; salvo que los reos prefieran defenderse por sí mismos en los casos permitidos por la ley”. A partir de tal enunciado normativo, se deja claro que la materia se amplía en razón de los sujetos para los negocios en los que tuvieran interés, sin delimitarlo —por lo menos en el texto— a la materia penal. Con la reforma integral del año 1993 (Ley no. 7333), la figura del defensor público se regula en el numeral 152 y se delimita su competencia para la materia penal y disciplinaria para funcionarios judiciales, así como para procesos agrarios por ley especial desde el año 1982.

Lo anterior, plasmó en el texto normativo la realidad que se vivía, pues, pese a que la literalidad de la norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial no restringía a la materia penal la actuación del defensor de oficio, en la práctica así se hizo en la Institución. Esto a pesar de que desde el año 1973 se aprobó el Código de Familia, que en su artículo 7 original disponía la asistencia legal a cargo del Estado para quienes no tuvieran los medios económicos⁵.

En relación con este último dato, las personas usuarias realizaron diferentes intentos para que la Defensa Pública ampliara sus servicios a materias diferentes a la penal, para ello acudieron a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En dicho órgano jurisdiccional se dio una evolución de la concepción meramente formal del acceso a la justicia a una en la cual el Estado debe contribuir de forma activa a eliminar las barreras para ello. En una primera línea jurisprudencial, a principios del siglo XXI, la Sala Constitucional si bien es cierto aceptaba el derecho humano del acceso a la justicia, alegaba una falta de precisión en el enunciado normativo del Código de Familia. En tal supuesto, bajo una interpretación estrictamente legalista, rechazó los

⁵ Dicha norma dispone: “Artículo 7º.- Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a la ley”. Por su parte, la Ley de Pensiones Alimentarias del año 1996 indica que: “Artículo 13.- Asistencia legal del Estado. Con el fin de hacer valer los derechos aquí consignados, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el Estado se la suministre gratuitamente. Para este efecto, el Poder Judicial creará una sección especializada dentro del Departamento de Defensores Públicos”. La diferencia entre ambos enunciados jurídicos radica en que la segunda norma dispone de forma directa la obligación de la Defensa Pública del Poder Judicial de crear una sección especializada. Por otra parte, en materia agraria la Ley de Jurisdicción Agraria de 1982 estatuye: “Artículo 25.- Tratándose de personas de escasos recursos, a juicio del tribunal, contra quienes se establezca cualquiera de las acciones, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción agraria, el juez podrá, a solicitud del accionado, delegar la defensa de éste en un miembro del cuerpo de defensores públicos. Análoga medida deberá acordar el tribunal cuando el demandado se encuentre en cualquier otra de las situaciones previstas en el artículo 133 de Ley Orgánica del Poder Judicial”.



recursos de amparo en contra de la Defensa Pública cuando se le solicitaba el servicio en materia no penal (ver res. nos. 07306 – 2001, 10095 – 2004 y 10625 – 2004, todas de la Sala Constitucional).

De acuerdo con la línea cronológica, es menester exponer que la Corte Plena en Sesión Extraordinaria no. 17-2008 del 26 de mayo de 2008 aprobó las conocidas “100 Reglas de Brasilia”, cuyo nombre completo es *Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad*, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, bajo el lema “una justicia que protege a los más débiles”. El Capítulo II: *Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos* dispone que los poderes judiciales deben fomentar la creación o ampliación de las competencias materiales de sus defensas públicas, para garantizar de forma efectiva la asistencia técnico-jurídica de las poblaciones en condición de vulnerabilidad para el reclamo de sus derechos e intereses legítimos (ver Reglas 25 al 29). En este sentido, también se propone la creación de controles de la calidad del servicio prestado y la promoción de la gratuidad de la asistencia (ver Reglas 30 y 31).

Dicha aprobación, coincide con el cambio de criterio de la Sala Constitucional en cuanto a la asistencia legal gratuita proveída por la Defensa Pública en materias diferentes a la penal. En un voto del año 2009 dicha Sala expuso: “se le indica que por imperativo de ley la Defensa Pública se encuentra en la obligación de dar asistencia legal gratuita a aquellas personas que pretendan hacer valer sus derechos en materia de familia, y que no cuenten con los recursos económicos necesarios” (res. no. 12604-2009 de la Sala Constitucional). Esto constituyó un cambio de criterio radical, pero no fue debidamente desarrollado en dicho momento.

Posteriormente, en el año 2010 la Sala Constitucional, de manera profusa, analizó el derecho de acceso a la justicia —en materia no penal— por medio de la Defensa Pública de las personas en condición de vulnerabilidad económica. Determinó que el primer garante del ejercicio del derecho fundamental al acceso a la justicia es el Poder Judicial. Asimismo, dispuso que no era necesaria una profusa disposición legal, pues por orden constitucional y convencional el destinatario de las obligaciones —positivas y negativas— en cuando al acceso a la justicia y la eliminación de barreras a su ejercicio es el Poder Judicial, por medio de la Defensa Pública. Es así que la Sala Constitucional, de forma contundente, interpretó que las personas en condiciones de vulnerabilidad tienen un derecho fundamental contenido en la Constitución a la asistencia legal gratuita, el cual es aplicable inclusive en ausencia de ley (ver res. nos. 21039 – 2010, 00688 – 2011 y 08501 – 2015, todas de la Sala Constitucional). Textualmente indica:

El desarrollo de nuestro Derecho de la Constitución y, en particular, del principio de igualdad, aplicado al derecho a la justicia, implica, por lo menos, garantizar la igualdad jurídica de orden formal entre los ciudadanos, lo cual debe incluir la obligación del Estado de asegurar Defensa Pública de calidad y especializada, no limitada a las cuestiones penales, agrarias y de pensiones alimentarias.- sobre todo en los casos en que se estén involucrados intereses de ciudadanos en condiciones de vulnerabilidad” (Sala Constitucional res. no. 21039 – 2010).

Sin embargo, a partir del principio de progresividad de los DESC, indicó que debería analizarse cada caso en específico y que no se generaba un derecho material inmediato a la asistencia legal en materia de familia. No se debe pasar por alto que la Sala Constitucional utilizó como fundamento normativo las Reglas de Brasilia.

Con dicho cambio jurisprudencial, se declaró de forma indubitable que la asistencia legal gratuita —en materias diferentes a la penal— es un derecho humano con dos dimensiones, una meramente formal (el derecho a tener los recursos ante los tribunales nacionales para restituir las violaciones a los derechos) y la dimensión material (que se configura como un derecho prestacional, propio de los DESC). Lo anterior, en el entendido de que el Estado tiene obligaciones positivas —de hacer e implementar— para otorgarle a las personas pertenecientes a poblaciones en condiciones de vulnerabilidad el acceso a la justicia por medio de la asistencia legal gratuita y la eliminación de barreras para su ejercicio. Otro punto trascendental, es que la mayoría de la Sala (a excepción del Magistrado Castillo Víquez, quien consignó una nota separada) consideró que dicho derecho no amerita de desarrollo infraconstitucional para su exigibilidad.

Propiamente en materia laboral y de seguridad social, la dimensión material del acceso a la justicia quedó relegada. Desde la aprobación del Código de Trabajo en 1943 se resguardó la dimensión formal del acceso a la justicia al permitirse la auto-representación por medio de las conocidas demandas *apud acta* (Vega Robert, 11 de diciembre de 2017; Briceño Yock, 2019 y PEN, 2015). En estas, la parte actora —generalmente la persona trabajadora o a quien se le había denegado administrativamente un derecho de seguridad social— se presentaba directamente ante el despacho judicial sin la necesidad de patrocinio letrado y exponía a viva voz el contenido fáctico y sus pretensiones, las cuales eran consignadas en un acta de demandada confeccionada por la persona manifestadora. Dicho sistema tenía sus claras deficiencias, pues no se podía asesorar a las personas usuarias, pese a su condición de vulnerabili-



dad. Lo anterior colocó a las personas trabajadoras en clara desventaja ante el sistema, en una evidente desigualdad procesal frente a empleadores, quienes por lo general sí contaban con patrocinio legal (PEN, 2015; Briceño Yock, 2019). Así, la única forma de contar con asistencia legal gratuita era por medio de los consultorios jurídicos de las universidades, las Defensorías Sociales del Colegio de Abogados y Abogadas y las ONG, en los pocos lugares —generalmente en el centro del país— donde estuvieran disponibles dichas oficinas.

Debe resaltarse la labor emprendida por la propia Defensa Pública desde el año 2012 con la implementación del “Plan piloto en materia laboral”, de acuerdo con el cual se incorporaron dos personas defensoras públicas especializadas en la materia laboral en el Segundo Circuito Judicial de San José (Goicoechea) para la atención de personas en condiciones de vulnerabilidad de dicha zona geográfica (ver Acta de Corte Plena no. 020 – 2012; PEN, 2015).

A raíz de lo expuesto, el Estado de la Nación en el año 2015 en su *Informe de Estado de la Justicia* determinó que la inexistencia de asesoría legal gratuita para personas en condiciones de vulnerabilidad en materia laboral era un factor de riesgo para su tutela judicial efectiva. Al respecto indica que: “[d]e allí la necesidad de que se garanticen derechos como el de asesoría legal, para asegurar una tutela judicial efectiva. Las desigualdades entre las partes deben ser compensadas por el Estado porque, de lo contrario, será imposible el efectivo cumplimiento de los derechos constitucionales y legales que norman la relación laboral; es decir, estos últimos se tornarían nugatorios” (PEN, 2015, 176). El Estado de la Nación define la tutela efectiva de derechos como:

[U]n concepto multidimensional. Para que se dé en la práctica, tiene que cumplirse un conjunto de condiciones que deben verse como necesarias, aunque ninguna suficiente por sí misma: es la convergencia de todas ellas la que produce el resultado deseado. El incumplimiento de una o varias de estas dimensiones lesiona la tutela efectiva de derechos y configura situaciones en las que el Poder Judicial no logra atender adecuadamente los conflictos planteados por sus usuarios. (PEN, 2015, 176).

Entre los elementos necesarios para esa tutela efectiva, según el propio PEN, se pueden incluir el acceso equitativo a los tribunales asegurando la igualdad de armas, la existencia de situaciones de indefensión y el uso de recursos legales para la argumentación propiamente jurídica.

En sus hallazgos, el Estado de la Nación determinó que un 29% de los casos analizados se encontraban en riesgo de tutela efectiva de derechos, esto tomando en consideración que la materia laboral representa desde el 2006 entre un 3,7% y 4,8% de los asuntos ingresados en el Poder Judicial. Entre los factores de riesgo se encontraban:

1) la corta duración, generalmente por archivo de la causa por incumplimiento de prevenciones o sentencia anticipada por prescripción; 2) la no concesión de embargos; 3) la no presen-

tación de testigos o prueba eficaz a la luz de las pretensiones; 4) intentos fallidos de notificación de la contraparte y 5) las terminaciones anticipadas por arreglo judicial o extrajudicial, cuando la parte actora no tiene asesoría legal (PEN, 2015, 68-69). Como se puede apreciar, son riesgos que aunque no desaparecen con la asistencia jurídica gratuita, sí se pueden disminuir considerablemente sus impactos en la tutela efectiva de derechos laborales y de seguridad social⁶ con una asistencia legal proveída por el Estado.

Para el 26 de julio de 2017, luego de un proceso político adverso que superó un veto presidencial, entró a regir la Reforma Procesal Laboral, Ley no. 9343 del 25 de enero de 2016. Con lo anterior, se creó la Unidad Laboral de la Defensa Pública, que en su inicio contó con 36 personas abogadas de asistencia social, nombre otorgado por el artículo 454 del Código de Trabajo Reformado. Posteriormente, se han incorporado otras 36 plazas, para un gran total de 72 personas abogadas de asistencia social con presencia en todo el territorio nacional.

Dicha figura procesal, cuya representación deviene directamente de la ley (ver voto no. 937-2019 del Tribunal de Apelación de Trabajo del I Circuito Judicial de San José, Sección Primera), asiste de forma gratuita en la defensa técnica de: 1) personas trabajadoras en conflictos jurídicos individuales cuyos ingresos mensuales sean inferiores a dos salarios mínimos (aproximadamente 800.000 colones); 2) mujeres, menores y quienes aleguen discriminación en su contra, sin límite de ingresos; 3) patronos acusados en un proceso de infracción, cuando lo soliciten o se presenten sin asistencia legal a la audiencia oral y 4) como curadores *ad litem* en procesos donde participen personas declaradas en estado de interdicción, personas incapaces naturales mayores de dieciocho años y los ausentes, cuando no posean representantes.

⁶Dichos hallazgos no tuvieron importantes diferencias para el II Informe de Estado de la Justicia, en el cual se concluyó que: “[n]o se reportan variaciones importantes en las duraciones promedio de los juicios en materia de trabajo, pese a que el presupuesto asignado a esta jurisdicción ha tenido un ritmo creciente. Por otra parte, el Poder Judicial se prepara para la entrada en vigencia del Código Procesal Laboral, que incluye medidas para disminuir el riesgo para la tutela efectiva de los derechos laborales” (PEN, 2017, 85-86).

Sobre el tema, el Tribunal de Apelación de Trabajo del I Circuito Judicial de San José ha descrito la incorporación de la persona abogada de asistencia social como el saldo de una deuda histórica del Estado para con las personas trabajadoras en condición de vulnerabilidad y las personas solicitantes de prestaciones de seguridad social. Dicho Tribunal interpretó que a la luz del principio de igualdad constitucional (artículo 33 de la Constitución Política) y del derecho de defensa (numeral 39 *ejusdem*), se establece la igualdad de armas como un bastión del debido proceso que favorece el contradictorio, a partir de la base dialéctica del ataque y la defensa argumentativa. Dicha condición *sine qua nom* para la efectiva tutela de los derechos (artículo 41 constitucional) se logra a partir de la incorporación de la asistencia legal gratuita a cargo de la Defensa Pública (ver votos nos. 13-2020 y 937-2019 del Tribunal de Apelación de Trabajo del I Circuito Judicial de San José, Sección Primera y voto no. 960-2019 del Tribunal de Apelación de Trabajo del I Circuito Judicial de San José, Sección Segunda). Bajo dicha interpretación, se ha denegado en segunda instancia el cobro de honorarios a las personas usuarias por parte de esta Unidad⁷ y se ha rechazado el criterio formalista —que aún se mantiene en ciertos despachos judiciales— de negar la intervención autónoma de la persona abogada de asistencia social sin ratificación de la persona usuaria⁸.

⁷ Al respecto indicó: “[u]na de las particularidades de la Defensa Pública de Asistencia Social a los trabajadores es precisamente que es gratuita. Además de todo el fundamento jurídico expuesto, cabe resaltar, que técnicamente y en sentido estricto, la representación que ejerce la Defensa Pública de Asistencia Social a los trabajadores, proviene de la ley y está revestida de la gratuidad que impera en la materia en temas tan concretos como el que nos ocupa” (voto no. 13-2020 de la Sección Primera y voto no. 960-2019 de la Sección Segunda, del Tribunal de Apelación de Trabajo del I Circuito Judicial de San José).

⁸ Sobre este particular, se dijo que: “[c]ómo se hace efectiva esa representación, en el caso de las representaciones legales, y en concreto en el caso de los trabajadores, es sencillo, con sólo acudir a solicitar al Departamento de Defensores Públicos de Asistencia Social Laboral, el patrocinio letrado gratuito para que lleve la dirección del caso, el trabajador está dando su autorización para que se despliegue esa defensa técnica que tiene a su favor, y la designación y apersonamiento que hace la Defensa en el proceso, terminan de perfeccionar el acto. Hasta si se quiere, eso configura una aceptación expresa de ambas partes, acerca de la representación que tiene la Defensa Pública en un proceso, en lo que la teoría de los poderes se refiere” (voto no. 937-2019 de la Sección Primera del Tribunal de Apelación de Trabajo del I Circuito Judicial de San José).

5. CONCLUSIONES

A partir del aparato teórico expuesto, de acuerdo con los estándares internacionales y la evolución histórico-jurídica de la Unidad Laboral de la Defensa Pública, se puede concluir que:

1. La condición económica de un peticionario no puede ser impedimento para el acceso a la justicia, caso contrario se estaría en presencia de un acto discriminatorio. En tal supuesto, el estándar internacional de derechos humanos establece que el Estado debe garantizar la tutela judicial efectiva, sea, con la simplificación de los procesos judiciales o con la asistencia legal gratuita.
2. La concepción de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos incidió en el cambio de paradigma de la justiciabilidad directa de los DESC. La tutela judicial efectiva y el acceso a la asesoría jurídica gratuita son condiciones necesarias para alcanzar la justiciabilidad directa plena de los DESC en los Estados pertenecientes al SIDH.
3. La Defensa Pública, en su génesis normativa, no estaba delimitada a la materia penal. Sin embargo, por la praxis, se especializó en dicha materia dejando de lado las otras materias no penales, pese a la existencia de enunciados normativos que obligaban a la prestación de dichos servicios. Ello fue legitimado por una lectura limitada al plano formal del acceso a la justicia de los administradores y personas juzgadas.
4. La evolución de las interpretaciones de los órganos autorizados y la adopción de las Reglas de Brasilia por la Corte Plena en el año 2008, irrumpió en la interpretación de los órganos jurisdiccionales nacionales en cuanto al acceso a la justicia por

medio de la asistencia legal gratuita de la Defensa Pública en materias no penales, en un tránsito de una concepción de dicho derecho como meramente formal a una concepción material.

5. En cuanto a los derechos humanos al trabajo y a la seguridad social, teniendo en cuenta su pertenencia a la categoría DESC, el acceso real a la justicia se manifestó con la creación de la Unidad Laboral de la Defensa Pública. Lo anterior, implicó un tránsito de una tutela judicial meramente formal a una material y efectiva.
6. Las personas abogadas de asistencia social tienen una doble dimensión: 1) son la materialización del derecho al acceso material a la justicia y 2) constituyen un instrumento procesal para hacer efectivos derechos humanos de la categoría DESC, específicamente trabajo y seguridad social.

Esta doble dimensión, material e instrumental, de la Unidad Laboral de la Defensa Pública debe incidir de manera definitiva en su forma de abordar los casos bajo su competencia. La persona abogada de asistencia social también posee un difícil papel dual: por una parte es agente estatal, por tanto, portador de obligaciones en materia de derechos humanos; y a la vez es persona defensora de derechos humanos; es decir, debe exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales y nacionales, tanto a sujetos privados como al propio Estado.

6. EPÍLOGO: APOSTAR POR EL LITIGIO ESTRATÉGICO

Existe un enorme espacio de mejora para la Unidad Laboral y las personas abogadas de asistencia social, en su papel de defensoras de derechos humanos, especialmente de la categoría DESC. Por tanto, es necesario apostar por un proceso de análisis y acompañamiento para el litigio estratégico.

Si se parte de la dimensión instrumental de la persona abogada de asistencia social, su litigio debería ir encaminado a la consecución de fines más allá de la resolución del conflicto jurídico individual —sin olvidarse de este— para generar cambios en la realidad social y en el plano jurídico, en donde la herramienta del litigio estratégico tiene un alcance indiscutible.

El litigio estratégico se entiende como “un proceso de identificación, discusión, socialización y estructuración de problemáticas sociales y a partir de la cual se busca promover casos concretos para alcanzar soluciones integrales a tales problemáticas, y lograr cambios sustanciales en la realidad” (Correa Montoy, 2008; cfr. Red-DESC, s.f.; Amnesty International, s.f.). Si bien es cierto la tarea inicial de la Unidad Laboral debe ser el litigio de bajo impacto (el conocido “juicio de día a día”), eso no debería ser óbice para que se logren identificar casos por medio de los cuales se busquen cambios jurisprudenciales de trascendencia. Además, por estar en juego los DESC, debería siempre analizarse si el asunto tendría el impacto suficiente para elevarlo ante el SIDH o el Sistema Universal.

Bajo tal entendido, se podría analizar —por ejemplo— litigio de alto impacto para determinar la inconventionalidad del cobro de costas en proceso laborales que inhibe del litigio innovador; la inconstitucionalidad de la imposibilidad real de apelar los dictámenes periciales en materia de seguridad social; casar las interpretaciones pretorianas que hacen inejecutables las sentencias; apelar la aplicación jurisdiccional de resabios del antiguo proceso escrito en el proceso oral adversarial; entre otras muchas fallas que imposibilitan el acceso real a la tutela de DESC en el sistema jurídico costarricense. Lo anterior, con la idea firme de un cambio estructural de la justicia laboral y de seguridad social en el país.

El litigio estratégico por medio de la Unidad Laboral se podría canalizar, a nivel interno, en la formulación y asistencia en la presentación de recursos de apelación, casación, casación en interés del ordenamiento jurídico, planteamiento de recursos de amparo y acciones de constitucionalidad. A nivel regional e internacional, por medio del sistema de peticiones individuales; participación en informes anuales, temáticos y de país ante la CIDH, el Comité DESC de la ONU y la OIT, y en la formulación de *amicus curiae* en opiniones consultivas o casos contenciosos de la Corte IDH, para incidir por medio del control de convencionalidad. Muchas de estas tareas ya han ido siendo implementadas por la Defensa Pública.

La incorporación del paradigma de litigio estratégico a partir de la dimensión instrumental de la Unidad Laboral de la Defensa Pública implicaría, cuanto menos, un proceso de tres pasos:

1. Identificar el recurso humano apto con el conocimiento para dar el acompañamiento.
2. Generar los conocimientos en los pares para lograr identificar los casos posibles de ser litigados con noción de cambio estructural.
3. Generar las alianzas efectivas intra- e inter- institucionales para el desarrollo efec-

tivo, tales como ONG (por ejemplo CEJIL, Amnistía Internacional, Red-DESC), sedes de organismos internacionales (por ejemplo relatoría DESC de la CIDH, OIT, AC-NUR) y actores individuales de la sociedad civil, principalmente de la academia.

Estas líneas pretenden ser el germen necesario para incentivar una discusión amplia y sin temores al cambio, para implementar de forma consistente la dimensión material del acceso a la justicia. En todo caso, la noción de tránsito se dirige a ese propósito: el constante movimiento hacia adelante.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Amnesty International (s.f.). *Strategic Litigation*. Londres: Autor. Recuperado el 01 de junio de 2020, extraído de <https://www.amnesty.org/en/strategic-litigation/>
- Briceño Yock, A. (2019). "La tutela de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras". En Campanelli, G. y Romboli, S. (coord.). *La tutela dei diritti fundamental: esperienze a confronto*. Pisa: Pisa University Press, 151-161.
- CIDH. *Caso Whitley Myrie vs. Jamaica*. Fondo. Informe no. 41/04 del 12 de octubre de 2004.
- CIDH (2017). *Informe temático sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147. Washington: Autor.
- Comisión Internacional de Juristas (2015). *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Ambiente Nacional - Guía para profesionales No. 8*. Ginebra: Autor.



- Comité de Derechos Humanos de la ONU. *Currie vs. Jamaica*. Decisión del 29 de marzo de 1994. Comunicación no. 377/1989.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. *Informe país sobre México*. E/C.12/1/Add.41, 8 de diciembre de 1999.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. *Informe país sobre Bolivia*. E/C.12/1/Add.60, 21 de mayo de 2001.
- Correa Montoy, L. (diciembre 2008). "Litigio de alto impacto: estrategias alternativas de ejercer el Derecho". *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, 30, 247-267. Recuperado el 01 de junio de 2020, extraído de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200009
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A no. 11.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Serie A no. 16.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Serie A no. 18.
- Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C no. 246.
- Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C no. 340.
- Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de marzo de 2019. Serie C no. 375.
- Corte Plena del Poder Judicial. Acta no. 020 – 2012 del 04 de junio de 2012.
- García Muñoz, S. (2017). *Trabajando por la indivisibilidad e interdependencia efectivas de todos los derechos humanos para todas las personas en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 210. Washington: Relatoría Especial sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (REDESCA).
- Instituto Interamericano Derechos Humanos (2010). *Manual Autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos económicos, sociales y culturales*. San José: Autor.
- Montero Montero, D. (s.f.). *La Defensa Pública en Costa Rica*. Recuperado el 01 de junio de 2020, extraído de: <https://defensapublica.poder-judicial.go.cr/images/historia/historiacompleta.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004). *Los derechos económicos, sociales y culturales: Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Ginebra: Autor.

- Organización Internacional del Trabajo (2003). *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*. Madrid: Autor.
- Organización Internacional del Trabajo (2015). *Lo que necesitas saber sobre el trabajo forzoso. Una guía de apoyo para el servidor público*. Ginebra: Autor.
- Organización Internacional del Trabajo (2016). *La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico: Guía introductoria*. Ginebra: Autor.
- Organización Internacional del Trabajo (s. f.). *Hacer del trabajo decente una realidad para los trabajadores domésticos migrantes*. Ginebra: Autor.
- Organización Internacional del Trabajo (s. f.). *Protección de derechos laborales a través de la acción consular. Estudios de caso de Costa Rica, Haití, Nicaragua, Panamá y República Dominicana*. Washington: Autor.
- Programa Estado de la Nación (2015). *I Informe de Estado de la Justicia*. San José: Consejo Nacional de Rectores.
- Programa Estado de la Nación (2017). *II Informe de Estado de la Justicia*. San José: Consejo Nacional de Rectores.
- Red-DESC (s.f.). *Litigio Estratégico en Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado el 01 de junio de 2020, extraído de <https://www.escri-net.org/es/node/365114>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución no. 07306 – 2001.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución no. 10095 – 2004.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución no. 10625 – 2004.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución no. 12604 – 2009.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución no. 21039 – 2010.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución no. 00688 – 2011.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución no. 08501 – 2015.
- Tribunal de Apelación de Trabajo del I Circuito Judicial de San José, Sección Primera. Sentencia de Segunda Instancia no. 937-2019.
- Tribunal de Apelación de Trabajo del I Circuito Judicial de San José, Sección Segunda. Sentencia de Segunda Instancia no. 960-2019.
- Tribunal de Apelación de Trabajo del I Circuito Judicial de San José, Sección Primera. Sentencia de Segunda Instancia no. 13-2020.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Airey vs. Irlanda*. Sentencia del 9 de octubre de 1979.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Steel y Morris vs. Reino Unido*. Sentencia del 15 de febrero de 2005.
- Vega Robert, R. (11 de diciembre de 2017). "Defensa laboral pública y gratuita". *Diario Extra*. Recuperado el 01 de junio de 2020, extraído de <https://www.diarioextra.com/Noticia/detalle/348723/defensa-laboral-publica-y-gratuita>



LA CONCILIACIÓN PREVIA O ANTICIPADA

como medio alternativo para
solucionar el conflicto laboral



Licda. Esp. Natalia
Martínez Masís¹

Resumen:

En este artículo se exponen y analizan las implicaciones que ha tenido la conciliación previa como medio alternativo para solucionar el conflicto individual en las relaciones de empleo, utilizado por la Unidad Laboral de la Defensa Pública, desde la entrada en vigor de la reforma Procesal Laboral el 25 de julio del año 2017.

Palabras claves:

Conciliación, defensa pública laboral, conflicto individual laboral.

Abstract:

This article presents and analyzes the implications that the previous conciliation has had as an alternative means to solve the individual conflict in employment relationships, used by the social assistance unit of the Public Defense, since the entry into force of the Procedural Reform Labor since July 25, 2017.

Keywords:

Conciliation, public labor defense, individual labor conflict.

¹ Abogada de Asistencia Social. Ha sido jueza de trabajo, mediadora y conciliadora certificada en materia laboral.



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo no se pretende abarcar en su totalidad la figura de la conciliación como un medio alternativo para solucionar la controversia entre la persona trabajadora y la parte empleadora, pues es un tema basto que nos obligaría hacer un estudio profundo para analizar la legislación nacional e internacional, así como la posición doctrinaria al respecto, lo cual no es el fin del presente análisis.

El objetivo es exponer las implicaciones que ha tenido la conciliación previa como medio alternativo para solucionar el conflicto individual en las relaciones de empleo, utilizado por los abogados y abogadas de asistencia social de la Defensa Pública, desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral en julio del 2017.

Aclarado lo anterior, como línea de partida y antes de estudiar la figura de la conciliación anticipada o previa, es necesario tener claro cuál ha sido la función que la doctrina clásica del derecho procesal laboral le ha asignado a la conciliación. En este sentido, Cabanellas (2001) define conciliación de la siguiente manera:

En el Derecho del Trabajo existe un sistema de conciliación especial que tiende a evitar el planteamiento de un conflicto o a resolver el surgido, sobre todo en caso de huelga. Los procedimientos varían mucho de uno a otro país, pero, por lo general, de fracasar las negociaciones directas entre patronos y trabajadores, interviene el Estado, ya mediante un organismo mixto, ya valiéndose de un funcionario especial. La comisión conciliadora determina en algunos ordenamientos jurídicos la calificación de ilegal para la huelga promovida. De llegarse a un acuerdo en el acto de conciliación, lo convenido tiene fuerza de los demás pactos entre empresarios y trabajadores... (121).

Castro (1972) expresa:

[L]a conciliación tiene por objeto lograr el advenimiento de dos personas o partes que están en pugna. En Derecho laboral, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Civil, es una institución muy importante, como medio de resolver toda clase de conflictos entre patronos y trabajadores, pero donde cobra mayor importancia es en el campo de las controversias de carácter económico social (...) Citando a Cabanellas indica: "...normalmente los procedimientos conciliatorios se establecen con el objeto de que puedan las partes llegar directamente a una solución en el conflicto; pero esa no es su única finalidad. En efecto, al mismo tiempo que se intenta lograr la solución directa del conflicto, se establecen determinados trámites para evitar las huelgas o para que solamente se planteen tras haberse intentado la instancia conciliatoria; esto es, las legislaciones suelen determinar un procedimiento que, únicamente cuando se encuentra agotado, permite a las partes en conflicto llegar a medidas de acción directa contra la continuidad laboral..." (327).

Mientras que García (2005) señala:

[N]ormativamente, la conciliación puede definirse como aquella actividad desplegada por las partes de un conflicto jurídico ante un tercero instituido al efecto en orden a lograr una composición justa de la controversia (...) en el ordenamiento laboral, a diferencia de lo que sucede en su homólogo civil, está especialmente presente la idea de que el proceso constituye un mecanismo largo y costoso de dirimir conflictos jurídicos, por lo que resulta preferible la solución que pueda convenir las propias partes en conflicto, a salvo el aseguramiento de las garantías necesarias, frente a cualquier otra que pueda dictar un tercero instituido al efecto disponiendo su cumplimiento bajo mandato imperativo... (41-43).

Comparto lo señalado por estos autores, porque a través de esta herramienta o instrumento legal, se busca solucionar la controversia, sea prejudicialmente o una vez iniciado el litigio. No obstante, en este artículo se dará énfasis



a la conciliación que se tramita antes de judicializar el proceso con la interposición de una demanda, como una salida alterna al conflicto individual de trabajo, sea que la relación laboral esté vigente o bien que haya finalizado controvertidamente.

Para entender esto, es necesario echar un vistazo a los cambios que la legislación laboral ha tenido en punto a este instituto jurídico, antes y posteriormente a la Reforma Procesal Laboral del 2017.

2. CONCILIACIÓN ANTES DE LA REFORMA PROCESAL LABORAL

Antes de la entrada en vigor de la reforma procesal laboral, la legislación costarricense promovía los métodos autocompositivos de resolución de conflictos a través de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, que entró en vigencia el 14 de enero de 1998.

Propiamente en materia laboral, en el Código de Trabajo no reformado, la conciliación estaba regulada en los ordinales 470, 474 y 475. La figura de la conciliación en el proceso ordinario laboral aparecía regulada en el artículo 474 del Código de Trabajo, cuando se establecía que, una vez contestada la demanda o en su caso la reconvencción, vencido el término a que se refiere el numeral 470 del mismo cuerpo legal y resueltas las excepciones dilatorias opuestas, quien juzgaba debía convocar a las partes a una comparecencia de conciliación y de recepción de pruebas.

En el ordinal 475, el legislador de 1943 había plasmado lo que a nuestro entender parecía la necesidad de que el juez o jueza de trabajo tomara un rol preponderante en la etapa de conciliación, pues en el primer párrafo, se insta para que se propongan los medios de conciliación que la prudencia siguiera, haciéndoles ver la conveniencia de un arreglo a la controversia.

En estas disposiciones legales, se contempló la conciliación como una solución alterna al conflicto, solo que la herramienta jurídica era utilizada por quien juzgaba durante el juicio, es decir, cuando la etapa de juicio estaba en curso o en proceso.

Es claro que el espíritu en estas normas era buscar que la controversia entre las partes finalizara anticipadamente a la sentencia de fondo y con un arreglo satisfactorio para ambas. Por lo general y en muchos casos, la persona trabajadora asistía a la audiencia sin patrocinio letrado, es decir, sin asesoría legal en la materia y, casi siempre, la única guía que llevaba era la hoja de cálculos de prestaciones confeccionada por el Ministerio de Trabajo. De ahí que quien juzgaba tenía una participación muy activa en la etapa de conciliación.

No hay ninguna duda que en éstas, como en otras normas del Código de Trabajo, se rescataban los principios cristianos y de justicia social, que tienen como norte a nuestro parecer, fortalecer la paz social (artículo 1° *ibidem*).

El Presidente de la República de entonces en 1943, el Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, confirmó con sus palabras al acudir al Congreso legislativo, el carácter social de este cuerpo normativo cuando apuntó:

Con absoluta firmeza creo que no hay razón para que se sienta amenazado ningún buen costarricense por este conjunto de disposiciones claras, humanas y sencillas que no son más

que el resultado de un largo y cuidadoso estudio de la realidad nacional y de un afán de armonizar en forma razonable los justos intereses de las distintas clases sociales que integran nuestra nacionalidad (...) Los hombres saben actualmente, por amarga experiencia de centenares de años, que no puede haber convivencia y armonía dentro del cauce jurídico clásico, pues hoy en día no nos podemos limitar a proclamar, en forma verbalista, la libertad, la igualdad y la fraternidad, sino que debemos evitar mediante la defensa efectiva de las clases desvalidas de la sociedad que esos principios se conviertan únicamente en patrimonio de los pocos que tienen potencia económica y el consiguiente poder de dominar... (El Espíritu del 48, El Código de Trabajo).

Ahora bien, a pesar de que doctrinalmente se ha reconocido la importancia de la conciliación como un medio anticipado de finalización del proceso ordinario laboral, así como su impacto social como instrumento de solución de conflictos, considero que actualmente los y las juzgadores en esta materia no aplican esta figura tomando en cuenta el espíritu de quien legisló, es decir, como un verdadero canal para que las personas trabajadoras y partes empleadoras lleguen a un arreglo satisfactorio y, así, mantener la tan añorada paz social que busca el Derecho del Trabajo.

En la práctica, previo a la Reforma Procesal Laboral, el señalamiento para conciliación se hacía en la misma audiencia oral para la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes involucradas en el proceso. Esto muchas veces se tornaba en una fugaz invitación para conciliar, pues quien juzgaba, en la mayoría de los casos, no se detenía con el tiempo necesario para resaltar la importancia y conveniencia de un arreglo satisfactorio. Ante la primera muestra negativa de quienes intervenían, casi de inmediato se superaba la etapa de conciliación y daba paso a la evacuación de las pruebas.

Era muy posible que con un poco de insistencia (aclaro no coacción) de parte del juez o jueza, podría sin mucho esfuerzo convencer a las partes de las bondades de este instituto

y llegar de esta forma a un final más equilibrado, pues, según se explicó líneas atrás, el juicio laboral está siempre impregnado de un alto contenido social, toda vez que lo resuelto impacta de forma directa la economía de una familia, de la empresa, del Estado, del país. De ahí que, la conciliación anticipada o previa introducida en la Reforma Procesal Laboral, con tonos muy distintos a la conciliación en juicio, se espera, sea una herramienta jurídica útil para alcanzar una solución pacífica a las controversias de orden laboral entre las personas trabajadoras y la parte empleadora.

3. CONCILIACIÓN ANTICIPADA EN LA REFORMA PROCESAL LABORAL

A partir de la puesta en marcha de la llamada Reforma Procesal Laboral del 25 de julio del 2017, la legislación laboral costarricense introduce en el Capítulo Cuarto, Sección I, artículo 459, las actuaciones previas a la actividad jurisdiccional como una solución alterna o anticipada.

Resulta importante subrayar que con la reforma procesal se potenció la conciliación como un remedio al conflicto, tanto así que en el ordinal 421 del Código de Trabajo se establece que el proceso laboral se rige por varios principios básicos tales como: las actuaciones prioritariamente orales, la sencillez, el informalismo, la oficiosidad relativa, la celeridad, la concentración, la inmediatez, la búsqueda de la verdad real, la libertad probatoria, la lealtad procesal, la gratuidad o costo mínimo y por supuesto, la conciliación.

El artículo 459 del Código de Trabajo establece que es facultativo para los trabajadores y trabajadoras someter la solución de sus conflictos, de forma previa a la intervención de los órganos jurisdiccionales, a conciliadores o conciliadoras o mediadores y mediadoras



privados o del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La solicitud de conciliación, debidamente planteada ante el citado Ministerio, interrumpirá la prescripción, la cual tampoco correrá mientras se ventila la cuestión en esa sede, por un plazo máximo de tres meses.

En lo que interesa para este análisis, la norma estipula que también podrán solicitarle al órgano jurisdiccional que antes de la presentación formal o de la tramitación del proceso, se intente la solución del caso mediante la conciliación, la cual estará a cargo del mismo órgano, preferentemente a cargo de un juez o una jueza conciliadora especializada, del despacho o del respectivo centro de conciliación judicial. En este caso, el proceso se mantendrá en suspenso hasta por tres meses, lapso durante el cual no correrá plazo alguno de prescripción. Esta regla también es aplicable a los empleadores o las empleadoras, en lo que respecta a las acciones o demandas que pretendan deducir en los órganos jurisdiccionales, pero si se tratara de una contrademanda o de pretensiones acumuladas, la suspensión del proceso solo podrá acordarse por el indicado lapso de tres meses para intentar la conciliación, a solicitud de ambas partes.

Esto que señala la norma y que da a la persona trabajadora y empleadora la posibilidad de solicitarle al órgano jurisdiccional, que antes de la presentación formal o de la tramitación del proceso, se intente la solución del caso mediante la conciliación, concuerda con fomentar este remedio al conflicto y fortalece, además, una cultura social de negociación que irá poco a poco construyendo conciencia de que es posible llegar a un arreglo exitoso y evitar el juicio laboral donde una tercera persona sea el o la juzgadora quien resuelva el asunto con base en lo que se pudo o no demostrar en la litis.

Esta modificación legal es sin duda alguna un paso gigante y que, ahora sí, materializa el espíritu del legislador de 1943 que era fomentar un cambio de mentalidad entre los trabajadores y sus empleadores para buscar una solución pacífica a la controversia, sea por el reclamo de prestaciones o, bien, para mejorar las condiciones en el centro de trabajo.

Para fortalecer la cultura de conciliación en controversias laborales, es necesario que las oficinas administrativas públicas o privadas, publiciten la importancia de esta salida legal como remedio antes del proceso laboral, dejando claro que es una facultad y que de acceder a la solución pacífica, lo resuelto será homologado por un juez o jueza de trabajo con carácter de cosa juzgada material, dando validez al acuerdo alcanzado entre las partes, con la seguridad de que la persona juzgadora fungirá como garante de que los derechos laborales de la persona trabajadora han sido respetados, sobre todo aquellos que son irrenunciables, de los cuales no se puede disponer libremente; comprendiendo el alcance de sus estipulaciones, pero también, deberá ser garante de que se cumpla con los requisitos de conciliabilidad, es decir, que solo podrá llegarse a un arreglo en aquellos casos en que la ley así lo permita para solucionar diferencias patrimoniales de naturaleza disponible (artículo 2 de la Ley Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley 7727 que entró en vigencia el 14 de enero de 1998).

Resulta de vital importancia, para efectos de legalidad del acuerdo alcanzado entre las partes, la observancia de lo estipulado en el artículo 457 del Código de Trabajo en el sentido de que en toda conciliación deberán respetarse los derechos irrenunciables, indisponibles e indiscutibles de las personas trabajadoras. Esta disposición legal debe acatarse indistintamente si se está en presencia de una conciliación extrajudicial, judicial, previa o al momento de celebrar el juicio.

Los derechos irrenunciables, indisponibles e indiscutibles, son aquellos derechos laborales de orden constitucional, de los cuales ni las personas trabajadoras ni las partes empleadoras pueden disponer libremente. Sobre el particular la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia dispuso que:

Las vacaciones y el aguinaldo, son derechos indiscutibles que tienen los trabajadores y trabajadoras, independientemente del motivo de conclusión de la relación laboral. A diferencia del preaviso y de la cesantía, que son derechos que pierden los trabajadores/as cuando incurrir en alguna causal de despido; el aguinaldo y las vacaciones tienen como único supuesto de hecho para su configuración, la efectiva prestación del servicio; y no están sujetos a la causa de terminación de la relación laboral. (Sala Segunda, voto no. 2008-001042).

No debe confundirse la renuncia de derechos con la satisfacción expresa de la persona trabajadora, esto ha sido analizado recientemente por la misma Sala Segunda en el siguiente sentido:

En cuanto a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el canon 74 de la Constitución Política reza: “Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables (...)” y el ordinal 11 del Código de Trabajo estipula: “Serán absolutamente nulas, y se tendrán por no puestas, las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes conexas que los favorezcan”. Con base en esa normativa, este Despacho ha estimado que la validez de los acuerdos conciliatorios depende, entre otras cosas, de que se haya respetado el principio de irrenunciabilidad que opera en esta materia, dado el carácter tuitivo del Derecho de Trabajo; sin embargo, en el sublítem no puede considerarse que se haya lesionado dicho principio, ya que el petente no fue obligado a renunciar al pago de las horas extra laboradas, sino que él voluntariamente aceptó que ya se le habían pagado y que, por lo tanto, no existía deuda alguna por ese concepto. Es decir, reconoció la satisfacción de su pago, por lo que no pue-

de hablarse de una violación al principio de irrenunciabilidad. Lo que pretende el actor es desconocer la autoridad y eficacia de la cosa juzgada que la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos le concede a los acuerdos conciliatorios, cuando cumplen con las pautas establecidas, tal y como sucedió en la especie. (Sala Segunda, voto no. 00749 – 2021).

A pesar de que la persona juzgadora está llamada a poner en primer lugar la conciliación sobre el dictado de una sentencia, es claro que no puede pensarse de ninguna forma en exigir a las partes conciliar los asuntos, pues una de las características de esta figura es la voluntad libre, manifiesta y sin coacción para llegar a un arreglo. Sin embargo, debe persuadirles que este mecanismo legal evitará un juicio largo y costoso para estas y el Estado.

Aunque el artículo 459 citado no lo establezca, en la conciliación anticipada o previa, se mantienen las mismas reglas de la conciliación pura y simple, es decir, lo que expresen las partes en la audiencia de ninguna forma podrá utilizarse como prueba en juicio, de manera tal que la negativa a conciliar no podrá entenderse como un actuar de mala fe, privando la confidencialidad en esta etapa sin crear ningún tipo de presunción ni prejuzgar sobre el fondo, al tratarse de una solución alternativa al conflicto y, además, facultativa.

Superada esta etapa sin éxito, la parte trabajadora estará en plena libertad de presentar el proceso correspondiente, con la posibilidad de intentar de nuevo un arreglo conciliatorio en cualquier etapa del proceso, lo que podría implicar su finalización de forma anticipada, tanto desde el punto de vista de los gastos del proceso, así como la posibilidad de acceder a los derechos pretendidos, sin necesidad de esperar una sentencia firme, que puede o no ser beneficiosa a sus intereses.

Creemos que a través de lo regulado en el artículo 459 del Código de Trabajo, ha sido devuelto al instituto de la conciliación su naturaleza original: ser un instrumento de paz social en manos de quienes pueden hacer uso de este



y de quien puede autorizar su aplicación previo a entablar una demanda en sede laboral, lo cual contribuye fundamentalmente, como se ha dicho de manera reiterada, a la solución pacífica del conflicto.

La conciliación anticipada introducida en la Reforma Procesal Laboral es un mecanismo de paz social que permitirá que los conflictos individuales de trabajo tengan una dirección diferente a la mostrada en años previos a la reforma al Código de Trabajo, de forma tal que, en la negociación entre las partes, pueda originarse un ambiente de paz y tranquilidad que ayude al desarrollo del país.

Que ambas partes tengan la posibilidad de sentarse a la mesa de negociación con las herramientas legales necesarias, pero, además, con la participación garante de un juez o jueza de trabajo calificada y conocedora de la materia, permitirá llegar a un final exitoso en donde tanto trabajadores como empleadores puedan encontrar el equilibrio de una solución justa.

Además de la persona trabajadora, el empleador y el juez o jueza de Trabajo, con la Reforma Procesal laboral, también es posible la participación en la conciliación previa de un abogado o abogada de asistencia social, acompañamiento o asesoría que sin cuestionamientos ha permitido una igualdad de armas entre el trabajador o trabajadora y su patrono. Con este nuevo panorama, las fuerzas se equilibran, porque tal y como lo expone Ca-



banellas (2001) citando a De Morales (1944) refiriéndose a la subordinación expone: "...no hay duda que de que, dentro de su establecimiento, el patrono es soberano en sus órdenes y servicio. Y eso por una razón muy simple: en el régimen capitalista, en el cual vivimos, es el patrono el propietario de su negocio, y por eso se le juzga señor de los cielos y la tierra (...) la dependencia económica recoge como interpretación un nexo circunstancial y desprovisto de contenido jurídico..." (412).

Este desequilibrio de poder entre las partes, de una u otra forma, también estaba presente durante la etapa de conciliación antes de la Reforma Procesal Laboral, porque mientras que la persona trabajadora urgida de sus prestaciones o con la intención de mejorar sus condiciones laborales llegaba a la cita judicial sin acompañamiento letrado, únicamente con la información a la que había tenido acceso, o bien, la suministrada en algunas ocasiones por el Ministerio de Trabajo. Por su lado, el empleador, quien tiene la posibilidad económica, se acompañaba de uno o más profesionales en Derecho, dejando en clara desventaja al trabajador o trabajadora en la negociación.

¿Significa esto que la conciliación no debía darse? De ninguna forma. Una terminación temprana de la controversia en la que ambas partes veían satisfechas sus pretensiones permitía a la persona trabajadora acceder antes de tiempo, a las tan necesitadas prestaciones laborales, mientras que el patrono daría por terminado un capítulo, que eventualmente podría implicarle una condenatoria en costas del proceso, así como el pago de intereses moratorios o indexación de las sumas adeudadas.

Tampoco hay duda de que el Estado, entiéndase Poder Judicial en el caso costarricense, también se beneficia con una terminación anticipada del proceso, pues ello implica menos gasto del presupuesto en los procesos judiciales. En este sentido Romero (2000) plantea:

[C]uando los derechos que se consideran violados al surgir el conflicto pertenecen a la esfera dispositiva de su titular, como ocurre generalmente en el ámbito civil y en el laboral, el proceso en ningún caso resulta necesario, sino que las particulares son libres de acudir a él o de resolver el conflicto por vías distintas que el ordenamiento les ofrece (...) en esta idea late el fundamento de la conciliación, que hay que buscar en el hecho de que normalmente resulta preferible resolver el litigio por un acuerdo al que voluntariamente lleguen las partes, que la solución impuesta por otra persona, por muy imparcial que sea, por mucha autoridad de que goce y aunque esté investida de la potestad jurisdiccional. Por supuesto que el proceso siempre debe poder resolver el conflicto, constituyendo el instrumento que tiene la jurisdicción para ello. Pero lo que al Estado le interesa es la conservación del orden jurídico y de la paz social, de manera que cuando estos objetivos se pueden conseguir por medios distintos del proceso, el Estado deja a los particulares en libertad de acudir a ellos. En este orden de ideas, HERCE QUEMADA puso de manifiesto la conveniencia de evitar el proceso, que resulta un mal costoso para el Estado y para los particulares (39-40).

No obstante, los beneficios de esta figura, tal y como lo refiere Ojea (2007) habían quedado en desuso y, en su lugar, las partes recurren a otro tipo de arreglos para finalizar el conflicto:

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador (...) No cabe duda de la crisis por la que atraviesa esta primera etapa de la trilogía en algunos países, hasta el punto de que llega a suprimirse o a sustituirse por otras fórmulas más en boga, como

el arreglo directo. Hay una sensación de inutilidad en torno a esta figura, que parece haber sido desplazada por el segundo elemento de la trilogía. En realidad la mediación cumple buena parte de los pedimentos de la conciliación, sobre todo la de que sean las partes las que alcancen la avenencia, y tiene además algunas ventajas sobre aquélla, por lo que parece haberse producido una fago citación de una por la otra, y la ocupación del espacio abandonado con la fórmula del arreglo directo (109).

Así entonces, con los cambios introducidos en la Reforma Procesal Laboral, entre los que atañen a este análisis, la figura de la conciliación anticipada o previa, ahora con la participación de las partes, un juez o jueza de trabajo de garantía y la asistencia de un abogado o abogada de lo social, considero que hay un equilibrio de poder, pero, además, se potencia esta alternativa como una forma anticipada para evitar el proceso judicial y encontrar una solución pacífica al conflicto laboral.

4. DEFENSA PÚBLICA LABORAL

A partir del 25 de julio del 2017, en el artículo 454 del Código de Trabajo se creó la Defensa Pública Laboral (asistencia legal gratuita) para las personas trabajadoras cuyo ingreso mensual último (al momento de finalizar la relación laboral) o actual (al momento de presentar la demanda) no supere dos salarios base del cargo de auxiliar administrativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley no. 9289, Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del 2015, que actualmente está fijado en 806.900 colones, con las excepciones que la misma ley determina, que en este caso son: personas menores de edad, mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia o



cuando se alegue cualquier discriminación, de las fijadas en el numeral 404 del cuerpo legal citado.

Con respecto a la participación de la Defensa Pública Laboral o abogados o abogadas de asistencia social como lo señala la norma, no se hará un análisis descriptivo de las muchas funciones que realiza, pues, es claro que su intervención es muy amplia y dependerá de la complejidad de cada caso.

No obstante lo anterior, en concordancia con las competencias dadas por quien legisló en el ordinal 454 del Código de Trabajo y en íntima relación con el tema principal de este artículo, es necesario resaltar los esfuerzos en conjunto de la Unidad Laboral de la Defensa Pública para que la conciliación previa sea una herramienta útil y eficaz para alcanzar, no solo la paz social por medio de una solución originada en las partes en controversia, sino que, también, para cumplir con el mandato constitucional de una justicia pronta y cumplida (artículo 41 de la Constitución Política). Para alcanzar la meta, entiéndase la conciliación previa, la Unidad Laboral ha implementado o ideado distintas estrategias con el propósito de agotar esta vía. Entre los mecanismos aplicados pueden citarse a manera de ejemplo, invitación a la parte empleadora por distintos medios, remitiendo notas de conciliación, correos electrónicos, llamadas telefónicas, reuniones para fijar acuerdos y solicitar posteriormente la homologación por parte del juez o jueza de trabajo, siempre en resguardo de los intereses de la persona trabajadora.

“Esta solución ha permitido descongestionar los Juzgados de Trabajo debido a que se evita judicializar la controversia entre personas trabajadoras y partes empleadoras”

Cabe resaltar que estas estrategias suenan sencillas, pero contrario a esto, exigen y demandan una gran labor y entrega hasta concretar la conciliación.

Tal y como se ha mencionado en este análisis, esta solución ha permitido descongestionar los Juzgados de Trabajo debido a que se evita judicializar la controversia entre personas trabajadoras y partes empleadoras.

Ahora bien, según los datos estadísticos suministrados por la Licda. Ana Briceño Yock, Supervisora de la Unidad Laboral, desde el 25 de julio del 2017 hasta agosto del 2020, se han materializado un total de 2833, distribuidas por provincia incluyendo cada una de las jurisdicciones que pertenecen a esta. Así, por ejemplo, en San José se han realizado 1423, en Alajuela 541, en Cartago 136, en Heredia 145, en Guanacaste 180, en Puntarenas 139, en Limón 169 y en la Zona Sur del país, la cual ha sido registrada de forma separada, un total de 100 conciliaciones previas.

De esta información, se desprende que, a partir de la implementación de la Reforma Procesal Laboral, 2833 conflictos laborales, fueron resueltos sin judicializarse, con lo cual, no solo las partes han evitado gastos del proceso, sino que el Estado, en este caso, el Poder Judicial, se ha ahorrado parte importante del presupuesto en la realización de juicios, dineros públicos que pueden ser destinados a otros fines en la Administración de Justicia.

Es claro que, en estos casi tres mil asuntos, por medio de la conciliación anticipada, las partes han encontrado la paz social, pero además y, muy importante, la persona trabajadora ha tenido acceso a una justicia pronta y cumplida, acompañada en todo momento y durante esta

etapa, de una persona profesional especialista en materia laboral, que ha velado porque sus derechos laborales sean respetados.

5. CONCLUSIÓN

Es necesario resaltar que desde la entrada en vigor de la Reforma Procesal Laboral el 25 de julio del 2017 hasta agosto del 2020, con la participación de la Unidad de Asistencia Social de la Defensa Pública, la conciliación anticipada ha sido fomentada para solucionar el conflicto laboral entre las partes, siendo esta una herramienta útil y ágil, para que la persona trabajadora acceda de forma celeré al pago de sus prestaciones o, bien, a la mejora de las condiciones labores.

Finalmente, se hace un llamado a la efectiva promoción y divulgación de este instituto jurídico, para que se siga empleando de forma exitosa como hasta ahora se ha logrado, siempre con la mirada puesta en la satisfacción y resguardo de los derechos de la persona trabajadora y la búsqueda del precepto constitucional de una justicia pronta y cumplida.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Constituyente (1949). Constitución Política de Costa Rica.
- Asamblea Legislativa (1943). Código de Trabajo. Ley no. 2 del 29 de agosto de 1943.
- Asamblea Legislativa (1998). Ley Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Ley no. 7727 del 14 de enero de 1998.
- Asamblea Legislativa (2017). Reforma Procesal Laboral. Ley no. 9343 del 26 de julio de 2017.

Cabanellas G. (2001). *Compendio de Derecho Laboral*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.

Cabanellas G. (2001). *Diccionario de Derecho Laboral*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.

Castro, A. (1972). La conciliación en los conflictos económicos-sociales y la Huelga en la Legislación centroamericana. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Universidad de Costa Rica.

El Espíritu del 48 (15 de marzo de 2015), *El Código de Trabajo*. Extraído de: <http://www.elespiritudel48.org/docu/h085.htm>

García J. (2005). La conciliación laboral. España. Editorial Lex nova. P 41,43.

Ojea (2007) Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales: un estudio internacional (p.109). Extraído el 15 de marzo de 2011 desde: <http://personal.us.es/josemgomez/documentos/Ojeda%20OIT.pdf>

Romero, M. (2000). La conciliación en el proceso laboral. España. Editorial Tirant Lo Blanch, S.L". P 39,40.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1042 del 10 de diciembre del 2008.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 749 del 21 de abril del 2021.



UNA MIRADA

al trabajo del mar

Licdo. Fernando Víctor Vargas¹

Resumen:

En el siguiente trabajo se trata de dar un vistazo a la situación laboral específica de la gente de mar, de cara a las condiciones particulares a las que se enfrentan día a día y considerando los esfuerzos que desde la regulación de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) se han planteado y por ende se han tratado de implementar en las diversas normativas internas de los países.

Palabras Clave:

Trabajo del mar, Organización Internacional del Trabajo, convenio.

Abstract:

This paper is about to take a look at the specific employment situation of seafarer, in view of the particular conditions they face day by day and considering the efforts that from the regulation of the International Labor Organization (hereinafter ILO) have been raised and therefore, they have tried to implement in the various internal regulations of the countries.

Keywords:

Sea work, International Labor Organization, agreement.

¹ Abogado de Asistencia Social en Puntarenas.



1. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos del “trabajo del mar” es imposible no ligar tal concepto con la pesca, no obstante, si se profundiza en la terminología y todo lo que engloba el concepto, podemos darnos cuenta que existe una gama de componentes que lo conforman, siendo que el término resulta de imprecisa conceptualización si no se investigan los instrumentos que lo regulan, considerando no solo las diversas y peculiares tareas que contempla, sino también, la particular, pero escasa efectividad en la materialización de la regulación de la cual ha sido objeto, ello aunado a la interpretación o ámbito de aplicación que se le asigne de acuerdo a la regulación de cada país en particular.

Si bien nuestra normativa interna ha tratado de plasmar terminología que permita un abordaje adecuado para la atención de las situaciones jurídicas derivadas de la labor en el mar, se desconoce en la generalidad, aún en el medio profesional del derecho, una conceptualización clara sobre el término y sus alcances, ello por cuanto la amplitud del concepto versus la aplicación práctica no resultan ser los mismos, por lo que, me permitiré transcribir dos de las definiciones de las cuales se ha partido en el presente trabajo. Es así que, de acuerdo con nuestro Código de Trabajo, específicamente en el artículo 118, se define como “Trabajadores del mar y de las vías navegables”:

[L]os que prestan servicios propios de la navegación a bordo de una nave, bajo las ordenes del capitán de ésta y a cambio de la alimentación de buena calidad y del salario que se hubieren convenido, por su parte, el diccionario usual del Poder Judicial define al trabajador del mar como: El que presta su servicio en actividades propias de la navegación a bordo de una nave, bajo las órdenes del capitán, a cambio de la alimentación y del salario. Implica desempeñarse en la dirección, maniobra y servicios del barco (Salazar, 2018).

A las anteriores definiciones hay que agregar la que desde la OIT se ha determinado para abordar el tema, no obstante, dejaremos tal definición para ahondarla en el apartado posterior donde me referiré a las normas de la OIT. En la época antigua, el trabajo del mar se reguló por normativa genérica de navegación y más adelante por los Códigos Mercantiles en el Siglo XIX, regulaciones que, desde las diversas perspectivas, plantearon aspectos que iban desde la delimitación marítima, situaciones de carácter bélico, comerciales, manejo de recursos, entre otros, los cuales sentaron los principales lineamientos acerca de las regulaciones que a la fecha han culminado con la aprobación y acuerdo de los Estados de la comunidad internacional para el uso adecuado del mar y del trabajo del mar, lo cual implica necesariamente que las legislaciones internas de cada país hayan tenido que ajustarse con el pasar del tiempo para considerar los diversos factores desde la óptica de las garantías y obligaciones laborales que deben aplicarse. Según los datos expuestos por la Organización Internacional del Trabajo para el año 2017, la pesca comercial fue determinada como una de las fuentes más importantes de alimentos, en particular de proteína animal, y resulta ser fundamental para la seguridad alimentaria, arrojando los datos que, para ese año a nivel mundial, más de 38 millones de personas trabajaban en la pesca de captura, considerada una de las profesiones más peligrosas del mundo, y de la cual cientos de millones de personas de manera directa e indirecta dependen del sector para su subsistencia (OIT, 12 de noviembre de 2017).

Tal y como se expuso en el previo de la entrada en vigencia del Convenio 188 de la OIT y, conforme a la realidad que se vive en el sector, pese a que muchos propietarios de buques de pesca buscan dar un buen trato a su tripulación, los pescadores enfrentan con demasiada frecuencia serios desafíos en relación a las condiciones de trabajo decente, así como las conocidas prácticas de empleo informal, mismas que derivan, entre otras, del trabajo en zonas remotas, el clima y la estacionalidad y la naturaleza generalmente peligrosa del de-



sarrollo de labores en el ambiente marino. Las anteriores condiciones son motivo de preocupación, pues devienen en el trabajo forzoso, la trata de personas y la explotación de los trabajadores migrantes en la pesca a nivel mundial. A partir del contexto anterior, resulta trascendental para tratar de al menos dar un pequeño vistazo al panorama jurídico que deben considerar las legislaciones de los países en materia de trabajo del mar, repasar los aspectos más importantes que determina el Convenio sobre el trabajo marítimo de la OIT², adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT. Así como los esfuerzos que, desde la normativa interna, se han realizado en la regulación y la aplicabilidad de dicha normativa incluso post entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral, por lo que se expondrá algún caso específico donde se haya abordado el tema desde nuestro derecho interno.

2. CONTEXTO NACIONAL

E INTERNACIONAL

No puede obviarse que uno de los sectores productivos que aporta significativamente a la economía de muchos países es el sector marítimo, considerando que se deriva de él una diversa gama de bienes y servicios que son de gran importancia, pues a partir de éste, se cuenta con la creación de fuentes de empleo en distintas clases de embarcaciones, bien

²Se utilizará este convenio pues recoge la mayoría de convenios que desde hacía ya muchos años regulaban aspectos del trabajo del mar, siendo considerado como un referente principal en Trabajo del Mar.

sean de pesca, de transporte de personas, de carga, trabajo en muelles, cruceros, entre otras. Modalidades que, de alguna manera a través de la OIT, se les ha tratado de dar abordaje adecuado para su regulación, no obstante, la realidad resulta no ser tan conteste con lo propuesto en los instrumentos internacionales. Consecuentemente, al generarse diversas opciones de trabajo, las normativas de los diversos países en materia laboral deben ajustarse y dar respuesta a las vicisitudes que se puedan derivar para garantizar la protección de los derechos laborales de la gente de mar.

En nuestro país, solo para mencionar un tema, se debe resaltar que se han realizado esfuerzos para la regulación de las condiciones laborales en la materia, específicamente en cuanto a la pesca, resalta la reforma que sufrió el Código de Trabajo en el año 2005 por medio de la Ley de Pesca y Acuicultura, la cual solo reformó el artículo 120 y adicionó el artículo 120bis, dejando así el articulado del trabajo en el mar con una percepción poco coherente y poco comprensible, pues se hizo un abordaje, si se le puede llamar así, de la figura del pescador que no parecía el más apropiado y se asignaron una serie de funciones a instituciones gubernamentales que en la práctica han sido incumplidas. Muchas de las decisiones judiciales han quedado en manos de la labor interpretativa y referenciadas a la jurisprudencia existente en el país, haciendo un análisis que, desde mi perspectiva, podría en ocasiones ser restrictivo, sin ampliar el espectro del control de convencionalidad. Más recientemente, contamos con la Reforma Procesal Laboral que no dista mucho en aporte de la reforma anteriormente citada, en cuanto a la incorporación de articulado atinente al tema, a la cual me referiré más adelante.

Por su parte en el ámbito internacional, si bien se han emitido una serie de convenios que regulan actividades y situaciones de trabajo en el mar, el aporte más significativo en materia del

trabajo de mar, por los temas que aborda, se plasma en el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de la OIT, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el año 2006, el cual se diseñó para convertirse en un instrumento jurídico de alcance mundial que, tras su entrada en vigor, sería considerado el “cuarto pilar” del régimen normativo internacional garante de un transporte marítimo de calidad, que complementa los convenios fundamentales de la Organización Marítima Internacional (OMI), como los otros Convenios relativos a Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974, sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar (Convenio de Formación), 1978, y el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques. Convenio que por su extensión me limitaré a un breve punteo de los principales aspectos que aborda para luego reseñar sucintamente los alcances y soluciones que respecto a la materia se han aplicado en la realidad de nuestro país.

Quisiera dejar claro que, si bien el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de la OIT abarca temas objeto de varios convenios y recomendaciones ya existentes, algunos de ellos de vieja data, resulta ser el marco referencial para que las diversas regulaciones internas de los países miembros de la organización puedan aspirar a una base estandarizada que comprenda e implemente los conceptos básicos que se plantean desde dicho instrumento internacional.

Es importante resaltar que, en nuestro país, tal y como se dejó entrever en la introducción, el término de “trabajo en el mar” se ha conceptualizado de una forma que no tiene toda la amplitud en los alcances que dispone el convenio citado, sino que, se aplican Convenios de la Organización Internacional de Trabajo, de manera individualizada, pues el enfoque se direcciona a condiciones laborales de la gente de mar, pero en el grupo especial de trabajadores de la pesca.

La Sala Segunda, en uno de sus fallos, destaca, en cuanto a la categorización de los convenios de la OIT relativos al tema que nos ocupa, que:

Los convenios y las recomendaciones sobre la materia pueden clasificarse en diferentes grupos. En el primero pueden incluirse los que contienen disposiciones generales respecto del trabajo marítimo y pueden incluirse los Convenios 108 (sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación); 145 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-); 147 (sobre la marina mercante -normas mínimas-), el Protocolo de 1996 al Convenio 147 (relativo al convenio sobre la marina mercante -normas mínimas-),

así como las recomendaciones números 9 (sobre los estatutos nacionales de la gente de mar); 107 (sobre el enrolamiento de la gente de mar -buques extranjeros-); 108 (sobre las condiciones sociales y de seguridad de la gente de mar); 154 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-) y 155 (sobre la marina mercante -mejoramiento de las normas-). Otros convenios hacen referencia al “acceso al empleo,” regulándose lo tocante a la edad mínima (Convenio 58), las condiciones físicas (Convenios 16 y 73), calificaciones profesionales (Convenios 53, 69 y 74), las condiciones para obtener las calificaciones requeridas para acceder al trabajo marítimo (Recomendación 137), y el procedimiento para acceder a dicho trabajo (Convenio 179 y Recomendación 186). En cuanto a las “condiciones del trabajo” se han promulgado también varios convenios y recomendaciones, entre los que se incluyen los siguientes: el Convenio número 22 sobre el contrato de enrolamiento; en relación con horas de trabajo, descanso y vacaciones, los Convenios 146 y 180 y las Recomendaciones 187 y 153; sobre la repatriación, el Convenio 166 y la Recomendación 174. Otro grupo de convenios y recomendaciones tratan sobre “seguridad, salud y bienestar.” En cuanto a la seguridad pueden citarse los Convenios 34 y 68, así como las Recomendaciones 78 y 142. El

“El aporte más significativo en materia del trabajo de mar, por los temas que aborda, se plasma en el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de la OIT”



Convenio 164 regula lo concerniente a la salud, y el bienestar está regido por el Convenio 163 y la Recomendación 173. En cuanto al alojamiento pueden citarse los Convenios 92 y 133, así como las Recomendaciones 140 y 141. También pueden incluirse dentro de este grupo el Convenio 178 y la Recomendación 185, relacionadas con la inspección del trabajo y de las condiciones de vida de la gente de mar. Finalmente, en cuanto a la "seguridad social" pueden citarse los Convenios 8, 55, 71 y 165, así como las Recomendaciones 10, 75 y 76. (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global, Malta, Organización Internacional del Trabajo, 2002, pp. 583-698). (Sala Segunda, voto 2005-00217).

Asimismo, en cuanto a la ratificación de convenios en la materia por Costa Rica, en la resolución de cita, se destaca al respecto, que:

Nuestro país ha ratificado varios de esos Convenios. En efecto, el número 8, Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (nafragio), 1.920, fue adoptado mediante Ley N°. 6.729, del 31 de octubre de 1.982. El Convenio 16, sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1.921, fue ratificado por la Ley N° 6.728, del 31 de marzo de 1.982. El Convenio 92, sobre el alojamiento de la tripulación, 1.949, fue adoptado por la Ley N°. 2.561 del 11 de mayo de 1.960. El Convenio

145, convenio sobre la continuidad en el empleo (gente de mar), 1.976, fue incorporado mediante Ley N° 6.548, del 18 de marzo de 1.981; y, el 147, sobre la marina mercante (normas mínimas), 1.976, fue adoptado por la Ley número 6.549, del 18 de marzo de 1.981. (Sala Segunda, voto 2005-00217).

3. CONVENIO SOBRE EL TRABAJO

MARÍTIMO DE LA OIT³

Este convenio fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en virtud del artículo 19 de su Constitución, en una reunión marítima celebrada en Ginebra (Suiza) en febrero de 2006. Establece los derechos de la gente de mar a disfrutar de unas condiciones de trabajo decentes y ayuda a crear condiciones de competencia justa para los armadores, o sea, busca una estandarización de las condiciones de los trabajadores de mar en el mundo, se buscó que fuese fácil de entender, fácil de actualizar y aplicado de manera uniforme. Establece reglas equitativas de aplicación global, adicionalmente, el Convenio establece la cláusula de trato no más favorable, que se resume en que las reglas establecidas en el

³ Se le llama también Convenio Refundido, pues contiene una amplia serie de normas de alcance mundial, basadas en convenios y recomendaciones que ya están contenidas en 68 instrumentos sobre el trabajo marítimo, que han sido adoptados por la OIT desde 1920. Reúne casi todos los instrumentos sobre el trabajo marítimo vigentes en un solo convenio, nada más que utiliza un nuevo formato e introduce actualizaciones que se consideraron necesarias para reflejar las condiciones y el vocabulario actual.

Convenio serán aplicables a todos los buques independientemente que sus banderas hayan o no ratificado el Convenio⁴.

Como aspectos innovadores que implementa el Convenio destaca la ampliación o incorporación en la definición de gente de mar a la “persona o personas que trabajen o se encuentren empleadas a bordo de un buque”. Adicionalmente, la estructura del Convenio resulta diferente a las estructuras que tradicionalmente se establecían, aspecto éste último que se retomará más adelante. Asimismo, destaca el procedimiento simplificado de enmienda y el cumplimiento y aplicación de las disposiciones.

A nivel de la estructura, a diferencia de otros convenios que tienen un articulado y anexos solamente, tenemos que este Convenio se encuentra conformado por 16 artículos, el reglamento y el código. Los dos primeros establecen los derechos y principios fundamentales, así como las obligaciones básicas de los ratificantes. Por su parte el Convenio posee en la estructura del código una serie de disposiciones que se subdividen en un aparte A y un aparte B, siendo que, el reglamento y el aparte A del código (normas) son de carácter obligatorio, mientras que las disposiciones del aparte B del código (pautas) no son obligatorias.

Es importante destacar que, de manera muy clara, el Convenio especifica en su artículo II, que se considerará “gente de mar” o “marino” a toda persona que esté contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque que se incluya en el ámbito de aplicación del Convenio, con algunas excepciones y ámbitos particulares o específicos en que se deja un margen de flexibilidad para que los países

⁴ Debe considerarse que este Convenio nace posterior a un largo proceso que involucró a los representantes de los gobiernos, armadores y marinos quienes acordaron las exigencias mínimas para el desarrollo del trabajo de la gente de mar independientemente de la bandera de los buques, lo cual contemplaba condiciones de edad mínima, alimentación, atención médica, lugar de descanso, entre otras.

Adicionalmente, debe tenerse claridad que el Convenio no se aplica a:

- 1.** Los buques que naveguen exclusivamente en aguas interiores o en aguas situadas dentro de o en las inmediaciones de aguas abrigadas o de zonas en las que rijan reglamentaciones portuarias.
- 2.** Los buques dedicados a la pesca.
- 3.** Las embarcaciones de construcción tradicional, como los dhows y los juncos.
- 4.** Los buques de guerra o unidades navales auxiliares (OIT, Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006).

exceptúen a buques o embarcaciones más pequeños, que no realizan viajes internacionales, del cumplimiento de algunas disposiciones del Convenio. Es importante destacar que la redacción dispone que este se aplica a todos los buques (y a la gente de mar que trabaja a bordo de ellos) dedicados habitualmente a actividades comerciales, ya sean de propiedad pública o privada.

De manera breve podemos hacer una descripción de algunas de las pautas determinadas en el articulado que destacamos para el presente trabajo, el artículo I refiere a las obligaciones generales donde se estipula que todo país miembro que ratifique el convenio se compromete a dar fiel cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo VI, para garantizar el derecho de toda la gente de mar a un empleo decente. El artículo II dispone las definiciones y el ámbito de aplicación



del convenio, donde vamos a encontrar entre otras las definiciones de “marino” o “gente de mar”, que designa a toda persona que esté empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque al que se aplique el Convenio; “armador” que designa al propietario de un buque o a cualquier otra organización o persona, como puede ser el administrador, el agente o el fletador a casco desnudo, que a efectos de la explotación del buque ha asumido la responsabilidad que incumbe al propietario o a otra entidad o persona y que, al hacerlo, ha aceptado cumplir con todos los deberes y las responsabilidades que incumben a los armadores en virtud del Convenio; buque⁵ y acuerdo de empleo de la gente de mar que abarca tanto el contrato de trabajo como el contrato de enrolamiento. Su ámbito de aplicación se determina a toda la gente de mar en buques comerciales que realicen viajes internacionales.

El artículo III se refiere a los derechos y principios fundamentales, y dispone que todo país miembro debe verificar que su legislación respeta en el contexto del convenio los derechos relativos a la libertad de asociación, libertad sindical, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso, la abolición del trabajo infantil, eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación. En el artículo IV se encuentran los derechos en el empleo y los derechos sociales de la gente de mar, donde se disponen reglas para el espacio seguro de

trabajo, condiciones de empleo equitativas y decentes, protección de la salud, atención médica, entre otras.

En el artículo V se determinan las responsabilidades en materia de la aplicación del convenio y el control de tal aplicación. El artículo VI refiere al reglamento y a los apartes A y B del código, los cuales ya explicamos anteriormente.

Como dato a destacar fue la determinación de la entrada en vigor del convenio, dispuesta en el artículo VIII que dispone la entrada en vigencia en doce meses después de la fecha en que se hubiesen registrado las ratificaciones de al menos treinta miembros que en conjunto posean como mínimo el 33% del arqueo bruto de la flota mercante mundial, lo que sucedió desde el año 2013. Por otra parte, respecto a la denuncia, dispuesta en el artículo IX, rige el plazo de diez años posteriores a la entrada en vigor del convenio, sea que, para los efectos, será hasta el 2023 que alguno de los ratificantes pueda denunciar el convenio.

Finalmente, en cuanto al procedimiento de enmienda, se detalla en los artículos XIV y XV, este último dispone el procedimiento simplificado y se incluyen una serie de anexos relativos a temas específicos de la materia de la gente de mar.

Debe destacarse la aplicación flexible del Convenio que se considera como una innovación de este, pues conforme el artículo VI:

Todo Miembro que no esté en condiciones de aplicar los principios y derechos en la forma prevista en la parte A del Código podrá aplicar esta parte A mediante disposiciones de su legislación u otras medidas que sean sustancialmente equivalentes a las disposiciones de dicha parte A, a menos que en el presente Convenio se disponga expresamente otra cosa. (OIT, Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, Artículo VI).

⁵ Término que designa a toda embarcación distinta de las que navegan exclusivamente en aguas interiores o en aguas situadas dentro de o en las inmediaciones de aguas abrigadas o de zonas en las que rijan reglamentaciones portuarias. (inciso i) Artículo VI del Convenio sobre el trabajo marítimo, OIT).

4. CONCEPTUALIZACIÓN

DEL TRABAJO DEL MAR

EN COSTA RICA

En nuestro país la regulación especial para los trabajadores del mar se encuentra en el Capítulo XI del Código de Trabajo que se ha designado bajo el título "Del trabajo en el mar y en las vías navegables", que se encuentra comprendido entre los artículos 118 al 132.

Tal y como adelantamos desde el apartado relativo al contexto nacional e internacional, en materia de Trabajo del Mar, específicamente en el tema de derechos en el trabajo, particularmente en la pesca, destaca la reforma que sufrió el Código de Trabajo en el año 2005, la cual se materializó por medio de la Ley de Pesca y Acuicultura, que introdujo una reforma al artículo 120 y adicionó el artículo 120 bis, dejando así el articulado del Trabajo en el Mar que se encuentra vigente.

En el artículo 118 se establece que trabajadores del mar y de las vías navegables son aquellos que prestan servicios propios de la navegación a bordo de una nave, bajo las órdenes del capitán de esta y a cambio de la alimentación de buena calidad y del salario que se hubieren convenido, entendiendo por servicios propios de la navegación todos aquellos necesarios para la dirección, maniobras y servicio del barco, definición que, como podemos observar, no necesariamente resulta considerar lo mismo que define el Convenio desarrollado en el aparte anterior. El artículo 119, determina el carácter de representación

patronal y facultades que se le asignan el capitán de la nave, aspecto importante a considerar, cuando el trabajador intente reclamar sus derechos y como en la práctica generalmente ocurre, la parte patronal o dueño del buque no está en el país o no se localiza.

Por su parte, conforme dispone el artículo 120, se disponen los tipos de contrato de embarco, sea por tiempo determinado, por tiempo indefinido o por viaje, requiriéndose un certificado médico en el que se establezca la aptitud física para el trabajo marítimo, agregando algunas condiciones para considerar en el contrato, disponiendo respecto a los requisitos del mismo que ha de redactarse por triplicado, uno para cada parte y la tercera el empleador debe hacerla llegar a la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Adicionalmente, los aspectos que debe contener respecto a calidades del trabajador, el número de viajes que debe emprender y el cargo que va a desempeñar; el lugar y la fecha en que debe presentarse el trabajador, la modalidad del contrato y el lugar o la fecha de terminación, si procediere; el requisito del certificado médico y, por último, la definición del salario que se le vaya a cancelar. Debo acotar que, en la práctica, la determinación del tipo de contrato, así como el cumplimiento del requisito de aportar copia de estos ante el Ministerio de Trabajo, no se cumple en la mayoría de los casos, quizá por la necesidad del trabajador de un ingreso y, por otra parte, por falta de control de las autoridades correspondientes.

Como se logra observar, en este artículo se disponen obligaciones al Ministerio de Trabajo y responsabilidades de los armadores o patronos respecto de las cargas sociales como estar al día Seguro Social, aspectos que lamentable-



mente quedan en el papel, pues la práctica nos presenta otra realidad.

Respecto a lo dispuesto en el artículo 120 bis, se destaca que la Dirección Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en coordinación con el Consejo de Salud Ocupacional, la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, el Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura, la Dirección de Seguridad Marítima y Portuaria del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, deberán prever todas las demás formalidades y garantías concernientes a la celebración del contrato de enrolamiento que se consideren necesarias para proteger los intereses del pescador y el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del armador del barco de pesca, en relación con esos contratos. La Dirección de la Inspección General de Trabajo, en el ejercicio de su potestad de fiscalización, está compelida a actuar de oficio o por denuncia de parte interesada, en la estricta aplicación y fiel cumplimiento de la normativa en mención, procediendo a realizar a sus infractores las inspecciones y prevenciones que corresponda. Por lo que, una vez constatado el hecho infractor, se otorgará el plazo de ley a fin de que el empleador cese el acto prevenido y restituya las condiciones de normalidad que se extrañan. En caso de desacato, reticencia o renuencia a cumplir lo exigido, se interpondrá la acción correspondiente ante los tribunales de trabajo competentes. Finalmente, se adiciona, entre otros aspectos, que la autoridad portuaria llevará un registro permanente de navíos de pesca y su matrícula, así como de los propietarios. Igualmente, mantendrá un registro de permisos y licencias de pesca por navío y su respectiva vigencia.

El artículo 121 dispone la obligación del empleador para que, antes de dar por terminado el contrato, lo restituya al lugar o puerto que se haya establecido, según la modalidad del

contrato, eximiéndose al empleador de cumplir esa obligación únicamente en el caso de que el trabajador esté en prisión, por un delito cometido en el extranjero u otras situaciones similares que hagan imposible el cumplimiento de lo pactado.

Conforme dispone el artículo 122 se considera la posibilidad de que una nave costarricense cambie de nacionalidad o perezca por naufragio, cuya consecuencia jurídica sería tener por concluido el contrato de trabajo; eso sí, una vez que se cumpla la obligación de trasladar al trabajador al lugar o puerto establecido. En el caso de que se dé un cambio de nacionalidad de la embarcación, los trabajadores tendrán derecho al importe de tres meses de salario, excepto que las indemnizaciones legales sean mayores, y, en caso de que perezca por naufragio, tendrían derecho a un auxilio de cesantía de dos meses, salvo que según el artículo 29 les posibilite reclamar uno mayor.

En el artículo 123 se dispone que el contrato no puede darse por concluido por ninguna de las partes, aún por justa causa, mientras la nave esté de viaje, ello hasta la llegada al puerto o el lugar indicado en el artículo 120 para restituir al trabajador. Sin embargo, al llegar a cualquier puerto donde el empleador pueda restituir al trabajador, estará habilitado para rescindir el contrato, obviamente respetando lo que dispone la legislación. El artículo 124 introduce una posibilidad de terminación de contrato con justa causa a favor del trabajador, cuando se dé el cambio de capitán por otra persona que no garantice la seguridad y que no muestre aptitud y acertada dirección; así como cuando existe cambio de destino de la nave.

Por otra parte, destaco que en la práctica resulta ser un poco controvertido, en el artículo 125 se establece que las partes gozarán, dentro de los límites legales, de una amplia libertad para fijar lo relativo a jornadas, descansos, turnos, vacaciones y otras de índole semejante. Ello por cuanto, al quedar al libre albedrío, pueden darse prácticas abusivas por parte de los

patronos, ya que de encontrarse lejos de tierra y no quedar más opciones para el trabajador, se pueden ver sometidos a jornadas extenuantes e inclusive soportar situaciones que podrían atender contra la integridad física y de salud de los trabajadores.

En lo relativo a los trabajadores contratados por viaje, en el artículo 126 se señala que tendrán derecho a un aumento proporcional en la remuneración, cuando el viaje se prolongue, salvo que medie caso fortuito o fuerza mayor y no aplica la disminución del salario en el caso de que el viaje se acorte, cualquiera que sea la causa. Destaca el artículo 127 que la embarcación con todos sus accesorios, sean: aparejos, pertrechos, fletes, responderá por el pago de los salarios y otras indemnizaciones que correspondan a los trabajadores. Por el solo hecho de abandonar voluntariamente su trabajo mientras la nave esté en viaje, perderá el trabajador los salarios no percibidos a que tuviere derecho, aparte de las demás responsabilidades legales en que incurriere, así se dispone por el numeral 128, con la salvedad del caso de que el capitán encontrare sustituto conforme a lo dicho en el artículo 123.

En cuanto a la enfermedad o muerte del trabajador conforme se establece en los artículos 129, 130 y 131, si el trabajador se enfermase durante el viaje, el empleador está en la obligación de brindar atención médica, tanto a bordo como en tierra, y deberá reconocerle al trabajador la mitad del salario, al tiempo que está obligado a restituirlo una vez que haya sanado, si el trabajador lo solicitare. No obstante, en caso de muerte del trabajador durante el viaje, se enuncian varias reglas respecto de la liquidación de los salarios que le correspondieren, también se considera la variable de que la muerte ocurra en defensa de la nave o si el trabajador fue apresado por tal motivo, donde se considerará que estuvo presente hasta la conclusión del viaje, a los efectos de establecer los salarios a que tendría derecho. Finalmente, el artículo 132 dispone que será ilícita la huelga que declaren los trabajadores cuando la embarcación se encontrare navegando o fondeada fuera del puerto.

5. CASO PRÁCTICO POST

REFORMA PROCESAL LABORAL

Como se apuntó anteriormente, después de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral en julio de 2017, si bien no se dio una modificación sustantiva en cuanto al articulado del Capítulo XI del Código de Trabajo denominado “Del trabajo en el mar y en las vías navegables”, si se incluyeron aspectos normativos que de manera colateral posibilitan la implementación de figuras que permiten aplicar la normativa relativa a los trabajadores del mar y poder hacer efectivos sus derechos, tal es el caso de la figura del arraigo dispuesta en el artículo 192 del Código de Trabajo.

Como caso práctico posterior a la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral, quisiera destacar el caso de un ciudadano panameño de paso por Costa Rica, quien al llegar al país a realizar un desembarque de atún en el puerto de Caldera, en una embarcación de bandera venezolana, el día 31 de enero de 2018 lo despiden con responsabilidad patronal, sin preaviso, nada más el ingeniero de puerto le comunica que su relación laboral había terminado con ellos y que tenía un boleto de avión para el día siguiente (01 de febrero de 2018), para que se regresara a Panamá. No obstante, no le cancelaron ningún extremo laboral, y no existía certeza de que le cancelaran lo que le adeudaban, ya que, al ser una embarcación venezolana y considerando que zarparía el viernes 02 de febrero, estaría quedando en total desprotección⁶.

Así las cosas, se presentó por parte de la Defensa Laboral de Puntarenas la acción con la

⁶A mayor abundamiento ver expediente 18-000154-0643-LA, tramitado en el Juzgado de Trabajo de Puntarenas.



solicitud de arraigo contra el capitán de la embarcación y una solicitud de medida cautelar atípica anticipada para que se girara orden a las autoridades respectivas, para que no se autorizara el zarpe de la embarcación hasta tanto no se determinara una representación legal debidamente acreditada para actuar en el país, a efectos de que se satisficieran o dilucidaran las pretensiones de la acción, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 489 del Código de Trabajo, siendo que se encontraba dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y en aplicación de las Reglas de Brasilia, ya que de lo contrario el accionante estaría propenso a un agravación de su condición, pues como extranjero y en condición de paso por el país estaría quedando desprotegido y sin ninguna posibilidad de recurrir a reclamar sus derechos, con claros daños en su patrimonio y aumentando su situación de vulnerabilidad. Se solicitó, además, que se decretara embargo sobre el pago que algunas empresas le debían realizar a la demandada en cumplimiento de contratos comerciales que mantuvieron con éstas.

Debo señalar que el caso fue tramitado muy diligentemente por el Juzgado de Trabajo y se decretaron las medidas solicitadas, situación que generó que de manera expedita se buscara un arreglo conciliatorio, el cual de inmediato se presentó ante el Juzgado para su homologación, aplicando aquí no solo lo dispuesto en el Código de Trabajo, sino que en apego a lo dispuesto por la normativa internacional se dio protección a los derechos del trabajador del mar, sin distingo de su nacionalidad.

6. CONCLUSIONES

Se ha pretendido repasar por medio del presente trabajo la normativa laboral, a nivel nacional e internacional, que rige la temática del trabajo del mar, donde se plasmó la conceptualización básica que a nivel de normativa interna se ha considerado sobre el tema, hasta el concepto más amplio determinado por Convenio sobre el Trabajo Marítimo de la OIT, considerando las diversas aristas que desde nuestra visión se percibieron, para finalmente llegar a ver la posible aplicabilidad de los conceptos o normas que pudiesen considerarse en la materia, posterior a la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral, con el fin de darle un contexto de vigencia.

Para ello, se expusieron los diversos esfuerzos que, desde nuestra normativa vigente en la materia, se han realizado para ajustar la conceptualización del trabajo del mar, evidenciando algunos aspectos por mejorar, por ejemplo, en cuanto a las funciones que se asignaron a entidades y que a la fecha pareciera no se cumplan.

Debe tenerse presente que, por la amplitud de la conceptualización, no precisamente lo que se determina a nivel internacional contiene los mismos parámetros o alcances que nuestra normativa designa.

Se destaca que, desde la perspectiva del panorama general del Derecho Internacional, se cuenta con una herramienta importantísima para el abordaje de la temática del trabajo del mar, específicamente hablamos del Convenio sobre el Trabajo Marítimo de la OIT, el cual contiene una amplia serie de normas de alcan-

ce mundial, basadas en convenios y recomendaciones que ya están contenidas en otros instrumentos sobre el trabajo marítimo y que han sido adoptados por la OIT, pero, que utiliza un nuevo formato e introduce actualizaciones que se consideraron necesarias para reflejar las condiciones y un vocabulario actual.

De cara a lo anterior, toma relevancia la percepción en cuanto a la categorización de los Convenios de la OIT que ha realizado nuestra Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia y se deja patente la necesidad de que a los juzgadores que les corresponda aplicar la normativa relativa a trabajo del mar, puedan ampliar su visión en cuanto al control de convencionalidad.

Corolario de lo anterior, resulta de fundamental importancia, para el operador jurídico que le corresponda conocer y resolver temas relativos al trabajo del mar, tener un conocimiento básico de las principales reglas que se determinan en el Capítulo XI del Código de Trabajo, ello en contraste con lo dispuesto por la normativa internacional. Siendo que, del caso práctico que se expuso, se logra resaltar que al menos posterior a la Reforma Procesal Laboral se ha facilitado la aplicación de aspectos normativos que, de manera colateral, posibilitan la implementación de figuras que permiten resolver situaciones relativas a los trabajadores del mar y poder hacer efectivos los derechos de los trabajadores.

Todo lo anterior refleja que si bien nuestra normativa interna ha evolucionado en el tema del trabajo del mar, aún penden temas por evaluar para dar un abordaje que se aproxime al alcance que se ha determinado por los instrumentos internacionales.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Código de Trabajo de Costa Rica. Incluye Reforma Procesal Laboral del año 2016. Eugenio Vargas Chavarría/ Diana Vargas Rodríguez. Editorial Juritexto. Pp.481.
- Oficina Internacional del Trabajo. Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global, Malta, Organización Internacional del Trabajo, 2002, pp. 583-698, citada en la Resolución 2005-00217, de las 9:30 horas, del 30 de marzo de 2005, de la Sala Segunda.
- Organización Mundial del Trabajo. (12 de noviembre de 2017). El Convenio de la OIT sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188) entra en vigor. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_597278/lang-es/index.htm
- Organización Mundial del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. Convenio sobre el trabajo marítimo, (2006). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-normes/documents/normativeinstrument/wcms_090302.pdf
- Sala Segunda. Resolución 2005-00217, de las 9:30 horas, del 30 de marzo de 2005.
- Salazar Carvajal, Pablo. (2018). *Diccionario usual del Poder Judicial*. Poder Judicial, Costa Rica. <https://www.poder-judicial.go.cr/digesto/index.php/contactenos/dicc/48729:trabajador-a-del-mar-y-de-las-v%C3%ADas-navegables>



EL PARADIGMA DE LAS CLÁUSULAS

de ultraactividad en las

convenciones colectivas costarricenses

MBA. Adelina Rodríguez Vásquez¹

Resumen:

En el presente artículo se pretende dilucidar el paradigma de las cláusulas de ultraactividad de las convenciones colectivas. El tema es actual, puesto que las convenciones colectivas y su fenecimiento, ha sido abarcado jurídica, social y mediáticamente, en virtud de la crisis económica del país y la dificultad de sostener algunos beneficios.

Palabras clave:

Autonomía colectiva, negociación colectiva, convención colectiva, denuncia y ultraactividad.

Abstract:

This paper aims to elucidate the paradigm of the ultraactivity clauses on collective bargaining agreement. This issue is current, since collective bargaining agreement and their demise have been covered legally, socially and through the media, due to the country's economic crisis and the fact that some benefits granted by those instruments are difficult to maintain.

Keywords:

Collective autonomy, collective bargaining, collective bargaining agreement, complaint, ultraactivity.

¹ Abogada de Asistencia Social en Alajuela. Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica en el 2016, con una maestría en Administración Internacional de Empresas de la Universidad de Barcelona, España.



ÍNDICE



1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo inicia definiendo el concepto de convención colectiva, se detalla el contenido de sus cláusulas y el alcance de cada una de ellas, hasta llegar a las de ultraactividad. Posteriormente, se exponen las teorías existentes en cuanto a la incorporación o no de las cláusulas normativas en los contratos de trabajo, tras el fenecimiento de las convenciones colectivas.

En seguida se analiza la utilidad de las cláusulas de ultraactividad y también en cuáles escenarios significan un problema. Para este acápite, se exponen sentencias nacionales y un criterio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En cuanto al derecho comparado, se menciona la legislación española referente al tema y se examina un caso con su respectiva sentencia.

Al final del artículo, se resume el contenido puntualizando las ventajas y desventajas de las cláusulas de ultraactividad y algunas recomendaciones.

Para una mejor comprensión del presente texto, a continuación se desarrolla un breve glosario con los principales términos por desarrollar:

- a. Autonomía Colectiva:** potestad extraestatal de autorregulación de los grupos sociales organizados. Es la principal fuente del derecho colectivo de trabajo. La autonomía colectiva se manifiesta de dos formas: una dinámica, que es la Negociación colectiva; y una estática, el convenio colectivo.
- b. Negociación Colectiva:** proceso de diálogo entre los representantes de los trabajadores y los representantes patronales; orientado a fijar ciertas condiciones de trabajo por un periodo en específico.

- c. Convención Colectiva:** se celebra entre sindicato de trabajadores y representantes patronales, con el objetivo de reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse. La convención colectiva tiene carácter de ley profesional, otorgado por el artículo 54 del Código de Trabajo y el 62 de la Constitución Política.

- d. Denuncia:** acto mediante el cual, unilateralmente cualquiera de las partes creadoras de una convención colectiva, deciden no continuar con la aplicación de dicho instrumento normativo, brindando el aviso oportuno a la contraparte.

2. DEFINICIÓN DE CONVENCIÓN

COLECTIVA Y ASPECTOS BÁSICOS

Las convenciones colectivas son un instrumento del Derecho Colectivo de Trabajo que han sido tema en boga en Costa Rica durante los últimos años, porque mediante algunas de ellas, se otorgaron a los trabajadores derechos discutidos políticamente, en razón de la situación económica actual del país. Pese al intento de grupos opositores a algunas convenciones colectivas de fenecer a estas o parte de ellas, no ha sido una tarea fácil, pues constitucionalmente se les ha otorgado fuerza de ley y existen requisitos y plazos legales necesarios para poder darlas por terminadas. Además, en ocasiones cuentan con cláusulas que les otorga eficacia aún después de que hayan sido denunciadas.

En relación a este último punto, debe considerarse incluso las partes creadoras de una convención colectiva que desean modificarla o acabarla, pese a tener la voluntad de fenecer la convención creada por ellos, pueden encontrar cláusulas dentro de la convención que impide darlas por terminadas o cesar sus efectos en el tanto no se negocie y se establezca una nueva convención. A ese tipo de cláusulas se



les denomina de *ultraactividad*, y en el presente documento se describirán sus efectos y la problemática que existe a la hora de incorporarlas en la convención colectiva cuando se desconocen sus alcances.

Para iniciar, es fundamental entender que una convención colectiva de trabajo es el instrumento mediante el cual un sindicato (o varios) de trabajadores pactan con un empleador (o varios), las condiciones en que debe prestarse el trabajo, las condiciones y el funcionamiento del mismo, los cuales deberán tenerse por incorporados en los contratos de trabajo individuales actuales y futuros (Hernández Villareal & Delgado Villalobos, 2009).

Es decir, que a partir del acuerdo entre las partes legitimadas para ello nace la convención colectiva, que regulará las condiciones de trabajo de los contrayentes (patrono y trabajadores representados por el sindicato). Este instrumento colectivo es fuente de derecho objetivo para los que se encuentren sometidos a ella.

En Costa Rica, la fuerza de ley de la que goza una convención colectiva es de rango constitucional, pues así lo establece el artículo 62 de nuestra Carta Magna. El Código de Trabajo en el artículo 54, adiciona que a las normas de las convenciones deben adaptarse todos los contratos individuales y colectivos existentes o futuros.

Las convenciones colectivas se componen de cláusulas de diferentes alcances. El autor Barbagelata (1998) establece que la forma más detallada de dividir las o analizarlas es la siguiente:

a. Cláusulas de envoltura: están relacionadas con tiempo, espacio, ámbito de aplicación de una convención colectiva.

b. Cláusulas excepcionales o accidentales: son las que regulan situaciones, que eventualmente podrían suceder durante la vigencia de la convención colectiva, pero no hay certeza de la misma. Buscan regular eventualidades.

c. Cláusulas normativas: regulan las condiciones de trabajo de los patronos y los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la convención. El contenido normativo comprende aquella parte del convenio dedicada a regular las relaciones individuales y colectivas de los sujetos. Es decir, regula las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, todo acuerdo alcanzado por las partes en materia de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten las condiciones de empleo y productividad (Rodríguez Vásquez & Rodríguez Quirós, 2016, 7).

d. Cláusulas obligacionales: están destinadas a las partes negociadoras del convenio y tienen como finalidad evitar situaciones conflictivas o facilitar su cumplimiento. Generan obligaciones de hacer o no hacer para las partes firmantes de la convención colectiva. No trascienden; es decir, son cláusulas dirigidas solamente al patrono y al sindicato (Rodríguez Vásquez & Rodríguez Quirós, 2016, 67).

e. Cláusulas mixtas: son las que simultáneamente tienen un contenido normativo y obligacional en la misma cláusula.

f. Cláusulas de ultraactividad: Son las que se incorporan en algunas convenciones colectivas de manera opcional y a voluntad de las partes, con la finalidad de extender los efectos y la eficacia de la convención a la que afectan, especialmente de las cláusulas normativas, tras el fenecimiento de la convención colectiva.

Como acotación, la ultraactividad es un problema de aplicación de la ley en el tiempo, que contraría al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Es decir, la vigencia y la eficacia de la norma no resultan coincidentes con la extensión temporal de esta (Rodríguez Vásquez & Rodríguez Quirós, 2016, 62).

El autor Alberto Pastor Martínez (2008) establece que la ultraactividad es, según la Teoría General del Derecho, una situación relativa a la eficacia de una norma que, al estar derogada, continúa aplicándose respecto a los hechos y las situaciones acontecidas durante su vigencia. De tal forma, describe la eficacia de una norma ya derogada respecto a hechos acontecidos durante su vigencia, como consecuencia de un fenómeno de derecho intertemporal. La ultraactividad de los convenios colectivos difiere de la estipulada en la Teoría General del Derecho, pues esta última solo surte efecto en cuanto a los hechos durante la vigencia de la norma. El término en el derecho laboral refiere a la capacidad del convenio colectivo para regular más allá de los hechos durante su periodo de vigencia estipulado por las partes (Martínez, 2008, 273-274).

Ahora bien, teniendo en consideración las cláusulas componentes de una convención colectiva y la existencia de las de ultraactividad, se expondrán a continuación las teorías existentes a nivel teórico que permiten o no la ultraactividad de las convenciones en sí, partiendo de la premisa de que en Costa Rica se aplica para regular estos efectos ultraactivos el principio de autonomía colectiva. El principio mencionado hace necesario la regulación expresa del deseo de las partes de que la convención colectiva sobreviva tras su fenecimiento.

Las teorías existentes son: la rupturista, la de la incorporación y la de la aplicación del principio autonomía colectiva, que a continuación se detallan. La teoría rupturista, como su nombre lo indica, establece que con el fenecimiento de una convención colectiva, se acaban también todas las normas que la misma contenía. En

este caso no existe ultraactividad alguna. Esta teoría no ha sido de aplicación en el país (Rodríguez Vásquez & Rodríguez Quirós, 33).

Por su parte, sobre la teoría de la incorporación, anteriormente aplicada en nuestro país, la sentencia número 716-2005 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia costarricense establece que:

En este sentido, creemos de utilidad el aporte de algunas reflexiones acerca de la vigencia actual de la teoría de la incorporación de los beneficios del convenio colectivo en los contratos individuales de trabajo, en el marco de aquellos ordenamientos positivos -como el nuestro- que no la recogen expresamente (...). Partimos de la distinción que hace todos los autores entre contenido normativo y contenido obligacional del convenio colectivo. El contenido normativo se desdobra en dos efectos principales, a saber: a) automaticidad, que significa la producción de efectos automáticos de las cláusulas del convenio sobre el contrato individual de trabajo, sancionándose con nulidad las disposiciones de este cuando son menos favorables para el trabajador que las del convenio colectivo; y b) inderogabilidad "in peius", esto es, la imposibilidad de acordar individualmente, dejar sin efecto las cláusulas más beneficiosas contenidas en el convenio colectivo. Para explicar estos efectos, tradicionalmente se elaboró la teoría de la incorporación de los beneficios o derechos consagrados en el convenio colectivo, a los contratos individuales de trabajo, o a los usos y costumbres profesionales. Esta teoría ha sido enunciada desde dos enfoques que revelan una diferencia de matiz. Una posición entiende que los beneficios del convenio se incorporan a los contratos individuales de trabajo como derechos adquiridos, manteniendo su vigor aún después de extinguido el convenio, para los trabajadores vinculados a la empresa durante su vigencia. Es decir, que las normas del convenio colectivo extinguido, siguen regulando las relaciones laborales de estos trabajadores, en calidad de cláusulas contractuales y no ya convencionales. La otra posición considera que las normas se incorporan a los usos, costumbres o prácti-

cas profesionales, no pudiendo el empleador desconocerlas aunque el convenio pierda su vigencia, debiendo aplicarlas también a los trabajadores que ingresen con posterioridad a la extinción del mismo.(...) De lo que expresamos al enunciar esta teoría, la incorporación de los beneficios a los contratos individuales de trabajo, se traduce en el mantenimiento de los mismos, siendo irrelevante la extinción del convenio o la suscripción de un nuevo convenio colectivo, el cual no podría modificarlos hacia abajo o suprimirlos. Ello se traduce en una cierta fijeza de las condiciones de trabajo que solo podrían alterarse para mejorar. (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 716, 2005).

Las principales críticas que recibe esta teoría son (Rodríguez Vásquez & Rodríguez Quirós, 107):

- a.** Si el sindicato tuvo la capacidad para negociar un convenio colectivo, lo lógico es pensar que tiene la capacidad para renegociarlo, modificarlo o finalizarlo con anuencia de la otra parte.

- b.** Los convenios colectivos por su propia naturaleza tienen una duración determinada, pues deben adaptarse a realidades sociales, políticas, económicas y legales.

- c.** Que contrario al derecho individual de trabajo, en donde el individuo se encuentra en evidente desventaja frente a su patrono; en el derecho colectivo de trabajo al existir agrupaciones de trabajadores con intereses comunes, no existe tal inferioridad frente al empleador, encontrándose patrono y agrupación en equilibrio e igualdad de posiciones. Lo anterior se recoge en los principios generales de cada tipo de dere-

cho de trabajo: mientras que en el derecho individual de trabajo existe el principio de irrenunciabilidad de derechos, al presumirse un vicio en la voluntad del trabajador; en el derecho colectivo de trabajo prima el principio de autonomía colectiva. En este sentido, la sentencia de la Sala Segunda anteriormente citada, adiciona:

Esta amplia autonomía negocial tiene -a nuestro juicio- dos consecuencias de la mayor importancia para la dilucidación de la cuestión que estamos analizando. En primer lugar, significa la aptitud del sujeto sindical de poner fin a las estipulaciones convencionales, de conformidad con las distintas formas de extinción del convenio colectivo. En segundo lugar, supone la capacidad de pactar con el empleador un nuevo convenio colectivo que reemplace al anterior, con libertad para disponer de los beneficios preexistentes, ampliándolos, reduciéndolos o simplemente suprimiéndolos para el futuro (...) Von Potobski (...) ha señalado que es necesario tener presente que una de las características esenciales del convenio colectivo es su flexibilidad como instrumento normativo. El convenio debe permitir que las partes sociales regulen las relaciones de trabajo en función de las posibilidades del mercado laboral, respetando la protección mínima concedida por la ley (...). El mandato concedido por el trabajador al sindicato es el de defender sus intereses, pero estos deben ser concebidos en el marco de los intereses colectivos representados por la organización. Estos últimos tienen un carácter global, compuesto, y sus elementos pueden resultar términos de intercambio en una negociación en la que el sindicato vea la conveniencia de trocar beneficios anteriores por otros más actuales y apremiantes (...). (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 716, 2005).

Limitar la capacidad de negociar del sindicato a únicamente hacerlo para obtener mejores beneficios, va en contra de la autonomía colectiva y, también, en contra del propósito de los

sindicatos de defender los intereses de los trabajadores. No necesariamente la manera de lograr ese objetivo es consiguiendo beneficios; por ejemplo: en el caso hipotético de una empresa que cuente con convención colectiva y se encuentre en peligro de quiebra, los trabajadores podrían estar más interesados en negociar la convención colectiva a la baja y conservar su trabajo, en lugar de continuar con algunos beneficios que eventualmente podrían acelerar la insolvencia de la empresa y dejarlos sin empleo. En tal sentido, la limitación de negociar libremente una convención colectiva es contraria al principio de autonomía colectiva, que se sustenta en el principio de libertad sindical.

En vista de lo anterior, lo que se aplica en nuestro país, es el principio de autonomía colectiva. Este es el principio que se aplica en nuestra legislación, por ajustarse más a las corrientes flexibilizadoras que caracterizan a esta época, además de tener la virtud desestimular la negociación colectiva. Consiste en que tras la denuncia de la convención colectiva², sus efectos continuarán o no, dependiendo de la decisión que las partes negociantes hayan tomado en la propia convención colectiva; en caso de que expresamente no se haga referencia a ello, se regirá por ley. Entendiendo lo anterior, la ultraactividad de las cláusulas solo es admisible ante un claro texto expreso.

El cambio teórico se ha plasmado en la mayoría de los derechos positivos latinoamericanos y, su razón de ser, encuentra asidero en la acentuación de las crisis económicas que a nivel continental se han incrementado en los últimos tiempos; por ello se buscan instrumentos de flexibilización, los cuales no deben ser entendidos como desregulación (Ferreira, 29). En relación a esa flexibilidad que se busca, la sentencia no. 716-2005 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, es un ejemplo de ello, al establecer:

Por último, cabe citar a Vasco Torres de León: “Es característica del convenio colectivo ser una norma que rige una coyuntura laboral limitada en el tiempo dentro de su ámbito de aplicación (...). No obstante, su temporalidad, el convenio colectivo pretende proporcionar cierta estabilidad que permita que empresarios y trabajadores puedan desarrollar sus planes a corto y mediano plazo (...). Es decir, la norma como tal produce sus efectos para el futuro pero en un plazo determinado de tiempo aunque sin pretensiones de permanencia; por el contrario, la norma colectiva es creada para regular situaciones determinadas en un tiempo determinado, aun cuando las situaciones que pretende normar -las relaciones de trabajo- sean de carácter permanente. La aparente contradicción es resuelta en el sentido de desentrañar la función y objetivo del propio convenio colectivo, el que pretende ser un conjunto normativo que posee adaptabilidad a las relaciones permanentes de trabajo; puesto que, aunque estas se mantienen como tales, las condiciones en que las mismas se prestan son altamente variables. Así, entonces, se pretende, por medio del convenio colectivo, dar flexibilidad a relaciones de trabajo permanentes en el tiempo. Existe entonces una necesidad bidireccional que debe ser cubierta. Por un lado, los trabajadores precisan de estabilidad en las condiciones en que deben prestar el trabajo y en la remuneración a la que tienen derecho; y, por otra parte, las transformaciones económicas y de la organización productiva que se reflejan, necesariamente, en el seno de la empresa hacen necesaria la creación de una herramienta que conjugue ambos elementos haciendo posible una regulación con la adecuada dosis de certeza jurídica en las condiciones de trabajo y flexibilidad en la organización empresarial. Esta herramienta es proporcionada por el carácter temporal del convenio colectivo” (El contenido del convenio colectivo panameño, Editorial Juris Textos S.A., Panamá, 1998, p.p.

² El vencimiento de las Convenciones Colectivas está regulado en el artículo 58 inciso e) del Código de Trabajo, que establece que las partes establecen la vigencia de la convención dentro de su cuerpo, y el plazo se proróga automáticamente durante periodos iguales. Si alguna de las partes no desea continuar con la convención, debe denunciarla un mes antes de su vencimiento.



116-119)". (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 716, 2005).

La sentencia anteriormente citada ha sido base para sentencias posteriores en relación al mismo tema, en donde la Sala Segunda se decanta por la teoría de la autonomía colectiva. Un ejemplo es la sentencia no. 2020-706 de la Sala anteriormente mencionada.

Del análisis de las teorías anteriores y del principio de autonomía colectiva, se infiere que la manera de otorgarle ultraactividad a una convención colectiva, es plasmando esa disposición de forma expresa en el cuerpo de dicha normativa, mediante cláusulas que dispongan sobre la duración y eficacia de la convención colectiva tras su fenecimiento: las cláusulas de ultraactividad.

3. UTILIDAD Y PROBLEMÁTICA

DE LAS CLÁUSULAS

DE ULTRAACTIVIDAD

La utilidad de estas cláusulas reside en que las cláusulas normativas de las convenciones colectivas en ocasiones versan sobre aspectos de la relación laboral elementales, que deben estar regulados siempre. Ante la ausencia de un contrato de trabajo individual, aspectos como el salario de los trabajadores, jornadas, entre otros; pueden ser negociados y documentados por medio de las convenciones colectivas, en el caso de que se busque que sean superiores a los mínimos establecidos.

El problema de la aplicación de las cláusulas de ultraactividad, radica en que se aplican por costumbre e incluso porque las partes redactoras de las convenciones utilizan modelos de otras convenciones que las incorporan, sin conocer los verdaderos alcances de estas. Posteriormente, cuando es su voluntad modificar o terminar con los efectos de una convención, no pueden hacerlo, pues esta goza de ultraactividad y, por tanto, eficacia tras su fenecimiento. La problemática descrita ha afectado tanto a distintas legislaciones, que países como España y Argentina han optado por regular las cláusulas de ultraactividad con leyes expresas, para poder terminar con convenciones colectivas que siguen vigentes durante años, pese a que la voluntad de las partes es fenecerlas, pero no logran ponerse de acuerdo para tener una nueva convención que termine con la primera.

3.1. El caso de la ultraactividad en España

Un caso muy particular que recoge la problemática que puede surgir de la ultraactividad, es el expuesto en la sentencia del Tribunal Supremo español, dictada el 22 de diciembre de 2014.

En España, la ultraactividad se introdujo por ley alrededor de los años ochenta, al vislumbrarse el problema que podían causar los vacíos en el derecho colectivo de trabajo, estipulándose que: "Denunciado un convenio y hasta tanto no se logre un acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normativo" (Texto Inicial de la Ley 8/1980 y Texto Vigente con Referencia a Las Normas Modificadoras de los Distintos Preceptos).

En primera instancia, los efectos de la norma citada se valoraron positivamente. No obstante, con el paso del tiempo, se empezaron a

notar las dificultades que representaba a nivel contractual (Valdés Dal-Re, 1986, 1396).

En el 2011, se realizó la reforma legal DRL 7/2011 en España, la cual afectó el tema de las negociaciones colectivas. La exposición de motivos de la ley, refiere a que una vez denunciados los convenios tardan en empezarse a negociar, esto genera situaciones de paralización y bloqueo, lo cual tiene como resultado que las condiciones pactadas en un convenio anterior se prolonguen en el tiempo sin ajustarse a las condiciones económicas y productivas de la empresa, lo cual perjudica tanto a la empresa como a los trabajadores. (Escudero Rodríguez, 2011, 47).

La reforma buscaba conseguir una rápida y ágil transición temporal de los convenios, sin que se prolongaran en forma indeseada, por más tiempo del pactado por las partes en un inicio. Sin embargo, esta reforma no ofreció una solución inmediata al problema y, por tanto, hubo otra reforma en el 2012 cuya finalidad era evitar la petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos (Rodríguez Vázquez & Rodríguez Quirós, 71). La Ley 3/2012 modifica el artículo 86.3 ET, para que indique: "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación".

Esta nueva normativa resolvía el problema del estancamiento de una convención colectiva denunciada en el tiempo y, a la vez, promovía la negociación colectiva bajo nuevas condiciones atinentes a la realidad social y económica de la empresa o institución. La ley



3/2012 contenía un transitorio, en donde en el plazo de un año, si no se habían negociado nuevamente, las convenciones colectivas que seguían teniendo eficacia por ultraactividad, perderían vigencia conforme al artículo 86.3 ET de la ley.

Trascurrido el plazo del año, suceden los hechos que dan pie al conflicto colectivo que se conoce en la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Cuarta de lo Social del 17 de diciembre de 2014. Específicamente, una empresa en donde se regulaba el salario y otras condiciones esenciales de los contratos de trabajo por medio de una convención colectiva, mantenía a esta última ultraactiva desde antes de la entrada en vigencia de la ley 3/2012. Dicha convención no fue renegociada en el plazo del año otorgado en el transitorio de la ley. Por tanto, el 8 de julio de 2013, es decir, cumplido el año desde la entrada en vigor de la ley que regulaba el plazo de la ultraactividad por un año (Ley 3/2012), no existía convención colectiva que regulara los salarios y otras condiciones.

En vista de lo anterior, la parte patronal pagó la nómina salarial en dos periodos: del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del convenio colectivo de empresa y del 8 al 31 de julio conforme a las condiciones de Estatuto de los Trabajadores; es decir, las condiciones mínimas estipuladas por ley. El sindicato interpuso un conflicto colectivo en donde se solicitó se declarara nula de pleno derecho, injustificada y no ajustada a derecho la modificación realizada por la empresa para el pago de la nómina de julio cancelada con base en los salarios mínimos.

Los juzgadores debían determinar si el convenio colectivo de aplicación denunciado el 5 de noviembre de 2010, continuaba en ultraactividad superado el 8 de julio de 2013. Es decir,

cumplido el año desde la entrada en vigor de la ley 3/2012 que cesaba el plazo de la ultraactividad por un año.

El Tribunal se decantó por aplicar la tesis de la incorporación, pues al no existir convención colectiva y la anterior regulaba condiciones esenciales de trabajo, al desaparecer la convención y aplicar los mínimos por ley establecidos, ambas partes se perjudicaban. El trabajador, porque pasaría a percibir el salario mínimo profesional e incluso, podría ser obligado a realizar otras actividades profesionales distintas a las acordadas en primera instancia por convención. Además, la jornada pasaría a ser la máxima legal, pues la convención establecía una menor. El patrono se vería afectado en cuanto a que las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto y no estaría facultado para sancionar disciplinariamente a sus trabajadores con base en normas adicionales que se aplicaban por convención. Finalmente, ante la imposibilidad de lograr negociar una convención colectiva nueva en el plazo de un año, se podría generar un mal clima organizacional, afectando a ambas partes, entre otros aspectos.

En el caso anterior, no era debido dejar un vacío legal en cuanto al salario de los trabajadores, por ser una condición esencial del contrato de trabajo. Esa realidad no fue contemplada en la ley, pues se planteó como si la ultraactividad de las convenciones colectivas fuese algo negativo, con ello se olvidó la importancia que tiene en los casos en donde se regulan condiciones elementales de los contratos de trabajo individuales.

A pesar de que la ley 3/2012 intentaba resolver una problemática jurídica, económica y social, evitando la perpetuidad de las convenciones colectivas para que se adaptaran a la

realidad actual del país; lamentablemente no lo logró y trajo consigo otro problema de la misma índole. Lo anterior, por cuanto obligó a las partes colectivas a perder sus convenciones y les dio el plazo de un año para negociar nuevas, plazo que pudo ser insuficiente dependiendo de la complejidad de cada relación. Fue tan polémica la ley que el Tribunal Supremo tuvo que resolver el caso omitiéndola y la resolución no fue unánime.

La situación mencionada, nos muestra la importancia de las cláusulas de ultraactividad en ciertas convenciones colectivas, pues cumplen con una labor de preservar en el tiempo acuerdos fundamentales contenidos en convenciones colectivas que afectan directamente los contratos individuales de trabajo.

La ultraactividad de las convenciones colectivas en Costa Rica

En Costa Rica la forma legal para dar por terminada una convención colectiva es mediante la denuncia, regulada en el artículo 58 inciso e) del Código de Trabajo. La denuncia consiste en un acto unilateral de alguna de las partes (patrono o sindicato), mediante el cual se manifiesta el deseo de cesar los efectos del convenio vigente. Si ese convenio contiene una cláusula de ultraactividad, la eficacia del mismo perdurará hasta la negociación de una nueva convención colectiva.

Las convenciones, según el artículo mencionado, deben tener una duración de mínimo un año y máximo tres, plazo que se prorroga automáticamente si las partes no denuncian la convención un mes antes de su fecha de término.

A diferencia de España, en Costa Rica no existe una ley expresa que le otorgue ultraactividad a las convenciones, pero gran parte de las convenciones cuentan con cláusulas de ultraactividad, lo cual provoca la perpetuidad

de convenciones en el tiempo, algunas de ellas obsoletas. Lamentablemente, las cláusulas de esta índole incorporadas en la mayoría de estas convenciones se establecen sin tomar conciencia de sus efectos, debido a la implementación de textos modelos de otras convenciones colectivas que las contienen. Por lo anterior, aunque se denuncie una convención colectiva en tiempo y forma, y sea la voluntad de las partes acabar con ella, seguirá siendo ultraactiva hasta la negociación de otra convención; si así lo establece su cláusula de ultraactividad. El tema de la ultraactividad no ha sido abordado de manera amplia jurisprudencial ni doctrinalmente y, mucho menos, existe normativa expresa al respecto. Es un campo relativamente nuevo debido a que se vive actualmente una crisis económica nacional y, por ello, se ha intentado cesar con ciertos beneficios laborales superiores a los mínimos otorgados mediante convenciones colectivas, los que anteriormente podían otorgarse de manera más holgada financieramente.

A nivel nacional, llama la atención un análisis realizado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en relación con estas cláusulas. Se analizó un caso en donde existía una cláusula de ultraactividad con la que la parte patronal no se encontraba de acuerdo y esta le había otorgado eficacia a la convención por diez años posteriores a su denuncia, pues no ha sido posible renegociarla. Las partes involucradas eran la Municipalidad del Cantón de Montes de Oca y el Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Montes de Oca (en adelante SITRAM). El caso fue estudiado por el Ministerio en el expediente número DAJ-AE-237-15, del 14 de setiembre de 2015 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2015). Específicamente, la convención se firmó el 6 de abril de 1998 y se le estableció tres años de vigencia prorrogables conforme a la ley. El convenio contenía una cláusula de ultraactividad, que le daba eficacia por el lapso que durara la renegociación de la nueva convención. El 3 de marzo de 2004, se procedió a denunciar la convención colectiva y el 20 de abril de 2004 se inició un proceso de renegociación de la convención, el cual quedó inconcluso.

El Ministerio, buscando una solución, señaló que el plazo de la negociación de un nuevo convenio no puede ser ilimitado, en aras de no generar inseguridad jurídica y en apego al principio de buena fe. Estableció que es legalmente posible que se mantenga la vigencia de la cláusula de extensión pactada por las partes y, por ende, la aplicación de la convención colectiva denunciada, en el tanto se estén llevando a cabo las negociaciones para la nueva. Se interpretó que al no existir ánimo de negociar, la cláusula de ultraactividad no debería mantenerse de manera indefinida.

Como solución interpretaron que, a la luz del artículo 56 inciso d) del Código de Trabajo, en caso de acabarse la negociación o el ánimo en tal sentido en el plazo de treinta días, se originaría el derecho para que cualquiera de las partes pueda acudir a la justicia laboral a dilucidar los puntos en discordia. La solución buscaba que la ultraactividad no fuese motivo para impedir o atrasar la renegociación de convenciones denunciadas.

La solución planteada por el Ministerio fue abiertamente criticada por utilizar una norma no pertinente para interpretar un tema totalmente ajeno a esa norma. Entre sus detractores se encuentran el doctor Fernando Bolaños y el máster Esteban Calvo Rodríguez, quienes elaboraron un documento dirigido a la Junta Directiva del Asociación Nacional de Empleados Públicos, el 19 de octubre de 2015, en el cual argumentaron jurídicamente sobre las inconsistencias del criterio ministerial.

Los juristas indicaron, en el documento mencionado, que el criterio del Ministerio no buscaba desarrollar el concepto de ultraactividad ni analizar los efectos de esta a fondo, pues se buscó una solución a la ligera, "sobreinterpretando" un artículo de la ley que no fue redactado para regular esa figura y, salvo que se limite la voluntad de las partes legalmente como en España, "no es posible aplicar a la autonomía negocial de esas partes, criterios heterónomos que por vía de interpretación les impongan límites a lo acordado en el propio texto convencional" (Bolaños Céspedes & Calvo Rodríguez, 2015).



Llevan razón los señores Calvo y Bolaños, pues al tener la convención colectiva rango de ley, una norma de derecho estatal no puede estar por encima de ella. En el caso de convenciones, se reserva su contenido estrictamente a la disposición y administración de las partes del convenio y a las normas legales que interponen las normas de forma de estas. Además, la norma del Código de Trabajo aplicada por el Ministerio para solucionar el caso planteado (artículo 56 inciso d) del Código de Trabajo) está prevista para establecer un requisito procesal que permite solicitar la intervención de los tribunales dentro de un típico conflicto colectivo de carácter económico social y no para regular la extensión de la ultraactividad de las convenciones colectivas.

El anterior caso es un ejemplo de como una convención colectiva puede petrificarse en razón de la ultraactividad, aunque ya no sea deseado por una de las partes. Los efectos de la cláusula no pueden eliminarse, porque esta se incorporó producto de la autonomía colectiva de las partes creadoras de la convención. La problemática surge cuando esa eficacia en el tiempo de la convención es indeseada, porque al haber sido una decisión consensuada que adquirió fuerza de ley producto de la autonomía colectiva de los negociantes, sus efectos no pueden retrotraerse, salvo que se logre negociar una nueva convención colectiva que rija en lugar de la primera. Si alguna de las partes mantiene interés en la convención colectiva denunciada que se encuentra ultraactivada, podría eventualmente retrasar la negociación de una nueva y disfrutar la eficacia de la convención denunciada indefinidamente.

“El anterior caso es un ejemplo de como una convención colectiva puede petrificarse en razón de la ultraactividad, aunque ya no sea deseado por una de las partes”

La jurisprudencia costarricense también ha hecho referencia a las cláusulas de ultraactividad, como puede observarse en la resolución 905-2012 de las diez horas del tres de octubre de dos mil doce de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia que textualmente establece:

[S]egún lo afirma el demandado en su recurso, un mes antes del vencimiento de su plazo había sido denunciada. Sin embargo, **esa denuncia no produce la aniquilación de los efectos de la convención colectiva en el caso concreto, ya que como lo reconoce la propia institución accionada, y se reguló literalmente en la citada**

Ley Profesional en su artículo 239: “Es entendido que la presente Convención Colectiva cuando sea denunciada se mantendrá vigente en todo su clausulado, hasta tanto se convengan las modificaciones que se negocien recíprocamente y se homologue el respectivo documento convencional”.

De modo que el derecho de la actora a que se le calculara el extremo de auxilio de cesantía en los términos en que lo definía el numeral 161 de ese cuerpo normativo se mantuvo vigente hasta la fecha de la terminación de la

relación laboral, momento para el cual consolidó de buena fe su situación jurídica, y en consecuencia, su demanda resulta procedente.

Para mayor abundamiento debo señalar que el numeral 58 del Código de Trabajo que interpreta la recurrente a contrario sensu, en el sentido de que al ser denunciada la convención colectiva no opera su prórroga automática, debe ser entendido, en el tanto que las partes sociales no hayan pactado una cosa distinta dentro del mismo instrumento colectivo para regular su ultraactividad, aspecto que como vemos

en el caso concreto quedó definido en la Convención, manteniendo su vigencia, aún en el supuesto de denuncia, durante el período en que las partes logren un nuevo acuerdo colectivo, en aplicación plena del principio de la autonomía colectiva que impera en esta materia [...]". El resaltado no corresponde al original. (Resolución 905-12 Sala Segunda, 2012).

Se desprende del extracto, que nuevamente nos encontramos ante un caso en donde una de las partes generadoras de la convención colectiva en cuestión, no estaba de acuerdo con la ultraactividad de esta última, por lo que acude a la vía jurisdiccional a dilucidar su inconformidad. Los juzgadores dejan totalmente claro en la sentencia, que lo imperante en casos como el que se estudiaba es lo plasmado en la convención colectiva, pues tiene génesis en la autonomía colectiva que gozaban las partes al momento de generar el convenio. Si fue la voluntad de las partes que la convención perdurara tras su denuncia, no es posible a nivel judicial ir en contra de dicha decisión, pues la convención colectiva en sí misma es fuente del derecho. Es lo estipulado en su contenido, a lo que debe atenerse la función jurisdiccional para resolver en este tipo de conflictos.

Cabe mencionar que la sentencia mencionada es un referente jurisprudencial. Ha sido mencionada reiteradamente en otras resoluciones de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, como lo son la 1045-2012, la 1471-2013 y la 199-2014.

4. CONCLUSIÓN: EL PARADIGMA DE LA ULTRA ACTIVIDAD

De los casos y los conceptos desarrollados, tanto nacionales como internacionales, surge el paradigma de la ultraactividad de las convenciones colectivas. La función de esta figura es importante y necesaria en casos específicos,

como por ejemplo en el caso estudiado en la sentencia española mencionada, pues se regulaban condiciones esenciales de trabajo y, en ausencia de ella, se afectaba directamente el contrato de trabajo entre las partes individuales. La implementación de la cláusula de ultraactividad en ese caso, era lógica y necesaria, pues, no había contratos de trabajo y en sustitución la convención colectiva regulaba ese contenido. Su ausencia es análoga a la ausencia total de contratos de trabajo, en tal entendido, la relación laboral quedaba sin contenido que la regulara, teniendo que ajustarse a los mínimos legales, cuando por convención colectiva existían mejores derechos para los trabajadores.

Por otro lado, la misma ultraactividad que resulta tan necesaria en el caso español descrito anteriormente, también podría ser una figura problemática cuando las partes negociadoras las incorporan sin tener una noción clara y proyectada a futuro de los efectos que podrían tener.

La autonomía colectiva que las partes tienen al momento de negociar una convención, es un poder que podría ser peligroso en caso de utilizarla negligentemente, pues las partes en función de ella, están generando derecho para sí mismas. Al incorporar una cláusula de ultraactividad en una convención, las partes deben atenerse a sus efectos, porque si en el futuro no les resulta conveniente, se petrifica y no se adapta a la realidad social o económica de alguna de las partes. Por ello, no podrían retractarse de esa decisión que mancomunadamente fue tomada cuando tuvieron en sus manos la responsabilidad de crear leyes que les afectarían.

Otro punto por tomar en consideración, es que a pesar de que las convenciones colectivas se pactan presumiendo la buena fe de las partes, existe la contingencia de que, al denunciarla, la parte no denunciante mantenga el interés en el convenio. Será tentador para esta última retrasar la negociación de la nueva convención para seguir disfrutando de la pactada en primera instancia que se encuentra ultraactivada. Como posible solución a esta problemática,

podría pensarse en una cláusula de escape a la ultraactividad, que opere ante la negativa injustificada de alguna de las partes a negociar de buena fe dentro de un plazo determinado, bien sea haciendo cesar los efectos del convenio colectivo (una ultraactividad temporal semejante a la española) o remitiendo los puntos sobre los que no hay acuerdo o, incluso, ánimo de negociar a la vía del arbitraje obligatorio o jurisdiccional.

Con base en todo lo anterior, se concluye que, al incorporar cualquier cláusula en una convención colectiva, las partes deben ser mesuradas y tener certeza de sus futuros alcances. Con más razón debe tenerse ese cuidado al incorporar una cláusula que afecta a futuro la eficacia de la totalidad de la convención. Las partes deben valorar los posibles escenarios económicos, sociales y jurídicos, y cuestionarse las ventajas y desventajas de mantener esa convención colectiva que se está negociando en cualquiera de esos escenarios. Si en alguno de ellos no es conveniente tener una convención, la incorporación de una cláusula de ultraactividad debe ser cuestionada. Por último, sería conveniente que haya intervención legislativa para regular la vigencia de las cláusulas de ultraactividad, porque a pesar de que se trata de una cláusula incorporada en la convención colectiva por voluntad de las partes, en el futuro podría ser utilizada por alguna, de mala fe, con la finalidad de prolongar una convención colectiva desajustada con la realidad, a pesar de la manifiesta voluntad por medio de la denuncia de la otra parte, de no querer continuar.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Constituyente (1949). *Constitución Política*. Costa Rica.
- Asamblea Legislativa (1943). *Código de Trabajo*. Costa Rica.
- Barbagelata, R. (1998). *El Contenido de los Convenios Colectivos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Bolaños Céspedes, F., & Calvo Rodríguez, E. (19 de octubre de 2015). *Sobre pronunciamiento del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social DAJ-AE-237-15*. Escrito dirigido a Junta Directiva del Asociación Nacional de Empleados Públicos.
- Dal-Re, V. (1989). La Potestad Reglamentaria en el Ordenamiento Laboral. *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- Escudero Rodríguez, R. (2011). *Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto Ley 7/2011*. Madrid: Lex Nova.
- Ferreira, T. (s.f.). *Algunas reflexiones sobre los efectos del convenio colectivo en los contratos individuales*. Chile: Fundación de Cultura Universitaria.
- Hernández Villareal, A., & Delgado Villalobos, K. (2009). *Autonomía Colectiva en la Negociación de las Convenciones Colectivas y la potestad de revisión de su contenido por la Sala Constitucional*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho. San José, Costa Rica.

Ley 14.250. (13 de octubre de 1953).

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (14 de setiembre de 2015). *Pronunciamiento DAJ-AE-237-15. Respuesta a consulta DRT-173-2015 de la Municipalidad de Montes de Oca*. San José.

Organización Internacional de Trabajo. (s.f.). *Normas Internacionales de Trabajo en materia de Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. San José.

Pastor Martínez, A (2008). *La vigencia del convenio colectivo estatutario. Análisis jurídico de su dimensión temporal*. España: Lex Nova.

Rodríguez Vásquez, A., & Rodríguez Quirós, M. (2016). *Los efectos de las cláusulas de ultraactividad en Costa Rica tras el fenecimiento de la Convención Colectiva*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho. San José, Costa Rica.

Texto Inicial de la Ley 8/1980 y Texto Vigente con Referencia a Las Normas Modificadoras de los Distintos Preceptos. Obtenido de <http://www.empleo.gob.es/>

Valdés Dal-Re, F. (1986). *Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos*.

Villareal, K. D. (2009). *Autonomía Colectiva en la Negociación de las Convenciones Colectivas de Trabajo y la potestad de revisión de su contenido por la Sala Constitucional*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho. San José, Costa Rica.



INVITACIÓN

El Consejo Editorial de la Defensa Pública invita a escribir en la Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en las siguientes modalidades:

1. Análisis de doctrina extranjera o nacional.
2. Monografías académicas.
3. Estudio de caso o casos.
4. Análisis jurisprudencial.
5. Recensiones bibliográficas.

Requisitos para contribuciones

Las contribuciones deberán ser transmitidas con la siguiente información mínima esencial, por medio de correo electrónico, con los siguientes requisitos:

1. Identificación de la persona autora o las personas autoras (grado académico, nombre y apellidos).
2. Detalles de la trayectoria de la persona autora o las personas autoras en el campo del Derecho de Trabajo y Seguridad Social. Solamente en casos excepcionales, se admitirán personas autoras que no posean grado académico, pero para ello deberá fundamentarse la conveniencia y necesidad de realizar tal excepción. En tal caso, se deberá indicar la Universidad en

la cual se encuentra matriculada, el nivel que está cursando y los motivos de su interés en la materia de Derecho de Trabajo y de Seguridad Social.

3. Una descripción de entre 100 y 300 palabras del trabajo investigativo que se pone a consideración de Comité Editorial.

La contribución deberá considerar en su redacción las siguientes reglas:

1. La redacción debe ser en formato WORD (".doc" o ".docx") y debe ser enviado en tipo de archivo electrónico al correo electrónico.
2. El título de la contribución deberá estar centrado. Podrá ponerse un subtítulo.
3. De forma seguida y al margen derecho, deberá escribirse las siglas del grado académico de la persona autora o personas autoras, con el nombre y apellidos.
4. Un resumen en español (titulado "Resumen"), con su traducción a otro idioma, con una extensión máxima de doscientas palabras.
5. De seguido, máximo cinco palabras o conceptos compuestos en español (titulado "Palabras clave") y su traducción a otro idioma.

6. El contenido de la contribución no podrá superar 7000 (siete mil) palabras, tomando en consideración las notas al pie de página. Solo en casos excepcionales, el Comité Editorial podrá dispensar de dicho requisito.
7. Deberá utilizarse un único formato de citación, sin excepción, sea el aprobado por la Academia Americana de Psicología (conocido como método "APA") o el sistema de citación de notas al pie "Chicago".
8. La contribución debe tener el siguiente formato: letra Times New Roman 12, espaciado sencillo, alineación justificada, sangría en la primera línea de 1.25, márgenes izquierdo y derecho en 3 cm y superior e inferior en 2,5 cm. Las notas al pie deben utilizarse solo en caso de ser estrictamente necesarias y se utilizará el siguiente formato: letra Times New Roman 10, espaciado sencillo, alineación justificada y numeradas de forma consecutiva. Las citas textuales en el escrito deben diferenciarse con el uso de comillas (""); solamente en caso de citas textuales con más de cuatro líneas se separará del cuerpo principal del escrito y se utilizará una sangría en todas las líneas de 1.25, dicho texto no debe entrecomillarse.
9. Al final de la contribución deberá incluirse un acápite de "Bibliografía", la cual sin excepción será únicamente de las fuentes que fueron citadas en el texto. Ello no implica que las personas autoras no puedan incluir apartados de referencias recomendadas para profundizar en los temas abordados en el escrito.

¹ Se utilizó como fuente los parámetros de evaluación de la Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Asimismo, se consultaron las políticas de evaluación de artículos de la Revista Jurídica IUS Doctrina del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica.

Aclaraciones varias en cuanto a las contribuciones

1. Los contenidos y opiniones que se vierten en cada contribución serán responsabilidad exclusiva de cada una de las personas autoras y no comprometerá de forma alguna al Consejo Editorial, al Consejo Científico o a la Defensa Pública del Poder Judicial. Se procurará rechazar ad portas contenidos difamatorios, injuriosos, soeces o de mal gusto, sin atentar en contra de la libertad de opinión, pensamiento y cátedra, de aplicar.
2. El contenido de la contribución deberá ser original y de primera publicación en Costa Rica. Serán admisibles las reediciones de contribuciones anteriores, así como exposiciones resumidas de trabajos finales de graduación para algún grado académico universitario. Lo anterior bajo escrutinio exclusivo del Comité Editorial que decidirá en razón de la utilidad y conveniencia.
3. Las personas autoras ceden los derechos de publicación o copia de sus contribuciones, pero mantienen los derechos de autor morales de su obra. Si la persona autora desea con posterioridad publicar su contribución en otro medio, deberá contar con el aval explícito del Consejo Editorial de la Revista e incluir de forma manifiesta que dicha contribución ya ha sido publicada en la Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública, con indicación del año, volumen y número, según corresponda.
4. El Consejo Editorial se reserva la publicación de contribuciones que ya hayan sido publicadas o divulgadas por otros medios, físicos o electrónicos, en razón de su trascendencia e importancia para la materia de Derecho de Trabajo y de Seguridad Social. En tal caso, siempre se hará respetando los derechos de autor y la indicación expresa de la publicación previa.



PARÁMETROS DE EVALUACIÓN

El Consejo Editorial Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública utiliza como guía para evaluar los artículos académicos y ensayos que se recibe la presente guía de dictamen¹. Dichas contribuciones se distribuyen a una persona validadora de contenido (árbitro), conservando bajo anonimato la identidad de las personas autoras.

GUÍA DE DICTAMEN:

1. Relevancia y originalidad temática en el contexto del Derecho de Trabajo y Seguridad Social.

() Muy Bien.
() Bien.
() Regular.
() Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

2. Rigurosidad de la metodología empleada: precisión del objeto de estudio, definición de objetivos, exposición de la metodología utilizada.

() Muy Bien.
() Bien.
() Regular.
() Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

3. Dominio del tema del Derecho de Trabajo y Seguridad Social y solvencia del marco teórico del estudio.

() Muy Bien.
() Bien.
() Regular.
() Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

4. Aportación académica y solidez argumentativa de la tesis que sostiene en cuanto al Derecho de Trabajo y Seguridad Social.

() Muy Bien.
() Bien.
() Regular.
() Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

5. Rigurosidad y actualidad de las fuentes que emplea.

() Muy Bien.
() Bien.
() Regular.
() Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

6. Redacción, ortografía y calidad expositiva. Debe tomarse en consideración si se utilizó de forma adecuada el método de citación de fuentes (sea APA o Chicago).

() Muy Bien.
() Bien.
() Regular.
() Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

7. Correspondencia entre las conclusiones presentadas y los objetivos planteados. Se aconseja valorar la innovación en el campo del Derecho de Trabajo y Seguridad Social del estudio o la tesis presentada.

- () Muy Bien.
- () Bien.
- () Regular.
- () Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

DICTAMEN FINAL

De acuerdo con lo revisado en el artículo académico o ensayo sometido a su consideración, evalúa que debe ser:

- () Admitido sin reserva (no puede tener ningún rubro evaluado de malo ni regular).
- () Admitido previa revisión de señalamientos (tiene varios rubros evaluados de regular o alguno de malo).
- () No admitido.

Observaciones finales (justifique la decisión para ser considerada por el Consejo Editorial):





ÍNDICE