

SCARPULLA, A. y SINISCALCO, F. *L'inquinamento dell'atmosfera. Aspetti giuridici e tecnici*, en "Giurisprudenza agraria italiana", Roma, 1974.

SGUBBI, F. *Plurisoggettività eventuale e permanenza nelle fattispecie in tema di inquinamento*, en "Riv. it. di diritto e proced. penale", Milano, 1971.

SGUBBI, F. *Tutela penale di "interessi diffusi"*, en "La Questione Criminale", Bologna, 1975.

STEFANILE, A. *I paradisi naturali*, en "Il Mattino Illustrato", Napoli, n. 12, 1980.

VARRONE, G. *Risarcimento del danno da inquinamento*, en "Tutela Pubblica dell'ambiente", Milano, 1976.

## LA ESTABILIDAD LABORAL EN COSTA RICA REALIDAD DEL MITO Y MITO DE LA REALIDAD

*Dr. Raúl Marín Zamora*  
 Profesor de Derecho Laboral  
 Universidad de Costa Rica

*La estabilidad laboral en Costa Rica, realidad del mito  
y mito de la realidad*

1. La estabilidad como instituto laboral ha sido particularmente debatida en los últimos tiempos por la doctrina, la cual se ha ocupado de señalar diversos enfoques conceptuales, con sus correspondientes fundamentos jurídicos y juicios de valor.<sup>1</sup> Está fuera de los alcances del presente estudio hacer un inventario sobre los aspectos dichos y sobre sus matices, los que a veces alcanzan dimensiones escolásticas. Orientarán, en consecuencia, nuestra posición un concepto y una convicción. Adoptamos el primero del Profesor RUPRECHT: "cuando nos referimos a la estabilidad, lo hacemos en el concepto que garante al trabajador la permanencia en el empleo mientras dure su buena conducta laboral y no se dan los casos previstos en la ley para autorizar su disolución. Si a pesar de ello es despedido, tiene derecho a que se le reintegre a su puesto".<sup>2</sup> Esta noción de estabilidad, a secas, no es incompatible con la adopción, que para efectos descriptivos de nuestra realidad jurídica, hagamos de ciertos criterios de clasificación —no todos— que ha señalado la doctrina.<sup>3</sup> La convicción la

1 Vid. PISTONE, Mateo Juan. Derecho a la Estabilidad de los Trabajadores Dependientes, Ed. Ediar S.A., Buenos Aires, 1965; DE LA FUENTE, Horacio H., Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad. Víctor P. de Zavallia, editor. Buenos Aires, 1976. Sobre opiniones opuestas a la estabilidad por ser "antijurídica" y "antisocial" cfr. CAVAZOS FLORES, Baltasar, "La estabilidad en las relaciones laborales" en Revista Derecho del Trabajo. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1962, pp. 403 y 404; además por ser "antipsicológica", vid. PISTONE, op. cit., p. 248.

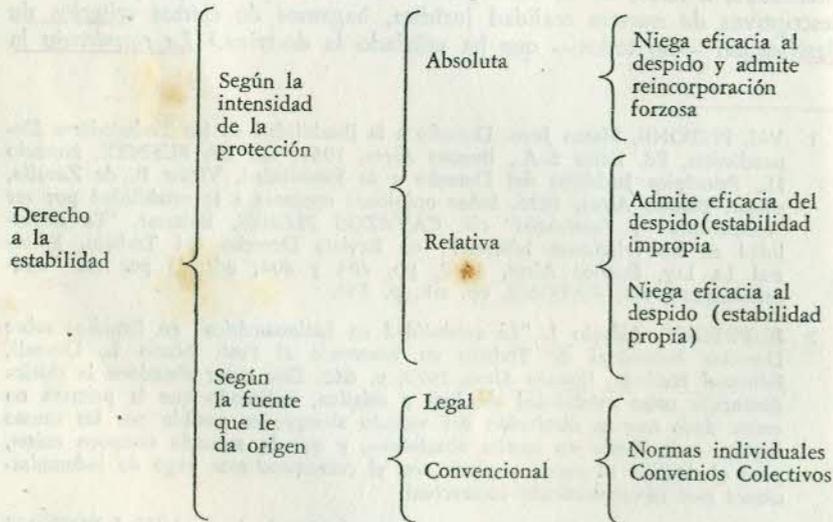
2 RUPRECHT, Alfredo J. "La estabilidad en Latinoamérica" en Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1979, p. 642. Este autor abandona la clásica distinción entre estabilidad absoluta y relativa, indicando que la primera no existe dado que la disolución del vínculo siempre es posible por las causas legales —de donde no resulta absoluta—, y que la segunda tampoco existe, pues el despido se puede producir con el correspondiente pago de indemnizaciones por incumplimiento contractual.

3 Entre las varias clasificaciones que se han hecho de la estabilidad PISTONE (op. cit.) las diferencia según los siguientes criterios: "A) Por sus efectos materiales puede denominarse: DIRECTA, EFECTIVA, REAL, ESTRICTA, PROPIA, VERDADERA, PERFECTA, ABSOLUTA", en cuyo caso existe la acción de reincorporación o reinstalación en el puesto"; 2) RELATIVA, IMPROPIA, FICTICIA, INDIRECTA, IMPERFECTA" (el despido arbitrario genera únicamente indemnizaciones). "B) Por sus efectos de protección en el tiempo se denomina: 1) PROPIA, PERFECTA, ABSOLUTA; Protege toda la vida laboral del trabajador hasta conseguir otro medio de seguridad social,

A. La Constitución

compartimos con nuestro maestro el Profesor Jean-Claude JAVILLIER: "Que todo despido irregular en la forma o en el fondo debería ser nulo. Ningún argumento económico podría ocultar esta realidad fundamental; la pérdida del empleo es un acontecimiento capital para el asalariado; ella es, demasiado frecuentemente, la ocasión de medir la ausencia de dignidad reconocida a este último en su trabajo. Desde este punto de vista el derecho del despido continuará siendo un lugar privilegiado para quien quiera luchar porque real y prácticamente el trabajo no sea una mercancía".<sup>4</sup>

como la jubilación. 2) RELATIVA, EVENTUAL, TRANSITORIA, TEMPORAL: Protege al trabajador sólo en un periodo limitado de tiempo, que no llega a toda su vida laboral... "C) Por las fuentes generadoras del derecho: 1) LEGAL: Impuesta y garantizada como derecho por la Constitución, leyes o decretos. 2) CONVENCIONAL O CONTRACTUAL: Establecida por contrato privado o por convención colectiva. D) Por el trabajador protegido: 1) DEL TRABAJADOR PRIVADO: ... 2) DEL TRABAJADOR PUBLICO... 3) DEL DIRIGENTE GREMIAL" (como fuero de protección) "E) Por el léxico legal: 1) EXPLICITA: Se consigna expresamente en el texto de la ley el término estabilidad, con carácter de derecho subjetivo. 2) IMPLICITA: No se consigna el vocablo en la ley, pero sí sus efectos y alcances como derecho subjetivo". Los criterios que sigue DE LA FUENTE (op. cit., p. 25) son los siguientes:



4 JAVILLIER, Jean Claude, "Permanences et remises en question dans le droit du licenciement", Droit Social, número especial (La crise du droit des licenciements), París, abril 1980, p. 305. Que el trabajo no degrade a simple mercancía es un precepto propio de las corrientes filosóficas humanistas y consagrado tanto en la Declaración de Filadelfia como textualmente en el artículo 56 de nuestra Constitución Política. Sobre el derecho al trabajo como Derecho Humano vid. BLANCO QUIROS, Miguel, "Los Derechos Humanos", Revista de Ciencias Jurídicas, número 38, 1979, p. 36.

1. Sector Público

2. Dos normas constitucionales se ocupan del tema de la estabilidad en el sector público. El artículo 191 indica que la fuente que regulará las relaciones entre los servidores públicos y el Estado será un estatuto de servicio civil. El artículo siguiente únicamente permite la remoción de dichos funcionarios "por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos".

3. Este enunciado engloba el principio de la estabilidad implícita. Sus alcances han resultado polémicos: ¿Se derivan de esos artículos derechos públicos subjetivos? ¿Qué alcances tiene el concepto de Estado en la Constitución? ¿Qué debe entenderse por legislación de trabajo?

4. La respuesta al primer interrogante planteado ha sido resuelto negativamente por nuestra jurisprudencia.<sup>5</sup> "Las dos disposiciones constitucionales referidas, como puede observarse, sólo aluden a la creación de un estatuto de servicio civil y a las características que lo deben informar, pero no se expresa en su contexto, ni su redacción se infiere, que el Constituyente pretendiera establecer un derecho en favor de las personas y de ahí que pudiera ser protegido por la vía del Amparo".<sup>6</sup> Y agrega: "La propia naturaleza de esas disposiciones, que son de tipo programático y que tienen como destinatario el legislador para que regule la institución de Servicio Civil, impiden ver en ellos posibles derechos públicos subjetivos".<sup>7</sup>

5. Cuando la Administración despide a un servidor público sin indicar la causa, y sin que el mismo esté amparado al Estatuto de Servicio Civil (vid infra), o sea, sin base legal o reglamentaria, la perturbación del goce del derecho a la estabilidad es evidente. Es por ello que se pueden avanzar algunas ideas a favor del criterio de que el artículo 192 constitucional consagra un derecho público subjetivo: si la Constitución establece sólo la

5 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 43 precit; y en idéntico sentido de la resolución N° 58 de 1981.

6 cfr. La opinión del Diputado FOURNIER ACUNA, representante de la fracción proponente: "Es imprescindible decir lo esencial de la Ley del Servicio Civil, este es, que a ningún empleado se le podrá remover de su puesto, si no es por causales de despido que establece el Código de Trabajo... Se garantiza al empleado y al Estado" (subrayamos nosotros) (Acta número 167, tomo III, p. 477).

7 Actas loc. cit.

modalidad de despido punitivo y al mismo tiempo indica que las causas son las que expresa la legislación de trabajo, está dejando en manos del legislador, para que incorpore al estatuto los criterios para garantizar la eficiencia de la administración y la idoneidad de sus servidores, de modo que si tiene características programáticas se refiere a los aspectos dichos. Es decir, la norma tiene dos facetas, que implican sendas obligaciones de no hacer y de hacer, así: la obligación negativa de no despedir incausadamente se impone al Estado y es oponible por el servidor público; la obligación de hacer se impone al legislador para lograr la eficiencia administrativa, pero su carácter programático la hace inoponible frente a aquél o recurrible por vía de amparo. Luego, la existencia del estatuto y su contenido son irrelevantes en punto a la estabilidad, cuyo contenido está informado por la norma constitucional. El problema difiere si el servidor impugna la causal que originó su despido en cuyo caso debería acudir a la vía jurisdiccional respectiva (cuál? vid. infra). ¿Podría el servidor, si no tiene base legal de estabilidad explícita recurrir al artículo 192 constitucional, o debería simplemente (?) señalar los vicios del acto administrativo con total prescindencia del precepto constitucional para lograr su estabilidad, en cuyo caso —y en todos— ninguna utilidad tendría el mencionado artículo? Cuando analicemos las fuentes legales de este sector trataremos este tema.

La doctrina nacional se ha cuestionado el ámbito de aplicación del Estatuto de Servicio Civil, pues su ley de creación (Nº 1581 de 30 de mayo de 1953) limitó su radio de acción a las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores. Es evidente que el término Estado empleado por la Constitución no podría ser equivalente a Poder Ejecutivo, debiendo abarcar como mínimo los otros poderes constitucionales. El Lic. Eduardo ORTIZ ORTIZ<sup>8</sup> indica que en lugar de existir un solo estatuto, cada uno de los poderes del Estado tiene el suyo propio,<sup>9</sup> y a partir de este dato interroga: "Qué decir del imperativo constitucional en relación con los entes autónomos y semiautónomos del sector institucional público? El Artículo 191 se refiere al Estado como equivalente de Administración Pública, al emplear indistintamente ambos vocablos, uno para definir la materia del Estatuto y otro para definir el fin. Esta inteligencia de la norma resulta acorde con su motivación —...— y con la idea de un solo régimen para todo el sector estatal. Pareciera que sólo queda fuera de

8 "Costa Rica: Estado Social de Derecho", Revista de Ciencias Jurídicas, número 29, 1976, p. 23 y ss.

9 Aparte del Estatuto ya referido, Ley 5155 de 10 de enero de 1973, llamada Estatuto del Servicio Judicial; Ley Nº 4556 de 29 de abril de 1970, llamada Estatuto de Personal de la Asamblea Legislativa; y Ley Nº 4519 de 24 de diciembre de 1969, llamada Ley de Salarios y Régimen de Méritos del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil. Vid. ORTIZ ORTIZ, op. cit., p. 85. Para otras disposiciones afines vid. BALDI CAMACHO, Ricardo, Estatuto de Servicio Civil y otras leyes conexas. Anotado y concordado, Imprenta Nacional, San José, 1978.

dicha regulación aquellos entes públicos que, pese a ello, no son estatales...".<sup>10</sup>

El Doctor Mauro MURILLO A.<sup>11</sup> señala la imprecisión conceptual de nuestra Constitución en cuanto al término "Estado": "desgraciadamente el uso del vocablo Estado fue muy prolífero (casi 40 veces) y poco uniforme (en prácticamente todas las acepciones posibles)",<sup>12</sup> lo que lo lleva a decir sobre los alcances del artículo 191: "Ante semejante desorden, es imposible sostener una tesis definitiva sobre el punto cuestionado".<sup>13</sup>

7. Una vez hechas las consideraciones anteriores el Lic. ORTIZ agrega: que no se puede alegar que la autonomía de los entes es oponible frente a la Asamblea Legislativa cuando ésta regula "sus relaciones de empleo, con el fin de asegurar la eficiencia de la Administración y la justicia en el trato del servidor público, pues ese campo está reservado a ella por el Artículo 191...";<sup>14</sup> y plantea un interesante problema: son inconstitucionales, entonces, las reglas dictadas para suplir la inexistencia del Estatuto del Servicio Civil, en el sector estatal o institucional que el Estado maneja? Es muy posible que ello sea así, si se atiende al carácter imperativo del precepto constitucional y a su propósito de uniformar el régimen de empleo público, pues el artículo 191 dice tajantemente que el dicho Estatuto "regulará" las relaciones de servicio o empleo público para el Estado".<sup>15</sup>

8. De todo lo anterior se colige que si bien se discute cuál debe ser el ámbito público que debe regir el Estatuto del Servicio Civil, otra pregunta se impone en lo que concierne a los servidores públicos cuya estabilidad laboral no está amparado por disposición legal (u otra no constitucional): tal situación desventajosa infrinje la igualdad ante la ley? Sobre este principio se ha dicho, en lo que nos interesa: "Desde el punto de vista del Estado, es posible afirmar que la igualdad se refiere a todas las funciones del poder público e impone el deber de imparcialidad tanto al legislador como a la Administración en el ejercicio de sus respectivas competencias, en el sentido que les prohíbe tratar situaciones diferentes en igual forma, lo mismo que tratar igualitariamente situaciones jurídicas diversas. Del principio de imparcialidad se derivan algunos otros como el

10 ORTIZ ORTIZ, op. cit., p. 86. Sobre algunos aspectos históricos vid. GUTIERREZ RODRIGUEZ, Luis E. y ZAMORA CHAVARRIA, Eugenia, "El Tribunal del Servicio Civil". Rev. Ciencias Jurídicas, Nº 43, 1981, p. 127 y ss.

11 "Sobre el empleo público en Costa Rica", en Revista de la Contraloría General de la República, Año XII, Nº 25, San José, 1978, p. 13 y ss.

12 Idem. p. 20.

13 Idem. p. 21.

14 Op. cit. p. 87.

15 Ibidem.

de igualdad de trato de la Administración Pública respecto de todos los administrados...".<sup>16</sup>

9. No habría ninguna razón, a nuestro juicio, para negar la estabilidad en el empleo a todos los servidores del Estado. La discusión sobre el ámbito de aplicación del Estatuto de Servicio Civil, y la diferencia de dos regímenes de empleo —público y privado— como no contemplados en la Constitución o en el Estatuto, son temas que no hacen a la esencia del principio de la estabilidad consagrado en la Constitución Política, en favor de todos los servidores públicos.

10. El último aspecto relativo al artículo 192 constitucional consiste en determinar qué se quiso decir cuando se indicó que las únicas causales que autorizan el despido del servidor público son las que "expresen la legislación de trabajo". Se ha apuntado que el "texto no fue muy feliz. Incurrió en el error del reglamentismo inútil";<sup>17</sup> y que "la remisión a la legislación de trabajo" (al Código de Trabajo, en otras palabras) es improcedente, habida cuenta de que dicho cuerpo normativo regula el empleo privado, de muy variada naturaleza".<sup>18</sup>

Tal observación, en cuanto indica que la fuente tipificadora de las faltas es el Código de Trabajo (strictu sensu) y no la legislación de trabajo (latu sensu), nos parece la más acertada por tener apoyo en la intención del constituyente.<sup>19</sup>

No compartimos el criterio de que se pecó de reglamentismo, tal remisión da mayor seguridad jurídica a los servidores de esa manera, que dejando una amplia libertad al legislador para establecer las causales.<sup>20</sup>

Ya establecidas las causales en el Código de Trabajo no podría temerse una reforma "in peius" por principio consustancial a esta disciplina: el contenido mínimo de las normas laborales.

11. Es oportuno señalar, aunque sea de paso, que no es pacífica en los hechos, en la doctrina, ni en la jurisprudencia, la afirmación de que exista una muy variada naturaleza entre los regímenes de empleo público y privado. El tribunal de Arbitraje del Circuito Primero de San José haciéndose eco de dicha división declaró, por mayoría, "sin lugar al pliego

16 HERNANDEZ, Rubén, "Las Libertades Públicas en Costa Rica", prólogo del Dr. Gerardo Trejos, Editorial Juricentro, San José, 1980, p. 172.

17 MURILLO, Mauro, op. cit. p. 22.

18 Ibidem.

19 Vid, nota N° 25.

20 Pese a la limitación expuesta no faltan sorpresas: en la norma general número 42 de la Ley de Presupuesto de 1982 se tipifica de manera inapelable una causal de despido...

de peticiones" (sic), en conflicto colectivo promovido por empleados, cuya mayoría estaba amparada al Estatuto del Servicio Civil.<sup>21</sup>

La doctrina, sobre la base de los hechos, y especialmente por la vigencia de la autonomía colectiva en el sector público, ha señalado una tendencia al acercamiento entre los dos regímenes mencionados: "En el fondo se trata de la manifestación externa de una mayor democratización en la función pública que ataca profundamente el principio autoritario. La tendencia hacia un ordenamiento unitario de las dos relaciones está inspirada en una siempre mayor protección del trabajador y la evolución de los últimos años trata de poner fin al "paternalismo de la Administración" o "dictadura estatutaria".<sup>22</sup>

## 2. Sector Privado

12. La Constitución Política dispone en su artículo 63: "Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación". La adopción de esta norma constitucional calificada "como un principio de gran importancia para los trabajadores"<sup>23</sup> no provocó ningún debate que pudiera precisar sus alcances, pues se indicó que consagraba "un principio ya establecido en nuestra legislación de trabajo".<sup>24</sup>

El texto de esta norma nos parece deficitario en contraste con la fuente que lo inspiró,<sup>25</sup> pues atribuye el derecho a las indemnizaciones exclusivamente para el evento de despidos sin justa causa en lugar de haber comprendido diversos supuestos, como son las causas de extinción ob-

21 Empleados del Registro General de Prendas contra el Estado. Resolución número 379 de 8 hrs, 6 de agosto, 1980, folio 61 y ss. La representante del sector obrero salvó y razonó su voto, (folios 67 y ss). El Tribunal Superior de Trabajo confirmó: N° 5025 de 13:05 hrs, 27 de octubre, 1980.

22 SALA FRANCO, Tomás, La Libertad Sindical y los empleados públicos (Un estudio del Derecho Italiano), Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972, p. 117. Vid. en sentido semejante de FALLAS MONGE, Otto, artículos periodísticos en La Nación: "No se perjudica a los servidores públicos" (16 octubre 1979) y "Agentes estatales y relación de servicio" (23 octubre 1979).

23 Manifestación del Constituyente Luis A. Monge Alvarez, acta número 123, artículo 4, Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Actas, Tomo III, Imprenta Nacional, San José, p. 23.

24 Hubo únicamente dos observaciones: un diputado sugirió que "el principio cabía dentro del artículo que se refiere a seguros donde se le puede dar una redacción más amplia" (Op. cit; loc. cit), mientras que otro consideró el artículo "superfluo, ya que ese principio se consigna en el Código de Trabajo sin necesidad de precepto constitucional" (ibid).

25 Recuérdese que el Código de 1943 precedió a la Constitución vigente.

jetivas de carácter extracontractual y las subjetivas involuntarias.<sup>26</sup> Los casos mencionados requerían la misma tutela que la terminación del contrato de trabajo "ad natum".<sup>27</sup>

13. El seguro de desempleo, fórmula alternativa del texto constitucional, debería ser administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social,<sup>28</sup> sin embargo, su puesta en marcha no ha sido posible hasta la fecha.<sup>29</sup>

El constituyente consagró otra norma que reza: "artículo 72.—El Estado mantendrá, mientras no exista seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, y procurará la reintegración de los mismos al trabajo" (subrayados nuestros).

26 Contempladas ambas categorías en el art. 85 CT: fuerza mayor y cese de la empresa, entre las primeras; muerte del trabajador, muerte o incapacidad del patrono individual entre las segundas. (Según reforma del año 1973 también se deben indemnizaciones de terminación de contrato en caso de jubilación o pensión del trabajador).

27 "Es tradicional en el terreno doctrinal y jurídico positivo, distinguir entre despido causal y despido libre, o despido "ad nutum". Aquél requiere siempre, no sólo la alegación de una causa que se estime justa, sino también la prueba de su existencia. Este, en cambio, no precisa de justificación alguna; basta, simplemente, con la decisión unilateral del empresario para resolver el contrato". ALONSO GARCIA, Manuel, "La aproximación a un modelo democrático de relaciones laborales y el Real Decreto-ley número 17/1977, de 4 de marzo", en "Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo". Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1980, p. 70.

28 Ley Constitutiva N° 17 de 14 de noviembre de 1941, Ley N° 17 de 22 de octubre de 1943.

29 Según estudios realizados "en la actualidad no llegan a 40 los países que tienen introducida la aseguración contra el desempleo. Por lo que hace a los países en vías de desarrollo, de los 41 países africanos sólo en tres existen disposiciones relativas a prestaciones de desempleo. De los 23 países de la América Latina y el Caribe, sólo cuatro tienen sistemas de protección contra el desempleo" ("Desempleo y Seguridad Social, O.I.T., Ginebra, 1976, citado por LOPEZ-MONIS DE CAVO, Carlos, "La protección por desempleo en el sistema español de la Seguridad Social, prólogo de Borrajo Dacruz, Efrén, Colección Forum Universidad Empresa, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1978, p. 41). En lo que concierne a los denominados países en vías de desarrollo se ha indicado que la suma de desocupados o sub empleados asciende a 300 millones, (vid. "Trois cents millions de personnes sont inoccupées ou sous-employés dans le tiers-monde", Le Monde, 18 de marzo de 1975, p. 18). Sobre el drama de la juventud en América Latina se ha indicado: "Los analistas sociales ni siquiera se han puesto de acuerdo en qué consiste el concepto de juventud: Para algunos es una simple referencia socio-biológica; para otros es "un concepto sin objeto", ya que, argumentan: los "jóvenes" en América Latina se integran a las relaciones de trabajo desde los 7 años ("Es heroico ser joven en Latinoamérica?" MONTIEL, Edgar, Revista Nueva Sociedad, número 55, julio/agosto 1981. Editora Nueva Sociedad Limitada, San José, p. 65) vid; Informe final y recomendaciones sobre "Problemas socio-económicos de los jóvenes del medio rural, sobre todo en lo que respecta a la educación y el empleo", Reunión Regional sobre la Juventud en América Latina y el Caribe, Unesco, revista citada, p. 119.

Se podría decir que la Constitución presenta soluciones "en cascada": se pagarán indemnizaciones por "despidos sin justa causa"; mientras no existe seguro de desempleo, y en ausencia de éste se protegerá al desocupado involuntario y se procurará su reintegración al trabajo.

Nótese que el remedio constitucional constituirá el medio más feliz para que los patronos despidan cuándo, cómo y a quién quieran, sin asumir más responsabilidad que el pago de sus cuotas al seguro de desempleo; por su parte, el trabajador perdería expectativas de ascenso en la empresa, derechos de antigüedad, seguridad para el futuro. En última instancia, la solidaridad social se haría cargo de los abusos patronales, lo que no tiene sentido. En este orden de ideas RUPRECHT señala que "un despido injustificado siempre debe dar origen a una sanción contra el empleado, que lo aplicó, aún existiendo seguro contra el desempleo; pero, claro está, en ese caso debe ser una verdadera indemnización por daños y perjuicios, sin tomar en cuenta el aspecto previsional".<sup>29 bis</sup>

14. Algunos autores apuntan que el principio de la estabilidad no debe tener sólo una acepción negativa —evitar la pérdida del empleo—, sino que tiene algunas facetas positivas, una de cuyas manifestaciones sería la siguiente: "Estabilidad en el empleo como estabilidad en el trabajo, en cuanto obligación del Estado de procurar el pleno empleo a través de los mecanismos adecuados (servicios de colocación y empleo, protección al desempleo, reconversión de industrias...)"<sup>30</sup>

Habría tenido nuestro constituyente en mente esta manifestación de la estabilidad, o se limitó a enunciar lo que SALA FRANCO denomina "ideas-fuerza de carácter deformantes de la realidad jurídica y social"<sup>31</sup> Que cada quien juzgue lo que se consignó en actas: "Es cierto que en caso de crisis económica será muy difícil, tanto la asistencia como la reintegración del trabajador a sus labores, pero la dificultad no es óbice para no dejar en la Constitución una fórmula general que deje constancia del interés del Estado por el problema de la desocupación".<sup>32</sup>

29 bis Op. cit. (Nota 2) p. 650.

30 DE LA VILLA, Luis Enrique y PALOMEQUE LOPEZ, M. Carlos, "Lecciones de Derecho del Trabajo", Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, Madrid, 1977, p. 795.

31 "La movilidad del personal dentro de la empresa", Madrid, 1973, citado por CAMPOS RUIZ, Luis Miguel, "Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo", Colección Tesis Doctorales, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976, p. 71.

32 Opinión del Diputado Facio, Acta número 124, tomo III, p. 29. Precisamente un problema esencial sobre el desempleo se puede plantear en relación "Al drama del despido y de la inseguridad. Cuál es la amplitud de esta inseguridad? Cuáles son las garantías de que disponen los trabajadores? Qué se puede esperar para mañana?", (POUCHARD, Marcel, "L'emploi et ses pro-

Por otra parte, en un reciente recurso de amparo<sup>33</sup> se hizo la siguiente exégesis del artículo 56 constitucional, el cual dispone, en lo que interesa: "El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad... El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo". El fallo consideró que la libertad de trabajo es un derecho público subjetivo que puede ser protegido por la vía del amparo, luego agrega: "lo que pretende (el recurrente) es que se le mantenga en el desempeño de un cargo determinado, lo que no está protegido por el artículo 56 constitucional que, como se expresó, sólo garantiza a las personas el derecho de escoger el trabajo que más agrade o convenga a sus intereses y no a que el Estado le proporcione o lo mantenga en un cargo que ha venido desempeñando". (Considerando II).<sup>34</sup>

5. El estrecho margen constitucional, paradójicamente orientado, al menos parcialmente, por una ley anterior, no permite hacerse, en punto a la estabilidad, una de las tantas exóticas ilusiones constitucionales como medida de terapia jurídica; al contrario, para subsanar ciertas omisiones del constituyente es necesario recurrir al "sentido diacrónico" del carácter mínimo de las normas laborales (con fundamento en nuestro caso en una ley sociológica —supraconstitucional?—), según el cual "este carácter mínimo se proyectaría a través del tiempo, de modo que, una vez establecidas determinadas condiciones, éstas se convertirían en punto de partida insoslayable para todas las normas posteriores, con independencia de su rango".<sup>35</sup>

blèmes, Que sais-je?, Presses Universitaires de France, 1976, p. 6). La constante dialéctica entre los hechos y las normas nos hace pensar que a veces hace falta una cierta dosis de pragmatismo a los cultivadores del derecho, quizás no tanto como la de Tomás Gradgring —personaje literario de Charles Dickens—: "Hechos... Dadme realidades y únicamente hechos. Antes que inútiles teorías, enseñad pruebas a la juventud. No plantéis más que esta semilla y suprimid las demás. Tan sólo con el auxilio de los hechos se forma el animal racional: Lo restante nunca le será útil", ("Tiempos difíciles", Editorial Bruguera S.A., Barcelona, 1967, p. 25). He aquí algunos hechos de la realidad costarricense: Según el "Avance Metodológico, Proyecto para el mapa de la pobreza en Costa Rica" de junio de 1979, de la Oficina de Planificación, la pobreza es una realidad inobjetable... Se estima que entre un 25% y un 40% de la población actual en Costa Rica vive inmersa en esta situación." "La característica más sobresaliente y generalizada de la población pobre es la ausencia de empleo" (VALVERDE CASTILLO, Jorge y ZAMORA MATA, José Alejandro, "Apuntes sobre la pobreza en Costa Rica y el régimen no contributivo de pensiones por monto básico", Caja Costarricense de Seguro Social, septiembre, 1980, pp. 3 y 17-18).

33 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 43 de 5 de mayo de 1981.

34 El recurso había sido planteado en contra de la Ministra de Educación por un maestro de enseñanza primaria a quien no se le asignó plaza después de haber laborado ininterrumpidamente para el Estado durante cinco años. (Otra faceta de la resolución se analizará adelante).

35 CAMPS RUIZ, op. cit; p. 58.

Cerradas las puertas constitucionales de la estabilidad en el sector privado con el candado de la exégesis, tal vez éste pueda ser abierto con la llave del "uso alternativo del derecho".<sup>36</sup> Esperemos que aparezca el cerrajero;... mientras tanto, la discusión sobre cuánto pesa el alma debe diferirse hasta ponernos de acuerdo sobre su existencia.

## B. Las fuentes legales

### 1. Sector Público

15. Con la Ley General de la Administración Pública<sup>37</sup> se plantean diversas interpretaciones en relación con los servidores públicos. Analizaremos este tema una vez que se haga una rápida referencia a las dos fuentes legales que protegen el mayor número de servidores, y que contemplan el mecanismo de la reinstalación: El Estatuto del Servicio Civil y el Código Municipal.

#### Estatuto de Servicio Civil.<sup>38</sup>

16. El Estatuto regula en su artículo 43 el procedimiento de despido, el cual, a grandes rasgos, consiste en la elevación de la propuesta a la Dirección General de Servicio Civil, órgano que tiene básicamente potestades de instrucción, las que cumple mediante la notificación de la gestión de despido al trabajador y el otorgamiento de un plazo a éste para ejercer el derecho de oponerse y ofrecer prueba, en cuya caso se evacuará la misma, oportunidad en que pueden intervenir ambas partes. Una vez realizado lo anterior en los plazos prescritos por la ley, el expediente se eleva al Tribunal de Servicio Civil, con potestad de mandar ampliar la investigación, después de lo cual dictará el fallo correspondiente.

El Tribunal de Servicio Civil tiene facultad para apreciar si las faltas imputadas existen y tiene la gravedad suficiente para imponer el despido, o, en caso, contrario, disponer la restitución del trabajador en su puesto. El fallo puede ser apelado por ambas partes para ante el Tribunal Superior de Trabajo.

36 BARCELONA, P. y otros, "L'uso alternativo del diritto", 2 volúmenes, Ed. Laterza, Bari, 1973. Otros han hablado de un "uso evolutivo del Derecho" (ZORRILLA RUIZ, Manuel M. "Aplicación Judicial y experiencias del Derecho del Trabajo en el período de transición democrática". Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1980, p. 14). Tal vez todo se reduzca a aceptar que "el derecho no es "un datum", sino un "quaesitum". No es algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que buscar incesantemente. Las normas no son formulaciones de validez general, sino por decirlo así como las pistas que ha de seguir la investigación o la búsqueda". (DIEZ-PICAZO, Luis, "La interpretación de la Ley", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario Civil, Madrid, 1970, p. 717).

37 Ley N° 6227 de 2 de mayo de 1978.

38 Ley N° 1581 de 30 de mayo de 1953.

17. La reinstalación conlleva el pago de los salarios no percibidos por el servidor durante la tramitación del juicio hasta la firmeza de la sentencia.

Es potestativo del servidor renunciar, en ejecución de fallo, a la reinstalación, en cuyo caso tiene derecho a las prestaciones ordinarias (pre-aviso y auxilio de cesantía), y, agrega el artículo 44 ídem, que percibirá "a título de daños y perjuicios, . . . los salarios que habría percibido desde la terminación del contrato hasta el momento en que quede firme la sentencia". La jurisprudencia ha interpretado que debe pagarse la totalidad de los salarios de tramitación en el caso de reinstalación, pero si se renuncia a ésta señala que "los daños y perjuicios, equivalen a los sueldos que habría percibido desde la terminación del contrato, hasta el momento en que, de acuerdo con los términos legales para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia respectiva",<sup>39</sup> (ese cálculo lo ha fijado en cuarenta y dos días de salario). No compartimos dicho criterio por las siguientes razones: en primer término, la literalidad del artículo señala dos momentos ciertos: el del despido y el de la sentencia firme, sin que permita otra interpretación; en segundo término, esos salarios que deben pagarse a título de daños y perjuicios son la consecuencia jurídica de la disponibilidad del servidor frente a la Administración, y el ejercicio del derecho resolutorio del vínculo en la ejecución del fallo no tendría efectos retroactivos; en tercer término, no habría ninguna razón para que la ley fijara los salarios caídos para quien opte reinstalarse y no para quien ejerce un derecho, si ambos deben entenderse como daños y perjuicios; finalmente, el trabajador se vería obligado a solicitar en todo caso la reinstalación para recibir todos los salarios del tiempo de la tramitación aún cuando su estado de ánimo no fuera el más apropiado para el desempleo de su cargo, lo que incidiría negativamente en la eficiencia administrativa.

Lo anterior quizá se pueda resumir así: la sentencia firme, independientemente de la opción que haga el servidor en la etapa de ejecución, tiene efectos "ex tunc" en relación a los salarios no percibidos, mientras que la renuncia a la reinstalación tiene efectos "es nunc"; pero no sobre los salarios, sino sobre la continuidad de los servicios.

#### *Código Municipal*<sup>40</sup>

18. El Código Municipal, pese a algunas imprecisiones técnicas, incorpora los principios del procedimiento sancionatorio administrativo (art.

39 Esta tesis fue desarrollada por el Tribunal de Servicio Civil en resolución de 11:15 hrs. de 9 de diciembre, 1958 y ha sido confirmada por el Tribunal Superior de Trabajo y por la Sala de Casación cuando ésta ha debido pronunciarse excepcionalmente sobre el tema en casos en que las garantías del Estatuto se han incorporado a favor de servidores por vía de Convención Colectiva; así, por ejemplo, Casación número 21 de 1981.

40 Ley N° 4574 de 4 de mayo, 1970.

153): El órgano director del procedimiento es el Ejecutivo Municipal o la Oficina de Personal, pero ésta sólo en la fase instructiva.

Al servidor se le notifica por escrito "las causales respectivas" y se le concede un plazo para oponerse y ofrecer prueba, y una vez evacuadas éstas el Ejecutivo decidirá si hay mérito para despedir (y no para "decidir la sanción que corresponda, según reza el artículo). El servidor despedido puede acudir a la vía laboral formalizando su acción (y no "apelación" como la llama el Código) indicando los hechos, ofreciendo la prueba e invocando el derecho (inciso ch). Sin estos requisitos la acción es rechazada de plano (inciso d). (Es probable que el legislador haya incorporado el término "apelación" para exonerar del requisito del agotamiento de la vía administrativa).

19. Los efectos de la reinstalación dictada por el órgano judicial tiene aspectos incomprensibles jurídicamente. Los "salarios caídos para el servidor que desee reinstalarse no pueden "exceder en ningún caso de seis meses". El servidor, como en el Estatuto de Servicio Civil, puede optar en la ejecución de la sentencia a renunciar a su reinstalación, y en este caso se le cancelarán las indemnizaciones ordinarias tarifadas y "a título de daños y perjuicios, el monto de dos meses de salario" (inciso e). Más pareciera que el legislador se preocupó por establecer sanciones procesales que consecuencias jurídicas de un acto disolutivo, administrativo, viciado por inexistencia de causa. Lo procedente no era imponer una multa a título de daños y perjuicios, puesto que estos podrían ser mayores (recuérdese que la Administración es responsable por todos los daños, incluidos los morales, que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo (arts. 190 y 197 LGAP). No se ve ninguna razón para que un servidor Municipal separado injustificadamente de su cargo por el Ejecutivo tenga que resignarse al monto de los salarios caídos fijados por la ley y no pueda recuperar los montos salariales no percibidos a causa de un acto arbitrario.

20. Por otra parte, la sentencia que dicta la reinstalación anula el acto de despido, y ese fallo, de no existir el insalvable obstáculo legal, sería de una naturaleza doble: "una, declarativa, en cuanto deja sin efecto el acto del despido y cuyos efectos se retrotraen hasta la fecha del mismo acto anulado; otra, de condena, en cuanto ordena la reincorporación del cesanteado".<sup>41</sup>

Se podría pensar que la denominada reinstalación en el Código Municipal, no constituye más que un derecho preferente a favor del destituido injustificadamente, para volver a ocupar el cargo del cual había sido despedido, y que mientras se tramitó el juicio no hubo continuidad laboral; o peor, que la reinstalación constituiría el inicio de los derechos de una nueva relación. Este razonamiento, ciertamente llevado al absurdo, podría ser combatido con otra tesis de igual calificativo:

41 LOPEZ, Guillermo, "La estabilidad en el derecho laboral argentino", Revista La Ley, t. 107, p. 1084 y ss, citado por DELA FUENTE, op. cit. p. 50.

hasta tanto no se dicte la nulidad de un despido se suspende la relación laboral, pero sin indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir.

### Ley General de Administración Pública

21. El concepto de servidor público que contempla la Constitución es aquel que presta sus servicios al Estado y a los entes estatales. Así lo entiende la Ley General de la Administración Pública al disponer que "Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración...", y ésta "está constituida por el Estado y los demás entes públicos..." (art. 112 y 1, respectivamente). La citada ley hace una salvedad en la calificación de servidor público pues no se consideran tales "los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común" (111.3) Los alcances de esta salvedad todavía no han sido delimitados, se discute si la norma se refiere al tipo de actividad y no a la clase de servidor,<sup>42</sup> o bien, a ciertos servidores o trabajadores, no todos, que laboran en cierta actividad (empresas o servicios económicos del Estado).<sup>43</sup>

22. También dispone la ley en comentario que "El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos" (112.1). Este precepto que no hace más que remitir a una fuente futura que informará el contenido de las relaciones, y que se pudo haber enunciado de modo diverso: "una ley de naturaleza administrativa regirá las relaciones..." ha dado pie para sostener que este criterio programático convirtió en estatutaria la relación, aún sin que exista estatuto,<sup>44</sup> o bien que se operó una "publicación" de las relaciones.<sup>45</sup>

Ello ha llevado inexorablemente a afirmar, con base en una ortodoxa interpretación publicista, que se impone en lo sucesivo vaciar de contenido contractual dichas relaciones y proscribir desde ya los límites del "ius variandi", los derechos adquiridos, la posibilidad de firmar convenciones colectivas,<sup>45 bis</sup> y la posibilidad del servidor de denunciar su vínculo hasta tanto la Administración no le acepte el ejercicio de esta libertad reconocida para el resto de los ciudadanos. En otras palabras, a un precepto legal se le está asignando una potencialidad exorbitante, pues se está

42 MURILLO, Mauro, "Régimen de Empleo en la Ley General de la Administración Pública", p. 14 y 15.

43 ODIÓ BENITO, Elizabeth, "El régimen jurídico de los servidores públicos", Revista de la Procuraduría General de la República, número 12, Imprenta Nacional, San José, 1979, p. 13.

44 Idem, p. 14.

45 MURILLO, Mauro, artículo precit.

45 bis MARVIN ZAMORA, Raúl, "Estudio sobre la obligación que tiene el Estado y sus Instituciones de negociar y firmar convenciones colectivas". Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1979, mimeo.

presumiendo que la eventual doctrina que lo informaría tendría efectos derogatorios de libertades públicas y garantías sociales de rango constitucional.

23. El tema de las sanciones disciplinarias y del despido, que es el que aquí nos interesa, está contemplado en la LGAP. de manera un tanto confusa.

Una primera disposición de carácter imperativo cuyo incumplimiento sería inexcusable (en principio)<sup>46</sup> por toda la Administración, ya que se encuentra en el Libro Primero,<sup>47</sup> es la que dispone que "La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia" (213.3).<sup>48</sup>

El Libro Segundo que se ocupa del procedimiento administrativo dispone que el Ordinario es aplicable "a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad" (308.2), sin embargo la misma ley excluye lo relativo a procedimiento administrativo "Lo concerniente al personal, tanto público como laboral, regulado por ley o por reglamento autónomo..." (367, e)

El juego combinado de ambos artículos permite llegar a una primera conclusión: a pesar de que exista regulación disciplinaria en ningún caso ésta podría ser omisa en cuanto a los derechos de defensa previa y formalización de expediente. La omisión de esos derechos implicaría el incumplimiento de trámites sustanciales, capaz de producir nulidad del acto (arts. 129 y 158 ss.)? La respuesta es afirmativa, y textual cuando el sujeto pasivo sea de los contemplados en el Libro Segundo y siempre y cuando no medie urgencia: "La omisión de dichos trámites causará indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente" (219.2). Igualmente afirmativa es la respuesta en tratándose de los otros servidores públicos, pues esta norma conexa vendría a integrar la solución a la violación del principio común (10.2 y 365.3).

46 La ley permite que por razones de urgencia "para evitar daños graves a las personas o de imposible reparación en las cosas se puede prescindir de los trámites de audiencias y comparecencia (art. 219.1); no obstante, el "juez" (no indica cuál) podrá fiscalizar la materialidad de los hechos que motivan la urgencia (226.2), y si se confirmare que no hay motivo para ello se declarará la nulidad de todo lo actuado posteriormente a la omisión injustificada (219.2). Estas potestades se encuentran en el Libro Segundo, sin embargo, podrían ser aplicadas de modo genérico en situaciones de estado de necesidad, principio general de derecho; pese a ello nos resulta difícil concebir la invocación de la urgencia en materia de despido dado el cúmulo de medidas que la misma ley otorga al jerarca.

47 El artículo 365.1 dispone: "El Libro Primero se aplicará a toda la Administración, desde que entre en vigencia esta ley, siempre que esa aplicación no produzca efectos retroactivos".

48 Principio general de derecho (vid infra).

La nulidad dicha con efectos retroactivos, implica para nuestros fines la consiguiente reinstalación del servidor.

24. Otra solución nos ofrece la ley, al menos desde nuestro punto de vista, sobre la necesidad de que el despido-sanción obedezca a una causa legal (independientemente de los vicios propios del acto, que se analizarán luego), sin la cual sería procedente la reinstalación. El artículo 104.1 reza: "En silencio de la Ley, el jerarca podrá nombrar, disciplinar y remover a todos los servidores del ente, de conformidad con los artículos 191 y 192 de la Constitución Política". Si algo tiene de preciso la Constitución en los artículos citados es lo relativo a la prohibición del despido libre por parte del Estado. El Estatuto había fijado un radio de acción reducido, según lo expuesto, y la estabilidad de base legal ha tenido un marco de referencia muy estrecho.

"El silencio de la ley" en relación a la estabilidad en toda la Administración Pública ha sido notable, y a pesar de que el juzgador no ha visto en los artículos constitucionales de marras derechos públicos subjetivos, la solución no podría ser otra que el legislador remitiera a ellos por tener cierto contenido normativo, y no meramente programático, pues de otra manera estaría dejando en manos del jerarca lo que la Constitución le confió a aquél, y simplemente pudo haber indicado, entonces, que el jerarca podía despedir, en silencio de la ley, cada vez que lo quisiera, lo que carece de sentido.

Es cierto que el artículo 192 indica que la remoción de los servidores públicos puede darse además de por las causas estipuladas en la legislación de trabajo, en los casos de reducción, "ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos", y por lo tanto el pretexto de estos casos dejaría expedito el camino para despedir. No obstante, aun en esta hipótesis, el jerarca deberá motivar su decisión y al contralor judicial le correspondería apreciar los hechos a fin de evitar excesos de poder. Así, el hecho de que la Administración recurra al expediente dicho, no tiene tal entidad como para hacer inócua el principio de la estabilidad.

Hemos reiterado que la reinstalación procede cuando está prohibido despedir sin causa, no obstante, este criterio no ha sido receptado de manera general en nuestra jurisprudencia. En un asunto resuelto en sede laboral<sup>49</sup> se adujeron razones contrarias a nuestro punto de vista. El Tribunal Superior de Trabajo indicó: "Lo que sí prohíbe esa Ley es que el patrono (la Asamblea Legislativa), unilateralmente, ponga término al contrato si el despido no está basado en algunas de las causales que determina el artículo 81 del citado Código (de Trabajo), de tal manera que la sentencia tiene buen fundamento en cuanto deniega la citada reinstalación"; en el mismo asunto la Sala de Casación indicó que si la ley "ha establecido un derecho y no ha indicado en forma expresa y concreta sanción correlativa al incumplimiento o a la violación del mismo, la clase de sanción

aplicable debe buscarse en las que supletoriamente señala la ley al regular lo referente a los efectos y al incumplimiento de las obligaciones", la misma Sala indica que "ni esa ley, ni ley alguna aplicable al caso —que no lo es el Estatuto de Servicio Civil, relativo a los empleados del Poder Ejecutivo— establece la readmisión del funcionario o empleado cuando ha sido despedido". (El actor ganó el juicio, por no haberse probado la falta que se le imputó, por tanto se dispuso el pago de pre-aviso y auxilio de cesantía.

25. La "garantía" que quiso establecer el constituyente se vería vaciada de contenido si la Administración, que no tiene obligación textual de reinstalar, actúa frente a sus servidores como un patrono de derecho privado, sin más consecuencias que cancelar las indemnizaciones ordinarias. Pero, si fuera cierto que el servidor público puede solicitar la nulidad por ausencia de formalidades sustanciales en el procedimiento de despido, a mayor razón debería corresponderle el derecho de anular un acto arbitrario de la Administración.

El problema, como acertadamente lo apunta DE LA FUENTE, consiste en que "toda la actuación del Estado se manifiesta por medio de actos administrativos que necesariamente deben conformarse, bajo pena de nulidad, al orden jurídico vigente. Si ilegalmente se separa a un empleado público que tiene el derecho a conservar su empleo, se ha dictado un acto ilegítimo que debe ser eliminado..."<sup>50</sup> LUQUI, indica: "garantizar la estabilidad de los agentes públicos no es otra cosa que reconocer la existencia de un principio fundamental en todo Estado de Derecho: la juridicidad de los actos administrativos como forma de desterrar la arbitrariedad"<sup>51</sup> y agrega de manera inapelable: "Si el acto que dispuso la cesantía es irregular, jamás puede ser considerado como un acto del Estado, sino propio y personal del funcionario que se apartó de las prescripciones legales, y por ello faltaría la causa que justifique la indemnización por parte del Estado, frente a un acto que él mismo le desconoce su validez."<sup>52</sup> DE LA FUENTE agrega con justicia y energía: "si se aceptara que la indemnización funcione como "convalidante" del acto ilegítimo, se estaría encubriendo una inmoralidad, ya que fondos públicos aparecerían financiando la arbitrariedad de ciertos funcionarios, autorizándolos de antemano a emitir actos administrativos sin otro fundamento que su capricho personal".<sup>53</sup>

26. Finalmente, si se aceptare que lo que manda la Constitución es no despedir a los funcionarios públicos sin causa legal suficiente, se está

50 DE LA FUENTE, op. cit. p. 115.

51 "La estabilidad del empleo público frente a las leyes de racionalización y prescindibilidad", Revista La Ley, t. 139, p. 68, citado por DE LA FUENTE, op. cit.; p. 115. En idéntico sentido vid; PLA RODRIGUEZ, p. 17, op. cit. "Los principios del derecho del trabajo", (segunda edición actualizada) Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 17.

52 Op. cit. loc. cit.

53 Op. cit. p. 116.

49 Casación número 60, 1974.

en presencia de una ley prohibitiva, en cuyo caso la aplicación de un principio general de derecho sería de gran utilidad: "Los actos contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa" (artículo 129 Constitución Política y 10 del Código Civil).

27. A qué jurisdicción correspondería pronunciarse sobre la validez o nulidad del despido? El problema es difícil de resolver y buena prueba de ello son los diversos matices jurisprudenciales.

El origen del conflicto es la disposición de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,<sup>54</sup> que excluye del conocimiento de esta jurisdicción: "las cuestiones que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, correspondan a la jurisdicción de trabajo".

Una inveterada práctica forense, inobjetada por la jurisprudencia, ha consistido en que los servidores públicos hacen los reclamos de indemnizaciones ordinarias por terminación de la relación de servicios ante la vía laboral. Así, el Juez de lo laboral se ha convertido en fiscalizador de la causa alegada del despido, por lo que implícitamente está pronunciándose sobre los motivos de un acto administrativo, determinando su existencia, el exceso de poder, etc.

Se ha indicado que las prestaciones ordinarias son "típicamente laborales". Sin embargo, en tratándose de la validez o nulidad del acto administrativo disolutivo se ha sostenido, por parte de algunos fallos, la tesis que es de exclusiva competencia del Juez de lo Contencioso Administrativo. Así, el Juez de lo Contencioso Administrativo, en contraste con el laboral, se convertiría en guardián de la estabilidad del servidor público y aquél en dador de indemnizaciones.

Lo que vendría a determinar la jurisdicción no sería propiamente los hechos invocados en la demanda sino las pretensiones,<sup>55</sup> y en este punto cuando quien juzga es el Juez laboral no puede inhibirse de pronunciarse sobre el acto administrativo, pero sus facultades estarían limitadas a condenar económicamente a la administración.

54 Ley N° 3667 de 12 de marzo, 1966.

55 La antigua Sala de Casación al resolver un conflicto de competencia originado en la demanda de un servidor que pedía nulidad del acto de despido y los salarios caídos consideró que esas pretensiones no versaban "sobre ningún derecho garantizado a los trabajadores del sector público o privado por la legislación laboral" (número 42 de 1980, Considerando II). Por su parte la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en un caso semejante, en el que si bien es cierto no se solicitaba expresamente nulidad del acto administrativo, sino reinstalación, consideró: "I. La demanda del señor..., es para que se obligue a esta Institución del Estado a reinstalarlo en el puesto del que fue separado; pero también la acción se encamina —...— a que la demandada le pague los salarios caídos que según el señor... dejó de percibir. Y en este segundo aspecto, principalmente, la cuestión aquí planteada resulta ser de la jurisdicción laboral, pues se origina en el despido del actor, es decir, en la ruptura de una relación típicamente de trabajo" (—subrayados nuestros— número 3 de 1981). El conflicto en el primer caso fue resuelto a favor de la Jurisdicción Administrativa, y en el segundo a favor de la Laboral.

La línea jurisprudencial descrita se manifiesta, en punto a la reinstalación, de la siguiente manera: "la reinstalación y el resarcimiento del daño están supeditados, exclusivamente, a que se decrete la nulidad de dicho acuerdo, y el ordenamiento jurídico laboral no consagra el principio de la reinstalación obligatoria ni otorga esa clase de compensación por la ruptura injustificada del contrato, salvo en el caso de un empleado protegido por el Estatuto de Servicio Civil..."<sup>56</sup>

28. Se adivina un enfoque distinto en otras resoluciones, de las cuales desde luego no es posible derivar conclusiones absolutas debido a que por su propia naturaleza resuelven según las particularidades de cada caso. Así, en 1979 la antigua Sala de Casación consideró que "En los conflictos que surgen entre los servidores públicos y el Estado o la institución para la que trabajan siempre está de por medio un acto administrativo..." y agregó: "De manera que, si estuviere de por medio la validez o nulidad del acto administrativo relativo con el conflicto de que se trate, es obvio que así puede declararse la jurisdicción laboral, desde que a ella complete el conocimiento de tales asuntos".<sup>57</sup>

29. Como se observa, el problema aún no ha sido resuelto de manera definitiva. Creemos que varios aspectos favorecerían la posibilidad de que sea la Jurisdicción de Trabajo la que conozca de las reinstalaciones no textuales de los servidores públicos.

En primer término, la conservación del empleo es un aspecto o cuestión laboral.

En segundo término, si se sostuviera que en la actualidad el derecho administrativo es aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos (art. 112.I LGAP), pero aún no se ha establecido otra jurisdicción que la dispuesta en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o sea la laboral, correspondería a ésta pronunciarse sobre el tema dicho.

En tercer término, independientemente de la naturaleza pública o privada del patrono, el despido es un acto jurídico que debe reunir todos los requisitos impuestos por el ordenamiento. En nuestro Código de Trabajo, como se verá, priva el criterio de que el despido en el sector privado es libre e informal; no obstante, la teoría de las nulidades, como en todo el ordenamiento, tiene cabida en el Derecho del Trabajo, y la validez de todo acto jurídico depende de ella según los particulares requisitos que impongan las leyes, e incuestionablemente la nulidad tiene efectos comunes.

56 Considerando II de la competencia número 42 de 1980.

57 Considerando II de la competencia número 152 de 1979; el razonamiento es acogido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al menos por vía de principio, vid. competencia número 123 de 1981.

En cuarto lugar, si en términos generales en la legislación de trabajo no existe estipulada la reinstalación, tampoco el Derecho Administrativo la consagra textualmente como norma general, pero se alude a ella como consecuencia de la nulidad de los actos. Finalmente, la LGAP indica las potestades que tiene el Juez para declarar la invalidez de los actos, pero no precisa cuál Juez es el competente (art. 182) para ese fin, de donde se puede deducir, que en tratándose de materia laboral lo será el Juez de esta Jurisdicción, quien no se limitará a dictar la invalidez, sino también los efectos prácticos de la reinstalación y los salarios caídos. En este último supuesto, la competencia tendría asidero en el inciso g) del artículo 385 CT, que permite a esta jurisdicción conocer: "De todos los demás asuntos que determine la ley", en cuyo caso las normas de Derecho Público constituirían también una de las "leyes conexas" que enuncia el artículo 15 laboral

30. Se pueden también esgrimir algunos argumentos de oportunidad en favor de la Jurisdicción de Trabajo, que tienen relación con las facilidades e informalidades del procedimiento: gratuidad (no se litiga en papel sellado, art. 10; no se requiere presentar copias, art. 437; la demanda puede presentarse sin patrocinio letrado y hasta verbalmente, art. 456; no existe afianzamiento de costas, art. 487), no existe el rechazo ad portas (prevención de oficio para subsanar las omisiones de la demanda, art. 455), celeridad (los términos fijados son cortos, arts. 415 inciso c, 444, 485 y 495; existe diligencia conciliatoria, arts. 467 y 468), los testigos declaran sobre hechos generales de la demanda (art. 478).

Un solitario fallo dictado por el Juzgado Tercero de Trabajo de San José declaró la nulidad de un acto administrativo y dispuso la reinstalación de una servidora pública, sin embargo, no hubo pronunciamiento de fondo en las instancias superiores, pues se acogió la excepción de prescripción.<sup>58</sup>

## 2. Sector Privado

Nuestro Código de Trabajo vigente no consagra de manera expresa el concepto de estabilidad. Una excepcional disposición, el artículo 578 inciso a) menciona de manera explícita el término "reinstalación", como potestad de los trabajadores en el supuesto del paro patronal ilícito.<sup>59</sup>

58 Sentencia número 531 de 16 hrs. del 25 de setiembre, 1980.

59 Dicho artículo, según lo sostiene el Doctor Bernardo VAN DER LAAT E., guarda similitud con la denominada por la doctrina francesa "tesis de la opción del asalariado", "según la cual el trabajador que se ve afectado por un paro se beneficia con la opción que tradicionalmente se reconoce a las víctimas de cese de ejecución de los contratos sinalagmáticos: pedir el cumplimiento del contrato o romper éste con derecho a solicitar las indemnizaciones correspondientes. "La Huelga y el Paro en Costa Rica", Editorial Juricentro, San José 1979, p. 170. En contraste con la "reinstalación" por paro ilícito

31. Naturalmente que nuestro ordenamiento laboral consagra parcialmente el principio de la conservación del negocio, pese a las vicisitudes inherentes a la empresa y a los sujetos de la relación laboral; en otras palabras, el denominado principio de la continuidad tiene las clásicas proyecciones descritas por el ilustre autor uruguayo Américo PLA RODRIGUEZ,<sup>60</sup> a saber:

- "1) Preferencia por los contratos de duración indefinida". (art. 27 CT).
- "2) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato"; (doctrina de arts. 18 y 25 CT).
- "3) Facilidad para la mantención del contrato pese a los incumplimientos y nulidades"; (art. 11 CT).
- "5) Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones" (arts. 30, inciso c; 73 a 80; 365, 372).
- "6) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador". (art. 37 CT).

32. No obstante, la cuarta proyección enunciada por dicho autor como "4) Resistencia a admitir la rescisión del contrato por la sola voluntad patronal", no tiene más consecuencia en nuestro sistema de despido libre, incausado o no punitivo, que el pago de indemnizaciones tarifadas no mayores de ocho meses de salario a razón de un mes de salario por año, o fracción no menor de seis meses, en concepto de auxilio de cesantía, más la suma sustitutiva del preaviso cuyo máximo se fija en un mes de salario, el cual se obtiene una vez transcurrido el primer año de labores.<sup>61</sup>

frustrado la suspensión de los efectos principales del contrato de trabajo) la técnica legislativa fue deficitaria cuando reguló los casos en que se requiere autorización administrativa para la suspensión de los contratos (art. 74), ya que la denegatoria de tal solicitud (por ausencia de causa o por causa no suficiente) faculta a los trabajadores a "dar por concluidos sus contratos, con responsabilidad para el patrono" (art. 75). Ante los mismos supuestos se impondría la reinstalación implícita, si es que necesidad hubiere de emplear el giro.

60 "Los Principios del Derecho del Trabajo", p. 151 y ss.

61 El 19 de setiembre de 1977 la Asamblea Legislativa aprobó elevar a doce el máximo de cuotas que debían pagarse por cesantía, el Poder Ejecutivo vetó el proyecto. El actual proyecto del Código de Trabajo fija de nueve en doce el máximo, sobre la misma base de un mes por año o por fracción no no menor de seis meses (art. 123). Se propone una ampliación del preaviso en un mes adicional después de los primeros diez años o fracción no menor de cinco años. (art. 122 inciso d).

Los problemas no derivan todos de formalismos, aún sin ellos, la existencia de tres instancias (Casación es una instancia rogada) demora inexorablemente los juicios ordinarios cuya cuantía exceda de veinte mil colones.

Por otra parte, las indemnizaciones indicadas, según jurisprudencia unánime, no devengan intereses, y los salarios que constituyen una sanción para el patrono que no pruebe la causa que invocó al momento de despedir al trabajador se han fijado en un mes, interpretando la jurisprudencia que ese es el lapso "desde la terminación del contrato hasta la fecha en que de acuerdo con los términos para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia condenatoria en contra del patrono." (art. 82, párrafo 2). No cabe duda de que el sistema ha perdido actualidad —si alguna vez la tuvo— máxime en la actualidad con la vertiginosa pérdida del valor del dinero y las perentorias necesidades de la clase trabajadora.<sup>63</sup>

Las indemnizaciones tarifadas por ley o jurisprudencia aún no han cedido para el resarcimiento del daño moral, el que a nuestro juicio tiene apoyo constitucional, legal, y en cierta jurisprudencia y doctrina.<sup>64</sup>

62 "Dice Tribunal: Preaviso y cesantía perdieron actualidad", Periódico Excelsior, 23 de marzo, 1976. El formalismo a que se refiere este fallo consistió en la imposibilidad que tuvo el trabajador de probar el hecho de haber sido despedido; sin embargo, a veces la lentitud de los procesos laborales se debe a la no aplicación del principio "reus in exceptionibus", según el cual es al patrono a quien incumbe probar la causa del despido.

63 Los intereses que paga en la actualidad el Sistema Bancario Nacional son del orden del 24.5% anual, lo que indica que el capital se duplica en prácticamente cuatro años ( $1 = 0.24 \times 4 = 0.98$ ); por su parte el índice inflacionario acusa un ascenso notable. Así, si un juicio demorare cuatro años y al cabo de los cuales resulta favorable para el trabajador, importaría poco que el patrono prácticamente no devuelva más que los intereses de la suma debida, lo más grave es que el trabajador recibe una suma cuyo favor adquisitivo es ínfimo. Si a ello agregamos los gastos en que incurre la Administración de Justicia, el resultado no puede ser menos que lamentable. Los resultados no dejan de ser dramáticos aunque el juicio demore en todas sus instancias un lapso menor. Las anteriores no son más que premisas y sugerencias para un estudio estadístico y económico a fin de medir ya no el problema —que existe— sino su magnitud. (Sugerencia para el título del estudio: "quién paga en Costa Rica las ejecuciones de sentencias laborales?, costo social y retribución económica".)

64 Artículo 41 constitucional, 15 laboral y Casación N° 7 de 1970, en relación con resolución número 3139 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo de 1968 confirmada por Casación. La doctrina se ha venido ocupando en los últimos tiempos del daño moral en el campo laboral, vid., entre otros, VASQUEZ VIALARD, Antonio, "Despido abusivo", en "Estudios sobre...", (nota 2), p. 731 y ss., en la Revista "Derecho del Trabajo" (ediciones La Ley, Buenos Aires) se puede consultar: FANJUL, Aurelio, "El daño moral en el contrato de trabajo", número 3, 1981, p. 213 y ss; y DE LA FUENTE, Horacio, con el mismo título, número 9, 1981, p. 1161 y ss.

X 34. Nuestro sistema de despido no consagra en términos generales ninguna exigencia formal para su validez.

El despido puede carecer de comunicación escrita, en la que consten los hechos que lo motiven y el señalamiento de la fecha de inicio del mismo, lo que revela una franca desventaja para el trabajador,<sup>65</sup> que se

65 El artículo 35 CT prescribe que el patrono en los casos de expiración de todo contrato de trabajo, "deberá darle un certificado" al trabajador que se lo solicite en el que se expresará: "d) Las causas del retiro o de la cesación del contrato". Esta norma no señala la correspondiente sanción al incumplimiento de ese deber. En nuestro criterio, la negativa comprobada de entregar dicho certificado debería convertir el despido en injustificado. Ello por dos razones: Tal comportamiento viola una "obligación absoluta" que impone el artículo 70 a los patronos: "i) Ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley." El espíritu de esta disposición entraña, a nuestro juicio, lesión por acción u omisión. Por otra parte, se lesiona la buena fe (art. 19 CT) cuya vigencia supera la duración de servicios, según lo ha indicado la jurisprudencia argentina: "La buena fe debe presidir toda la relación contractual, no sólo en su celebración e interpretación sino también en la etapa de su cumplimiento y hasta en la de su disolución. Buena fe cuyos límites no pueden excederse" citada por CAPON FILAS, Rodolfo E: "El abuso de derecho en relación al contrato de trabajo" en "Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali", p. 772.

El proyecto de Código de Trabajo (art. 131) impone la obligación de la entrega de la carta de despido, y señala: "La omisión del patrono en el cumplimiento de la anterior obligación hará presumir la inexistencia de la causa". (subrayado nuestro) ¿Es esta una presunción "iure et de iure" o iuris tantum? Creemos que no debe soportar prueba en contrario, pues de lo contrario se estaría invocando, con otras palabras, el precepto "reus in exceptionibus" (principio procesal universal). La solución planteada, que vale "mutatis mutandis" con el actual ordenamiento, según lo ya indicado, ha tenido un amplio desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario en otros países. Así, por ejemplo, la Ley mexicana prescribe: "El patrono deberá dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa o causas de la rescisión", Mario DE LA CUEVA, ilustre y recordado autor mexicano, señala al comentar esta disposición: "La finalidad de este precepto es doble: por una parte, la existencia de una constancia auténtica de despido; y por otra, que el trabajador tenga conocimiento de la causa o causas que podrá aducir el patrono para justificarlo, lo cual, además, le permitirá preparar su contra-defensa. Claro está que el patrono puede despedir y no entregar la constancia, pero si así ocurren los hechos, no podrá alegar en su defensa ninguna causa justificada de rescisión, lo que dará por resultado que una vez comprobado el hecho del despido, debe decretarse la reinstalación o el pago de la indemnización procedente, a elección del trabajador." "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo (Historia, principios fundamentales, Derecho Individual y trabajos especiales)", tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1975, p. 253). En España, el recientemente promulgado Estatuto de los Trabajadores (1980), dispone en su artículo 55.1 "el despido... deberá ser notificado por escrito, en el que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto" el Profesor ALONSO OLEA, Manuel comenta que la forma que exige la ley es "integrativa" o "ad solemnitatem" en virtud de que su incumplimiento hará nulo el despido (Derecho del Trabajo, sexta edición, renovada, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid 1980, p. 312); sobre el tema de la invocación de los hechos que motivan

traduce en un contrasentido procesal: El trabajador despedido sin invocación de causa que se ve obligado a iniciar las acciones indemnizatorias goza de dos meses a partir de la fecha del despido para presentar el reclamo (art. 604 C.T.), como no tiene certeza de la causa que se le imputa, o bien supone la inexistencia de la misma, se ve obligado simplemente a indicar que fue despedido injustamente. En la contestación negativa de la demanda el patrono invocará la causal.<sup>66</sup> A partir de este momento el trabajador queda notificado del motivo del despido —consustancial con la excepción de falta de derecho que lo acompaña— y tendrá la posibilidad de combatir la excepción y presentar prueba para ello dentro de los tres

el despido precisa: "la finalidad básica de la carta es que el trabajador tenga un conocimiento claro e inequívoco de por qué se le despide; este fin se conseguirá adecuadamente mediante la descripción de los incumplimientos en virtud de los cuales se despide; difícilmente mediante la cita simple de la causa del art. 54.2 en que el empresario basa su decisión; óptimamente mediante la constancia en la carta tanto de los hechos como del derecho. Por lo que debe velar el Magistrado de Trabajo es porque no se produzca en el ánimo del trabajador ninguna confusión ni equívoco, ni menos que de éste derive indefensión en el ejercicio de sus acciones impugnatorias del despido..." (op. cit. p. 314). En Argentina también se exige la comunicación escrita en la que deben constar los hechos que la motivan, y al respecto la jurisprudencia de ese país tiene dicho: "Si al notificar el despido se omitió indicar la causa, no corresponde invocarla con posterioridad" (vid. KROTOSCHIN RATTI, "Código de Trabajo Anotado", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 218). En Perú, la denominada Ley de Estabilidad Laboral (Decreto Ley 22.126 de 1979) establece también la obligación de continente (comunicación escrita) y de contenido (indicación precisa de la causal), (vid. PALMA MARTINEZ, Jorge, "Ley de estabilidad laboral", segunda edición, Imprenta Cádiz, Ltda, Lima 1979; PALOMINO R, Teodosio A., "Estabilidad Laboral y Automación", impreso en Lima, 1ª edición, 1972, s.e. especialmente pp. 82-83 que analiza el mismo principio en una ley peruana anterior). En Francia la Ley N° 73-680 (13 de julio de 1973) dispone varias condiciones de forma para el procedimiento de despido: tentativa previa de conciliación, notificación del despido y motivación del despido, sobre este último aspecto, que es el que aquí nos interesa, la ley dispone la obligación del empleador, cuando el trabajador lo solicite, de enunciar las causas reales y serias del despido (art. L. 122-14-2), si la respuesta no se produce dentro de los plazos y formas prescritas existe la presunción irrefragable de ausencia de causa de despido. (Vid. JAVILLIER, Jean Claude, "Droit du Travail", Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, segunda edición, París, 1981, p. 303 y ss).

66 El Doctor Carlos CARRO ZUÑIGA ha desarrollado en su libro "Derecho del Trabajo Costarricense" (Ediciones Juricentro, San José 1978) el tema de las causales de despido con gran amplitud. En nuestro ordenamiento (art. 81 CT) se han establecido diversas causales de despido, todas menos una describen conductas precisas, sujetas, según los casos, a modo, lugar, sujeto pasivo y condiciones. La última constituye lo que llamaríamos un "tipo abierto", pues dispone que se puede despedir: "(L) Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato." "Merced a esto, señala el Doctor CARRO, precisamente, nuestros tribunales han podido elaborar una jurisprudencia sólida en principios y rica en matices en lo que atañe a significación y alcances de lo que realmente debe entenderse, a tenor de lo dispuesto por esa norma, por "falta grave", campo en el que han gozado de una holgada libertad estimativa..." (p. 22)

días en audiencia dictada al efecto (art. 463 CT). Lo anterior significa, ni más ni menos, que el trabajador goza del plazo perentorio, cuando se presenta la circunstancia descrita, o sea, en la gran generalidad de los casos, de tres días para combatir la causa; ello abonado a la circunstancia de su desvinculación de la empresa lo coloca en una frágil y desequilibrada posición procesal de defensa.

35. Un sui géneris problema se presenta en nuestro país en relación con las garantías de la defensa, que según cierta doctrina constituye un principio general del Derecho del Trabajo.<sup>67</sup>

X El artículo 68 CT prescribe cuál debe ser el contenido mínimo del reglamento interior de trabajo, y en su inciso e) dispone, en lo que nos interesa, que se deben incorporar "las disposiciones disciplinarias y formas de aplicarlas. Es entendido que... y que la suspensión del trabajo, sin goce de sueldo, no podrá decretarse por más de ocho días ni antes de haber oído al interesado y a los compañeros que éste indique"; (subrayados nuestros).

Esta garantía presenta una paradoja: no es compatible que se otorgue para la menor sanción y no para la máxima. Algunas ideas sobre la base de que "adonde exista la misma razón debe existir la misma disposición", se pueden sugerir a partir de ese dato:

i. Si el legislador impuso la garantía de defensa para sanciones disciplinarias que no fueran el despido, lo hizo presumiendo que éste no podría darse sin aquélla. En otras palabras, estimó oportuno, para que no se presentara duda, consagrar que aún para las sanciones menores el trabajador tenía derecho a la defensa previa, en cuyo caso dejaba implícita esta obligación para el despido. En síntesis: quien puede lo más (defenderse hasta de una suspensión disciplinaria), puede lo menos (defenderse previamente frente al despido).

ii. Nótese que lo anterior no sería óbice para despedir, pero este despido ilegal se convertiría en injusto y por tanto indemnizable, a tenor de los artículos 28 (derecho de rescisión incausado para ambas partes con la consiguiente compensación en dinero del período de pre-aviso), 29 (percepción del auxilio de cesantía), 31 (semejante derecho pero con

67 BRUN, André y GALLAND, Henri, "Droit du Travail", Tomo I, (Les rapports individuels de travail), Ed. Sirey, II edición, París, 1978, p. 42. Nuestra Sala de Casación derivó de nuestra Constitución Política y de la doctrina que la informa este principio general aplicable, aún sin norma expresa, en los procedimientos administrativos de destitución (N° 110 de 10 hrs, 17 noviembre, 1978). La L.G.A.P. lo consagra en sus artículos 211.3, 308-2 y concordantes en relación de los despidos. Vid. BURGOA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", Editorial Porrúa, décimotercera edición, México, 1980, p. 565. GORDILLO, Agustín, "Procedimientos y recursos administrativos", Ed. Macchi 2ª edición, Buenos Aires, p. 72 y ss. HERNANDEZ, Rubén, op. cit. p. 52 y s.

pago de daños y perjuicios causados), 81 (norma medular que tipifica las causas de despido). El artículo que mayor resistencia ofrece es el 82, cuyo último párrafo prescribe literalmente, (con excepción de los paréntesis y subrayados, que son nuestros), "Siempre que el trabajador entable juicio para obtener las prestaciones de que habla este artículo (pre-aviso, auxilio de cesantía) y el patrono pruebe la justa causa en que se fundó el despido y la circunstancia de haber notificado ésta por escrito en el momento de despedirlo, los Tribunales de Trabajo condenarán al primero a pagar ambas costas del litigio y le impondrán en la misma sentencia, como corrección disciplinaria, una multa..." Una interpretación diría que la notificación del despido no es obligatoria, que se incorporó en el texto simplemente para evitar demandas temerarias, lo que no excluye la prueba de la causal no notificada, ni dice nada a favor del derecho a la defensa (tesis jurisprudencial). La interpretación en contrario entiende que la notificación debe darse en todo caso, y que ella comporta, y está precedida, de la garantía de defensa. Esta tesis se apoya en una interpretación auténtica del texto del dictamen que rindió la respectiva Comisión Especial del Congreso sobre el Proyecto de Código de Trabajo: "También adicionamos el citado artículo con un párrafo cuarto, que sanciona con eficacia al trabajador que reclama injustamente contra el patrono que lo despidió EN FORMA y por causas legales" (mayúsculas nuestras).<sup>68</sup> También tiene apoyo en el ya citado inciso e) del artículo 68, en cuanto dispone que el reglamento interno de trabajo debe contener: "Las disposiciones disciplinarias y formas de aplicarlas...", en cuyo caso la pluralidad del texto abarca al despido.

En conclusión, si estas rápidas ideas permitieran al menos escuchar el eco del principio "in dubio pro operario", o bien el de la norma más favorable; o mejor aún, la consolidación de un principio general latente del Derecho del Trabajo costarricense, la justicia se enriquecería.<sup>69</sup>

68 Ninguna interferencia a los anteriores planteamientos ofrece el párrafo segundo del artículo 82, según el cual: "Si con posterioridad al despido surriere contención y no se comprobare la causa del mismo..."

69 Vid. LYON-CAEN, "Les principes généraux du Droit du travail" en "Etudes offertes a G. H. Camerlynck, Tendances du Droit du travail française contemporaine", ed. Dalloz, 1978, 35 y ss. La exigencia de ciertas formalidades es una tendencia jurisprudencia en materia de conflictos colectivos de carácter económico social, en 1972 el Tribunal Superior de Trabajo declaró: "Las cuestiones relativas al procedimiento a seguir para el nombramiento de delegados de los trabajadores y al modo en que ha de suscribirse el pliego de peticiones... son puntos relativos a meras formalidades que, a juicio del Tribunal, no afectan la validez de los procedimientos" (resolución de 10 hrs. de 23 de agosto, 1972); en 1975 exigió el requisito de la autenticación de las firmas de dichos pliegos (resolución de las 14 hrs. de 17 de setiembre); en 1981 estimó que un poder otorgado "para todos los fines concernientes a la solución del conflicto" en un servicio público no alcanzaba la etapa arbitral, pues "de haber sido esa la intención de los trabajadores, debieron consignarlo expresamente en el instrumento o acta respectiva", para sostener su criterio el Tribunal se remitió a las leyes sustantivas del contrato de

Es probable, también, que la garantía de defensa sea un principio cristiano de justicia social y por ende aplicable en nuestra materia según lo disponen los artículos 74 constitucional y I laboral: en una corte inglesa se expresó en relación con el caso del doctor Bentley: "El principio enunciado tiene tanta antigüedad como el hombre. Hasta Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa, Adán —dijo Dios—, ¿dónde estabas tú? No has comido del árbol del que no debías hacerlo?"<sup>70</sup>

Nuestra jurisdicción laboral permite detectar cierta orientación en el sentido apuntado, (derivado de la naturaleza democrática de nuestro régimen). En las consideraciones de un fallo reciente declaró que la audiencia previa es "un derecho elemental...", que es propio de la naturaleza democrática del derecho costarricense, y que es más relevante aun en tratándose de una típica relación de servicio público.<sup>71</sup>

El libérrimo sistema de despido no establece ninguna protección para los titulares de cargos sindicales (el denominado fuero). La Constitución se limita a establecer el principio de la libre sindicación (artículo 60), sin embargo las actas correspondientes dan cuenta de una interesante polémica en relación con el siguiente agregado a dicho artículo: "Los dirigentes sindicales sólo podrán ser despedidos de su trabajo por causa justa". El diputado MONGE ALVAREZ, proponente de la moción, señaló: "la garantía (se refiere a la libre sindicalización del artículo 55 de la Constitución reformada de 1871) en la práctica constituyen una farsa, una mentira, pues a quienes corresponde hacer efectivo ese derecho de la clase trabajadora, es precisamente a los dirigentes sindicales, expuestos a toda clase de persecuciones y a la animadversión por parte de los patronos. De ahí que no cree en la libre sindicalización para los trabajadores, cuando

mandato (Resolución 6463 de 16 hrs de 2 de noviembre) (Las dos primeras citas son de CASTRO HIDALGO, Abel, "El proceso colectivo constitutivo de trabajo en la legislación costarricense", Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Social, 1975, not. 22, p. 24).

70 WADE & PHILIPS, "Constitutional Law", tercera edición, Londres 1946, p. 276, citado por GORDILLO, op. cit. p. 74.

71 Tribunal Superior de Trabajo, resolución de 10:25 hrs, de 17 de febrero de 1981, (considerando II). Sobre la existencia del principio antes de su positivación jurídica en el Derecho Administrativo, consultar, con abundancia de antecedentes, la resolución número 3139 de 1968 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo (Considerando III). CREMADES, Bernardo María, ha indicado que ciertos principios procesales podrían tener aplicación en las correcciones disciplinarias, y comenta lo siguiente sobre una antigua disposición del ordenamiento español: "Sin embargo, no obstante la fórmula —tan enemiga a toda vinculación formal— del A. 106 Trpl, creo necesario una medida de prudencia, como es la de exigir la previa audiencia del trabajador antes de ser disciplinariamente sancionado. La práctica enseña que muchos de los casos de conflicto no hubieran lugar si se diera la ocasión al trabajador para exponer previamente sus razones." ("La sanción disciplinaria en la empresa", Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, p. 245).

el hombre que abraza esa causa con fervor y desinterés, está expuesto al despido injustificado".<sup>72</sup>

37. En la actualidad un interesante problema se presenta en relación con la adopción en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio número 98, "Relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de negociación colectiva" (Ginebra, 1º de julio de 1949) y la reforma que se introdujo en la Constitución Política en su artículo 7 (1968). Esta reforma le otorga naturaleza de supralegalidad (pero infraconstitucionalidad) a los convenios internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa. Por su parte el convenio en mención dispone: "Art. 1. párraf. 2: Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de Trabajo".<sup>73</sup>

Por su parte el Comité de Libertad Sindical ha resuelto: "El Comité indicó que una de las formas de asegurar la protección de los delegados sindicales es disponer que no podrán ser despedidos mientras estén en el ejercicio de sus funciones, ni durante un período determinado a partir del momento en que cesen en ellas, salvo, naturalmente, en caso de falta grave..."<sup>74</sup> La existencia de los convenios dichos permite sugerir varias conclusiones: El artículo 15 CT incorpora como fuentes de integración del ordenamiento laboral a los convenios y recomendaciones "adoptados" por la OIT, de donde se puede sostener que no hace falta su ratificación para formar parte del bloque de legalidad específico; si a ello se suma la jurisprudencia de la OIT sobre la materia, fácilmente se puede sostener que consagran "principios generales de Derecho de Trabajo", y que también constituyen fuente supletoria según el artículo citado. Ahora bien, la ratificación de los convenios permite situarlos en un nivel superior a la ley ordinaria, en cuyo caso su aplicación resultaría imperativa. Cualquiera que sea la opción adoptada debe tenerse presente la existencia del principio de norma más favorable, propio de nuestra disciplina.

72 Asamblea Nacional Constituyente, Actas, N° 121, tomo III, p. 7.

73 Vid. en sentido específico Convenio número 135 y Recomendación número 43.

74 "La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, segunda edición, Ginebra 1976, párrafo 216, p. 81. En relación con este tema y sobre información general sobre regulaciones de despido, vid. PEREZ AMOROS, Francisco y otros. "Régimen Sindical Participación y Regulación Legal del Despido en el Derecho Europeo. (Francia, Italia, Inglaterra, R.F.A.)", Eunibar, S.A., Barcelona, 1980. Sobre los alcances generales del fuero, vid. MONTENEGRO BACA, José, "Concepto amplio de fuero sindical" en Derecho Colectivo Laboral (Asociaciones profesionales y convenios colectivos)", obra colectiva, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 501 y ss.

38. Se indicó que el término "reinstalación" aparece únicamente una vez a lo largo del CT, y nuestra jurisprudencia ha señalado que tal mecanismo no es aplicable sin norma expresa; sin embargo, existe en nuestro ordenamiento otra disposición que obliga al patrono a "reponer en su ocupación" al trabajador que haya sufrido un riesgo profesional, siempre que esté en condiciones de laborar y cuya incapacidad no supere el año, lo que será analizado adelante (art. 248-250).

Además, nuestra jurisprudencia ha indicado que como no existe reinstalación textual ésta no opera en los dos únicos casos que prevé nuestra ley dentro del sistema de despido-propuesta, a saber:

I. Una vez iniciado un conflicto colectivo de carácter económico social; es decir, a partir de la presentación del pliego de peticiones ante cualquier autoridad competente, "toda terminación de contratos de trabajo debe ser autorizada previamente por el respectivo Juez de Trabajo" (art. 503 CT) (la jurisprudencia ha rechazado la extensión analógica de esta disposición cuando se negocian convenciones colectivas).

II. Para despedir a una trabajadora en estado de gravidez o en época de lactancia se requiere la comisión por parte de ésta de falta grave, que debe ser avisada previamente a las autoridades administrativas de trabajo (art. 94 CT).

Estos ejemplos constituyen, por lo que diremos luego, la única modalidad de estabilidad textual, aunque temporal, que consagra nuestro Código.<sup>75</sup> Una de las varias clasificaciones que hace BAYON CHACON, Gaspar, sobre el despido es la relativa a la eficacia, en la que distingue entre despidos propiamente tales y propuestas de despido: "Si el despido tiene un valor constitutivo, si es rescisorio por sí mismo, será un despido propiamente tal; pero en otros sistemas, o en ciertos casos del mismo sistema, la empresa limitará su acción a elevar una propuesta de despido, y entonces no existe despido de empresa, sino del ente que resuelve." (subrayados nuestros).<sup>76</sup>

39. La elevación de la propuesta de despido en los casos mencionados no implica un simple obstáculo para despedir, o una mera formalidad. Tratándose de los trabajadores afectados por un conflicto la doctrina que informa a los artículos 502 y 503 CT es la denominada "obligación de no innovar", según lo ha indicado el profesor Guillermo CABANE-

75 Una "super estabilidad" (condicionada) concede nuestra ley, por razones obvias, a los trabajadores del mar y vías navegables: "Art. 123.—No podrán las partes dar por concluido ningún contrato de embarco, ni aun por justa causa, mientras la nave esté en viaje..."

76 "El despido, concepto y clase, significación jurídica y social" en obra colectiva "Dieciséis lecciones sobre causas de despido" (prólogo de Gaspar Bayón Chacón y Manuel Alonso Olea). Seminario de Derecho del Trabajo, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1969, p. 24.

LLAS: "En algunas legislaciones, como en la Argentina, se establece que, durante un período que fijarán la autoridad o los órganos competentes en la solución de los conflictos colectivos, las partes no pueden innovar y hasta se autoriza a obligar a las partes en conflictos a que retrotraigan las situaciones de hecho al estado existente al plantearse la actual desavenencia".<sup>77</sup> El artículo 502 establece la sanción específica de "reparar inmediatamente el daño causado", sobre la cual se ha dicho que "implica la ineficacia de la medida que constituye la innovación y la consecuencia de que la situación de hecho debe restituirse al estado anterior a esa medida".<sup>78</sup>

Tratándose de la trabajadora en estado de gravidez o de lactancia la protección otorgada por la ley tiene apoyo en el precepto constitucional: "Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo" (art. 71).

Cada uno de los casos descritos merecen un tratamiento particular.

40. En el caso de la necesaria autorización de despido mientras se tramite conflicto colectivo ha dicho el Tribunal Superior que la solicitud patronal se debe formalizar por medio de incidente, por lo que el pronunciamiento correspondiente no constituye cosa juzgada; y que, en todo caso, "lo adecuado es la solicitud ante el juez que conoce el conflicto para que en resolución motivada exponga si autoriza o no el despido, pero para que el juzgador llegue a tener una noción de la base de la separación debe señalarse la razón jurídica o causal legal en que se apoya."<sup>79</sup>

Como quiera que el pronunciamiento no produce cosa juzgada constituye, a nuestro juicio, un elemento esencial. Con ello queremos señalar que la ausencia de solicitud de autorización convierte en nulo el pretendido despido por ausencia de una formalidad esencial en la formación de ese acto jurídico.<sup>80</sup> Nuestra jurisprudencia ha evolucionado en sentido inverso al planteado, pues declaró la procedencia de la reinstalación en 1973,<sup>81</sup> jurisprudencia que varió rápidamente.<sup>82</sup> El

77 "Derecho de los conflictos laborales", citado por CASTRO HIDALGO, op. cit. p. 31.

78 CASTRO HIDALGO, op. cit. loc. cit.

79 Resolución N° 4376 de 1976, citado de VAN DER LAAT E., Bernardo, "Derecho Colectivo del Trabajo, Jurisprudencia", Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1979, p. 32 y s.

80 Vid. infra.

81 Resolución número 3454 de 1973; varias consideraciones se hicieron para declarar con lugar el incidente: la no demostración por parte del patrono dentro del incidente de que el despedido obedeciera a causas ajenas al conflicto, porque no demostró que no era empleado permanente, ni que la gestión carecía de interés actual. A contrario sensu, se permitiría, que aún sin soli-

criterio que prevalece en la actualidad se traduce en la siguiente fórmula de estilo: "Si se establece que todo despido que se vaya a producir en un centro de trabajo donde se ha planteado un conflicto colectivo de carácter económico-social, debe requerir el previo conocimiento y aprobación del juez de trabajo, esto no significa en modo alguno que cuando un patrono procede contra tal regla, estén los tribunales de trabajo en condición de obligarlo a reintegrar al despido porque ese trámite no existe en nuestra legislación laboral, con excepción de los regímenes que se refieren al Servicio Civil y parcialmente en el Municipal".<sup>83</sup>

Esta posición jurisprudencial, que no hace concesiones a la reinstalación no textual, presenta un particular problema si el o los trabajadores despedidos son los representantes obreros en el conflicto, y se despide sin autorización judicial. Aparte de que ese podría ser el precio que pague un trabajador por la defensa de sus compañeros, lo que constituye en nuestro medio el heroico riesgo de los dirigentes obreros, también se podría cuestionar si en el caso descrito la titularidad procesal se vería cuestionada, en el tanto el despedido dejó de ser trabajador de la empresa afectada por el conflicto.

Asumiendo dos hipótesis se podría descartar el riesgo descrito; en primer término, se puede sostener que el poder no puede ser invalidado por esa causa sobreviniente en virtud de que se otorgó cuando los representantes ostentaban calidad de trabajadores, que es lo que exige la ley; en segundo término, puede ser que dentro del incidente respectivo el juez aprecie, o dude, que la causa refleja una "reacción patronal persecutoria",<sup>84</sup> o simplemente que es inexistente o de poca entidad.

El problema de la titularidad podría ser resuelto como se ha descrito, pero el problema medular de la reinstalación subsiste, pues de nada serviría ser representante de los trabajadores en un conflicto si el estrecho contacto con ellos que se produce en la empresa desaparecería con la simple prohibición al representante de acceso a los centros de trabajo, fundada en el derecho de no reinstalar.

citad previa se pueden valorar los hechos y convalidar el despido, (así ha sido declarado en resolución de 9:10 hrs. de 12 de abril, 1972 —prevalencia de la oportunidad sobre la legalidad—). No hubo pronunciamiento del Tribunal cuando acogió la reinstalación sobre los salarios caídos que se habían solicitado.

82 Se pueden consultar varias referencias en VALERIO SANCHEZ, Alvaro y RODRIGUEZ GONZALO, Henry, "Código de Trabajo anotado y concordado", Imprenta Nacional, San José, p. 380-381. Compartimos plenamente la siguiente opinión: "El procedimiento de reinstalación no está expresamente previsto en el artículo 503, pero sí está presente en forma implícita, por lo que se estima que los jueces en su labor integrativa del Derecho, debieran considerarlo." (VAN DER LAAT, B. "La huelga...", p. 142).

84 Vid. resolución del Tribunal Superior de Trabajo N° 4376 de 1976, en la cual se denegó autorización para despedir a un dirigente sindical que participaba en un conflicto.

Argumentar que el despido de un representante obrero tiene dos frenos alternativos: la "sensibilidad social" del patrono o la huelga de los trabajadores, es ofrecer soluciones extra jurídicas presumiendo virtudes o consagrando la ley de talión.

42. Si el despido inconsulto carece de validez y la reinstalación no se pudiera decretar, cabe plantearse los siguientes interrogantes: ¿se podría solicitar en la vía ordinaria no ya la reinstalación sino el pago de los salarios caídos hasta la terminación del conflicto, junto con las indemnizaciones ordinarias, sobre la base del incumplimiento patronal? ¿tendría alguna incidencia en el juicio la demostración patronal de la falta grave del trabajador?

Las mismas preguntas se pueden formular frente al incumplimiento patronal de la resolución que no le autorice un despido. ¿Será posible reducir las preguntas anteriores a una sola contestación?: si el patrono incumple una ley será responsable por violación a las leyes laborales, pero nada más. Nuestro criterio es que eso es desplazar al sujeto pasivo directo de la violación a cambio de una eventual multa a favor del Estado. El eclipse, creemos, puede desaparecer mediante la aplicación de ciertos criterios jurídicos que serán desarrollados adelante, una vez que analicemos el despido no autorizado de la trabajadora embarazada o en época de lactancia, y las fuentes convencionales de la estabilidad.

43. Nuestro Código en su artículo 94 dispone: "Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras por el hecho del embarazo o de la lactancia. Todo despido justificado que de ellas se haga debe ser avisado previamente a las autoridades administrativas de trabajo".

Ciertamente la ley se refiere a un aviso previo, pero la defectuosa redacción no puede esconder el bien jurídico tutelado: la estabilidad inspirada en elementales razones sociales. Decir que con el aviso previo, indicando cualquier causal, queda expedito el camino del despido no tiene ningún sentido, pues aunque el legislador no motivó de manera precisa las finalidades de la norma lo cierto es que no lo hizo para que las autoridades administrativas tuvieran datos estadísticos sobre el desempleo de las madres en estado puerperio o en época de lactancia.

Tampoco es válida la alegre interpretación de que como la norma obliga a notificar los motivos del despido, nada impide despedir sin éstos, en cuyo caso no se viola la prohibición.

En la práctica administrativa se procura el control mediante la verificación de los hechos imputados, llegándose incluso a no autorizar los despidos por causas inexistentes o de poca entidad.<sup>85</sup>

Se podría decir que esta norma tiene dos distintos contralores: el de oportunidad corresponde al Ministerio de Trabajo y el de legalidad a

85 Funcionarios del Ministerio de Trabajo así me lo informaron verbalmente.

la Jurisdicción Laboral, la cual puede controlar la oportunidad únicamente si existe pronunciamiento administrativo.<sup>86</sup>

Aún en el supuesto de que no se requiera un pronunciamiento administrativo ¿podría el patrono despedir en contra de la prohibición, no dando aviso a las autoridades? ¿Podría a un juez en tal supuesto evaluar la falta imputada? Es cierto que la ley sanciona con multa las infracciones a las leyes laborales prohibitivas, e incluso habla de "arresto incommutable en caso de reincidencia específica".<sup>87</sup> También es cierto que permite demandar las indemnizaciones que se considere genere la falta (art. 557); ¿podría, entonces la trabajadora exigir los salarios que corren desde el momento del despido nulo, hasta la eventual finalización del período de lactancia,<sup>88</sup> adicionales a las prestaciones por maternidad (denominadas de pre y post parto) y a las tarifadas —al menos—. Creemos que sí, y ello tanto en la ejecución del fallo por infracción como en el ordinario. La solicitud de reinstalación, fundada sobre la nulidad del despido debería ser el medio idóneo en este último caso, sancionándose al patrono con el equivalente económico en caso de renuencia a reinstalar.

Los dos casos que se han descrito lo hemos calificado como típicos de estabilidad temporal o condicionada a ciertos eventos (terminación del conflicto, acaecimiento del parto y terminación del período de lactancia); no obstante, por lo ya dicho en el primer caso, y por lo que se dirá en el segundo, nuestra ley y jurisprudencia prohíben despedir incausadamente, pero no le asignan a dicha prohibición la potencialidad de la reinstalación.

86 El anteproyecto del Código de Trabajo señala en su artículo 211 la obligatoriedad de probar sumariamente ante la Inspección General de Trabajo por parte del patrono la causal invocada. El artículo 212 prescribe: "No surtirá efecto el despido efectuado en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior. Si de hecho se hubiera producido el despido de una trabajadora durante el embarazo o lactancia, sin perjuicio de las sanciones correspondientes al patrono, la Inspección General de Trabajo ordenará la reinstalación inmediata de la trabajadora despedida, en pleno goce de sus derechos. El patrono será responsable de los salarios dejados de percibir". Se ha sostenido que el trámite del artículo 211 es "Típicamente judicial y que, por lo mismo debe estar ubicado dentro del ámbito de la Corte Suprema de Justicia." (UMAÑA SOTO, "El nuevo Código de Trabajo" —V—, La Nación, 25 de febrero, 1982, p. 15A). (No tenemos conocimiento hasta la fecha de oposiciones a la reinstalación propuesta).

87 Nuestro legislador con gran pudor dispuso que a las sentencias firmes que se dicten en materia de faltas a las leyes laborales o de previsión social, no se les dará publicidad (artículo 574 CT), lo que explica que en 40 años de vigencia de nuestro Código de Trabajo no tengamos datos de si ha habido reincidencias específicas que ameritan dicho arresto. Ignoramos si el Ministerio ha publicado algunas estadísticas sobre el tema.

88 El Código de Trabajo no delimita el período denominado de "lactancia" durante el cual está inhibido el patrono de despedir injustificadamente, no obstante, una fuente supletoria podría ser el Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual en su artículo 44 señala en cuatro los meses que la madre asegurada directa puede beneficiarse de la ayuda láctea.

A efectos de probar los alcances prohibitivos que la jurisprudencia ha interpretado se derivan del artículo 94 es oportuno incorporar al texto una frase reveladora del criterio imperante: "Cuando el patrono reconozca tener conocimiento del estado de embarazo de su empleada, aun en el supuesto de que éste no sea notorio, si la despide sin causa justificada, debe hacerle la liquidación..."<sup>89</sup> "...la indemnización surge como sanción al precepto que prohíbe el despido en tal situación..."<sup>90</sup>

44. El monto de la indemnización que se ha acordado no guarda relación con el plazo correspondiente a la estabilidad, ordinariamente se condena al patrono a cancelar las indemnizaciones tarifadas por despido injustificado más las correspondientes a maternidad (art. 95 CT),<sup>91</sup> sin embargo, el Tribunal Superior de Alajuela además de esas indemnizaciones ha dicho que la trabajadora puede reclamar "cualesquiera otros daños y perjuicios que demuestre en juicio".<sup>92</sup>

45. Una conclusión provisional sobre la base de la convertibilidad del despido nulo en indemnizable, en los casos que hemos denominado estabilidad temporal, debería ser la que indemnice plenamente todo el período cubierto más los otros daños y perjuicios ocasionados. Pero nosotros llamamos estabilidad temporal aquella que permite la reinstalación y los casos enunciados deberían permitir la por motivo de nulidad, como se verá luego.

89 Tribunal Superior de Trabajo, resolución número 2239 de 1978. En nuestro criterio el elemento subjetivo del conocimiento del estado de embarazo, que la jurisprudencia calificada como imprescindible para acordar las indemnizaciones, debería ceder ante el hecho objetivo de ese estado, pues lo que la norma pretende es garantizar que la trabajadora embarazada tenga protección económica, salvo que su comportamiento amerite la rescisión contractual. De modo que la notificación de un embarazo originado antes del despido, pero posterior a éste, debería tener la virtualidad de generar el derecho a las indemnizaciones si a partir de ese momento el patrono no opta por la reinstalación.

90 Tribunal Superior de Trabajo, resolución número 3512, 1977. ¿La prohibición del artículo 94 alcanzará desde el momento del enganche, o comenzará una vez transcurridos los primeros tres meses del período de prueba? Nuestra opinión es que la norma especial prevalece sobre la general, que el artículo 94 no hace ninguna distinción y que las razones son igualmente poderosas para proteger el empleo y las retribuciones a la trabajadora embarazada que inicia su relación laboral (Aunque sea al margen debe observarse que el CT es omiso en cuanto a la protección del trabajador que adopte a un menor, igual observación vale para el anteproyecto de Código de Trabajo).

91 Vid. entre otras del Tribunal Superior de Trabajo resolución número 3512, 1977.

92 Resolución número 988, 1977.

46. Comentario aparte merece la obligación que tiene por ley todo patrono "a reponer en su ocupación al trabajador que haya dejado de desempeñarla por haber sufrido algún riesgo profesional en cuanto esté capacitado, y siempre que no haya recibido indemnización por incapacidad total permanente, ni haya transcurrido un año, a partir de la fecha en quedó incapacitado." (art. 248 CT). El concepto "reponer en su ocupación" no significa otra cosa que reinstalar. El fenómeno, como se observa, no obedece directamente al acto disolutivo, pero éste puede presentarse en el período de protección. No conocemos si se ha planteado alguna reinstalación cuando se haya operado lo descrito, en todo caso habría que acatar lo que la ley manda. La lógica impondrá declarar nulo el despido por carecer el patrono de potestad legal para dictarlo. Ese razonamiento nos obliga a plantearnos otros problemas: si el despido es nulo, ¿podría decirse que esa nulidad está sujeta a plazo, es decir, que una vez transcurrido el año se "convalida o subsana" el vicio inicial, o será más preciso que el despido se dicte de nuevo, una vez recobrada la facultad patronal? Esto último tendría importancia ante el desacato patronal de reinstalar, pues el trabajador jurídicamente siempre se encontrará a sus órdenes, tesis que sustentamos.

47. En conclusión, el estudio de las fuentes legales que rigen el despido ofrece un panorama casi desértico en relación con la estabilidad, y sería deseable una mayor apertura sobre el tema que nos permita ponernos a la altura del desarrollo universal superando la etapa de la terminación del contrato de trabajo "ad nutum", según la describe VON POTOBOSKY, G.: "La etapa siguiente en esta evolución... (es) el reconocimiento del principio básico por el cual toda terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador debe basarse en una causa que la justifique, quedando además prohibido el despido si estuviera fundado en ciertos motivos que se excluían como causas justificativas. El principio que se afirmaba de esta manera implicaba el reconocimiento de un derecho al empleo, como norma general, previéndose como caso de excepción la terminación de la relación contractual a condición de que determinadas causas la justificasen".<sup>93</sup>

En buena medida la recomendación número 119 de la Organización Internacional del Trabajo "Sobre la terminación de la relación de trabajo" (1963) consagra la evolución descrita y también sería deseable considerarla no sólo como fuente supletoria, sino como orientadora del principio de la norma más favorable.

93 "La recomendación de la O.I.T. sobre la terminación de la relación de trabajo" en Estudios... (nota 2), p. 594.

48. La convención colectiva en nuestro país tiene por disposición constitucional el rango de ley (art. 62), y el monopolio de la titularidad de los trabajadores la tiene el sindicato (art. 54 y concordantes CT), la cual se adquiere cuando exista una afiliación sindical que supera la tercera parte del total de los trabajadores que laboren en la empresa o centro de producción (al menos para obligar a negociar al patrono). Su aplicación, entonces, es "erga homines". Otras características propias de este instrumento colectivo son irrelevantes para los fines de este estudio.

La convención colectiva ha jugado un papel revitalizador de nuestro derecho, que podría ser mayor si se establecieran las mínimas condiciones generales que inspiran la libertad sindical y su consecuente fuero. El tema de la estabilidad se ha constituido en los últimos tiempos en una reivindicación muy frecuente, sobre todo con el fin de establecer limitaciones a los despidos.

49. Esta tendencia se manifiesta también en los pliegos de peticiones que dan origen a los conflictos colectivos de carácter económico-social, y eventualmente en los otros instrumentos colectivos.

Ha sido por vía convencional que en nuestro país se ha alcanzado el anhelo expresado por CREMADES, en 1969, en relación con la legislación española: "quizá el tiempo nos hará descubrir la necesidad de obligar al empleador a compartir las facultades disciplinarias con los representantes de personal. En efecto, me parece se abre una puerta jurídica a la desvirtuación de lo pactado cuando se deja puesta en práctica a la exclusiva potestad del empleador. Resulta conveniente esa evolución legislativa, admitiendo una posible coparticipación de los trabajadores en el ejercicio de las facultades disciplinarias."

50. En relación con esta fuente el mayor número de problemas se presentan cuando organismos intermedios dentro de la empresa, generalmente paritarios, tienen algún grado de participación en el despido, encontrándonos de nuevo con el problema de las formalidades. A ello dedicaremos nuestra atención.

Cuando nos referimos al término formalidades no lo hacemos en la aceptación peyorativa, tan usual, de calificar así todo aquello superfluo e innecesario. Ninguna razón tendrían los trabajadores para establecer mecanismos triviales para llenar los archivos sindicales de documentos sin ningún valor. Se ha convertido en práctica común en nuestro medio la creación de lo que se ha denominado Juntas de Relaciones Laborales, que vienen a ser organismos creados por convención colectiva, de composición normalmente paritaria, cuyos miembros son designados por cada una de

las partes, valga decir, la patronal y la sindical. La competencia de esos organismos es variable, sin embargo, la finalidad es común: la discusión sobre el respeto a los derechos laborales y el bienestar de los trabajadores. La mayor parte de ellas, por no atrevernos a decir que todas, establecen la necesaria consulta, previa, a dicho organismo de las sanciones disciplinarias. El mecanismo en cuestión tiene, por su propia naturaleza, el fin de subsanar el derecho a la defensa, y la ponderación de las faltas imputadas. Así, las convenciones colectivas han sido instrumento idóneo para una elemental formalización de los despidos.

51. El derecho comparado nos ofrece algunos ejemplos legislativos que se asemejan a lo dispuesto en nuestras leyes profesionales (convenciones colectivas); así, en Alemania se indica que: "en lo referente a los despidos de carácter ordinario, el empresario deberá comunicar antes de su realización, los motivos de éste al Comité de Empresa, a riesgo de que la actuación empresarial sea considerada irregular y el despido nulo si no se cumple tal requisito".<sup>95</sup>

En la actual legislación española se establecen ciertos requisitos formales para el despido de los representantes del personal, entre los cuales se encuentra la audiencia al comité de empresa o, en su caso, los restantes delegados de personal. El profesor ALONSO OLEA, señala así las consecuencias de la omisión de este requisito: "Por supuesto, a la nulidad del despido procedente de la inexistencia o defecto esencial de la carta, se suma ahora al que pueda emanar de la inexistencia o defecto esencial del expediente, señaladamente en cuanto a ésta la falta de audiencia del interesado o de los representantes del personal".<sup>96</sup> En todo caso, debería desterrarse del ámbito laboral el elevar a principio la paradoja enunciada por el insigne profesor mexicano Mario DE LA CUEVA: "el incumplimiento de un deber impuesto expresamente por una norma de orden público beneficiará a quien lo realiza y perjudicará a aquél en cuyo beneficio se impuso".<sup>97</sup>

Tampoco parece excusable no acordar la nulidad a falta de sanción específica de los preceptos convencionales (o legales), pues: "Tan indispensable es la sanción, que sin ella la ley llegaría a ser ineficaz, desde luego quedaría al arbitrio de los particulares acatar o no sus disposiciones. Con todo no es indispensable que la pena en materia civil, esté consignada de modo expreso en el mismo texto legislativo, porque bien puede resultar de modo implícito, sea por la nulidad que afecta lo practicado contra las ordenaciones de la ley, sea por el cumplimiento forzado de aquello que

95 PEREZ AMOROS y otros; op. cit., p. 232.

96 "Derecho del Trabajo", precit. p. 324.

97 Op. cit. p. 605.

94 Op. cit. p. 247.

la misma dispone".<sup>98</sup> Este razonamiento podría ser aplicable a la materia laboral, no sólo por constituir un principio general de derecho, sino porque el derecho común es fuente supletoria de nuestro Código.<sup>99</sup>

52 El incumplimiento de la consulta convencional previa al despido, causaría, según algunos autores, un despido abusivo; al respecto se ha señalado: "Es frecuente que por convenio colectivo o acuerdo de empresa se establezca el proceso interno, calidad y graduación de la medida disciplinaria, a la que debe atenerse el empleador, si quiere que su comportamiento sea de acuerdo a derecho. Aún así, el móvil interno, si se manifiesta fuera de su finalidad, causa el abuso. Con mayor razón, en caso de no respetarse los lineamientos establecidos".<sup>100</sup>

53. De lo anteriormente expuesto se puede concluir que existe relación de condicionamiento entre la consulta y el ejercicio del derecho resolutorio. Nuestra jurisprudencia que había acogido con gran amplitud los efectos de la violación de trámites sustanciales de carácter convencional, abandonó ese criterio. Quizá donde con mayor acento se marque ese giro a favor de los amplios poderes del empleador, sea en los casos en que se ha invocado violaciones procesales de convenciones colectivas suscritas por entes públicos, pues éstos, están por naturaleza, vinculados al principio de legalidad.

En un primer momento, se otorgaron las indemnizaciones solicitadas, y se consideró al respecto: "... Si se convino colectivamente, y se encuentra plenamente vigente, una disposición que ordena consulta previa a la Junta de Relaciones Laborales creada inter-partes, para conocer de los despidos que haga la empresa, desconocer la vigencia de esa norma sería —a más de atender contra una Institución tan seria y reconocida como la Convención Colectiva de Trabajo que es uno de los instrumentos creados por ley para el logro de la paz social— desconocer un derecho incorporado a los contratos de trabajo de los trabajadores de la Institución. Considera este Tribunal, además, que la circunstancia de que se obviara el conocimiento previo por dicha Junta de Relaciones Laborales, del despido

98 BRENES CORDOBA, Alberto, "Tratado de las personas", Imprenta Lehmann, San José, 1933, p. 15. Ese criterio se ha manifestado en la jurisprudencia de la siguiente manera: "hoy día cuando se habla de ilegalidad no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normativa inmanente en la naturaleza de las instituciones" (Tribunal Superior Civil de Alajuela, N° 588 de 1974).

99 Art. 15 CT. Vid. MOLERO MANGLANO, Carlos, "La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo", prólogo del prof. Gaspar Bayón Chacón, Colección Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

100 CAPON FILAS, Rodolfo E., "El abuso de derecho en relación al contrato de trabajo" en "Estudios de Derecho Individual...", p. 786.

del actor, inhibe al órgano jurisdiccional del conocimiento de la cuestión de si el despido tenía o no justa causa...".<sup>101</sup>

54. En 1978 la Antigua Sala de Casación revocó un fallo del "Tribunal Superior de Trabajo considerando que la consulta a la Junta de Relaciones Laborales constituía "una simple opinión que no obliga al Ejecutivo (Municipal) y que "sólo por regla expresa que le negara validez del despido en falta de consulta, es que podrían los Tribunales declarar que la destitución fue ilegítima, por el mero hecho de no haberse llenado ese requisito de carácter formal".<sup>102</sup> En 1980 el Tribunal Superior de Trabajo revocó una sentencia de primera instancia indicando: "estima este Tribunal que ese aspecto formal (la consulta) no es suficiente para enervar el despido justificado que hizo la ... empleadora".<sup>103</sup>

55. En 1981 la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo anterior e invocó "lo que la doctrina general ha consagrado en torno a las diversas categorías de nulidades y a la gravedad y consecuencias de las omisiones o infracciones generadoras de las mismas. Establece (la doctrina) la diferencia entre infracciones sustanciales que vician el acto de nulidad, y las insustanciales que no lo invalidan y sólo pueden generar responsabilidad disciplinaria." Agrega: "En el caso sub judice se está sin duda en presencia de la última alternativa, ... el quebranto de la disposición adjetiva que ordena la consulta, resulta de suyo insustancial y no invalida el acto o resolución de despido."<sup>104</sup>

56. El irrespeto a los derechos de defensa y de procedimientos ordinarios de seguro que invalidaría los despidos de los servidores públicos en la vía Contencioso Administrativa (arts. 128, 158, 219.2 y concordantes), de donde en buena medida dependería la vía que escoja el servidor para retornar a su puesto o para quedar cesante y eventualmente sin derecho a indemnizaciones, lo que no parece adecuado en un sistema de justicia coherente.<sup>104 bis</sup>

101 Tribunal Superior de Trabajo, resolución N° 442 de 1974; del mismo Tribunal y en igual sentido resolución de 8:15 hrs. del 6 de octubre de 1978.

102 Sala de Casación, número 23, 1978.

103 Tribunal Superior de Trabajo, resolución número 4580, 1980.

104 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, número 112, 1981. La Sala no estimó relevante pronunciarse sobre el derecho de defensa invocado por el actor; aparentemente esta infracción sí sería sustancial: número 105, 1981 de la misma Sala. (Sobre la consulta vid. arts. 145.4 y 146.3 L.G.A.P.).

Todo el problema, y casi todos los planteados, se pueden resolver, a nuestro juicio, sobre la noción del despido como acto jurídico, de lo que nos ocuparemos de inmediato.

57. Decir que el despido es un acto jurídico unilateral no es decir nada nuevo, pero señalar que en cuanto tal puede adolecer de vicios que lo anulen, como por antonomasia se deriva del concepto, es un problema poco desarrollado en nuestro medio.

En la doctrina francesa se ha indicado que el procedimiento técnico predominante en materia de despidos era el relativo a la sanción del abuso, y ello por cuanto "Los despidos ilegítimos se analizaban generalmente como despidos abusivos (y) la sanción del abuso había tomado por contagio casos en los cuales la justa consecuencia de la ilicitud habría debido ser la nulidad del acto. Ahí todavía, el fenómeno es conocido: el mecanismo jurídico más frecuentemente aplicado influye sobre aquel cuya aplicación es poco común y termina por absorberlo. Se puede hoy sentir una evolución? Un primer indicio resulta del hecho de que en doctrina nunca se ha discutido tanto de nulidad del despido como en el curso de los últimos años".<sup>105</sup> El Derecho del Trabajo ha receptado pacíficamente la teoría de las nulidades del negocio jurídico de modo que en la temática contractual se habla de elementos esenciales del contrato de trabajo,<sup>106</sup> de la "nulidad del contrato de trabajo",<sup>107</sup> pero el acto jurídico unilateral es poco lo que se dice y escribe, quizá porque ello implicaría una remisión en bloque a la teoría general.

58. Los ejemplos que hemos planteado atrás reflejan en general la cautela del juzgador de disponer nulidades de despidos, con sus consecuentes reinstalaciones, por ausencia de texto expreso que lo permita.

En relación con los servidores públicos indicamos que están protegidos con la estabilidad, y si se requiere texto para la reinstalación, creemos que el precepto constitucional enunciado como "Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas no disponen otra cosa" (art. 129), sumado a los vicios propios del acto administrativo de despido, serían suficientes para reinstalar, sin discurrir mucho sobre dogmática jurídica.

Debe tenerse presente que tanto el Código de Trabajo como la Ley General de la Administración Pública son leyes de orden público que presentan una más acusada imperatividad, y cuyas sanciones de nulidad están implícitas en silencio de la ley.<sup>108</sup>

105 COUTURIER, Gérard, "Les nullités du licenciement", Revista Droit Social, número 6, junio 1977; p. 216 y ss.

106 CABANELLAS, Guillermo, "Elementos esenciales del contrato de trabajo en "Estudios..." precit. p. 93 y ss.

107 ANGULO, Jorge M., "Nulidad del contrato de trabajo", en "Estudios..." precit. p. 371 y ss.

Finalmente, en lo que concierne a las formalidades del acto jurídico unilateral de despido derivadas de la ley profesional, los artículos 835 y 836 del Código Civil,<sup>109</sup> y la doctrina que los informa, podría, si falta hiciera, ofrecer la solución ya sea de la reinstalación no textual cuando haya sido acordada la estabilidad, o de la indemnización en caso contrario. En suma, creemos junto con ALMANSA PASTOR, José M., que el "despido resulta nulo cuando la informalidad consiste en falta o defecto esencial de forma, y no puede ser eficaz, porque la nulidad produce ineficacia originaria, sin que contra ella valga la consideración de eficacia del fondo justificativo",<sup>110</sup> y agrega: "En realidad, como se observa, las soluciones de tales supuestos nos lleva a pensar, con el Tribunal Supremo, que el Magistrado de Trabajo debe considerar en primer lugar la formalidad o informalidad del despido, para declararlo respectivamente válido o nulo. Y tan sólo cuando lo haya declarado válido es cuando debe pasar a conocer su procedencia o improcedencia, de manera que cuando existan razones, por el contrario, para estimarlo nulo, resulta irrelevante apreciar su procedencia...".<sup>111</sup>

La calificación de "insubstancial" dada al incumplimiento de garantías mínimas consagradas en defensa de los trabajadores mediante convenciones colectivas está, a nuestro juicio, divorciada con el carácter teleológico propio del Derecho del Trabajo.

#### A modo de conclusión

Las fuentes constitucionales, legales, convencionales y jurisprudenciales nos han permitido dar un rápido vistazo sobre la estabilidad en nuestro país, y a decir verdad, los modestos alcances que se le han asignado hacen de ella más que una realidad un mito o añoranza; o, si se quiere, la realidad del mito a duras penas se tiene de pie.

109 Esos artículos disponen, en lo conducente:

"Art. 835.—Hay nulidad absoluta en los actos o contratos:

- 1.—Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o existencia.
- 2.—Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene...".

Art. 836.—Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos:

- 1.—Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular.
- 2.—Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes..."

110 "El despido nulo", Editorial Tecnos, Madrid, 1968; p. 170.

111 Ibidem.

Por otra parte, no se puede ignorar que el nivel de desempleo abierto en nuestro país ya ha superado el diez por ciento, y esta realidad hace que la crisis económica pese sobre las espaldas de la clase trabajadora, la que no goza de seguro de desempleo, puede ser despedida sin mayor trámite, y si acude en reclamo de sus indemnizaciones ordinarias por despido, el tiempo y el sistema procesal se encargarán de desanimarla hasta llegar a la dramática conclusión, de que, contrariamente a lo que le sucede al patrono, aunque gane su juicio siempre pierde, mientras que el patrono aunque pierda siempre gana.

La modesta, por decir lo menos, protección legal que tiene el trabajador costarricense frente al drama del despido no podrá ser superada hasta tanto el Estado exija la necesaria responsabilidad social a los empresarios.

La justicia y la paz social dependen de una efectiva estabilidad laboral, de esa manera se garantizará el derecho al trabajo, a la seguridad, a la supervivencia, se dignificará al trabajador, y se estaría dando un paso en firme para dejar de concebir el trabajo como mera mercancía. En la medida en que hagamos un mito de la realidad estaremos atentando contra la democracia.

#### Abreviaturas

CT: Código de Trabajo

Tribunal Superior de Trabajo: Con sede en San José.  
(Se agrega la jurisdicción territorial en caso de cita de los otros Tribunales Superiores)

LGAP: Ley General de la Administración Pública

## INDICE

	Pag.
Presentación .....	9
Límites al derecho de huelga en Costa Rica. Actualidad y perspectivas <i>Dr. Bernardo van der Laat Echeverría</i> .....	11
Hacia la comunidad internacional <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i> .....	29
Notas de jurisprudencia sobre el principio de la inmutabilidad del litigio <i>Dr. Diego Baudrit Carrillo</i> .....	39
El reglamento <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	53
La tutela penal de la atmósfera en la legislación italiana <i>Dr. Daniel González Álvarez</i> .....	79
La estabilidad laboral en Costa Rica. Realidad del mito y mito de la realidad <i>Dr. Raúl Marín Zamora</i> .....	103