

CONSIDERACIONES EN TORNO
A LA "REPRESENTATIVIDAD SINDICAL"

Especial referencia a la legislación costarricense.

Dr. Bernardo Van der Laat Echeverría
Profesor de Derecho Laboral

SUMARIO: I.—Introducción; II.—La representatividad; III.—Criterios para determinar la representatividad: A) Criterio de la "mayor representatividad"; 1.- Antecedentes; 2.- Su desarrollo en Francia; 3.- Estado actual de la jurisprudencia francesa; 4.- Singularidad o pluralismo; B) Criterio mayoritario; C) Criterio de la representación unitaria integrada en proporción a los inscritos en los sindicatos. IV.—Problemas que presenta la representatividad frente a la libertad e igualdad sindicales. V.—La situación en Costa Rica: A) Elección de representantes y consejeros técnicos no gubernamentales en las delegaciones que representan al país en las Asambleas Generales y Conferencias de la Organización Internacional del Trabajo; B) Nombramiento de trabajadores sindicales en las Juntas Directivas de Instituciones y Organismos Públicos; C) Titularidad y administración de las convenciones colectivas cuando existe una pluralidad de sindicatos; 1.—Determinación del ámbito que abarcará la negociación; 2.—Quien determina la organización mayoritaria; conflictos que surgen; 3.—Forma de determinar el número de sindicalizados o afiliados a un determinado sindicato; VI.—Observaciones finales.

I. Introducción

Los alcances de la "representatividad sindical" siempre han provocado discusiones en la doctrina y la misma también ha sido objeto de análisis en la jurisprudencia de los tribunales de diversas naciones, y en sede internacional, desde que fuera mencionada en el articulado del Tratado de Versalles. Es este un concepto polémico por las consecuencias prácticas que de los distintos significados del término se derivan para las organizaciones sindicales, —sean de trabajadores o de patronos— en especial en cuanto se refiere a la mayor participación en la representación de los intereses colectivos en varios campos y en el desempeño de funciones públicas.

Los problemas e interrogantes sobre este tema, uno de los más importantes a estudiar en el ámbito del Derecho Colectivo de Trabajo, se han comenzado a plantear con urgencia en nuestro sistema jurídico, debido al dinamismo que el movimiento sindical costarricense ha mostrado en los últimos tiempos. El presente estudio se propone analizar en qué consiste la "representatividad sindical", cuáles son los criterios que en el derecho comparado encontramos para determinar quién la ostenta, los procedimientos que para tal fin se siguen y, dentro de lo posible, la jurisprudencia que se ha producido; luego, con base en tales elementos comentar la situación que se presenta en Costa Rica.

En el tratamiento del tema se parte del supuesto básico de que el problema de la "representatividad" supone la existencia del pluralismo sindical pues la situación que se analiza no es concebible en sistemas en los que sólo se permite la existencia de un único sindicato, ni tampoco aquellos otros que por autodisciplina del mismo sector laboral únicamente exista una organización profesional por rama de actividad, como sucede en la República Federal de Alemania o en los que se basan en concepciones como las "social-cristianas" que por sus planteamientos de "un sindicalismo libre en el seno de una profesión organizada" no dan margen al surgimiento de problemas como el que se examina.

(1) SPYROPOULOS, George. (*La liberté syndicale*, Librairie Generale de droit et de jurisprudence, París, p. 215-6) nos indica que este movimiento propugna por una superposición a los sindicatos libres y multiples de un organismo profesional único encargado de la reglamentación de la profesión y al cual cada sindicato nombrará representantes; este organismo unitario, de derecho público y permanente, ejercería la representatividad.

II. La representatividad.

Como indica GIANNINI, "la representatividad reposa sobre un postulado de hecho: se supone que, por ejemplo, el médico, el metalmeccánico o el sindicalista conocen los problemas de su sector, mejor de quien desarrolla una actividad diversa y, por lo tanto, esté en condiciones de exponer los intereses de ese sector en un órgano que debe intervenir respecto a esos criterios o respecto de los cuales debe informarse para poder deliberar.²

La llamada "representatividad sindical" es un criterio de valoración de la capacidad de una organización sindical para representar los intereses gremiales que surgen cuando en los sistemas en que existe libertad sindical es necesario determinar cuál es el representante más calificado de la profesión para efectos de la representación de ésta en diferentes campos tales como la integración de órganos de la Organización Internacional del Trabajo, participación en funciones públicas o titularidad de la negociación colectiva.

GRANDI³ señala que debe diferenciarse entre la "representación" sindical propiamente dicha y la "representatividad" toda vez que aquella se entiende "como la actividad de sustitución legal de los miembros en el ejercicio de la actividad negocial" en tanto que la segunda se refiere a la "representación de intereses" que no es representación en sentido estricto pues no da origen a actos cuya eficacia jurídica recaiga en la esfera jurídica del representando sino que ejercita una actividad dirigida a tutelar los intereses de éste".

La representación la ejerce cualquier sindicato cuando actúa a nombre de sus miembros en las funciones que le son propias, especialmente en el ejercicio de la autonomía colectiva, en tanto que la representatividad consiste en articularle a una o más asociaciones sindicales el representar los intereses no solo de sus miembros sino de todo un sector profesional. No obstante de tratarse de instituciones diferentes existe entre ellas un estrecho vínculo ya que, en el campo de la contratación colectiva, la "representatividad constituye

² GIANNINI, Massino Severo, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, Vol. I, p. 281.

³ GRANDI, Mario, "Rappresentanza e rappresentatività sindacale", *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, dirigido por L. Riva-Sanseverino y G. Mazzoni, Cedam, Padova, 1971, T. I, p. 129; en igual sentido GIANNINI, ob. cit. en nt. 2, p. 281.

el antecedente necesario que la organización profesional debe poseer para poder llegar a ejercer la "representación".⁴

La "representatividad" debemos considerarla siempre relativa porque implica un juicio dentro de determinadas circunstancias de espacio y tiempo⁵ o sea que funciona siempre en términos de comparación⁶; en el primer caso, porque su marco de referencia es la categoría cuyo ámbito es meramente convencional⁷; y en el segundo, en cuanto al tiempo, porque depende de la eficacia con la que el sindicato cumpla su función pues si sus realizaciones no son convincentes perderá el apoyo de los interesados y con ello, a corto o mediano plazo, su carácter representativo.

Se estima que una organización sindical es "representativa" cuando se le reconoce como "la intérprete calificada de las aspiraciones y de las necesidades de la categoría: de las tendencias y corrientes que en ella se manifiestan y por ello se le considera idónea a tutelar los intereses de ésta frente a otros sindicatos y sujetos".⁸ Estimamos que la representatividad sindical es el criterio que permite determinar entre una pluralidad de asociaciones sindicales cual es la más apta a representar la profesión en el ejercicio de funciones públicas, representativas o de negociación colectiva.⁹ El marco de referencia de la representatividad lo constituye lo que generalmente se demonina "categoría" entendida ésta como "el conjunto

⁴ cfr. BRANCA, Giorgio, *"L'associazione sindacale"*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 124-5.

⁵ cfr. FLAMMIA, Rosario, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto, I.—Autotutela degli interessi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 97-9.

⁶ CAGGIANI, "la representatividad de los miembros del sector laboral en la integración de la Coprim" citado por PLA RODRIGUEZ, Américo, "Los sindicatos más representativos en el Derecho Laboral Uruguayo" en *Derecho Colectivo Laboral*, Depalma Buenos Aires, 1973, pág. 585.

⁷ y así, como lo señala PLA RODRIGUEZ (ob. cit. en nota anterior, p. 586) un sindicato, que por ejemplo, resulta el más representativo en el ámbito bancario no lo será si se toma un sector de referencia más amplio como es el comercial.

⁸ LEVI-SANDRI, Lionello, "Sul concetto de sindacato maggiormente rappresentativo", *Rivista di Diritto di Lavoro*, Milano, 1959, I, p. 169; en sentido similar SCHELLE, Georges, *L'OIT et le BIT*, Paris, 1932, p. 150 citado por Levi-Sandri en la mencionada obra.

⁹ Cfr. SIMI, Valente, "Formazioni sociali e categoria professionale, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, junio, 1965, p. 467 y ss.

de aquellos que realizan la misma actividad económico-profesional".¹⁰

III. Criterios para determinar la representatividad.

Para el desarrollo del tema de este trabajo se tomaron como base de análisis tres sistemas: a) el llamado de la "mayor representatividad"; b) el mayoritario; c) el basado en una delegación unitaria integrada en proporción al número de miembros de cada sindicato.¹¹ La razón de tal decisión está en que son las más utilizadas en los diferentes sistemas jurídicos y estimamos que con

fundamento en su estudio se pueden analizar mejor los problemas que se presentan en la determinación de la representatividad sindical en los tres grandes sectores en los que en el momento actual tiene mayor trascendencia: a) en el campo internacional respecto de la escogencia de delegados y consejeros técnicos no gubernamentales ante los órganos de la Organización Internacional del Trabajo; b) en la designación de representantes sindicales para el desempeño de cargos en organismos públicos y c) en la determinación de la organización sindical a la cual corresponderá la titularidad y administración de las convenciones colectivas¹²; tales sistemas comprenden las soluciones más comunes y generalizadas.

A) Criterio de la "mayor representatividad"

1.—Antecedentes

Los antecedentes del sistema objeto de estudio se remontan al Tratado de Paz de Versalles cuyo artículo 389, párrafo tercero¹³ lo designó como el que los Estados miembros de la Conferencia Internacional del trabajo debían aplicarse para la designación de los Delegados y Consejeros técnicos no gubernamentales.¹⁴

Dado que el mencionado Tratado guardó silencio sobre los alcances del término y los elementos que debían integrarlo pronto en su aplicación surgieron dudas y conflictos y a raíz de una impugnación de la designación del delegado obrero de los Países Bajos a la Tercera Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo,

¹⁰ El concepto de categoría ha sido y es objeto de debate fundamentalmente en la doctrina italiana. Se origina en la época corporativista en la que era considerada como "la colectividad social formada por todos aquellos que se desenvuelven en modo relativamente estable y continuado en una misma actividad para un fin económico y en un determinado proceso productivo (DI MARCANTONIO A., "La categoría profesional e alcuni recenti tendenze della doctrina", *Riv. di diritto internazionale e comparato del lavoro*, Padova, 1962, p. 8). Dentro de esta línea de pensamiento se considera a la categoría como una colectividad social de la que forman parte tanto trabajadores como patronos, preexistentes en la realidad social y de la cual el sindicato no es sino el reconocimiento jurídico. Esta concepción ha sido objeto de críticas desde diversos ángulos. Para CABRERA BAZAN, J., (*La titularidad y el ejercicio del interés colectivo en las relaciones colectivas de trabajo*, Instituto García Oviedo, U. de Sevilla, 1967, p. 29-30) ese enfoque está hecho dentro de una perspectiva económica en el sentido que considerados el capital y el trabajo como factores de la producción ambos coayuvan al resultado y al éxito de la misma pero, estima dicho autor, desde el plano sociológico-laboral el capital y el trabajo forman dos categorías perfectamente diferenciadas y con intereses contrapuestos. Para MANCINI G.F. ("Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes", *Riv. trimestrale di diritto e procedura civile*, Milán, 1963, p. 570) el sindicato no surge en la categoría sino en la empresa como instrumento para reforzar el poder contractual de los trabajadores y, por ello, niega que la categoría preexista como un cuerpo social toda vez que considera que el sindicato la precede y delimita. Dentro de esta misma orientación GIUGNI G. ("Mansioni, qualifiché, categoria nel contratto di lavoro", *Riv. Dir. Lav.* Milán, 1962, p. 177-8) es todavía más enfático ya que considera que la categoría "es un modo de denominar efectos jurídicos uniformes, un mero expediente de técnica contractual o de expresión legislativa dirigido exclusivamente a permitir la individualización del ámbito de aplicación de una determinada disciplina o sea establecer una serie precisa de derechos y obligaciones". Consúltese el análisis que de la categoría hace RODRIGUEZ PINERO M., ("La unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo", *RPS*, 1969, N° 84, en la nota I ubicada en p.5-6). No solo en los aspectos indicados se encuentran diversas concepciones de la categoría sino que también respecto a su naturaleza existe divergencia considerando algunos que es pública (DI MARCANTONIO A., *Apunti di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milán, 1958, p. 216-7 o privada, posición esta prevalente y cuyo más autorizado expositor es SANTORO PASSARELLI, (*Nozioni di diritto del Lavoro*, 27 ed. Jovene, Napoli, 1975). (supra en nt. 10).

Cfr. MANCINI, Giuseppe Federico, "La rappresentanza sindacale nel diritto statutintense e l'art. 39 dalla Costituzione italiana", *Riv. di diritto del lavoro*, Milán, 1950, p. 485, cit. en NT 10, p. 578.

¹² DE LA CUEVA, Mario (El derecho de las relaciones colectivas en la nueva legislación del trabajo de México", *Derecho Colectivo laboral*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 61) resume los derechos que corresponde a la titularidad y administración de la convención colectiva indicando que estos comprenden "la facultad de solicitar su cumplimiento y revisión, la aplicación de las cláusulas sindicales y, en su caso ejercer el derecho de huelga y acudir ante las autoridades del trabajo en defensa de los intereses colectivos".

¹³ Cfr. SPYROPOULOS, Ob. cit. n NT. 1, pág. 281.

¹⁴ "Los Estados miembros se obligan a designar los delegados y consejeros técnicos no gubernamentales de acuerdo con las organizaciones profesionales más representativas, sea de empleadores como de trabajadores, bajo reserva de que tales organizaciones existan". El párrafo citado corresponde exactamente al 5to. del art. tercero de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo actualmente vigente.

se decidió someter el asunto a conocimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, la cual, mediante el "avis consultatif" N° 1 del 31 de julio de 1922 emitió una opinión sobre la interpretación que correspondía dar al mencionado párrafo del art. 389 citado. Dicho Tribunal consideró que el Tratado no definía que había entenderse por organizaciones "representativas" por lo que debía tenerse por tales a aquellas que mejor representaran a los patronos y a los trabajadores y tal cuestión correspondía resolverla a cada país al momento de hacer la designación. Para tal efecto el número de adherentes no constituyó para la Corte, el único criterio para determinar el carácter representativo de una asociación aunque reconoció su importancia; y estimó que si todos los demás elementos, los cuales no definió, eran iguales entonces la organización mayoritaria sería la más representativa.¹⁵ Podemos apreciar que los jueces de La Haya únicamente precisaron que el elemento numérico es uno de los que deben integrar el criterio de la mayor representatividad quedando en duda cuáles son los demás que deben tomarse en consideración.

2.—Su desarrollo en Francia.

Es en Francia, donde debido a la gran participación que se da a las organizaciones profesionales en diferentes organismos de la Administración Pública, que la legislación y la jurisprudencia desarrollan el concepto definiendo con más precisión qué debe entenderse por "sindicato más representativo". Una circular del Ministerio del Trabajo del 28 de marzo de 1945 y luego la ley de 11 de febrero de 1950 establecieron que la mayor representatividad debía determinarse con fundamento en los siguientes elementos: a) número de adherentes; b) independencia del sindicato; c) las

⁵ En dicha resolución la Corte asimismo determinó que la obligación de los gobiernos de designar al representante de los trabajadores de acuerdo con la organización profesional más representativa no es un deber moral sino una obligación de las partes contratantes; y que los Gobiernos a la hora de escoger al representante trabajador no debían únicamente considerar al propuesto por la organización mayoritaria sino que también debían considerar las propuestas de otras organizaciones minoritarias —cual fue el caso que tuvo en examen el tribunal—, representativas pues puede suceder que por acuerdo de varias de éstas su delegado represente a la mayoría de la masa obrera interesada (documentos oficiales de la Oficina Internacional del Trabajo", *Bulletin Officiel*, Vol. VI, N° 7, págs. 295 a 302.

cotizaciones, en especial su monto y duración; d) la experiencia y antigüedad y e) la actitud patriótica durante el segundo conflicto mundial.¹⁶ Tal determinación ha sido objeto de numerosos comentarios y críticas que han dado origen en la doctrina prácticamente a la formación de dos grupos; aquel que estima que es correcto tomar en consideración diversos factores de índole objetiva y subjetiva y, aquel otro grupo que incluye a la jurisprudencia francesa más reciente, que cree que únicamente el factor numérico o éste y otros factores objetivos son los que deben servir de fundamento a la selección. Dentro del primer grupo enunciado un sector importante comparte la solución dada por el legislador francés con diferentes razonamientos y motivaciones; así, consideran sus exponentes, que los elementos definidos por la ley deben ser tomados en forma global y objetiva,¹⁷ que el número no es por sí solo un elemento válido como criterio de distinción¹⁸ o que tiene escasa importancia frente a otros elementos¹⁹ o aún llegando, mediante elaboraciones fundadas en la ley francesa, a posiciones extremas de considerar

¹⁶ Cfr. DESPLATS M.J., "La notion d'organisations syndicales les plus représentatives", *Droit Social*, Paris, 1945, N° 7, p. 277.

¹⁷ DESPAX, Michel ("Conventions Collectives", *Traité de Droit du travail*, publicado bajo la dirección de G.H. Camerlynck, Dalloz, Paris, 1966, T. VIII, págs. 264 y 265) señala que tales factores deben ser apreciados en una forma global y objetiva; reconoce que el que se refiere a la actitud patriótica observada durante la ocupación no tiene en la actualidad interés y respecto de las cotizaciones observa la dificultad de verificar las cifras que suministran los sindicatos.

¹⁸ DURAND, Paul y VITU, Andre (*Traité de Droit du Travail*, Dalloz, Paris, 1956 T. III p. 353-54) fundamentan su adhesión en la consideración de que el número de miembros de la organización sindical por sí solo no es un elemento válido como criterio de distinción pues estiman que usualmente tal número no es significativo en relación con el total de trabajadores además de que puede darse la situación de que por circunstancias fortuitas o presiones de las organizaciones lleguen a registrar un número de afiliados que no responde a la influencia real que tienen.

¹⁹ RICHARD, R. ("In tema de individuazioni delle associazioni sindacali "piu rappresentative", considera que la importancia numérica tiene "escasa importancia" frente a otros elementos tales como "la naturaleza de los intereses efectivamente perseguidos, de la independencia, la posición frente a la contraparte, las acciones concretas realizadas así como la confianza efectivamente demostrada por los adherentes a través del puntual pago de las cotizaciones". LEVI SANDRI (Ob. cit. en nt. 8 págs. 17 y 172) participa de tal opinión salvo en los aspectos de la independencia y de la posición frente a la contraparte pues estima que tal determinación conlleva juicios muy delicados que "podrían basarse solo sobre elementos a datos presuntos y que se concretaría en una inadmisibles apreciación de la bondad y oportunidad de la acción sindical".

como de gran importancia un elemento "metafísico o espiritual" equiparable al "avivamiento de la empresa".²⁰

Otro sector de ese mismo grupo interpreta que de los elementos indicados por la ley unos son más importantes que otros, siendo éstos los decisivos para la determinación. En esta línea de pensamiento se sitúa SCELLE quien estima que únicamente el criterio numérico es el que debe servir de fundamento a la determinación pues si bien reconoce que los otros son importantes, éstos son subsidiarios y únicamente se considerarían cuando el elemento numérico se presente como sospechoso o ficticio.²¹ VERDIER, luego de adicionar a los indicados por las leyes francesas otros que designa como la "influencia o audiencia del sindicato", sistematiza los elementos en dos grupos: uno que considera como "elementos principales de la representatividad" en los que incluye al número de miembros y la influencia o audiencia del sindicato y otro grupo que comprende lo que el citado tratadista considera secundarios o "condiciones de aptitud para la representatividad" en los que coloca "la independencia, la libertad de adhesión, las cotizaciones y la experiencia y antigüedad del sindicato. Considera asimismo el autor que en la enumeración que hace la ley ya viene

MAZZARELLI, Bruno ("La representatività delle associazioni sindacali". *Revista Giuridica del Lavoro*, Roma, 1957, I, p. 170) estima que el elemento que en mayor grado contribuye a darle el carácter representativo a una organización sindical es de "orden metafísico por no decir espiritual"; para ello considera que no obstante tener pocos asociados el sindicato puede tener tal prestigio que no la mayoría de votos en las elecciones de Comisiones Internas; en caso de huelgas, lograr una abstención total del trabajo; conseguir en la determinación de la política sindical y en la estipulación de los convenios colectivos resultados decisivos para el país. Este elemento lo compara el autor al "avivamiento" o sea "la capacidad potencial de una empresa de tener clientela" que en el caso del sindicato es la capacidad potencial de éste de tener asociados y, más que asociados, simpatizantes, adherentes, y resumen, que llegada la ocasión voten por él, gan sus consignas, sacrifiquen si fuera del caso sus intereses particulares y comodidad con tal de seguir las directrices que emanan del sindicato como lo mejores para los intereses de la colectividad". Este criterio es fuertemente criticado por GRANDI (Ob. cit. en nt 3, pág. 135) quien lo estima como una analogía macroscópicamente insostenible" toda vez que el "avivamiento" es una actividad organizativa de la hacienda, como tal tiene un valor económico concreto que puede ser valuado pecuniariamente y por lo tanto, tal calificación solo es aplicable a un complejo empresarial y no a una asociación que no tiene fines económicos.

LELLE, Georges, "La notion d'organisation syndicale la plus representative", *Revue Française du Travail*, París, Juin-Juillet 1947, p. 537 y 538.

indicado un criterio de prioridad, toda vez que el factor numérico es el que encabeza la lista; así no se sorprende que en la jurisprudencia francesa más reciente se le de un énfasis cada vez mayor y quizá definitivo a la consideración del elemento numérico y a la influencia o audiencia del sindicato.²³

3.—Estado actual de la jurisprudencia francesa.

ADAM, quien realiza un detallado análisis considera que la situación actual se presenta así: la Corte de Casación no ha tenido ocasión de manifestar su criterio sobre si es necesario reunir todos los elementos indicados para pretender la representatividad; b) las circulares del Ministerio del Trabajo y la doctrina admiten el número de asociados como criterio principal; c) los resultados de las elecciones profesionales (consejos de empresa, delegados de personal) cada vez cuentan más; d) la falta de independencia es suficiente para eliminar toda representatividad; e) los demás elementos han servido tradicionalmente como apoyo.²⁴

ADAM, en el artículo citado en la nota anterior profundiza sobre los alcances y valor que la jurisprudencia francesa ha dado a los diversos elementos y hace las siguientes consideraciones: 1.- Respecto del número de adherentes: coincide con VERDIER en apreciar que el número de los adherentes y la audiencia del sindicato son los elementos que pesan más. La determinación de cuál debe ser el número de afiliados que debe tener un sindicato para que se considere representativo no ha sido claramente establecido y las apreciaciones de los jueces al respecto han sido variadas y con-

22 VERDIER, J.M. "Syndicats", *Traité de Droit du Travail*, Publicado bajo la dirección de G.H. Camerlynck, Dalloz, Paris, 1966, T. V., p. 361-365.

23 VERDIER, Ob. cit. en NT. 22 págs. 360-362. Indica que la jurisprudencia otorga cada vez más importancia al número de asociados y así, dice que aún cuando este elemento no es suficiente en muy pocos casos los Tribunales precisan con detalle la existencia de los demás elementos y sólo se refieren a ellos como "otros elementos"; en los casos en que se niega la representatividad, numerosas son las decisiones que se basan en la sola insuficiencia numérica. Respecto de la influencia del sindicato señala que este elemento cada vez pesa más en la jurisprudencia pues se considera que puede en muchos casos llegar a círculos más amplios que el de los asociados; sin embargo la dificultad de su uso estriba en los problemas derivados de su determinación.

24 ADAM, Gérard con la colaboración de GRANGER, Benoit, "La représentativité syndicale dans l'entreprise", *Droit Social*, París Febrero 1972, p. 99.

tradictorias. Para pretender la representatividad la organización interesada es quien debe probar al juez la importancia numérica de sus afiliados. 2.- Influencia o audiencia del sindicato: no obstante que se trata de un elemento que no menciona la ley, cada día es más utilizado por los jueces que lo consideran "un elemento suplementario pero insuficiente en sí mismo". Lo determinan con base en el resultado de las elecciones de delegados del personal y de comités de empresa y permite confirmar la "impresión" que de la representatividad de la organización pueda tener el juez con base en los otros elementos. 3.- La independencia: es considerada un elemento esencial de la representatividad. Se aprecia por defecto o sea por su inexistencia, la que puede verse desde diversos ángulos: a) en el aspecto económico: el sindicato debe hacer frente con sus propios medios a sus necesidades; b) en la forma en que se realizan las afiliaciones de nuevos miembros: muchas veces éstas se efectúan con presión del patrono; c) en la forma en que surge y funciona la organización: la circunstancia de que se constate que el patrono ayuda monetariamente al sindicato, que concede ventajas a una organización que no dá a las demás presentes en la empresa tales como la impresión de las publicaciones, suministro de útiles de oficina, uso de local, otorgamiento de tiempo para la celebración de reuniones o sea, en general, la diferencia de situación entre el sindicato protegido y los otros ha sido suficiente para negar la independencia de una organización sindical. En este específico caso la carga de la prueba corresponde al sindicato al cual se le niega la representatividad. 4.- Las cotizaciones: la efectividad y autenticidad del pago de cuotas tiene importancia pues permite asegurar: a) la veracidad de la pertenencia de una determinada asociación sindical; b) la independencia financiera de la organización, y c) la posibilidad de llevar a cabo una verdadera acción sindical. La jurisprudencia tal como sucede con el número de afiliados no tiene criterios unánimes sobre lo que puede considerarse cotizaciones razonables. 5.- La experiencia y antigüedad: son los elementos cuya apreciación por parte de los Tribunales ha originado los criterios más diversos y encontrados dado lo subjetivo que resulta su determinación. Usualmente para tal propósito se examina: a) la antigüedad del sindicato; b) la experiencia de los dirigentes sindicales; al respecto se ha suscitado dudas sobre si se puede considerar experimentada una organización constituida por sindicalistas venidos de otra organización; algunas sentencias han resuelto el punto afirmativa-

mente siempre y cuando no se tratara de un dirigente aislado sino de un verdadero núcleo. Algunos autores consideran que aceptar esta tesis viene a estimular la deslealtad al sindicato; c) la realidad y eficacia de la acción llevada a cabo: dentro de este elemento está el aspecto que es considerado como el más importante y real; se le controla de dos maneras: a) la vida interna del sindicato (actas de sus órganos, publicaciones, contabilidad, correspondencia); b) la acción que desarrolla en la empresa.

4.—Singularidad o pluralismo.

Aparte de la determinación de los elementos que conforman el criterio de la mayor representatividad, y siempre dentro de la problemática que provoca este sistema de selección, también ha merecido la atención de diversos autores el problema de si atribuirse la representatividad necesariamente deba considerarse únicamente a aquella organización que aparece como más representativa o deban considerarse todas aquellas que merezcan ser calificadas de tales. El punto tuvo especial consideración en Francia con motivo de la discusión de la ley sobre convenciones colectivas del 24 de junio de 1936. La tesis de que la representación sindical debía corresponder a una sola organización fue defendida por el líder socialista León Blum quien temía que la pluralidad de la representación obrera y patronal en la discusión de las convenciones colectivas fuera un elemento perturbador y de parálisis dado el espíritu de competencia y rivalidad que normalmente existe entre ellas.²⁵ Tal tesis no prosperó y tanto la mencionada ley como la generalidad de la doctrina francesa mantuvieron el criterio del "pluralismo" con diversas razones: consideran que el sistema de elección de una única organización sindical introducía el principio de mayoría y que tal principio en la vida política había sido excluido en beneficio de la representación proporcional, más razón había para mantener este mismo sistema en la organización de la vida profesional, pues pensaron que los peligros de un sistema mayoritario eran más grandes en la vida social que en la política, dado que una mayoría pueda más fácilmente imponerse e impedir el surgimiento y manifestación de otros grupos; por otra parte dado que la legisla-

²⁵ Cfr. DURAND y VITU, Ob. cit. En NT 18, págs. 356-57; VERDIER, Ob. cit. en NT 22.

ción y jurisprudencia francesas sostenían que la "representatividad" estaba integrada por diversos elementos de los cuales el número era sólo uno de ellos, la representación mayoritaria tendría un sustento diverso pues en la vida política la mayoría es producto del voto.²⁶ Debe señalarse además que en opinión de Durand el pluralismo no ha producido las situaciones que sus adversarios presagiaban y que en la práctica, no obstante que se presentan pugnas entre las organizaciones sindicales representadas, éstas más bien son convenientes pues se resuelven en una mejor defensa de los intereses de los trabajadores.²⁷

B) Criterio mayoritario

Es aquel en el cual el elemento básico, fundamental y único para efectos de la determinación de la organización profesional más representativa es el número de trabajadores que la apoyan. DESPLATS, quien participa de este criterio, sostiene que otros elementos (se refiere a los que indica la ley francesa) si bien importantes, "no son sino las condiciones de aptitud para ser considerado como representativo y recibir el apoyo de los trabajadores pero que ni algunas de tales condiciones, ni aún todas juntas serían suficientes para conceder la representación pues sólo el número importa.²⁸ Además refuerza su oposición con el argumento de que en un sistema democrático la representación surge por vía del voto mayoritario. GRANDI, al rechazar la validez del procedimiento de determinar la mayor representatividad con base en varios elementos estima que la utilización de criterios ambiguos y genéricos para la determinación presenta graves problemas y eventualmente puede conducir a situaciones absurdas por lo que considera que debe ser establecida en forma objetiva sin referencias subjetivas y discrecionales, siendo el elemento idóneo y fundamental para tal propósito, el numérico.²⁹

²⁶ Cfr. DURAND y VITU, Ob. cit. en NT 18, p. 357, los citados autores reconocen que en la legislación francesa se presentan casos de ambas situaciones, sin embargo la posición pluralista, considerada más liberal, es la actual, consagrada por la práctica administrativa y jurisprudencial.

²⁷ Cfr. DURAND y VITU, Ob. cit. en NT, 18 pág. 360.

²⁸ DESPLATS, Ob. cit. en NT. 16, pág. 272.

²⁹ Cfr. GRANDI, Ob. cit. en NT. 3, págs. 138 y 139.

El sistema encuentra su expresión en los ordenamientos de los Estados Unidos de América y del Canadá que lo utilizan para la determinación del sindicato o grupo que ha de actuar como único representante de los trabajadores en el ejercicio de la titularidad y administración de las convenciones colectivas. Los aspectos más interesantes de este sistema son los siguientes: a) la organización profesional que obtenga el apoyo de la mayoría en elecciones celebradas al efecto se convierte en la representación exclusiva de la totalidad de los trabajadores para todo lo relacionado con la convención; b) la representatividad la mantiene la organización designada por un período determinado; c) existe un organismo público, —la Junta Nacional de Relaciones Laborales (N.L.R.B.)—, encargado de determinar el marco dentro del cual debe llevarse a cabo la selección así como la organización, realización, fiscalización, escrutinio y proclamación de vencedores de las elecciones de selección, y, en su caso, del procedimiento mediante el cual se le desconoce a una organización sindical su carácter de representativa; d) el sindicato designado tiene la obligación de asegurar en forma equitativa la representación de todos aquellos que se verían afectados por la convención colectiva de que se trate, no obstante que no sea miembros del sindicato.

Dentro del sistema americano puede darse la situación de que no se cuestione el carácter representativo de un sindicato. Tal puede suceder cuando, por ser evidente el apoyo de que goza la organización el patrono lo acepte como negociador (recognition agreement); es más, si se da este supuesto y el patrono se niega a otorgar sus reconocimientos a la asociación sindical puede ser acusado de comportamiento antisindical; otra posibilidad de que el patrono acepte negociar directamente es cuando la contra-parte es un sindicato amigo de la empresa (company union). Este reconocimiento voluntario produce efectos completos, sin embargo, el sistema prevé, a fin de evitar maniobras y dar oportunidad a todos los interesados que, mientras una convención no haya sido firmada puede ser puesta en duda la representatividad del sindicato negociador; en tal caso y en otros como cuando el patrono se encuentra frente a varias organizaciones que pretenden la titularidad de la negociación puede solicitarse a la Junta Nacional de Relaciones Laborales (National Labour Relation Board) el inicio del procedimiento que concluirá con la llamada "certification" y que consiste en la celebración de una votación que determinará quien tiene el apoyo de la ma-

oría y consecuentemente derecho a la titularidad y administración de la convención. Este procedimiento, presenta, en forma resumida, las siguientes fases: solicitada su intervención el National Labour Relation Board procede a determinar si en el caso se está en presencia de un asunto que afecte el comercio interestatal o extranjero; luego determina la unidad de contratación la cual, puede establecerse con base a la totalidad de la actividad del patrono, por ocupaciones o por establecimientos (employer unit, craft unit, plant unit); luego investiga si el sindicato interesado cumple los requisitos legales, especialmente en cuanto se refiere a su anticomunismo; verifica que no exista obstáculo para la realización del procedimiento, esto es, que en los doce meses precedentes no se haya otorgado la representatividad a alguna organización dentro del mismo ámbito o se encuentre en vigor una convención colectiva. [Cualquier organización puede pretender el título de representante mayoritaria a condición de que no se trate de un sindicato controlado por el empleador o sometido a éste en alguna manera.] En la votación pueden participar como electores todos los trabajadores de la unidad de que se trate que aparezcan en la última planilla. Las presiones sobre los trabajadores no están permitidas, y si éstas se comprueban, la Junta Nacional de Relaciones Laborales puede suspender el procedimiento o anularlo si ya se hubiere concluido. A la Junta corresponde fijar el día y lugar de la votación y realizar el escrutinio. Para ser elegido se necesita obtener mayoría absoluta y además que en la votación participe el cuarenta por ciento de los empleados y obreros afectados. Cuando se quiere obtener que se le retire a "representatividad" a una organización se solicita la "decertification" procedimiento que persigue demostrar que el sindicato ya no tiene el apoyo mayoritario y que en el detalle es igual al que hemos descrito para obtener la "certification".³⁰

El sistema canadiense presenta características análogas al sistema americano comentado.³¹

Cfr. BLANC JOUVAN, Xavier, *Les rapports collectifs du travail aux Etats-Unis*, Dalloz, Paris, 1957, págs 144 a 156; MANCINI, Giuseppe Federico, La rappresentanza sindacale nel diritto statunitense e l'art 30 de la Costituzione Italiana, *Revista di Diritto del lavoro*, Milano 1950, págs. 463 a 485; D'HARMANT FRANCOIS, Antonio, *L'ordinamento sindacale negli Stati Uniti*, Cedam, Padova, 1968, págs. 56 a 64.

Bureau International du travail, *Les negotiations Collectivas*, Geneve, 4ta. Edición; 1966, pág. 28.

▼
C) *Criterio de la representación unitaria integrada en proporción a los inscritos en los sindicatos.*

Es el que otorga la "representatividad" a todas las organizaciones profesionales presentes en un determinado ámbito en proporción al número de sus afiliados. Puede señalarse como ejemplo, el contemplado por la Constitución política italiana en el párrafo cuatro del artículo 39,³² para efectos de la negociación de convenciones colectivas. Según el citado artículo todos los sindicatos registrados pueden participar en tales negociaciones integrando la delegación representativa de los trabajadores en proporción al número de sus adherentes; es importante señalar que la condición que se les impone a los sindicatos para ser registrados,³³ según el inciso segundo del mencionado artículo, es que sus estatutos prevean un ordenamiento interno a base democrática.³⁴ No obstante que la norma es clara y que se considere que el principio ahí establecido podría,

32 "I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto se riferisca".

33 Por las razones que se dan adelante en este mismo aparte, en la actualidad los sindicatos no se registran prefiriendo actuar como "asociaciones de hecho"; no obstante ello la jurisprudencia les ha reconocido diversas atribuciones y operan normalmente.

34 "El principio de organización democrática se salvaguarda cada vez que la organización respete sea el principio de la elección para el desempeño de posiciones, sea el principio del predominio de la asamblea de asociados sobre los otros órganos sociales, sea el principio que la mayoría no obstante que obliga a la minoría, reconoce la función de la oposición y la posibilidad que ésta a su vez pueda transformarse en mayoría "RIVA-SANSEVERINO, Luisa, *Elementi di Diritto Sindacale e del lavoro*, Cedam, Padova, 1974, 3 Ed. Pág. 21. En las propuestas que el Consiglio Nazionale dell'economia e del Lavoro aprobó en asambleas celebradas el 24 de junio de 1960 sobre la forma en que la ley debía desarrollar los artículos treinta y nueve y cuarenta de la Constitución Política italiana, según cita que hace SUPPIEJ, *Fonti per lo studio del Diritto Sindacale*, Cedam, Padova, 2da. Ed. 1960, pág. 251, se indicó que para determinar si un sindicato estaba organizado democráticamente sus estatutos debían contener las siguientes previsiones: "a) establecer las condiciones de admisión y de exclusión de los asociados y reconocerles el derecho de renuncia conciliando las obligaciones derivadas de la relación asociativa con la libre adhesión; b) reconocer la igualdad de derechos a todos los asociados garantizando la participación de éstos y de sus delegados a las deliberaciones de la asamblea con libertad de discutir; c) establecer el sistema de elección para el desempeño de cargos, mediante voto secreto y con la participación de un porcentaje mínimo de electores; d) establecer como una competencia de la asamblea la adhesión de la asociación a una asociación compleja, la modificación de los estatutos sociales y fijación de las cuotas; e) establecer la periodicidad de las reuniones de la asamblea de asociados y la posibilidad de que ésta convocada a solicitud de un cierto número de socios".

con buen fundamento, extenderse a otros casos en que sea necesario establecer la representatividad,³⁵ una especial situación provocada por el hecho de que treinta años después de dictada la Constitución aún no se han producido las leyes que debían reglamentar tanto el artículo comentado como el cuarenta que contempla el derecho de huelga,³⁶ causa que se discuta la validez de otras soluciones contempladas en el ordenamiento jurídico italiano. En efecto, diversas leyes, tanto anteriores como posteriores a la Constitución, —una muy importante—, el llamado “estatuto de los derechos de los trabajadores” que es de 1970, contienen como criterio de determinación de la representatividad el del “sindicato más representativo”. Un sector de la doctrina y la jurisprudencia considera que en tanto las leyes que deben complementar los artículos constitucionales dichos no se dictan,³⁷ es válido usar el criterio del sindicato “más representativo” pero, una vez que se emitan tales leyes entonces regirá como único criterio el proporcional ahí establecido.³⁸ Tal tesis no es compartida por sectores de la doctrina que estiman que el prin-

35 Cfr. SIMI, “Partecipazione del sindacato a funzioni pubbliche” en *Nuovo Trattato de diritto del Lavoro*, dirigido por L. Riva-Sanseverino y G. Mazzoni, Cedam, Padova, 1971, T; I, pág. 161; en igual sentido GRANDI, Ob. cit., T. 3, pág. 140.

36 La perspectiva de que fuera eminente la producción de las normas que reglamentaran los artículos 39 y 40 de la Constitución Política italiana en los años posteriores a su emisión produjo que los estudiosos del derecho del trabajo se plantearan los diversos problemas que se le presentarían al legislador; la problemática de la estructuración de la representación unitaria en proporción al número de los inscritos a cada sindicato presente en la empresa o ámbito de que se tratara, fue uno de ellos; así por ejemplo, GASPARI, Pietro (“Appunti sulla rappresentanza unitaria dei sindacati”, *il Diritto di Lavoro*, 1950, I, pags. 95-97) se plantea al respecto diversas dudas entre las cuales si el órgano de representación unitaria debía ser estatal o sindical, permanente o temporáneo; como debía funcionar; las situaciones que se presentarían si algún sindicato no acreditara sus representantes, y otras similares. Ello nos hace ver que este sistema que a primera vista parece atractivo, en su realización práctica presenta muchas complicaciones que probablemente lo harían ineficaz.

37 Cfr. LEVI-SANDRI, Ob. cit. en N. E. pág. 176; GRANDI, Ob. cit. en pág. 128; este autor hace referencia a la llamada doctrina de la “Constitucionalidad provisoria” elaborada por la Corte Constitucional según la cual se deben retener constitucionalmente legítima, al menos transitoriamente, las normas legislativas que respondan ciertamente a exigencias presentes en la constitución pero que la reglamenten con formas y procedimientos diversos de aquellos previstos por las normas constitucionales.

38 Es opinión bastante generalizada entre los operadores del derecho en Italia que salvo que se produzca una mutación en la escena política hacia la derecha, —situación que en los actuales momentos y aún a mediano plazo parece del todo improbable, no se emitirán las leyes que vengán a desarrollar los principios de los artículos 39 y 40 de la Constitución y que por lo tanto resulta en la práctica inexistente el sistema ahí establecido para la estipulación de convenciones colectivas con validez “erga omnes”.

cipio del sindicato más representativo no está contenido en la Constitución, que ésta solo contempla el sistema de la representación unitaria en proporción al número de inscritos y que, por lo tanto, el ordenamiento italiano no da margen para la introducción de criterios diversos para la determinación de la representatividad.³⁹

Sin embargo, la tesis de la validez de la utilización del criterio del sindicato más representativo actualmente tiene plena aceptación en la jurisprudencia y en la actualidad los problemas que se plantean se refieren precisamente a qué sindicatos deben considerarse como “mayormente representativos”, especialmente luego de la sentencia de la Corte de Casación Sección Segunda Civil del tres de noviembre de 1976⁴⁰ que determinó que solo los sindicatos más representativos a nivel nacional, entendiéndose como tales los que se encontraran presentes en todo el territorio y no solo en ciertas partes o profesiones y que además tuvieran efectiva participación en las negociaciones para contratos colectivos, no valiendo más a ese efecto el adherirse a los firmados por otras organizaciones como venía sucediendo con los sindicatos de orientación corporativa como la “Cisnal”.

39 PERA, Guiseppe. (“Lezioni di Diritto del Lavoro”, Edizioni de Il Foro Italiano, Roma 1974, págs. 101-102) estima que independientemente del desarrollo legislativo del artículo treinta y nueve de la Constitución Política no puede prescindirse de la indicación que la norma constitucional hace para la distribución de poder entre los sindicatos; estima que la mínima conclusión que se puede establecer con base en ese artículo es la prevalencia de la consistencia numérica siendo por lo tanto, el número el elemento decisivo.

40 En Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, Enero-Febrero 1976 p. 24-25. Dicha sentencia es comentada críticamente por ZANGARI (“Sindacati maggiormente rappresentativi e sistema costituzionale”, Massimario citado, p. 24-33) pues en su criterio viene a modificar la posición jurisprudencial bastante uniforme que venía predominando según la cual la determinación de la “representatividad” se hacía mediante criterios amplios que permitían conceder ese carácter a organizaciones que no obstante no tener un carácter representativo absoluto a nivel nacional sí tenía notable fuerza en determinados ámbitos del territorio o al menos una notable fuerza en todo el país. La crítica la basa en que no existiendo dentro del ordenamiento italiano, por las circunstancias que hemos apuntado en que no se ha producido la legislación de apoyo a los artículos 39 y 40 de la Constitución, una forma cierta y segura de determinar la importancia numérica de los afiliados a los sindicatos, la representatividad se aprecia con base en diferentes elementos o que daban al juez una amplia esfera de libertades de apreciación. Luego de la Casación el elemento fundamental será la presencia nacional del sindicato tanto territorial como sectorialmente sin que el mayor número que pueda tener una organización en determinado marco tenga relevancia. El autor referido estima, que con base en los principios constitucionales de la participación de los sindicatos en proporción al número de sus adherentes, la sentencia de Casación viene a hacer más inflexible el criterio de la mayor representatividad, afectándose la libre igualdad de trato para las asociaciones sindicales.

IV.—*Problemas que presenta la representatividad frente a la libertad de igualdad sindicales.*

Diversos autores han mostrado preocupación por la incidencia que sobre la libertad e igualdad sindicales tiene el hecho de determinar que ciertas organizaciones son más representativas que otras y que consecuentemente procede atribuirles mayores funciones y prerrogativas. Spyropoulos estima que efectivamente tal determinación limita la igualdad y también la esfera de acción del individuo;⁴¹ considera que la igualdad sufre porque el sindicato que no sea calificado de representativo verá su competencia y atribuciones limitadas;⁴² el individuo por su parte, también se verá afectado en su libertad toda vez que indirectamente se le presiona para que se afilie al sindicato declarado representativo si desea ser representado por una organización que goce de prerrogativas extensas.⁴³ En sentido similar se pronuncian DURAND y RODRIGUEZ PIÑEDO.⁴⁴

El surgimiento de la noción de "representatividad" en el ordenamiento francés ha llevado a Desplats a afirmar que ella causó una profunda mutación en el sistema de absoluta igualdad entre sindicatos que existía desde 1884 y que creó una nueva situación en la que existen dos tipos de organizaciones sindicales: una con plena competencia y con atribuciones plenas y otra que solo las tendrá limitadas.⁴⁵

41 "El principio de la libertad implica que varios sindicatos pueden ser constituidos en una misma actividad profesional y que estos sindicatos sean iguales entre ellos (SPYROPOULOS, Georges, Ob. cit. Nt 1 pág. 103).

42 ZANGARI, G. (Ob. cit. en NT, p. 29 coincide en esa línea de pensamiento quien estima que el sistema puede provocar el debilitamiento y marginación de las organizaciones que no sean consideradas representativas por lo que puede considerarse que en la práctica la libertad de organización sindical resulta vana porque las desventajas que tendría en el ejercicio de la actividad sindical ocasionaría serias desventajas organizativas y aún de la misma existencia del sindicato.

43 Cfr. SPYROPOULOS, Georges, Ob. cit. NT 1, pág. 282.

44 Cfr. DURAND y VITU, Ob. cit. NT 18 págs. 346-348. RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. Eficacia General del Convenio Colectivo, Instituto Gracia Oviedo, U. de Sevilla, 1960, p. 198-9 quien estima que "el dejar a una organización por mayoritaria que sea, la representación única de la categoría profesional existiendo otras organizaciones y trabajadores y empresarios no afiliados no debe admitirse sino como mal menor y bien controlado por el poder público.

45 Cfr. DESPLATS, J.M., Ob. cit. NT 15, pág. 270.

Spyropoulos afirma que los mismos sindicatos son responsables en buena parte de estas alteraciones de la igualdad y libertad sindicales, pues constantemente han perseguido eliminar a las demás organizaciones lo que no obstante al combatir el sistema de sindicato único, en el fondo piensan que solo la unidad es capaz de dar autoridad al movimiento sindical y para ello se valen de diversos medios como la acción directa⁴⁶ o la inclusión de cláusulas de monopolio sindical en las convenciones colectivas.⁴⁷

No obstante lo expuesto, un amplio sector de la doctrina acepta las limitaciones mencionadas, con diversos argumentos; así algunos lo consideran como un punto intermedio entre el sindicalismo autónomo y el sindicalismo de estado,⁴⁸ una solución de transición entre el principio de la libertad y pluralidad sindicales y la protección de los intereses colectivos de los trabajadores que se estima se varían afectados por la proliferación de las organizaciones.⁴⁹

46 Cfr. SPYROPOULOS, Georges, Ob. cit. NT 1, pág. 270. GIUGNI, considera que la competencia entre sindicatos puede resultar una competencia destructiva en tanto que PERA considera que "el sindicato es naturalmente una organización de lucha respecto de la categoría antagónica y precisamente en razón de esta lucha trata de ser la organización hegemónica en la categoría por poder disponer del máximo poder. La tendencia natural de las organizaciones rivales no es por lo tanto la convivencia en el respeto mutuo sino destruirse" (citados por FLAMMIA, Rosario, *Contributo all' analisi dei sindacati di fatto*, Giuffrè, 1963, en nota localizada en la pág. 97).

47 Ese tipo de cláusulas está prohibida por el Código de Trabajo de Costa Rica cuyo artículo 58, inciso f) dispone: "...no será válida la cláusula que obligue al patrono a renovar el personal a solicitud del sindicato de trabajadores o cualquier otra que ponga en condiciones de manifiesta inferioridad a los no sindicalizados".

48 CASSI, Vincenzo. "La rappresentanza unitaria dei sindacati registrati", *Rivista di Diritto del Lavoro*, Milano, 1950, pág. 363.

49 KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de derecho del Trabajo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1968, pág. 202. El citado autor sostiene que razones de orden práctico son las que han dado origen a la necesidad de establecer diferencias entre los sindicatos, pues un excesivo número de sindicatos produce el debilitamiento del movimiento obrero frente a la unidad de los empleadores; por otro lado las divisiones y luchas intersindicales les resta eficacia en su actuación entre los órganos públicos. Tal criterio encuentra apoyo en los antecedentes de algunas leyes; así, al discutirse en Italia el Statuto dei Diritti dei lavoratori el Ministro del Trabajo Bradoloni expresó que la "operatividad de estas normas hará necesario individualizar los sindicatos beneficiarios dado que una multiplicación incontrolada de éstos aparte de dañar la representatividad de aquellas que son genuinos portadores de los intereses de los trabajadores, podría crear situaciones anormales (por ejemplo es evidente que los permisos, el derecho de afichaje, las normas de tutela especial de los dirigentes no pueden ser reconocidos a coaliciones ocasionales o privadas de efectiva representatividad) (nota del Ministro de Trabajo Bradolini, fechada 5 de marzo de 1969, *Rivista Giuridica del Lavoro*, Roma, 1969, I, p. 123.

o porque se considera que no constituye sino la aplicación en el orden social del principio del predominio de la mayoría.⁵⁰

Spyropoulos, destacado estudioso de la libertad sindical, precisa que las prerrogativas que se otorgan a los sindicatos más representativos no deben llevar a consagrar el monopolio de un sindicato único; para ello, y con base en la experiencia francesa, estima que debe tenerse presente que las ventajas que se conceden a las organizaciones así calificadas deben considerarse que constituyen una excepción y que la igualdad entre los sindicatos se debe mantener como principio; únicamente en los casos señalados por la ley, las asociaciones sindicales más representativas pueden ejercer sus prerrogativas. Estima además que el hecho de que diversas organizaciones puedan ser calificadas de representativas atenúa en mucho el atentado contra el pluralismo sindical que constituye el surgimiento de la noción de "sindicato más representativo".⁵¹

DESPLANTS considera que la "libertad sindical" dependerá de la forma en que se determine cuál es el sindicato mayoritario; estima que si tal designación queda a la apreciación subjetiva de los poderes públicos entonces prácticamente la libertad habrá desaparecido, pero si por el contrario, los criterios de determinación están jurídicamente fijados por ley o por jurisprudencia entonces no tendrá margen la administración de negar tal carácter a quien reúna los requisitos y por lo tanto serán los trabajadores quienes libremente darán con su afiliación esa cualidad a quien mejor los represente.⁵²

La tesis de que la calificación de una organización como más representativa va en demérito de la libertad e igualdad que deben reinar entre los sindicatos no es compartida por varios autores⁵³ quienes se fundamentan en la consideración de que tal calificación

50 Cfr. SPYROPOULOS, Georges, Ob. cit. NT 1, pág. 282-30. En cuanto a la aplicación de los principios de la democracia política, en una publicación de la Organización Internacional del Trabajo se mantiene un criterio similar. Cfr. *La Liberté Syndicale*, Gênéve, 1959, pág. 80.

51 Cfr. SPYROPOULOS, George, Ob. cit. en NT. 1, pág. 282-4.

52 Cfr. DESPLATS, J.M., Ob. cit. en NT. 16, pág. 270.

53 Cfr. SCOGNILLIO, Renato, "I diritti e la funzioni dei sindacati e dei rappresentanti sindacali nell' impresa", *Rivista Giuridica del Lavoro*, Roma, Nov-Dic. 1974, pág. 594, MANCINI, G.F., *Statu dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna 1972, págs. 322 y 323.

puede llegar a ser obtenida por cualquier organización presente o futura; estiman que si las leyes que hacen referencia a tal principio tienen como finalidad en ese concepto realizar una política de apoyo a la actividad sindical sería contradictorio considerar lesivas a la igualdad o libertad sindicales.

Coincidimos con Spyropoulos en pensar que no es suficiente que los criterios de selección estén señalados en las normas sino que también es imprescindible que exista la posibilidad de impugnar la designación.⁵⁴ Diferentes son las alternativas que pueden presentarse al respecto. Si la ley le da al organismo encargado de la designación la facultad de apreciar la representatividad con base en diversos elementos éste desempeñará una labor discrecional; en tal caso las organizaciones profesionales interesadas serán titulares de un interés legítimo que las facultades a recurrir por la violación de la legitimidad que en el ejercicio de la discrecionalidad haya incurrido el órgano de que se trate.⁵⁵ Si por el contrario, la ley determina objetivamente la forma de proceder a la designación, entonces si se procede en forma incorrecta estaremos en presencia de una violación de la ley.⁵⁶ Sin embargo en esta materia normalmente sucede que los sindicatos interesados no recurren a los procedimientos que les ofrece el ordenamiento jurídico y prefieren utilizar la acción directa con la finalidad de obtener por esta vía un resultado más rápido y satisfactorio.⁵⁷

Los procedimientos de impugnación no sólo se encuentran en el ámbito nacional de un Estado, pues el ordenamiento internacional prevé que la designación de los delegados y consejeros técnicos no gubernamentales pueden impugnarse ante la comisión de revisión de poderes de la Organización Internacional del Trabajo.⁵⁸

54 Cfr. SPYROPOULOS, Georges, Ob. cit. en NT 1, pág. 103.

55 Cfr. RICHARD, R., Ob. cit. en NT 19, p. 197, SIMI, V. Ob. cit. NT 35 p. 160.

56 Cfr. RICHARD, R., Ob. cit. en NT 19, pág. 197.

57 Cfr. SPYROPOULOS, Georges, Ob. cit. en NT 1, pág. 104.

58 La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo en el art. 3-9 prevé la posibilidad de que dichos poderes sean revisados por la Asamblea la cual por mayoría de dos tercios puede rechazar la admisión de aquellos delegados o consejeros técnicos que estima no hayan sido bien nombrados. Por su parte el Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo en sus arts. 5 y 26 regula todo lo concerniente al procedimiento para dicha verificación de poderes. Para ambas referencias consúltese la publicación realizada por la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1975, págs. 8, 33, 46-7.

V. La situación en Costa Rica.

El estudio de la problemática relativa a la representatividad de los sindicatos lo podemos situar en nuestro país en los tres niveles atrás señalados como base de análisis: a) elección de representantes y consejeros técnicos no gubernamentales en las delegaciones que representan al país en las Asambleas generales y conferencias de la Organización Internacional del Trabajo, b) nombramiento de trabajadores sindicalizados o de representantes de organizaciones sindicales en las Juntas directivas de instituciones y organismos públicos, y c) titularidad y administración de las convenciones colectivas cuando en la empresa o centro de producción de que se trate exista una pluralidad de sindicatos que las pretenda.

A) Elección de representantes y consejeros técnicos no gubernamentales en las delegaciones que representan al país en las Asambleas Generales y Conferencias de la Organización Internacional del Trabajo.

Como hemos señalado las normas que regulan el funcionamiento de la OIT obligan a los Estados miembros a elegir delegados y consejeros técnicos de acuerdo con las organizaciones profesionales más representativas, sea de patronos o de trabajadores. Al ser miembro nuestro país de la citada organización, y dado que dichas normas forman parte del ordenamiento jurídico nacional, todos los problemas derivados del alcance que tiene ese criterio y de los elementos que lo integran, tienen vigencia y actualidad en nuestro medio. Son probablemente las únicas disposiciones que consagran tal criterio de selección en nuestro derecho sin que hayan sido objeto de análisis por parte de los tribunales lo que impide al intérprete disponer de los criterios que la práctica administrativa y la jurisprudencia puedan producir en diversos ordenamientos. Además en otros estados signatarios a pesar de contar con un elenco de antecedentes, la cuestión sigue siendo debatida, todo lo cual aumenta las dificultades de solución que pudieran presentarse en el nuestro. Sin embargo hasta el momento no se han suscitado los problemas apuntados toda vez que en la designación de representantes sindicales en ciertas ocasiones, ha mediado acuerdo de las organizaciones interesadas y los nombramientos se han hecho en forma rotativa; mientras tal procedimiento no era prac-

ticado el asunto no fue objeto de debate y en otras oportunidades, por dificultades económicas no se hizo la integración de la delegación con miembros "no gubernamentales".

B) Nombramiento de trabajadores sindicalizados o de representantes de organizaciones sindicales en las juntas directivas de instituciones y organismos públicos.

No hemos sido ajenos a la tendencia manifestada en forma muy amplia en otros ordenamientos —Francia e Italia constituyen excelente ejemplo— de dar participación a las asociaciones profesionales de trabajadores y patronos en los órganos directivos de instituciones públicas; es más, nuestro Código de Trabajo consagra en el inciso b) del artículo 270 que una de las funciones que deben desempeñar los sindicatos es participar en la formación de los organismos estatales que les indique la ley. Diversas normas establecen ya la obligación de que se proceda en esa forma. Tal es el caso de las leyes constitutivas o, en su caso Decretos, de la Caja Costarricense del Seguro Social,⁵⁹ Consejo Nacional de Salarios,⁶⁰ Instituto Nacional de Aprendizaje,⁶¹ del Banco Popular

⁵⁹ Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social (Nº 17 del 22 de octubre de 1943), artículo 6: La Caja será dirigida por una Junta... a) ... b) ... los otros cinco miembros serán: un médico, dos representantes de la clase patronal aseguradora, un trabajador que sea miembro de un sindicato y un representante de las asociaciones de trabajadores intelectuales. Para el nombramiento de los representantes de la base trabajadora, el Poder Ejecutivo, con treinta días de anticipación a los respectivos nombramientos hará publicar en el diario oficial solicitud de nóminas con número no menor de cinco personas, a las confederaciones y federaciones de trabajadores y a las asociaciones de trabajadores intelectuales".

⁶⁰ Creación del Consejo Nacional de Salarios (Decreto Nº 832 de 4 de noviembre de 1949 de la Junta Fundadora de la Segunda República) Artículo 4: El Consejo Nacional de Salarios estará integrado por nueve miembros directores, de nombramiento del Poder Ejecutivo, que representarán al Estado, patronos y trabajadores en el número de tres por cada una de dichas entidades. ... Artículo 6.- Para el nombramiento de los miembros directores del Consejo Nacional de Salarios se seguirán las siguientes disposiciones: a) el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, con un mes de antelación hará publicar un aviso en La Gaceta Oficial, instando a las asociaciones o sindicatos patronales y sindicatos de trabajadores que existan en el país para que dentro de los quince días siguientes envíen una lista con el nombre de diez personas; b) una vez recibidas las nóminas correspondientes, el Poder Ejecutivo por medio de Decreto hará los respectivos nombramientos, para lo cual gozará de libre facultad de elección... y c) si no se presentaren nóminas, el Poder Ejecutivo hará la elección libremente".

y de Desarrollo Comunal.⁶² Disposiciones similares también se encuentran en el Estatuto de la Carrera Docente⁶³ y en su Reglamento,⁶⁴ en la Ley de Aprendizaje⁶⁵ en la Ley que creó el Consejo

- 61 Ley orgánica, del Instituto Nacional de Aprendizaje (Nº 3506 de 21 de mayo de 1965) "Artículo 5.- Integrarán el Consejo: a) ... b) ... d) ... e) un representante de los sindicatos o cámaras patronales; f) un representante de las organizaciones sindicales de trabajadores. Artículo 6.- El Consejo directivo será de nombramiento del Consejo de Gobierno que con ese propósito solicitará, por lo menos quince días antes de la designación a ... los sindicatos o cámaras patronales, y a los sindicatos de trabajadores, el envío de nóminas de candidatos para esos cargos con 5 nombres en cada una".
- 62 Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal Nº 4351 de 11 de junio de 1969) "Artículo 15.- La Junta Directiva Nacional estará integrada por a) ... b) ... c) ... d) cuatro representantes de los trabajadores. Para el nombramiento de éstos el Consejo de Gobierno, con treinta días de anticipación a los respectivos nombramientos, hará publicar en el Diario Oficial solicitud de nóminas, con número de menor de cinco personas, a las confederaciones, federaciones y sindicatos de trabajadores, de las cuales se escogerán estos representantes".
- 63 Estatuto de la Carrera Docente, (ley número 4565 del 4 de mayo de 1970). Artículo 77.- El Tribunal de Carrera Docente estará integrado: a) ... b) ... c) Por un representante de las organizaciones de educadores. El representante de las organizaciones de educadores deberá ser escogido por ésta alternativamente, de manera que en cada período su representante sea un miembro de una organización diferente. El procedimiento de escogencia del representante de las organizaciones de educadores, se hará conforme la indica el Reglamento, de acuerdo a lo establecido en el párrafo anterior.
- 64 Reglamento al Estatuto de la Carrera Docente (Decreto Ejecutivo Nº 2235 EP del 14 de febrero de 1972). Artículo 17. El Tribunal de la Carrera Docente estará integrado en la forma que indica el artículo 77 del Estatuto, bajo la presidencia del representante del Ministerio de Educación Pública ... El representante de las organizaciones de educadores deberá ser escogido por éstas alternativamente, de manera que en cada período su representante sea un miembro de una organización diferente. Las organizaciones de educadores (Colegios, Profesionales, Asociaciones y Sindicatos), debidamente legalizados, deberán presentar al Ministerio, un mes antes de vencerse al período de dos años para el cual fue electo su representante, una nómina integrada con dos asociados en cada una de las organizaciones; haciéndose salvedad de la organización que fue favorecida con el nombramiento de su asociado en el período que está por vencer o en los períodos precedentes, hasta tanto no termine el ciclo que marque la nominación de los representantes de todas y cada una de dichas organizaciones. El Ministro escogerá en la citada nómina a la persona a quien corresponderá fungir como miembro del Tribunal en el período siguiente. De no recibirse de parte de las organizaciones de educadores la expresada nómina, una vez expedido el término concedido antes indicado, el Ministro podrá hacer la elección a su entera libertad, observando la norma de alternabilidad que este artículo señala. Asimismo, el Ministerio y la Dirección General deberán designar los nuevos representantes o prorrogar los nombramientos anteriores, con un mes de anticipación al vencimiento del respectivo período.
- 65 Ley de Aprendizaje Nº 4003 del 2 de diciembre de 1971. Artículo 10.—Se establece para los efectos y propósitos señalados en los artículos de esta ley, una Comisión Mixta de representantes del sector privado y público, integrada de la siguiente forma: a) ... b) ... c) ... d) ... e) un representante

Superior de Educación Pública⁶⁶ y en Decreto Ejecutivo que creó los Organismos consultivos de Patrones y Trabajadores.⁶⁷

El análisis de las normas citadas nos permite observar varias particularidades. En primer lugar tenemos el hecho de que la selección no se hace solo tomando en cuenta a los sindicatos sino que también se consideran elegibles a los representantes de otros tipos de organización como son las asociaciones y especialmente dentro de éstas a las llamadas "cámaras". Toma así en cuenta la ley una circunstancia cual es que en la práctica esos organismos operan en nuestro medio como representantes de esos sectores y categorías profesionales y realizan, entre otras, funciones análogas a las que efectúan los sindicatos.

En segundo lugar podemos ver cómo se realiza dicha participación. Según señala SIMI⁶⁸ en la participación del sindicato en funciones públicas pueden distinguirse varias formas: a) participación institucional o directa, sea aquella regulada por la ley y, b) informal o sea aquella que depende de las iniciativas ocasionales del órgano estatal; dentro de la directa distingue dos situaciones: 1) cuando el sindicato es llamado a manifestar su propia opinión por medio de órganos o representantes con suficiente poder y, 2) cuando solamente se designa a un candidato que ausme el cargo público con todos los derechos y discrecionalidad de los demás miembros. Esta última modalidad es la que opera en Costa Rica.

- de la Cámara de Industrias; f) un representante de la Cámara de Comercio y g) un representante de las organizaciones de trabajadores.
- Artículo 11.—Los representantes de la Cámara de Industrias, Comercio y los trabajadores serán escogidos por el Consejo Directivo del INA de una terna presentada a su consideración por cada organización ..."
- 66 Consejo Superior de Educación Pública Ley Nº 1362 del 8 de octubre de 1951. Artículo 2.—El Consejo estará integrado en la siguiente forma: a) ... b) ... c) ... d) ... e) ... f) ... g) un representante de las asociaciones de educadores inscritas conforme a la ley nombrado por sus correspondientes directivas.
- 67 Organismos consultivos de Patrones y Trabajadores, Decreto Ejecutivo Nº 1194 TBS del 21 de agosto de 1970. Artículo 5.—Las comisiones a que se refiere el artículo anterior estarán compuestas por un número igual de representantes patronales y representantes de los trabajadores y un representante del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social quien presidirá las reuniones. Los representantes de los patronos y de los trabajadores deberán ser costarricenses por nacimiento, serán escogidos por el Ministerio indicando de las nóminas que propongan las agrupaciones respectivas en la actividad de que se trate.
- 68 SIMI, Valente, ob, cit. en nt. 35 p. 156.

Tal propósito es muy importante y problemente en el futuro se generalizará más.⁶⁹ Sin embargo creemos que la forma en que hoy está concebida la escogencia de las personas que han de representar a los sectores patronal y obrero no es la mejor pues coincidimos con DESPLATS⁷⁰ en considerar que si la apreciación de la representatividad queda en manos de la Administración o de los Poderes Públicos sin que tengan éstos que sujetarse a criterios objetivos de selección, se pone en peligro la libertad e igualdad sindicales. En el caso Costa Rica la situación presenta aún mayor riesgo toda vez que la libertad que el Poder Ejecutivo tiene en la designación de tales delegados es casi total, no está sujeta en ninguno de los casos que conocemos⁷¹ al requisito de apreciar la representatividad de la organización de la cual se va extraer la persona que será designada para ocupar el cargo de que se trate; si bien en casos se debe proceder a la publicación de invitación a las organizaciones interesadas para que remitan nóminas de candidatos siempre el Poder encargado de la designación tiene amplia discrecionalidad para designar dentro de las candidaturas presentadas aquellas que estime mejor sin estar obligado a valorar la importancia numérica de la asociación a que pertenezca el elegido y menos aún otros elementos como los que conforman el criterio de la mayor representatividad. Podría entonces darse el caso de que contando con la simpatía del gobierno determinada organización profesional de patronos o de trabajadores, constantemente fuera tomada en consideración para que sus candidatos representando a la asociación desempeñen cargos públicos y tal situación podría pesar en las posibilidades de acción de los demás sindicatos que de hecho, a pesar de su eventual importancia y representatividad, se verían imposibilidades de tener tal participación y consecuentemente su campo de acción quedaría más limitado que el de la organización que goce del favor del Poder Ejecutivo.

⁶⁹ En algunos casos aun sin existir obligación de proceder en tal forma se ha dado representación a dirigentes sindicales en organismos públicos (nombramiento del señor Caamaño en la Junta del Consejo Nacional de Producción hace unos años) y en el Gobierno de Oduber especialmente, se mantuvo una estrecha relación de carácter consultivo con los sindicatos de trabajadores y las asociaciones y sindicatos patronales.

⁷⁰ DESPLATS J. M., Ob. cit. en nt. 16 F. 270.

⁷¹ Consúltese las notas Nº 54 a 57 anteriores respecto de la Caja Costarricense del Seguro Social, el Consejo Nacional de Salarios, el Instituto Nacional de aprendizaje y el Banco Popular y de Desarrollo Comunal.

En otros casos como en el Reglamento al Estatuto de la carrera docente citado⁷² la situación es más bien la contraria pues en ellos no se analiza tampoco la representatividad de las organizaciones sino que a todas, en forma rotativa se les concede el derecho de representar a la profesión independientemente de su importancia numérica o de cualquier otro factor evaluativo, lo que también es inconveniente toda vez que abre las puertas a posibles irregularidades y maniobras.

C. Titularidad y administración de las convenciones colectivas cuando existe una pluralidad de sindicatos.

Es en el campo de la titularidad y administración de las convenciones colectivas que en nuestro país, la determinación de la representatividad sindical tiene mayor aplicación y trascendencia. En efecto, el artículo 56 del Código de Trabajo dispone:

“Todo patrono particular que emplee en su empresa, o en determinado centro de producción, si la empresa por la naturaleza de sus actividades tuviere que distribuir la ejecución de sus trabajos en varias zonas del país, los servicios de más de la tercera parte de los trabajadores sindicalizados, tendrá obligación de celebrar con el respectivo sindicato, cuando éste lo solicite una convención colectiva. Al efecto se observarán las siguientes reglas:

- a) El porcentaje a que se refiere el párrafo anterior se calculará sobre la totalidad de los trabajadores que presten sus servicios en dicha empresa o centro de producción determinado.
- b) Si dentro de la misma empresa o centro de producción existen varios sindicatos, la convención colectiva se celebrará con el que tenga mayor número de trabajadores afectados directamente por la negociación, en el concepto de que el pacto no podrá concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en contratos vigentes dentro de la propia empresa o centro de producción;

⁷² vid nt. 64.

c) Cuando se trate de una empresa o centro de producción que por la índole de su actividades emplee trabajadores pertenecientes a diferentes profesiones u oficios, la convención colectiva deberá celebrarse con el conjunto de sindicatos que represente a cada una de sus profesiones u oficios, siempre que estos se pongan de acuerdo entre sí. En el caso de que estos no se pusieran de acuerdo, el sindicato correspondiente a cada profesión u oficio podrá exigir que se celebre una convención colectiva con él, para determinar las condiciones relativas a dicha profesión u oficio dentro de la mencionada empresa o centro de producción.

d) ...".

La anterior norma es una regla aislada que no encuentra complemento en otras; y por lo tanto en su aplicación surgen una serie de problemas e interrogantes. De su examen podemos hacer las siguientes observaciones: 1.- El movimiento sindical para pretender celebrar una convención colectiva debe demostrar cierta consistencia numérica que la ley fija en un mínimo equivalente a la tercera parte de la totalidad de los trabajadores de la empresa o centro de producción de que se trate. 2.- La referencia que se hace en el inciso b) a varios sindicatos y el hecho de que en él se indique que la convención se celebrará con el que tenga mayor número de trabajadores afectados parte del supuesto de que se trate de sindicatos de los llamados por el Código de "empresa" e "industriales"⁷³ pues de los gremiales se ocupa en el inciso c); 3.- De una primera lectura del artículo comentado puede surgir la duda de si el tercio de trabajadores sindicalizados que se exige para la celebración de la convención, debe reunirlos cada uno de los sindicatos que pretenden la negociación en el caso de que efectivamente exista una pluralidad de organizaciones sindicales o si éste es un

⁷³ El artículo 272 del Código clasifica los sindicatos así: "a) Gremiales: los formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad; b) de empresa: los formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades que presten sus servicios en una misma empresa; c) Industriales: los formados por individuos de varias profesiones u oficios, o especialidades que presten sus servicios en dos o más empresas de la misma clase; d) Mixtos o de varios oficios: los formados por trabajadores que se ocupen en actividades diversas o inconexas. Estos sindicatos solo podrán constituirse cuando en determinado cantón o empresa el número de trabajadores de un mismo gremio no alcance el mínimo legal".

requisito global sea que se computa tomando en consideración el número de sindicalizados en todos y cada una de los sindicatos presentes en la empresa o centro de producción de que se trate. Analizando el conjunto de los incisos tal duda se aclara y así es posible determinar que el Código, establecida la consistencia numérica mínima indicada, utiliza el criterio mayoritario pero referido sólo a los sindicalizados y no ya a la totalidad de los trabajadores para la determinación del sindicato con el que debe negociar el patrono. Si los sindicatos presentes representan a profesionales u oficios diversos y media acuerdo entre estos entonces se celebra la convención con el conjunto, sea que en este evento se sigue un criterio similar al de la representación unitaria en proporción al número de inscritos pues aunque no esté expresamente establecido sin duda el criterio porcentual es el que se aplicará a la hora de determinar la participación de cada sindicato interesado en los órganos que surjan de contratación. Si ese acuerdo no se logra, entonces la convención, dice el Código debe celebrarse con el sindicato correspondiente a cada profesión u oficio; no indica dicha norma qué sucede si existe más de un sindicato gremial por oficio o especialidad; en tal caso habría que aplicar el principio mayoritario previsto, como se dijo, cuando hay pluralidad de sindicatos de "empresa" o "industriales".

El sistema adoptado por nuestro legislador plantea otros problemas como son: 1.- La determinación del ámbito que abarcará la negociación. 2.- Quién determina cuál es la organización mayoritaria y los conflictos que surgen. 3.- La forma de determinar la mayoría.

1.—Determinación del ámbito que abarcará la negociación

La determinación del ámbito dentro del cual se pretende que la Convención Colectiva surta sus efectos no siempre es de fácil y pacífica determinación cuando no abarca la totalidad de una empresa sino algún centro de trabajo. Ejemplo de esta situación son los constantes problemas que surgen dentro de la tramitación de los conflictos colectivos de carácter económico social en la determinación del ámbito que afectará éste. La jurisprudencia que al respecto se ha producido tiende a restringir la posibilidad de considerar centro de trabajo otros que aquellos que responden a una precisa unidad administrativa y ha sostenido que no puede

fraccionarse la empresa caprichosamente en secciones.⁷⁴ Así se ha considerado en forma reiterada por la jurisprudencia que respecto de la Compañía Bananera de Costa Rica la unidad administrativa lo constituye la llamada división,⁷⁵ han sido considerados como centros de trabajo diferentes una lancha y un aserradero pertenecientes a una misma empresa,⁷⁶ como formando una sola unidad administrativa una planta industrial y una sección administrativa situadas en diferentes lugares, pertenecientes a la misma sociedad⁷⁷ y se ha negado que un Ingenio azucarero pueda considerarse en forma separada de la finca en la que está ubicado;⁷⁸ sin embargo cuando no ha sido objetada por parte de la empresa la circunstancia apuntada se le ha dado trámite a conflictos planteados en secciones de ésta.⁷⁹

La característica señalada en materia de conflictos nos ilustra sobre lo difícil y conflictivo que puede resultar la determinación del centro de trabajo dentro del cual se determinará la representatividad sindical si no existen normas claras y precisas que señalen las pautas para su fijación.

2.—*Quién determina la organización mayoritaria.* *Conflictos de surgen:*

El segundo de ellos consiste en determinar a quién corresponde definir cual es la organización que cuenta con mayor número de trabajadores. Ante el silencio de la ley caben diversas hipótesis. Puede considerarse que la determinación corresponde realizarla al patrono e inmediatamente surgen los inconvenientes que tal solución presenta, pues es evidente que no es adecuado

74 En ese sentido la sentencia del Tribunal Superior de Trabajo de San José, N° 1936, de las 15:25 del 8 de junio de 1977.

75 Al respecto véase las sentencias: 15 hrs. del 9-feb-1953, 15:30 hrs. 22-feb-1956, 10:15 10-nov-1951, N° 204 de 16:30 hrs. 14-feb-1956, todas del Tribunal Superior de Trabajo de San José.

76 T.S.Tr. de San José N° 1356 del 1° de diciembre de 1955.

77 T.S.Tr. de San José, N° 1936 de las 13:25 hrs. del 8 de junio de 1977.

78 T.S.Tr. de San José, N° 3009 de las 13:35 del 1° de setiembre de 1977.

79 Así, en conflicto colectivo económico social promovido en el Juzgado I de Trabajo de San José por los empleados de la Sección de Taller de Facó S.A.

que precisamente sea la empresa quien deba, en un caso de duda, señalar cuál debe ser su interlocutor ya que probablemente escogerá aquella organización que estime le causará menores problemas. Por otra parte, en el supuesto que estamos comentando, no obstante que cabe la posibilidad de que la escogencia que el patrono haga no suscite ninguna reacción —y en la práctica así ha ocurrido— lo más probable es que el otro sindicato o sindicatos no se conformen y surja el conflicto. Pero también cabe la posibilidad de que el patrono, sea porque no tiene la seguridad o los elementos de juicio necesarios para saber cuál es la organización mayoritaria o porque vea un medio de provocar atrasos en el desarrollo de los procedimientos de la negociación, pueda negarse a efectuar la designación provocando con ello también conflictos. En el derecho comparado no se encuentran ejemplos de casos como el que comentamos pues sin duda tal solución ha sido considerada inaceptable. En nuestro país, ante el vacío dejado por el legislador, se han presentado situaciones como las que hemos planteado, originando el surgimiento de conflictos intersindicales y obrero patronales. El conflicto intersindical puede surgir en diversas situaciones pero es corriente que suceda cuando un sindicato ha celebrado una convención colectiva con el patrono y otra organización interesada que opere dentro del mismo ámbito impugne la representatividad del otro sindicato. Ante estas situaciones conflictivas las alternativas de solución que prevé nuestro ordenamiento son las siguientes: 1) que, con fundamento en la disposición del inciso b) del artículo 49 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo⁸⁰ la Oficina de Sindicatos mediere en la cuestión y aceptada que fuera tal mediación, resuelva el punto; 2) otra alternativa es que habiendo fallado la intervención del Ministerio o porque así lo prefieran los interesados, se recurra directamente a los Tribunales de Trabajo planteando un conflicto de carácter jurídico a fin de que sean ellos quienes resuelvan la discusión.⁸¹ La resolución de un conflicto de esta índole presenta aspectos interesantes que merecen destacarse. Así, cabe plantearse si al acogerse la solicitud del sindicato impugnante de que se anule la convención

80 "Artículo 49.—Además le corresponde: a) ... b) ... c) intervenir conciliatoriamente en los conflictos intergremiales que se susciten entre organizaciones sindicales, sobre la titularidad de la convención colectiva o sobre la representación profesional de los sindicatos de la empresa.

firmada con la organización rival ésta se deberá anular completamente o únicamente en cuanto a la parte contractual y no en cuanto a la parte normativa.⁸² Las ventajas que en la convención se hubieren obtenido para los trabajadores, se incorporan a los contratos de trabajo de cada uno de ellos como derechos adquiridos. Estimamos, que de hecho la nulidad únicamente afectaría la parte contractual, quedando siempre la posibilidad de que al negociarse un nuevo convenio puedan mejorarse las disposiciones de la parte normativa. Es evidente que ante una situación de este tipo el patrono se encontrará en una posición negociadora difícil, toda vez que serán conocidas sus posiciones finales en las diferentes materias sobre las que verse el convenio. Asimismo sería necesario determinar cuál sería el plazo que rigería para la nueva convención que se celebre: si el plazo de vigencia se computaría con base en el del depósito⁸³ de la convención parcialmente anulada o a partir del de la nueva que se celebre. Para los trabajadores sin duda es más favorable la primera alternativa pues así antes tendrán la posibilidad de renegociar el convenio; sin embargo es más lógico y equitativo considerar que la convención impugnada sea anulable solo respecto a las partes firmantes, que las ventajas y beneficios otorgados a los trabajadores sean incorporados a los contratos de trabajo de éstos y que la convención que en el futuro se celebre será completamente independiente de la primera y por ello respecto al plazo regirá el que aquella indique. Cabe también la posibilidad de que el conflicto no surja directamente entre las organizaciones sindicales rivales sino que directamente

81 En efecto la jurisprudencia ha sostenido que el procedimiento de recurrir a la huelga no es el adecuado para obtener el reconocimiento de la personalidad del sindicato sino que debe recurrirse a la vía ordinaria para demostrar que se tiene la mayoría de los trabajadores (véase la sentencia del Tribunal Superior de Trabajo de San José N° 5217 del 26 de diciembre de 1975).

82 RIVA-SANSEVERINO, Luisa (Ob, cit, en NT 34, pág. 44) define como normativa la parte de la convención que se refiere a la determinación de los derechos y obligaciones de los trabajadores individuales y como contractual la que se refiere a los derechos y obligaciones recíprocamente contraído por las partes firmantes.

83 La jurisprudencia de la Sala de Casación ha sostenido que "La convención colectiva de trabajo que no es depositada en la Oficina de Asuntos gremiales y Conciliación Administrativa del Ministerio de Trabajo, aún cuando sea indutible que se suscribió, no tiene valor legal, pues éste se da a partir del momento del depósito de la oficina dicha (Cas. N° 119 de 1962).

se dé entre el patrono y una de las organizaciones sindicales que pretendiendo ser mayoritaria solicite la celebración de una convención y que tal petición sea rechazada por el patrono por no reconocerla como mayoritaria. En tal evento la característica varía pues éste será de naturaleza económico-social y consecuentemente su resolución estará sujeta a los procedimientos que contempla el Título VII, Capítulo tercero del Código de Trabajo para la solución de este tipo de conflictos.

3.—Forma de determinar el número de sindicalizados o afiliados a un determinado sindicato.

La forma de determinar el número de miembros sindicalizados o afiliados a cada sindicato tampoco está exenta de dificultades. No parece existir en la ley un medio para determinarlo con actualidad. El método que permite realizarlo con cierta precisión es el que puede establecerse con fundamento en las obligaciones del patrono de rebajar las cuotas sindicales de los suelos o salarios de sus subordinados para ser giradas a la asociación interesada, y de informar semestralmente al Ministerio de Trabajo la nómina de sus empleados, además de existir la obligación del Sindicato de comunicar una vez al año la lista de sus afiliados al Ministerio.⁸⁴ Analizadas y cruzadas esas informaciones permiten determinar cuáles son los efectivos de las organizaciones en un determinado momento, sea el de las fechas de los informes y las deducciones; pero aún puede darse el caso, en la práctica posiblemente muy corriente de que por falta de tal información⁸⁵ o por estar incom-

84 El art. 69 del Código de Trabajo establece entre las obligaciones de los patronos: "enviar en los meses de enero y julio de cada año al Ministerio de Trabajo el nombre y apellido de sus trabajadores"; también debe deducir del salario del trabajador las cuotas sindicales que éste hubiere autorizado. El art. 27 del mismo Código indica que los sindicatos, entre otras obligaciones, deben enviar cada año a esa dependencia, una nómina completa de sus miembros.

85 En efecto, así sucede en la práctica y precisamente este hecho identificado como "bajo nivel de actividad" ha sido señalado como una de las características del movimiento sindical costarricense en un estudio cuyos autores determinaron que en el año 1973 solo 71 de los 258 sindicatos registrados o sea únicamente el 27.5% estaba al día en los informes al Ministerio de Trabajo (vid. CUELLAR, Oscar, QUEVEDO, Santiago. Algunos antecedentes sobre la organización sindical en Costa Rica, Primer documento de avance, San José, mayo de 1974, mimeografiado, pág. 14).

pleta no pueda hacerse la determinación. Pero sin duda el procedimiento más efectivo y preciso es el de recurrir a la votación directa de los interesados a fin de que sean ellos quienes indiquen por quien desean ser representados, procedimiento que en la actualidad, salvo acuerdo de las partes interesadas, sólo es utilizado, en otro campo y discretamente por las autoridades judiciales que conocen de los conflictos colectivos de carácter económico-social.⁸⁶

VI. OBSERVACIONES FINALES

En nuestro ordenamiento carecemos de unidad de criterio para determinar en una forma cierta, justa y rápida la representatividad de las organizaciones sindicales para los diversos propósitos en que tal determinación sea necesaria. Del examen de las formas como otros sistemas legislativos han resuelto similares problemas consideramos que el que hemos llamado "criterio mayo-

⁸⁶ El factor numérico es de enorme trascendencia para los efectos de la calificación de la legalidad de la huelga ya que de conformidad con las disposiciones de los artículos 364 y 366 del Código de Trabajo es requisito indispensable que los trabajadores que apoyan el movimiento sean al menos tres y representen el sesenta por ciento de los trabajadores interesados. Ante el silencio de la ley sobre la forma de determinar ese porcentaje los Jueces han utilizado el procedimiento de celebrar un plebiscito entre los trabajadores; para tal efecto comisionan a la Inspección General de Trabajo; usualmente señala el Juez quienes han de ser excluidos del padrón (ejecutivos, trabajadores de confianza, aprendices, empleados nuevos y otros, aunque en doctrina se discute sobre la procedencia de la exclusión de algunos de los indicados, especialmente de los aprendices; al respecto consúltese HUECK, A., y NIPPERDEY, H.C., Compendio de Derecho Laboral, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 414 y BOLTD., "Lo sciopero a la serrata nel Diritto Tedesco", en *Sciopero e Serrata*, CECE, C. A. Luxemburgo, 1961, p. 122 quienes se manifiestan en favor de la exclusión; por su parte PERA, G. "Lo Sciopero e la Serrata" en *Nuovo Trattato di Diritto del lavoro*, dirigido por Riva-Sanseverino y Mazzoni, Cedam, Padova, T. I., p. 598-9 y ARANGUREN, A., "Lo Sciopero: suo contenuto e suo esercizio", *Lo Sciopero*, Franco Angeli Editore, Milán, 1974, p. 33-4 quienes consideran que no puede negarse el derecho de huelga a los aprendices. En nuestro medio, en resolución dictada por el Juzgado Primero de Trabajo de San José a las 8 horas del 10 de enero de 1978, se sostuvo indirectamente esta tesis, las partes que son oídas sobre el padrón y, luego, bajo la vigilancia de Inspectores de Trabajo y con fiscalización de las partes se celebra la votación en uno o más centros de votación; jurisprudencia reiterada (al respecto véase la resolución N° 1587 de las 10 horas del 12 de mayo de 1977) por el Tribunal Superior de Trabajo de San José, ha señalado que las abstenciones deben computarse como votos negativos, pues merecen respeto las opiniones de los trabajadores que no concurren a la votación porque en materia de conflictos no vale la tesis de que solo se computa los votos emitidos principio que sólo rige en votaciones de tipo político electoral sino que debe tenerse presente el total de trabajadores que resultan afectados por el movimiento conflictivo.

ritario" resulta el más conveniente por ser el más objetivo; es más, dentro de buena parte de la doctrina que aporta otros criterios como el de la "mayor representatividad", su principal argumento está en la dificultad de establecer con certeza el número real de adherentes a un sindicato. La ley francesa que acoge tal criterio al considerar como elementos determinantes del mismo —entre otros—, el monto de las cotizaciones y la audiencia del sindicato, no hace más que refinar o precisar en la práctica el número de adherentes; sea que es posible afirmar que cuando es dable hacer la determinación del número de personas que respaldan a la organización ésta está siempre el mejor sistema. En Costa Rica, especialmente en lo que se refiere al nombramiento de candidatos designados por las organizaciones sindicales de patronos y trabajadores para desempeñar cargos públicos, es importante establecer limitaciones a la discrecionalidad tan amplia que actualmente tiene el Poder Ejecutivo introduciendo en las diversas leyes existentes y aquellas que se produzcan en el futuro, la noción de selección en base a la "representatividad" de las organizaciones fijando criterios objetivos para determinar ésta. En el campo de la designación de representantes y delegados técnicos no gubernamentales en las delegaciones que se acreditan ante la Organización Internacional del Trabajo, precisar que el criterio con que apreciaría el Estado la representatividad sería el numérico y, en lo que respecta al campo de las negociaciones colectivas, el establecimiento de un mecanismo que permita fijar en forma rápida y con garantías para todos los interesados, la verdadera fuerza de quienes pretendan la titularidad y administración de las convenciones.

Creemos por ello que en Costa Rica podría establecerse la "representatividad" de las organizaciones sindicales siguiendo el criterio mayoritario pero con dos modalidades diversas: a) para efectos de la integración de las delegaciones ante la OIT y para el nombramiento de representantes profesionales ante los organismos públicos, el Poder Ejecutivo una vez al año o con una mayor frecuencia si se estima conveniente, haría la determinación entre las confederaciones, federaciones u organizaciones que tengan el mayor número de adherentes; para ello servirán de base las informaciones suministradas por los patronos y sindicatos sobre el número de empleados y afiliados respectivamente. Tal información se podría reforzar estableciendo también como obligación de los

patronos enterar a la Oficina de Sindicatos del Ministerio de Trabajo cual es el número de trabajadores cotizantes para cada sindicato. b) Para efectos de las convenciones colectivas estructurar un sistema similar a los que tienen los Estados Unidos y el Canadá y que tomando en consideración las características de nuestro ordenamiento y de la situación socio-política, permita determinar en forma rápida y previo a la celebración de una convención, cuál es el sindicato representativo, a fin de otorgarle la titularidad y administración de la convención por un período determinado.

OBRAS Y ARTICULOS CITADOS:

ADAM, Gérard

La représentativité syndicales dans l'entreprise
Droit Social, Paris, Febrero, 1972.

BLANC-JOUVAN, Xavier

Les rapports collectifs du travail aux Etats-Unis
Daloz, Paris, 1957.

BOLTD, Ger Hart

Lo sciopero e la serrata nel Diritto Tedesco
C.E.C.A. Luxemburgo, 1961.

BRANCA, Giorgio

L'associazione sindacale
Giuffré, Milán, 1960.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL

1) *La Liberté Syndicale*
Ginebra, 1959.

2) *Les négociations collectives*
Ginebra, 4ta. edición, 1966.

CABRERA BAZAN, José

La titularidad y el ejercicio del interés colectivo en las relaciones colectivas de trabajo.
Instituto Gracia Oviedo, U. de Sevilla, 1967.

CASSI, Vincenzo

La rappresentanza unitaria dei sindacati registrati
Revista di Diritto del Lavoro, Milán, 1950.

CUELLAR, Oscar y QUEVEDO, Santiago
Algunos antecedentes sobre la organización sindical en Costa Rica.
Primer documento de avance, San José, mayo 1974.

D'HARMANT FRANCOIS, Antonio
L'ordinamento sindacale negli Stati Uniti
Cedam, Padua, 1968.

DE LA CUEVA, Mario
El derecho de las relaciones colectivas en la nueva legislación del trabajo en México
en Derecho Colectivo Laboral, Depalma, Buenos Aires, 1973

DESPAX, Michael
Conventions Collectives
en *Traité de Droit Du travail* publicado bajo la dirección de G.H. Camerlynck
Daloz, Paris, 1966, T. VIII

DESPLATS M. J.
La notion d'organisation syndicales les plus représentatives
Droit Social, Paris, 1945, N° 7.

DI MARCANTONIO, A.
1) *Appunti di diritto del lavoro*
Giuffré, Milán, 1958.
2) *La categoria profesional e alcuni recenti tendenza della dotteina*
Revista di diritto internazionale e comparato del lavoro, Padua, 1962.

DURAND, Paul y VITU, Andre
Traite du droit du travail
Daloz, Paris, 1956. T. III.

FLAMMIA, Rosario
Contributo all'analisi dei sindacati di fallo,
I.—Autotutela degli interesidi lavoro
Giuffré, Milán, 1963.

GASPARI, Pietro
Apunti sulla rappresentanza unitaria dei sindacati
II Diritto del lavoro, 1950, I.

GIANNINI, Massino Severo
Diritto Amministrativo
Giuffré, Milán 1970.

GIUGNI, Gino
Mansioni, qualifliche, categorie nel contratto di lavoro
Revista Diritto di Lavoro, Milán, 1962.

GRANDI, Mario

Representanza e rappresentatività sindacale

en Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro dirigido por L. Riva Sanseverino y G. Mazzoni
Cedam, Padua, 1971

HUECK, Alfred y NIPPERDEY H.C.

Compendio de Derecho Laboral

Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963

KROTOSCHIN, Ernesto

Instituciones de Derecho del Trabajo

Depalma, Buenos Aires, 1968

LEVI-SANDRI, Lionello

Sul Concetto de sindacato maggiormente rappresentativo

Revista di Diritto di Lavoro, Milán, 1959. I

MANCINI, Guiseppe Federico

1) *Statuto dei diritto dei lavoratori*

Zanichelli, Bologna, 1972

2) *La rappresentanza sindacale nel diritto statunitense e l'articolo 39 della Costituzione italiana*

Rivista di diritto del Lavoro, Milán, 1950

3) *Libertá Sindical e contratto collettivo erga omnes*

Rivista trimestral di diritto e procedura civile,
Milán, 1963

MAZZARELLI, Bruno

La rappresentatività delle associazioni sindacali

Rivista Giuridica del Lavoro, Roma, 1957, I

PERA, Giuseppe

1) *Lo sciopero e la serrata*

en Nuovo trattato di Diritto del Lavoro dirigido por
L. Riva-Sanseverino y G. Mazzoni
Cedam, Padua, 1971, T.I.

2) *Lezioni di Diritto del Lavoro*

2da. ed., II foro italiano, Roma, 1974

PLA RODRIGUEZ, Américo

Los sindicatos más representativos en el Derecho Laboral Uruguayo

en Derecho Colectivo Laboral, Depalma; Buenos Aires, 1973

RICHARD, R.

In tema de individuazione delle associazioni sindacali "piu rappresentative"

Rivista di Diritto del Lavoro, Milán, 1957, II

RIVA SANSEVERINO, Luisa

Elementi di Diritto Sindicale del lavoro

Cedam, Padua, 3er. edición, 1974.

RODRIGUEZ PIÑEDO, Miguel

1) *La Unidad de negociación del Convenio Colectivo de Trabajo*
Revista de Política Social, Madrid, 1969, N° 84

2) *Eficacia general del convenio colectivo*
Instituto Gracia Oviedo, U., de Sevilla, 1960.

SANTORO PASSERELLI, Francesco

Nozioni di diritto del lavoro

27 ed. Jovene, Napoles, 1975

SCELLE, Georges

1) *La notion d'organisation syndicale la plus representative*
Revue française du travail, Paris, junio-julio, 1974

2) *L' OIT et le BIT*
Paris, 1932.

SCOGNAMILIO, Renato

I diritti e la funzioni dei sindacati e dei rappresentativo sindacali nell impresa
Revista Giuridica del Lavoro, Roma, Novembre-Diciembre 1974

SIMI, Valente

1) *Partecipazione del sindacato a funzioni pubbliche*
en Nuovo Trattato di diritto del lavoro dirigido
por L. Riva Sanseverino y G. Mazzoni
Cedam, Padua, 1971, T. I.

2) *Formazioni social e categoria professionale*
Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,
Milán, junio 1965

SUPPIEJ,

Fonti per lo studio del Diritto sindacale
2da. Cedam, Padua, 1960.

SPYROPULOS, George

La liberté syndicale

Librerie Generale de Droit et jurisprudence, Paris, 1956

VERDIER, J.M.

Syndacats

en *Traité du droit du travail* publicado bajo la dirección de G.H. Camerly nck
Dalloz, Paris, 1966, T.V.

ZANGARI, Guido

Sindacati maggiormente rappresentative sistema costituzionale

Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, Enero Febrero 1976.