

**XXI° CONGRESO MUNDIAL: CIUDAD DEL CABO
(SUDÁFRICA), 15–18 DE SEPTIEMBRE DE 2015**

Informe Nacional Argentino para el Tema III

*Igualdad y Ciudadanía en el
Trabajo como bases
conceptuales para el
Derecho del Trabajo*

Informe elaborado por la Delegación Argentina de la Sección Jóvenes Juristas de la
Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

INDICE:

Primera Parte: **Implicancias dogmáticas de la Noción de Igualdad y Ciudadanía en el Trabajo**

1. Nociones de fundamento y estructura del informe.....p. 3.

Segunda Parte: **La noción jurídica de igualdad y de ciudadanía en el trabajo como interferencia o límite práctico al poder de dirección empresario**

1. Introducción y nociones fundamentales.....p. 6.
 - a. Las características del poder de dirección empresario y el paradigmático caso de la histórica ineficacia de la prescripción constitucional de participación en las ganancias.....p. 7.
2. La idea del ejercicio de los derechos fundamentales en el trabajo y de su tutela efectiva. Problemáticas implicadas frente a la estructura jerárquica de la Relación de Trabajo o Contrato de Trabajo
 - a. La problemática en la etapa “pre-contractual”. Dificultades procesales.....p. 9.
 - b. El uso de Internet en el trabajo vs. Poder de organización y dirección empresario.....p. 12.
 - c. Cuando el ejercicio de derechos fundamentales implica el incumplimiento obligaciones contractuales.....p. 14.
 - d. La importancia del concepto “discriminación” y su relación con la tutela de derechos fundamentales en la Jurisprudencia.....p. 16.

Tercera Parte: **La noción jurídica de igualdad y de ciudadanía en el trabajo como principio que reclama espacios de participación, ámbitos para el ejercicio y desarrollo de la acción autónoma creadora y productora de efectos jurídicos y según propio interés e iniciativa**

1. Introducción: El derecho de participación de los trabajadores como derecho fundamental. La experiencia nacional durante nuestro período neoliberal y el debate en doctrina.....p. 18.
2. La cuestión en el plano individual. La “disponibilidad individual”. La cuestión de la validez de los actos de autonomía privada frente al principio legal de irrenunciabilidad. Doctrina y Jurisprudencia.....p. 22.
3. La cuestión en el plano colectivo. El alcance y los límites legales a la acción sindical mediante el ejercicio de la autonomía colectiva.
 - a. Implicancias en materia de libertad de asociación.....p. 23.
 - b. Implicancias en relación al contenido y de las reglas legales para el desarrollo de los procesos de negociación colectiva. El instrumento de la “disponibilidad colectiva”.....p. 25.
 - c. Implicancias respecto al contenido y las formas en el ejercicio de medidas de acción directa.....p. 27.
 - d. La exigibilidad del derecho de información y su relación con la acción gremial en la negociación colectiva en particular.....p. 29.
 - e. Participación de las asociaciones gremiales en instituciones de Diálogo Social y en el servicio de Inspección Laboral.....p. 31.

I
Primera Parte:

***Implicancias dogmáticas de la Noción de Igualdad y
Ciudadanía en el Trabajo***

1. Nociones de fundamento y estructura del informe.

En la realización de este informe partimos de una conceptualización de “Ciudadanía” que la define como aquel estatus jurídico y político que ostenta todo miembro “pleno” en una determinada comunidad y que refiere a una situación de máxima titularidad jurídica en materia de Derechos Humanos Fundamentales (DD.FF), de todos ellos y según sus distintas y usuales categorizaciones (civiles, políticos, sociales, económicos y culturales). Titularidad cuyo ejercicio y máximo goce se promueve y se exige dentro una comunidad que además se reconoce como antropocéntrica y democrática.

Por su parte y atendiendo a la inserción de la noción en el específico ámbito jurídico laboral, entendemos que la idea de “Ciudadanía en el Trabajo” consiste en la proposición que reza que todo trabajador debe ser considerado ciudadano de la empresa en la que presta servicios. De este modo desvinculamos su conceptualización con la idea de pertenencia a un determinado Estado o Nación y evitamos así los problemas que puede generar la situación del trabajador que no es ciudadano “pleno” del país donde trabaja y que a raíz de dicha circunstancia no resultaría entonces titular de los derechos de participación política en particular (vgr. el migrante extranjero, el extranjero indocumentado o en situación de irregularidad documental, el menor de edad, el privado de su libertad, etc.).

Inmediatamente después y ya en dentro del ámbito de nuestra disciplina, situamos la noción de “Ciudadanía en el Trabajo” junto con la de “Igualdad” en la problemática jurídica específica de toda relación contractual de trabajo asalariado: El régimen de derechos y obligaciones vigente entre las partes del contrato. Un régimen que por cierto resulta abarcativo tanto de: a) las específicas “condiciones de trabajo”, esto es, el conjunto de las obligaciones relativas a las circunstancias y modalidades concretas de la prestación ofrecida (de tareas, de tiempo, de lugar, etc.) como la remuneración debida (frecuencia, formas exigidas, modo de efectivización, etc.), cuestión de contenido obligacional al que debe agregársele el interrogante en torno los mecanismos válidos para su establecimiento (problemática de las “fuentes”) y posterior y eventual modificación ulterior; como también, más ampliamente y en general de: b) todo aquél comportamiento que resulte exigible entre las partes y ya sea a causa del propio contrato y de sus características diferenciales y definitorias (la actuación de buena fê, fiel, leal, de aseguramiento de los intereses recíprocos, de colaboración, etc.) como de los

derivados del respeto que merece la dignidad ínsita de los seres humanos involucrados en el vínculo, de sus Derechos Humanos Fundamentales.

Entendemos que todo lo relativo a la cuestión derechos y obligaciones entre los sujetos, en el sentido que se describió en el párrafo precedente, ha sido tradicionalmente comprendido en nuestro país a partir de la idea del contrato y de la imperatividad de la ley. Efectivamente, la relación de trabajo asalariado o por cuenta ajena se comprende aquí como un contrato. Pero uno donde la iniciativa privada individual se encuentra severamente limitada en su potestad creadora de efectos jurídicos a causa del contenido imperativo dispuesto por la norma heterónoma de fuente Estatal (ley en sentido material), por el resultado del ejercicio de la autonomía colectiva (el convenio colectivo de trabajo) y por los propios usos y costumbres. Y es del juego de este sistema de poderes y de limitaciones, de pesos y contrapesos, que surge el régimen obligacional vigente en un vínculo determinado. En definitiva, según este modo de comprensión descrito, el contrato de trabajo individual es como cualquier otro contrato de derecho privado más con la particularidad de estar fuerte o intensamente intervenido a favor del trabajador y a causa de presuponerlo débil negocial o hiposuficiente y relevando también las especiales características del objeto jurídico del vínculo, que es la actividad productiva del trabajador, un bien infungible que comprende de manera inescindible su propia humanidad y proyecto de vida, el propio como el de su familia.

Entendemos que la noción de “Igualdad y Ciudadanía en el Trabajo” pretende en cambio garantizar la justicia de las condiciones de trabajo existentes y del régimen de derechos y obligaciones recíprocas y exigibles entre las partes a partir de comprender a la empresa como una especie de entidad comunitaria y a los trabajadores como ciudadanos de la misma. Y es a partir de allí que la noción resulta en una propuesta alternativa o quizás superadora de la problemática más arriba descrita, en tanto se asume crítica de la inserción plena del contrato de trabajo asalariado dentro de las estrictas reglas del derecho privado. En efecto, la idea del trabajador ciudadano en la empresa creemos pretende significar tanto como la intrusión o implantación del mayor estatuto jurídico y político existente en los sistemas antropocéntricos y democráticos del capitalismo moderno para operar jurídicamente en las entrañas de un vínculo de naturaleza privada consistente en un intercambio de trabajo por salario.

Esta idea de la “Ciudadanía en el Trabajo” expresa entonces la incorporación de la titularidad y la exigencia de efectiva vigencia de todos los derechos que dicho estatus importa (DD.FF.) al estrecho marco obligacional del contrato de trabajo de derecho privado, a su específico régimen de derechos y deberes exigibles entre las partes. Y esto que ocurre sumado al relevamiento de que el contrato de trabajo es un vínculo de naturaleza “jerárquica”, donde uno manda (el empleador) y el otro obedece (el trabajador), nos lleva a concluir en que la noción elaborada de ciudadanía impacta y gravita directamente sobre el poder de dirección empresarial, estableciéndole límites. Pero la noción de ciudadanía va incluso más allá en cuanto entendemos que resulta también en postura crítica de la existencia de una normativa laboral puramente heterónoma y obligatoria para las partes, que resulte a su vez globalizante, superabundante, ineficaz, paralizante y absolutamente desconocedora de la existencia de la iniciativa privada y/o colectiva. Se considera que tal estado de cosas desincentiva la realización de la finalidad productiva en la empresa, la realización del bien común, que puede en algún punto frustrar las legítimas expectativas individuales de los sujetos y, en definitiva, se piensa redundante en perjuicio de los propios individuos que mediante ellas se pretende favorecer tanto como de la colectividad en su conjunto.

Y es por esto último que la noción de ciudadanía promueve y exige también el diseño y puesta en práctica de mecanismos e instrumentos generadores de derechos y

obligaciones entre las partes que resulten a su turno congruentes con dicha condición estatutaria y especialmente considerando la existencia de intereses individuales merecedores de respeto, protección y tutela diferencial en el seno mismo del colectivo de trabajadores. En efecto, el estatus de ciudadano también comprende un reconocimiento de la singularidad de cada sujeto y de sus intereses específicos. En este entendimiento el estatus de ciudadano implica que éste sea hacedor de su propio destino tanto como responsable por las consecuencias que se deriven de una actuación deliberada y consciente. Y es por todo ello que la noción de “Ciudadanía en el trabajo” valida la existencia de mecanismos de participación para que por propia iniciativa privada (individual y/o colectiva) los sujetos puedan actuar y procurar producir efectos jurídicos mediante una actuación autónoma y responsable.

En síntesis, entendemos que la noción de igualdad y ciudadanía tiene dos funcionalidades principales: a) por un lado tiene connotaciones trascendentes en relación al ejercicio práctico del poder de dirección empresario y reclama allí la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, lo que entendemos representa un límite, y a la vez que promueve mecanismos de participación de los trabajadores en por lo menos algún aspecto de la gestión empresarial o en la determinación de su propia situación obligacional (ya sea en su faz individual o colectiva). Ambas cuestiones nos resultan bien diferenciables y es por eso que estructuramos este informe considerando dos perspectivas:

Perspectiva 1: En un sentido “pasivo”, la noción de ciudadanía como interferencia o límite práctico al poder de dirección empresario a partir de promover y garantizar el efectivo respeto de los derechos fundamentales en la empresa, los del trabajador asalariado y los del sujeto sindical.

Perspectiva 2: En un sentido “activo”, la noción de ciudadanía como proposición tendiente a la creación de espacios de participación, ámbitos para el ejercicio y desarrollo de la acción autónoma creadora y productora de efectos jurídicos y según propio interés e iniciativa. Ya sea mediante el ejercicio de la iniciativa privada (unilateral o consensuada) o mediante el ejercicio de la “autonomía colectiva” de la que son titulares los gremios. Esta perspectiva se sitúa en un plano de tipo organizativo o estructural, de participación en el gobierno mismo de la dirección de la aptitud productiva del trabajador en la empresa, su existencia afecta el ejercicio allí de la propiedad privada por parte del sujeto empleador a la vez que la concibe como un ente comunitario.

II *Segunda Parte*

La noción jurídica de igualdad y de ciudadanía en el trabajo como interferencia o límite práctico al poder de dirección empresario

1. Introducción y nociones fundamentales

En las relaciones de trabajo asalariado el poder¹ de dirección y organización empresario pesa sobre el empleador y de un modo exclusivo y excluyente². Por su parte, es la propia Ley de Contrato de Trabajo (LCT), que es ley general en la materia, la que también prescribe que el empleador debe ejercitar tal atribución en procura siempre de la realización de la finalidad económica de la empresa, respetando los derechos personales y patrimoniales del trabajador y excluyendo toda forma de abuso. Es decir, podríamos afirmar que todo contrato de trabajo asalariado (por cuenta ajena y productivo) está mediatizado por la institución jurídica “empresa”, que la ley conceptualiza como organización instrumental de medios materiales y personales con un propósito diferenciado de aquél que pudiera movilizar a su empleador (vgr. el lucro), y no la comprendemos entonces como un paradigma o espacio hermético situado bajo la égida del derecho de propiedad privada del sujeto empleador. En otras palabras, el empleador no puede hacer lo que quiere y el trabajador goza de todos los Derechos Fundamentales consecuencia del reconocimiento de su dignidad intrínseca.

Cabe también tener muy presente que la reforma constitucional del año 1994 importó la consagración con jerarquía constitucional de las más trascendentes Declaraciones y Pactos sobre Derechos Humanos y pertenecientes tanto a los sistemas “universal” (Organización de las Naciones Unidas –ONU-) como del “regional” (Organización de los Estados Americanos – OEA-)³. Dicha reforma prescribió también

¹ Expresión que se entiende alude a un ejercicio funcional y excluye su comprensión como simple derecho subjetivo

² Cfr. art. 5 LCT. Relevamos que la posición no es unánime y que existe un sector en nuestra doctrina que a partir de lo que prescriben instrumentos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional y del texto de nuestra propia Constitución Nacional sostiene acerca de la existencia de un derecho de participación “no subordinado” de los trabajadores en la gestión empresaria que relativizaría así el contenido de la disposición legal citada.

³ Se trata de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”; la “Declaración Universal de Derechos Humanos”; la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”; el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”; el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y su “Protocolo Facultativo”; la “Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”; la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de

en torno a la jerarquía “supra-legal” de todos los tratados internacionales, ámbito donde cabe integrar a los Convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y aprobados por nuestro país. Se conformó así y entonces el denominado “bloque de constitucionalidad”, de alto impacto jurisprudencial en materia laboral.

Esta muy significativa reforma constitucional ocurrió por cierto en un contexto jurídico muy propicio para la efectiva realización de las prescripciones normativas contenidas en los referidos instrumentos internacionales y a partir de: a) la adscripción de nuestro máximo tribunal de Justicia (la Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN-) a los postulados de la teoría “monista”, la que básicamente sostiene que no existe un derecho internacional distinto del derecho interno sino una derivación de uno respecto del otro, donde entonces una vez ratificada una norma internacional ésta se incorpora automáticamente y sin necesidad de una ley reglamentaria a nuestro sistema normativo vigente; b) la determinación de que cada uno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que se incorpora a nuestro derecho interno lo hace “en las condiciones de su vigencia”, expresión de la Constitución Nacional y que según nuestra CSJN significa tal como éste “...efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”⁴; c) la idea de que los derechos establecidos por la Constitución Nacional poseen fuerza obligatoria y son exigibles por los particulares⁵, y que esta exigibilidad no es válida sólo frente a los poderes constituidos sino también frente a particulares, es decir, tienen eficacia tanto “vertical” como “horizontal”⁶; d) la existencia de un control de “constitucionalidad” (comprehensivo también de un control de “convencionalidad”) de tipo “difuso”, es decir, no concentrado en órgano judicial alguno; y e) la constatación de un decidido, novedoso y creciente en intensidad “activismo” por parte de los titulares de la Magistratura Judicial en materia de DD.HH, que va en correlativo desmedro del poder reglamentario⁷ ejecutado en misma materia por el órgano Legislativo constitucionalmente habilitado.

Este profuso instrumental normativo e interpretativo en materia de DD.HH ha provocado la tendencia de que el derecho de “fondo” en material laboral se comprenda como una mera concretización del Derecho Constitucional. De esta misma manera nuestra CSJN ha ordenado la exposición de los argumentos brindados en sus sentencias más relevantes para nuestra disciplina, es decir, primero la mención a las normas internacionales comprometidas con más su interpretación “auténtica” para luego y desde allí juzgar la validez de las normas inferiores (infraconstitucionales) en su aplicación al caso concreto.

- a. Las características del poder de dirección empresarial y el paradigmático caso de la histórica ineficacia de la prescripción constitucional de participación en las ganancias

Como señalamos en el punto anterior, el poder de organización y dirección en la empresa, el poder de dirigir la prestación personal comprometida, como también el de castigar los eventuales incumplimientos, pesan de un modo absoluto, exclusivo y

Discriminación Racial”; la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”; la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes”; la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

⁴ CSJN, Fallos 318:514.

⁵ CSJN, Fallos 239:495. Pronunciamiento del año 1957.

⁶ CSJN, Fallos 241:295. Pronunciamiento del año 1958.

⁷ Cfr. art. 14 CN.

excluyente en cabeza del sujeto empleador. Nuestro contrato de trabajo, según estricta prescripción legal⁸, reproduce así la idea de un vínculo de naturaleza estrictamente jerárquica, donde uno manda y el otro obedece, y donde el objeto del contrato es la prestación libremente ofrecida por el trabajador, la que se brinda a fin de ser utilizada, empleada o dirigida por la contraparte y para la realización de aquél que sea el fin productivo en la empresa⁹. Y todo esto se comprende así y sin más, a partir de la simple lectura de la LCT y de sus prescripciones fundamentales.

Bajo semejante esquema, el trabajador no participa con su voluntad en ningún aspecto de la gestión de la empresa. Efectivamente, la figura que adopta y sostiene nuestro régimen reproduce y legitima la noción de un trabajo prestado “por cuenta ajena”, que claramente implica que todo trabajador asalariado no hace nada distinto que poner su fuerza o aptitud productiva a disposición de otro sujeto para que éste la dirija según una finalidad o propósito productivo y a cambio del pago de una remuneración. Esta relación jerárquica y de intercambio justifica y legitima así el deber del empleador de velar por la integridad psicofísica de todos y cada uno de sus empleados, del reconocimiento de una especie de garantía que les asiste y que se denomina “principio de indemnidad”, y una relación que permite también deducir que el denominado “riesgo empresario” pesa siempre y absolutamente en cabeza del empleador.¹⁰

Esta caracterización jerárquica del contrato de trabajo es estructural, férrea, categórica y no admite variantes de fundamento ni flexibilidad alguna. Sí, por cierto, limitaciones en su ejercicio, tal es precisamente la función principal que se le atribuye en general a la legislación laboral.

La doctrina generalizada admite esta distribución de poderes y funciones señalada al contrato. Es decir, que la libre decisión de dar inicio a un vínculo de tal naturaleza implica a su vez la aceptación voluntaria de esta especial estructuración obligacional, la que por su parte está también prescripta por ley. No obstante ello, este diseño pareciera contar con raíces más profundas que la LCT. En efecto, la estructura se impone y repele cualquier intento de participación en la gestión empresarial y una muestra de ello entendemos es lo que sucede y ha sucedido históricamente con la discusión suscitada en torno al derecho constitucional de participación en las ganancias de las empresas, con control en la producción y colaboración en la dirección¹¹. Una disposición incorporada a nuestra Constitución Nacional en el año 1957, tradicionalmente inoperante, por lo menos a un nivel general¹², considerada por la mayoría doctrinaria como meramente

⁸ Cfr. art. 5 LCT.

⁹ Cfr. arts. 4, 21, 22 y 65 LCT.

¹⁰ Probablemente sea la rigidez de esta estructura, tan arraigada en nuestra cultura jurídica, la que hizo que normas sancionadas y vigentes en nuestro sistema y que prescriben en torno a una reducción de la responsabilidad indemnizatoria del empleador por despido sin justa causa dispuesto por causas económicas y ajenas a su voluntad o accionar (nos referimos al art. 247 LCT) fracasasen rotundamente en su aplicación práctica, al punto de considerar la doctrina que existe aquí una derogación “de facto” del dispositivo. La jurisprudencia generalmente ha considerado que su aplicación al caso importaba tanto como hacer pesar sobre el trabajador las consecuencias desfavorables propias del riesgo económico del giro empresario, cuestión que como señalamos, pesa sólo y exclusivamente sobre el sujeto empleador.

¹¹ Cfr. art. 14 bis LCT.

¹² Existe sí alguna experiencia reglamentaria del derecho alcanzada mediante la negociación colectiva.

“programática”¹³ y postergada en su aplicación y exigibilidad¹⁴. Toda esta situación nos permite pensar que la idea de la mera “colaboración en la dirección”, para un significativo sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional, significaría o importaría tanto como una injerencia ilegítima de los trabajadores en cuestiones que son ajenas a sus intereses. En conclusión, entendemos que esta cláusula constitucional lleva ínsito el reconocimiento de un cierto poder de participación de los trabajadores en la gestión empresarial. Una participación que no es cogestión según se deduce del significado que tiene el vocablo “colaboración” que se utiliza. Participación que por cierto no contradice ninguna regla legal y que de hecho otras disposiciones estimulan¹⁵, como también lo hace la doctrina generalizada y la jurisprudencia más destacada de nuestro máximo Tribunal de Justicia de los últimos años, pero que indudablemente va en contra de una cultura fuertemente arraigada en nuestro ámbito y que destina al trabajador a ser sólo un factor de la producción.

2. La idea del ejercicio de los derechos fundamentales en el trabajo y de su tutela efectiva. Problemáticas implicadas frente a la estructura jerárquica de la Relación de Trabajo o Contrato de Trabajo

a. La problemática en la etapa “pre-contractual”. Dificultades procesales.

El derecho “al trabajo” o “a trabajar” es básicamente el derecho de toda persona a acceder a un trabajo remunerado de su elección y también comprende el de conservarlo¹⁶. Es un derecho humano fundamental reconocido a texto expreso por diversas normas del derecho internacional pertenecientes a nuestro denominado “Bloque de Constitucionalidad”¹⁷. Esta prescripción se afirma, en general, en el

¹³ Resulta claro que la idea de que existan derechos meramente “programáticos” es inviable y falsa de cara a la idea de un vigente Estado Constitucional de Derecho y Antropocéntrico. En el contexto actual todos los derechos de la Constitución son directamente operativos sin necesidad de que existan para ello normas reglamentarias. El instituto de la “Inconstitucionalidad por Omisión” que podría quizás configurarse aquí y achacarse en responsabilidad al Poder Legislativo por ausencia de norma reglamentaria no puede de ninguna manera hacer concluir válidamente en la ineficacia práctica y total de un derecho reconocido a texto expreso en la Constitución Nacional. En este sentido se pronuncia también ARESE, César, en *Hacia la operatividad por vía judicial de la participación en las ganancias (art. 14 bis, CN)*, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2014-2, pp. 59-76. Respecto a la declaración de la “Inconstitucionalidad por Omisión” destacamos una sentencia dictada por una Juez de Primera Instancia que le reconoció al actor la capacidad para peticionar sobre la materia y que exhortaba al Poder Legislativo a que cumpla con la obligación de dictar una ley, sin crear una norma para el caso concreto que resuelva la controversia. Se trata del caso, “Morales, Elizabeth del Rosario vs. Minera Argentina Gold S.A. s. Ordinario”, la sentencia corresponde al Quinto Juzgado del Trabajo, San Juan. El pronunciamiento fue luego revocado por el Tribunal de instancia Superior.

¹⁴ Aunque no han faltado numerosos proyectos de ley que lo han pretendido reglamentar.

¹⁵ Cfr. art. 4 LCT; Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (1944), punto III, apartado d.

¹⁶ *El derecho al trabajo es considerado indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos y reviste una doble dimensión: individual y colectiva, en tanto debe permitir que el individuo asegure su supervivencia y la de su familia, a la vez que brega en torno a la existencia de una efectiva una organización colectiva que defienda este derecho y sus corolarios...Al ser reconocido para toda persona, el derecho al trabajo implica la no discriminación respecto a las mujeres, las personas inmigrantes, las personas desplazadas, las personas refugiadas, las enfermas, las personas con minusvalías.* ÖZDEN, Melik, *El Derecho al Trabajo*, p. 9. Publicación disponible en <http://www.cetim.ch/es/documents/bro10-travail-A4-es.pdf>.

¹⁷ Cfr. art. 75 inc. 22 CN. Destacamos, en general, que nuestra Constitución Nacional, tras su reforma en el año 1994, contiene distintas normas que procuran hacer efectiva la igualdad de oportunidades,

articulado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)¹⁸ y en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (PIDESC)¹⁹. En particular, la cuestión está tratada también en otros instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como de la OIT, de jerarquía constitucional y supralegal respectivamente, que refieren a la temática desde la perspectiva de la prohibición de efectuar discriminaciones²⁰. Por último y en este plano, relevamos disposiciones normativas de la OIT, no vinculantes, y que abordan la cuestión desde la promoción.²¹

La efectiva vigencia del derecho fundamental “al trabajo” en el acceso al empleo es particularmente problemática en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado, dado que el empleador, quien es el titular exclusivo y excluyente del poder de organizar la empresa, es también titular del derecho fundamental de contratar²². Se constata así un conflicto potencial entre derechos fundamentales de igual jerarquía, el de contratar para el empleador y el de acceder a un empleo, por el trabajador.

Nuestro sistema normativo y mediante disposiciones de distinta naturaleza y jerarquía ha abordado la cuestión de dos modos: a) mediante la imposición de prohibiciones generales o específicas dirigidas al empleador, o b) a través de la adopción de instrumentos de fomento de la contratación de minorías desfavorecidas²³. Todo esto y puntualmente procurando evitar, por ejemplo, la exclusión de personas que a pesar de tener problemas de salud podrían desempeñar sin problemas las tareas que en particular se ofrecen; o censurando la imposición límites de edad que resultan irrazonables según el puesto laboral; o que se excluya a minorías desventajadas en general o respecto de determinados ámbitos de trabajo.

En punto al material normativo disponible relevamos la existencia de leyes de prohibición genérica y otras destinadas a un universo más específico y que contienen medidas concretas. Entre las primeras se encuentra la LCT, que exige el comportamiento de las partes de buena fé también al momento de celebrar el contrato²⁴ y destacamos también que parte de la doctrina considera que su artículo destinado a la prohibición de efectuar discriminaciones (art. 17) extiende su obligatoriedad al período de la contratación. Por su parte la ley n° 23.592 (1988) Sobre actos discriminatorios, es una ley general no específicamente laboral, de una importancia descollante en nuestro ámbito y muy utilizada por la jurisprudencia (civil y laboral)²⁵. También ha sido esta ley exhaustivamente relevada y analizada por la doctrina fundamentalmente en sus aspectos prácticos, ocupando allí un lugar destacadísimo entre los temas abordados en los últimos años en nuestra disciplina. Por su parte y dentro de las leyes especiales o específicas están las tendientes a equiparar las oportunidades de ciertos grupos

elemento fundamental a la hora de acceder a un puesto de trabajo (Citamos en particular los artículos 16, 37, 43, 75 inc. 19 y 23).

¹⁸ Cfr. art. 23.

¹⁹ Cfr. art. 6.

²⁰ Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación racial (1968) Cfr. art. 5 inc. e.i.; Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1985) Cfr. art. 11 inc. a, b y c.; Convenio OIT n° 111 (1958) Convenio sobre la discriminación (en el empleo y la ocupación), ratificado por nuestro país, Cfr. art. 1.3. ; y su Recomendación

²¹ La Recomendación de la OIT n° 162 (1980) Sobre los trabajadores de edad y la Recomendación de la OIT n° 169 (1984) Sobre políticas de empleo (disposiciones complementarias).

²² Cfr. art. 14 CN.

²³ En ambos casos la puesta en práctica de los dispositivos normativos implican una intervención positiva en el mercado de trabajo, una limitación sensible al ejercicio de la potestad de organizar y dirigir la empresa de la que es titular el sujeto empleador, y que encuentra justificación razonable en la realización y efectiva vigencia del derecho fundamental al trabajo de la que resultan titulares todas las personas.

²⁴ Cfr. 63 LCT.

²⁵ Pretenderá darse cuenta de ello en el punto c) de esta segunda parte del informe.

vulnerables en esta etapa precontractual. Se trata de: la ley n° 22.431 (1981) sobre sistemas de protección integral de los discapacitados; la ley n° 23.753 (1989) sobre protección de las personas que padecen diabetes; la ley n° 24.308 (1994) sobre concesiones otorgadas a personas discapacitadas; la ley n° 25.404 (2001) Sobre protección para las personas que padecen epilepsia; la ley n° 25.871 (2004) sobre discriminación a trabajadores inmigrantes; la ley n° 26.485 (2008) sobre protección integral de las mujeres; y la ley n° 26.816 (2013) creadora del Régimen Federal de Empleo Protegido Para Personas con Discapacidad.²⁶

También entendemos digna de mención aquí a la n° ley 24.515 (1995) que creó el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), donde el trabajador podría acudir en denuncia y esperar que el organismo especializado se expida mediante un dictamen que si bien no resultará definitivo ni obligatorio para las partes, significará un antecedente que será de peso en un eventual trámite judicial futuro.

En este último sentido, el de las acciones judiciales y de cara al desarrollo en dicho ámbito de controversias vinculadas a la eventual y probable violación de este derecho fundamental “al trabajo” mediante la realización de actos que se consideran “discriminatorios”, relevamos dificultades notorias y en varios aspectos. En este sentido y previo, entendemos cabría formular una distinción entre: a) el acto discriminatorio que surge con carácter previo a la contratación y que invalida una oferta de trabajo en general, donde se hallan involucradas una empresa o grupo de empresas determinadas y una generalidad indeterminada de sujetos afectados²⁷; y b) el que se suscita durante las tratativas previas y que vincula a sujetos determinados.²⁸ Una distinción que determina importantes consecuencias prácticas, particularmente a partir de relevar las dificultades procesales que existen para las acciones pertenecientes al primer grupo²⁹. Otra cuestión

²⁶ Resulta interesante destacar que las referidas leyes n° 25.404 y n° 23.753 establecen que en caso de controversia judicial o extrajudicial en la cual se invoque el carácter de epiléptico o diabético para negar, modificar y extinguir derechos subjetivos de cualquier naturaleza, será imprescindible el dictamen de los profesionales intervinientes como autoridad de aplicación dependiente del Ministerio de Salud. Asimismo destacamos que la ley n° 22.431 establece un cupo obligatorio de ocupación en el empleo de personas con discapacidad (cfr. art. 8).

²⁷ En este supuesto, donde la antijuridicidad del comportamiento discriminatorio invalida la oferta de trabajo, lo que se perseguirá con la acción judicial, la pretensión concreta, será el cese del acto discriminatorio, la privación de sus efectos jurídicos y la puesta en práctica de medidas concretas y eficaces para remediar y contrarrestar la violación operada sobre el derecho fundamental. Lo que se concretará mediante la interposición de una acción de amparo colectivo (Cfr. art. 43 CN). Queda excluida aquí, por las propias características del proceso y las exigencias probatorias para su procedencia, la posibilidad concreta de reclamar la reparación de los daños y perjuicios. Contra empresa particular: CNCiv., Sala “H”, 15/9/2000, “Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo”, LL 2001-B-798; CNAT, Sala IX, 31/03/2005, “Asociación de Pilotos de Líneas Aéreas c/Aerolíneas Argentinas S.A.. Contra un sector empresario: CSJN, 20/05/2014, “Sisnero, Mirtha Graciela c/Taldelva SRL y otros s/amparo”.

²⁸ CNCiv., Sala “H”, 9/4/2000, “Sendoya, Josefina O. c/Travel Group s.a.”, DT 2001-A 784; CNAT, Sala I, 30/10/2002, “D.,C.A. c/ Sowanne Fitness Wear S.R.L. s/ daños y perjuicios”.

²⁹ Este es un supuesto ciertamente novedoso y que implica cambios notorios en la manera tradicional de comprender la naturaleza y el modo de observar las reglas básicas en todo proceso judicial. Un modelo pensado para administrar sólo conflictos individuales. Ante la inexistencia de un procedimiento específico y propio para la tramitación de estas auténticas “acciones de clase”, que atiendan a la especificidad que ostentan, las reglas dogmáticas usuales resultan disfuncionales, y se advierten entonces alteraciones sustanciales en el modo de evaluación de la legitimación activa y pasiva de los sujetos partes en el proceso, como también en las características y los efectos que se les asigna a las sentencias que se dictan en este tipo de controversias. En este supuesto se percibe y se ha destacado una carencia normativa y donde entonces el juez integra el mandato constitucional con el dictado de la norma procesal y según lo puso de manifiesto nuestro Máximo Tribunal en CSJN, 24/2/2009 “Halabi, Ernesto s/amparo”, Fallos 332:111, La Ley 2009-B, p. 259.

es la dificultad probatoria que es propia y típica de todo acto de discriminación, según sus propias características.³⁰

b. El uso de Internet en el trabajo vs. Poder de organización y dirección empresario.

En los últimos años la utilización de Internet y especialmente los correos electrónicos (*e-mails*) ha adquirido una presencia superlativa en la esfera laboral, considerándose ya como herramientas de trabajo o “medios instrumentales”³¹. En efecto, hoy más que nunca es habitual que una empresa y con el propósito de lograr mayor eficiencia y competitividad tenga una página *web* y una casilla de correo propia y otra para cada dependiente, las que llevarán el nombre de la empresa para la cual el trabajador se desempeña.

El vertiginoso avance de la tecnología en el ámbito laboral puede ciertamente aparejar consecuencias disvaliosas para la privacidad del trabajador, siendo cada vez más difícil su tutela y conservación³². Un espacio personal e inviolable que está reconocido a texto expreso por normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de jerarquía constitucional en nuestro sistema³³. En particular referencia a los correos electrónicos, la doctrina asimila estos nuevos medios a la correspondencia epistolar y releva y destaca por tanto también para aquellos la inviolabilidad de su contenido consagrada constitucionalmente.³⁴

El escenario de eventual conflicto se configura por el uso en el ámbito laboral y por parte del trabajador de instrumentos tecnológicos que son vías de expresión de contenido típicamente privado y donde existe entonces una consecuente “expectativa de privacidad”³⁵, como lo son los correos electrónicos personales, y quizás y probablemente empleando instrumental provisto por su empleador. Tal escenario admite y legitima del empleador cierta injerencia a la vez cierta accesibilidad a material no destinado a su divulgación por parte del trabajador, en circunstancias en que aquél ejerce las atribuciones propias del poder de control del que es titular, tanto en supervisión de la tarea ordenada como en pos de cuidar y proteger de los bienes propiedad de la empresa procurando su uso correcto. Existe allí y entonces un alto e inequívoco riesgo patente de afectación de derechos fundamentales del trabajador vinculados a su esfera personal.

³⁰ Destacamos el resonante fallo de la CSJN “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, que data del 15/11/2011, donde el tribunal hace aplicación de la teoría de la “carga dinámica” de la prueba en un caso de discriminación.

³¹ Cfr. art. 84 LCT.

³² GUIBOURG, Ricardo A., *Privacidad*, Revista Jurídica LL 2008-C, p. 1322.

³³ Cfr. art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos (1966); y art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

³⁴ Cfr. DOBARRO, Viviana Mariel *El control empresarial del uso del correo electrónico en el ámbito laboral. Derechos Fundamentales involucrados. Alcances de las facultades del empleador*. Colección de Temas de Derecho Laboral Errepar, N° 4: *Correo electrónico e internet en el ámbito laboral* (Coord.) García Vior Andrea E. Septiembre 2009, Pág. 213. En el mismo sentido SAGÜES, Néstor P. *Elementos de Derecho Constitucional*- T. 2, 2da edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea, Bs. As. 1997, p. 326.

³⁵ Y más aún cuando se le brinda al trabajador una contraseña, clave o *password* de ingreso. DOBARRO, Viviana, ob. cit.

La cuestión es relevante y puede el empresario resultar imputado de la comisión de un delito penal por violación de secretos y de la privacidad³⁶, sumado al inexorable valladar impuesto por la ley n° 25.326 (2000) de Protección de Datos Personales.³⁷

Relevamos por su parte que el funcionamiento y garantía de uso del correo electrónico no tiene una regulación específica y compartimos la conclusión de que en ausencia de reglamentación (ya sea heterónoma Estatal; producto de la autonomía colectiva; o de la decisión unilateral del empleador) los derechos fundamentales expanden su influencia y se tornan aún más intangibles³⁸. La doctrina es entonces conteste en que la cuestión merece un tratamiento particularizado.³⁹

Frente a la situación dada y relevando la ausencia de un marco regulatorio específico, la doctrina y la jurisprudencia plantean como necesidad que exista una previa instrucción al dependiente acerca del correcto y razonable uso de estos medios tecnológicos que en definitiva “moralice” el ejercicio práctico del poder de dirección del que es titular exclusivo y excluyente el empleador y a fin de lograr la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de los que el trabajador resulta irrenunciablemente titular, aún en circunstancias de encontrarse inserto en una organización empresaria ajena⁴⁰. Una exigencia cuyo cumplimiento se entiende pesa en cabeza del sujeto empleador⁴¹, en tanto es éste quien al suministrarle a su trabajador una computadora con acceso a Internet y un correo electrónico propio de la empresa, carga con la obligación de aclarar y delimitar las circunstancias para su uso razonable.

Estas pautas bien pueden ser materializadas a través de cláusulas del contrato individual; del reglamento interno de la empresa; o bien, y como además sucede en otros países del mundo (por ejemplo: España⁴²), ser un asunto remitido al ámbito de la

³⁶ Conf. arts. 153 y sgtes. del Código Penal.

³⁷ En especial su art. 5, relativo al “consentimiento informado”.

³⁸ GIANIBELLI, Guillermo, *La reglamentación del uso del correo electrónico: entre la protección al mensaje y los límites a la libertad del mensajero*, en Colección Temas de Derecho Laboral Errepar, Septiembre, 2009, Pág. 139. Aunque no ha recibido tratamiento parlamentario, existe en Argentina, entre otros un anteproyecto de ley de Protección Jurídica del Correo Informático, que por resolución 333/2001 de la Secretaría de Comunicaciones ha sido remitido en consulta a diversas instituciones especializadas. LIVELLARA, Carlos Alberto *El “uso debido” de las facultades de control del empleador del correo electrónico e internet frente a la ley 26388*, en Colección Temas de Derecho Laboral N° 4: *Correo electrónico... cit.*

³⁹ Cfr. CONFALONIERI, Juan Ángel *Algunas reflexiones sobre el uso del correo electrónico e internet por el trabajador en la empresa. A propósito del “caso Lodigiani” y de la doctrina del Tribunal Supremo Español expuestas en la sentencia del 26 de setiembre de 2007*, en Colección Temas de Derecho Laboral Errepar, N° 4, *Correo electrónico... cit.* p. 97.

⁴⁰ GIANIBELLI, Guillermo, *La reglamentación del uso del correo electrónico: entre la protección al mensaje y los límites a la libertad del mensajero*, A.A.V.V., Colección Temas de Derecho Laboral, Nro. 4, *Correo electrónico e internet*, GARCÍA VIOR, Andrea E. (coord.), Errepar, 2009, p. 137.

⁴¹ CNAT, Sala VII, 27/03/2003, “Pereyra, L. c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A.”. DT, 2003-B, 1524. HERMIDA, Beatriz Miranda, “El e-mail laboral en la Argentina”, DT, 2001-B, 1982.

⁴² Hay que reconocer también que, en dicho país, el tratamiento brindado por la jurisprudencia ha sido relevante. Así, señalamos el caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, 14/11/2000, Sent. 9382/2000, Recurso de Suplicación del Deutsche Bank en “Giménez, Gregorio c/ Deutsche Bank”, DT 2001-B-2455, donde se declaró justificado el despido llevado a cabo por la empresa, a raíz de los 140 correos electrónicos (en un lapso de cinco semanas) enviados acerca de cuestiones ajenas al trabajo, habiéndose acreditado una actitud diligente por parte de la empleadora al haber advertido a sus empleados sobre la naturaleza exclusivamente profesional que debía tener el uso de tal herramienta. Asimismo, el Juzgado Social Nro. 32 de Barcelona, Sentencia del 25/09/2002, consideró que el correo electrónico de los trabajadores está incluido dentro de los Derechos Fundamentales, y más concretamente, en el denominado “secreto de las comunicaciones”, consagrado en el art. 18 de la Constitución Española (ver la reseña jurisprudencia elaborada por LAVIN, Analía Andrea, “El despido por el uso de Internet y e-mail”, DJ2004-I, 683).

negociación colectiva⁴³, espacio éste que creemos resulta especialmente propicio en tanto permitiría que los representantes gremiales cumplan un rol activo y esencial en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores. Ineludible será además necesaria la notificación formal y fehaciente al trabajador, con contenidos claros y precisos.

Cumplidos estos recaudos reglamentarios, los materiales y las tecnologías puestas a su disposición deberán ser utilizados por el trabajador conforme las pautas establecidas y podrá ejercer su empleador y frente a cualquier eventual incumplimiento las reconocidas facultades disciplinarias, de las que efectivamente goza, como la de controlar los bienes de su empresa para su protección.⁴⁴

c. Cuando el ejercicio de derechos fundamentales implica el incumplimiento obligaciones contractuales.

El ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral no está exento de dificultades. Ello, especialmente, debido a las obligaciones contractuales que pesan sobre el trabajador y la eventual incompatibilidad que pudiere existir entre el ejercicio de este tipo de derechos y el cumplimiento de deberes tales como el de buena fe, de lealtad o de fidelidad. A título de ejemplo, puede señalarse aquellas medidas de control impuestas por el empleador que puedan implicar un menoscabo a la dignidad del trabajador. La implementación de sistemas de videocámaras dentro del lugar de trabajo así como el control del correo electrónico del trabajador y su eventual conflicto con el derecho a la intimidad ilustran también la complejidad de esta relación.

Estos son algunos de los tantos casos que han llevado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a preguntarse cómo pueden resolverse de una forma equilibrada los conflictos que puedan acontecer entre el ejercicio de un derecho fundamental de la persona del trabajador y el cumplimiento de una obligación contractual propia de la relación laboral. ¿Es posible, tal como lo menciona Arese⁴⁵, afirmar que existe una suerte de “derecho de resistencia del trabajador” que le permitiría incumplir de forma justificada una disposición organizativa o directa del empleador? La casuística es uno de los grandes protagonistas de esta pugna. Sin embargo, como no se pretende abordar cada situación conflictiva que se pudiere plantear, se procurará relevar aquí las propuestas ensayadas para atender las mencionadas colisiones.

En un primer término, se propuso la técnica de la “modulación” de los derechos fundamentales de la persona del trabajador dentro de las relaciones privadas, lo que acarrearía que el ejercicio de aquéllos debía ser compatibilizado con las normas elaboradas en el marco de la autonomía privada. Dicha modulación producía una necesaria “contractualización” del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona del trabajador. Ello conllevaba una afectación clara de los derechos del trabajador, puesto que el parámetro para juzgar el correcto ejercicio de los derechos fundamentales estaba dado por la norma contractual.

⁴³ En nuestras latitudes, ver el art. 12 del CCT 451/2006 (celebrado entre la Asociación Gremial de Empleados de Comercio de Córdoba, la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios (FAECYS) y la Cámara Empresaria de Servicios de Contactos para Terceros de la Provincia de Córdoba (CESCT) y el art. 16.4 del CCT 389/2004, para la actividad hotelero gastronómica.

⁴⁴ *Cfr.* art. 70 LCT. Y así también lo tiene entendido la jurisprudencia: CNAT, Sala X, 17/11/2003, “Villarruel, Roxana I c/ Vestiditos S.A.”, del 17/11/2003, La Ley, 2004-C, p. 455.

⁴⁵ ARESE, César, “El derecho de resistencia frente al ejercicio irregular de las facultades empresariales”, *Revista de Derecho Laboral*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012-2, p. 72

Sin embargo, otra posición parece imponerse, aquélla que considera que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y humanos de la persona del trabajador no es absoluta sino limitada, pero solamente en el supuesto de colisión con otros derechos de la misma jerarquía, es decir, con otros “bienes constitucionalmente protegidos”. Es decir, la limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador sólo es válida cuando es efectuada por otras normas de la misma jerarquía normativa por lo que los parámetros de conducta establecidos en las normativas específicas, tales como el contrato de trabajo, no serían suficientes para justificar el avasallamiento de estos derechos dentro de la empresa.

Como lo afirma Moreno García⁴⁶, el deber de buena fe no puede restringir el ejercicio de un derecho fundamental, ya que ello supondría “o bien la elevación de la obligación contractual a un rango que no le corresponde, el constitucional, o bien la reducción del derecho fundamental”. En virtud de lo antes expresado, en aquellos supuestos de conflicto entre el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador y el cumplimiento de los deberes y obligaciones del trabajador, es imprescindible tener en cuenta las fuentes jurídicas de las normas en conflicto. En este supuesto, el análisis no debe situarse dentro del terreno contractual, sino dentro del ámbito de los derechos fundamentales y las libertades.

Todo ello se ve reforzado con la particular posición que ocupa el trabajador dentro del ordenamiento jurídico argentino como “sujeto de preferente tutela constitucional”.⁴⁷

Esto no quiere decir que los derechos fundamentales puedan ejercerse sin tener en cuenta el contrato de trabajo ni que éstos deroguen a las obligaciones y deberes del trabajador. Lo que se intenta argumentar es que el cumplimiento de éstos no puede afectar el ejercicio de un derecho fundamental, salvo que la restricción esté basada en el ejercicio de otro derecho fundamental, tal como el “ejercicio de una industria lícita” (14 CN). Y, a su vez, en este caso, se podrá limitar el ejercicio de los derechos fundamentales sólo cuando estrictamente desde un punto de vista funcional sea necesario.

En resumen, se puede afirmar según lo hasta aquí considerado, que el trabajador goza de cierta garantía de inmunidad de sanción para desarrollar comportamientos que directa o indirectamente involucren a sus derechos fundamentales y pese a que el mismo implique al mismo tiempo un supuesto incumplimiento contractual por desobediencia a una directiva concreta impartida por su empleador.

Relevamos por último y especialmente un pronunciamiento dictado por la Cámara del Trabajo de Río Negro, Sala I, 22/05/2014, en autos “Trigo Tito Dario del Valle c/ Martínez Raúl Alberto s/ Reclamo”, de particular importancia por la sustancia del conflicto suscitado como por los criterios empleados por los Jueces para evaluar la conducta desplegada por el trabajador y su empleador.⁴⁸

El caso trataba de un trabajador que profesaba un culto (Iglesia Adventista del Séptimo Día) que le prohibía trabajar los días sábados y solicitaba entonces a su empleador lo dispense de trabajar en esos días. El empleador le niega lo solicitado y

⁴⁶ MORENO GARCÍA, Antonio, “Buena Fe y Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, Ed. Año 13, Núm. 38, Mayo-Agosto 1993, p. 276

⁴⁷ CSJN, 14/09/04, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA”; 21/09/04, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”

⁴⁸ Pronunciamiento que mereció comentario de COPPOLETA, *Sebastián Religión y Derecho del Trabajo*, Revista de Derecho Laboral Actualidad, Boletín Diario del 17/04/2015, Doctrina online, Ed. Rubinzal-Culzoni.

decide sancionar sucesivamente al trabajador ante cada falta y hasta disponer la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento grave y reiterado del dependiente. Entablada la acción judicial por el trabajador para lograr el cobro de las indemnizaciones por despido sin justa causa y daño moral, el Tribunal le reconoce el derecho y resuelve a su favor el pleito argumentando que el trabajador no deja de ser ciudadano, que en el Estado de Derecho no existen ámbitos de exclusión y que no sería viable que el derecho fundamental a profesar una religión sea ajeno al ámbito del derecho del trabajo. Destacamos especialmente que en el pronunciamiento se emplea doctrina elaborada por precedentes jurisprudenciales de los Estados Unidos⁴⁹ y es entonces a partir de allí el fallo sostiene que el trabajador es titular del derecho a exteriorizar sus creencias religiosas y que como correlato es deber del empleador respetarlas, aunque con ciertos límites y condiciones. Así, en primer lugar, dice el Tribunal, el dependiente tiene derecho a requerir al empleador la adopción de medidas organizativas tendientes a que se respete su libertad de elección religiosa y el empleador el deber de tomar esas medidas en virtud de los principios de buena fe, de colaboración y de conservación del contrato de trabajo y “a menos que ello le ocasione un perjuicio o carga excesiva”. En segundo término, el Tribunal alude a una concepción aun más amplia del deber de tolerancia, que hace exigible al empresario la acomodación razonable en las condiciones de trabajo para no impedir el desarrollo de la libertad religiosa. La decisión expresa que en el caso no se verificó tal flexibilidad y que el derecho a la libertad religiosa no fue respetado, motivo por el cual se consideró inexistente la causal esgrimida por el empleador, condenándolo entonces al pago las indemnizaciones por despido como de reparación por daño moral.

d. La importancia del concepto “discriminación” y su relación con la tutela de derechos fundamentales en la Jurisprudencia.

En la Argentina, desde la sanción del Régimen del Contrato de Trabajo aprobado por la ley n° 20.744 (t.o. 1976) se regularon de forma específicas supuestos de actos discriminatorios, así como sus consecuencias. Podemos mencionar como ejemplos los casos de los despidos por embarazo y matrimonio, que la ley pena con una indemnización agravada. Posteriormente se sancionó la ley n° 23.592 (1988) Sobre actos discriminatorios, también denominada “Ley Antidiscriminatoria”, que es una disposición no específicamente laboral y que tiene como uno de sus efectos prescriptos el de disponer el cese del acto discriminatorio y con más la reparación de daños y perjuicios.⁵⁰

En el ámbito laboral la disposición resultó un medio práctico para que los jueces declararan la nulidad de ciertos despidos motivados en un variado elenco de actos considerados discriminatorios y ordenan la reinstalación de los trabajadores que habían sido víctimas del acto vedado.

Esta postura generó que la doctrina se divida entre aquellos que entendían que la ley en cuestión debía aplicarse a las relaciones laborales y los que entendían que no era de aplicación. Un grupo entendía (y entiende) que no se advierte ninguna justificación sólida para desplazar la vigencia de la norma en las relaciones laborales⁵¹, mientras otro sector sostuvo que la disposición no era de aplicación a las relaciones laborales pues su

⁴⁹ Fuente considerada de especial calificación dada la conflictividad religiosa existente en dicho país, según relevó el mismo pronunciamiento.

⁵⁰ *Cfr.* art. 1.

⁵¹ Entre otros, ALVAREZ, Eduardo, *Reflexiones acerca del despido por discriminación* en RDL; Editorial Rubinzal Culzoni 2008-2, p. 32) y ELFFMAN, Mario, “La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio”, en RDL 2000-1 págs. 241/269.

consecuencia más notoria: la reincorporación forzada era contraria o incongruente en relación al régimen de estabilidad impropia o relativa vigente en nuestro sistema jurídico laboral y reconocido por pronunciamientos de nuestro máximo Tribunal de Justicia⁵² y estaría afectando el derecho de propiedad del empleador⁵³. La cuestión, por lo menos en sus aspectos prácticos culminó con un pronunciamiento de la CSJN que dispuso la plena vigencia y aplicación de la referida Ley Antidiscriminatoria a las relaciones laborales.⁵⁴

Una vez resuelta la aplicación del instrumento normativo específico y considerado central y determinante por la doctrina y jurisprudencia local, pretendemos dar cuenta aquí que bajo la extensión conceptual atribuida a la noción “discriminación”⁵⁵ por parte de la jurisprudencia ha conducido a que ella se instituya en el medio jurídico por excelencia para la tutela y efectiva vigencia de toda la variedad de derechos fundamentales que existen en cabeza del sujeto trabajador y dando así fundamento normativo casi exclusivo a soluciones judiciales dictadas para resolver sendas restricciones sufridas por los trabajadores en el ejercicio de tales derechos.

En efecto, la actividad jurisprudencial en el campo ha tenido un desarrollo enorme en los últimos años y se ha efectivizado y desplegado, diríamos en exclusividad, mediante el encuadramiento o subsunción jurídica del acto violatorio de derechos fundamentales dentro del cauce conceptual del despido discriminatorio, y a partir de la concreta invocación de las prescripciones de la señalada Ley Antidiscriminatoria. Y ha sido de esta manera y mediante este procedimiento que ha procurado nuestra jurisprudencia lograr la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral.⁵⁶

⁵² Fallos 273:87 y 330:1989.

⁵³ Entre otros, RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *Discriminación en el despido o despido discriminatorio*, en RDL 2008-2, pg. 134; (CARCAVALLO, HUGO A., *Reflexiones sobre la llamada reforma laboral de la ley 25.013*, LL, 1998-E-1081; DT, 1999-A-203); VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *¿Es factible negociar, a través de un convenio de empresa o de acuerdo de partes, una cláusula de estabilidad absoluta?* En RDL, 2000-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, Extinción del Contrato de Trabajo- II. Págs. 9/35.

⁵⁴ Fallos 333:2306.

⁵⁵ En efecto, y más allá de la discusión planteada y que suscitó y concitó el punto de debate descollante resuelto por la CSJN, lo cierto es que subsiste el debate en torno a dilucidar qué se entiende o qué debe entenderse por discriminación. Relevamos el criterio que asocia la noción a una violación a un derecho fundamental. ARIAS GIBERT, Enrique, *La Protección contra el Despido Arbitrario en el Modelo Constitucional Argentino*. RDL 2014-1, Rubinzal Culzoni, El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional, p. 387.

⁵⁶ Citamos los siguientes casos: CNAT, Sala VI, 10/03/2004 “Balaguer, Catalina c/ Pepsico” el cual un activista sindical y concubina de un delegado, es despedida por “bajo rendimiento”; CNAT, Sala X, 29/06/2004 “Stafforini, Marcelo c/ Ministerio” cuando un trabajador despedido por motivos políticos; CNAT, Sala IX, 31/05/2005, “Greppi, Laura Karina c/ Telefónica” en el cual un activista gremial es despedido y la casual alegada no resulta acreditada; CNAT, Sala V, 14/06/2006 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo” causa en la que otro activista gremial, con 20 años de antigüedad en la empresa, fue despedido sin causa; CNAT, Sala II, 31/08/2009, “A., E.P. c/Sanatorio Otamendi” en el cual una trabajadora que es portadora de HIV, le niegan la reincorporación a partir de un informe psicológico; CNAT, Sala VII, 22/12/2009, “R., J.G. c/ Sodeco” en el cual un trabajador enfermo de HIV, debe considerarse despedido por cambios de lugar de trabajo y negativa de tareas; CNAT, Sala VI, 15/04/2010, “Mansilla, Mario c/ Fate” cuando un trabajador que participa en una huelga, no es reincorporado cuando otros trabajadores lo son; CNAT, Sala VII, 31/03/2011, “R.R., M.A. c/Banco Hipotecario” en el cual un trabajador homosexual y enfermo de HIV es despedido alegando la violación de una norma interna; CNAT, Sala VI, 30/06/2011, “Área Soporte de Marketing c/ Triglia, Andrea” en donde se despidió a una trabajadora por padecer leucemia crónica; CNAT, Sala VII, 05/08/2011, “Lugones, Elisa c/ Qalytel” en donde se despidió a una trabajadora embarazada en período de prueba incrementándose el sistema de protección de la LCT; CNAT, Sala VI, 31/08/2011, “Núñez, José c/ Proflar SA” en el cual un trabajador accidentado, luego de ser recalificado para tareas livianas, es despedido sin causa; CNAT, Sala VI, 06/08/2013, “Pulice, Claudio Leonardo y otros c/ Aguas Danone de Argentina SA s/ cobro de salarios”, en

III Tercera Parte:

La noción jurídica de igualdad y de ciudadanía en el trabajo como principio que reclama espacios de participación, ámbitos para el ejercicio y desarrollo de la acción autónoma creadora y productora de efectos jurídicos y según propio interés e iniciativa.

1. Introducción: El derecho de participación de los trabajadores como derecho fundamental. La experiencia nacional durante nuestro período neoliberal y el debate en doctrina.

Diversos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagrados en nuestro sistema jurídico con la más alta jerarquía normativa prescriben en torno a la autonomía que cabe reconocerle a todas y a cada una de las personas a partir de su dignidad ínsita y de su condición de seres dotados de razón y conciencia⁵⁷. Por su parte y además de esta presupuesta autonomía, de esta declarada capacidad natural de autodeterminarse que tienen los seres humanos y que en nuestra perspectiva implica la posibilidad de actuar con relevancia jurídica, de asumir y contraer derechos y obligaciones a partir de la sola voluntad e iniciativa, aquellos dispositivos reconocen también y a texto expreso el derecho de todos a participar activamente en la vida política de la comunidad de la que se es miembro determinándola así en algún grado y sentido⁵⁸. Por cierto que este auténtico derecho de naturaleza política no está previsto allí para ser ejercitado en el particular y específico ámbito de las relaciones de trabajo asalariado, en la empresa. Sin embargo y no obstante esta carencia anotada creemos que

el cual al cambiarse una distribuidora por otra, la empresa principal se comprometió a garantizar la continuidad de todo el personal, pero en la reincorporación se priorizó a los trabajadores afiliados a cierto sindicato; CNAT, Sala VII, 29/11/2013; “L., R.A. c/ Pescaglia SA s/despido” en que un trabajador se da por despedido por tratos “bastante discriminatorios” en razón de su condición sexual; CNAT, Sala II, 10/03/2014 “Aimi, Gustavo Héctor c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ despido (SD 102866, aclaratoria 102866/1)” en el cual un piloto, identificado por un sindicato como contrario a sus intereses, es citado por la empresa a un curso de capacitación, que luego se suspende por el retiro de los otros pilotos que debían seguirlo y luego es despedido por carecer de habilitación; CNAT, Sala VII, 31/03/2014, “Riquelme, Jesús Alberto c/Cencosud SA s/ diferencias de salarios” (SD 46481) en el cual un trabajador, empleado jerárquico, asumió como delegado gremial de una organización sindical recién registrada y a partir de entonces se acentuó contra él un desigual tratamiento salarial (Sala VII), entre muchos otros.

⁵⁷ Cfr. Preámbulo de la “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” (Bogotá, 1948); Preámbulo y art. 1 de la “Declaración Universal de Derechos Humanos” (ONU, 1949); Preámbulo de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (San José de Costa Rica, 1956)

⁵⁸ Cfr. art. XX de la “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” (Bogotá, 1948); art. 21.1 de la “Declaración Universal de Derechos Humanos” (ONU, 1949); art. 25 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (ONU, 1966).

no resulta válido concluir sin más que los trabajadores carecen absolutamente del derecho fundamental a participar en por lo menos algún sentido y/o aspecto de la dirección de un ente de tipo colectivo o comunitario como ciertamente lo es la empresa para nuestra disciplina.⁵⁹

Relevamos para ello y en respaldo de esta posición que ha sido la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) quien ha indudablemente propiciado, sustentado e impulsado tal participación como auténtico derecho de los trabajadores, y lo ha hecho mediante dos nociones fundamentales: Diálogo Social y Trabajo Decente. Efectivamente, ambos institutos o ideas centrales, creadas y sostenidas desde la OIT y de alto impacto en nuestro país, son las que promueven, por lo menos a nivel general o inespecífico, el principio de intervención de los trabajadores en cuestiones indudablemente asociadas a la gestión de la empresa y con rango de derecho fundamental, natural, o de principio ético general propio de un vigente Estado Constitucional de Derecho y antropocéntrico. Y es esta situación dada la que claramente ha sustentado ideológicamente un reclamo de participación creciente de los trabajadores en la empresa y que ha sido planteado desde sectores y ámbitos diversos del mundo del trabajo.

Por otro lado destacamos también que nuestra Constitución Nacional prevé una concreta participación de los trabajadores en la dirección de la empresa a título de “colaboración” y específicamente vinculada a su reconocido derecho de participación en las ganancias⁶⁰. El otro tipo de participación prevista por nuestra máxima disposición normativa está exclusivamente dirigida a los gremios, a quienes se les reconoce el derecho de celebrar convenios colectivos de trabajo y mediante ellos y contando con la previa homologación estatal, la potestad reconocida y reglamentada por ley de crear disposiciones de eficacia general e imperativas para las partes individuales en el contrato.

En misma cuestión y a nivel infraconstitucional encontramos que para el ámbito exclusivamente privado la LCT prevé la posibilidad de constitución de órganos que denomina “Consejos de Empresa”, que son entidades integradas con representación de los trabajadores y a las que se les atribuye un propósito y finalidad reglamentaria o limitante del ejercicio del poder de dirección empresario⁶¹. Ciertamente y no obstante su mención legal relevamos configurado un completo desuso de la figura. Para el sector público, por su parte y en cambio, sí existe una representación concreta de los trabajadores en los directorios mismos de algunas empresas Estatales, con participación Estatal mayoritaria e incluso minoritaria.⁶²

En la perspectiva del trabajador individual y relativo a su derecho fundamental a actuar en derecho según propia iniciativa, la doctrina y la jurisprudencia nacional mayoritarias, cabe anticipar, han decididamente limitado tal posibilidad y subrayado en cambio su situación como sujeto de preferente tutela Constitucional y destinatario lógico de normas imperativas y protectoras de sus intereses en sentido amplio. Algo bastante distinto ocurre en el aspecto de las relaciones colectivas de trabajo donde en cambio sí se reclama un derecho de participación que comprende a todos los aspectos de la vida social, política y económica de la comunidad, como también el diseño y puesta en práctica de institutos o mecanismos para la mejor realización práctica del referido

⁵⁹ Cfr. art. 5 LCT.

⁶⁰ Cfr. art. 14 bis CN. Dice la norma en la parte pertinente “*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ...participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección*”.

⁶¹ Cfr. art. 68 LCT.

⁶² Es el caso, entre otras, de las empresas: Aguas y Saneamiento Argentinos (AYSA); Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima (AA); Banco Hipotecario S.A. (BH); YPF S.A. (YPF); SIDERAR S.A.

Diálogo Social, lo que se entiende constituye además expresión de Trabajo Decente. Se señala aquí también y en el plano de los derechos fundamentales, que un sector numeroso en doctrina en nuestro país sostiene que cada modificación operada y que se comprenda como constituyendo una mejora o beneficio para el trabajador individual o para la generalidad de ellos y sin importar su fuente (o comprendiendo a todas las existentes y disponibles) es además absolutamente irreversible⁶³. Y ello por aplicación de lo que se ha dado en llamar el “Principio de Progresividad”⁶⁴, noción jurídica cuya fuente o raíz normativa se endosa al texto de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos de jerarquía Constitucional.⁶⁵

En cuanto al segundo punto o aspecto de esta introducción, destacamos que en la Argentina la discusión de todas estas cuestiones en su faz práctica no resulta algo novedoso. Efectivamente, entendemos que ello ha estado sobre el tapete en ocasión del debate en torno a la necesidad de “modernizar” o “flexibilizar” el régimen jurídico de las relaciones de trabajo asalariado. Una cuestión que en realidad ha venido planteándose y discutiendo con distinta intensidad y en diferentes contextos ya desde mediados de los 70’, en el siglo pasado, y quizás incluso antes con la sanción de las primeras normas protectoras destinadas al trabajo. Sin embargo, creemos que esto ha adquirido notable exposición durante los últimos años de la década que inició en el año 1980 y que duró hasta principios del siglo XXI. Efectivamente, ha sido dentro de dicho período que se propusieron y sostuvieron transformaciones legislativas que bien se podrían asociar a un propósito de realización práctica del ideario que es objeto de este informe: igualdad y ciudadanía en el trabajo, puntualmente respecto a la participación que se promueve y se exige de los trabajadores y a la idea de la vigencia de una igualdad de tipo material o sustancial entre ellos, una noción ésta que pone bajo cuestión los tratamientos igualitaristas y que fomenta y propone en cambio la practica de realizar distinciones.

En efecto y en relación al tema que nos ocupa, la Argentina ha sido testigo de un arduo debate en torno a la necesidad de instituir o no espacios o ámbitos para el desarrollo responsable de la autonomía tanto individual como colectiva. Así, se ha discutido acerca del alcance que cabía atribuirle a la manifestación de voluntad o consenso expresado por el trabajador individual, lo que implicó la polémica acerca de la comprensión jurídica que correspondía hacer del denominado “Principio de Irrenunciabilidad”⁶⁶. La controversia también existió respecto de los instrumentos o mecanismos de participación prescriptos para las asociaciones gremiales en la negociación colectiva, y la discusión allí versó en torno a la validez y legitimidad del uso intensivo del instituto de la “disponibilidad colectiva”⁶⁷ y también respecto a la

⁶³ Esta posición no es pacífica en doctrina y hay quienes exponen argumentos de franca oposición a este razonamiento y sus expuestas consecuencias prácticas.

⁶⁴ Posición que en el plano individual haya ahora también respaldo normativo en el art. 12 de la LCT, texto ordenado por ley n° 26.574 (2009)

⁶⁵ Específicamente, del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y del art. 2.1 del “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales”.

⁶⁶ Principio reconocido a texto expreso en el art. 12 de la LCT. Sobre el tema más abajo **.

⁶⁷ Instituto consistente en la remisión del establecimiento y regulación de condiciones de trabajo a la negociación colectiva en detrimento la norma heterónoma de fuente Estatal, la que quedaba entonces y en el mejor de los casos como una disposición de carácter meramente supletorio. Paradigmático ha sido el uso de este instrumento para la regulación de las relaciones laborales en la “Pequeña Empresa”, donde se prevé su ejercicio en relación a todo lo atinente a las formalidades, requisitos, avisos y oportunidad de goce de la licencia anual ordinaria (vacaciones), al régimen vigente de extinción del contrato de trabajo, o como mecanismo para autorizar el fraccionamiento de los períodos de pago del sueldo anual complementario y la redefinición de las categorías del personal, la denominada “movilidad interna” (Ley n° 24.467).

drástica modificación legal operada sobre la estructura de negociación colectiva que concretaba un tránsito desde un modelo “centralizado” hacia uno “descentralizado” y que le otorgaba entonces preeminencia normativa al convenio celebrado en el ámbito menor por sobre el de ámbito mayor⁶⁸. Por otro lado, asociado a la noción de igualdad e invocando la necesidad de distinguir situaciones consideradas diferentes como exigencia de justicia, o de lograr un mayor grado de eficacia y eficiencia o productividad, o de lograr la empleabilidad de determinados colectivos, se promovió también la fragmentación del conjunto de trabajadores asalariados según criterios variados: el tamaño de la empresa⁶⁹; la pertenencia a grupos “protegidos”⁷⁰; se procedió a la diversificación en la contratación por la puesta en vigencia de modalidades promovidas para el fomento de empleo; a dictar nueva reglamentación de promoción y facilitación de la contratación a tiempo parcial y de la provisión de mano de obra para la realización de servicios extraordinarios mediante empresas de servicios eventuales, entre los casos más destacados.

Todo esto ocurrió, cabe destacar, en un período signado por una grave y creciente crisis económica, política y social, situación que alcanzó altísimos e inéditos niveles de desempleo e inflación, en un país altamente endeudado y dependiente en términos no sólo económicos sino también políticos de los organismos financieros internacionales y con un gobierno decididamente alineado a la cultura política y económica neoliberal. Cultura que ciertamente tenía un correlato en materia de política de relaciones laborales, claramente flexibilizadora⁷¹. Relevamos por último que la gravedad de la situación existente derivó en la peor crisis económica y social de nuestra historia y que estalló con toda virulencia en diciembre del año 2001.

La dura y generalizada crítica de la doctrina laboral en torno a estos instrumentos de pretendida participación responsable y de individualización y segmentación del régimen jurídico previsto para las relaciones de trabajo asalariado no se hizo esperar, no tanto por lo que aquellas reformas declamaban en sí mismo como fundamento jurídico o ético sino más bien por el contexto en el que tales transformaciones ocurrían o se pretendían realizar, es decir, relevando sus consecuencias prácticas tanto como sus objetivos ocultos o simulados. Y fueron estas circunstancias las que desnudaron a la mayoría de

⁶⁸ Cfr. Cap. IV Ley n° 25.250 (2000).

⁶⁹ Ley n° 24.467 (1995).

⁷⁰ Excombatientes, discapacitados, aborígenes, liberados y rehabilitados de la drogadicción. Ley n° 24.013 (1991).

⁷¹ La tesis neoliberal sostenía fundamentalmente que las regulaciones normativas “históricas” se compadecían con un modelo de mercado “internista” y que en esa condición dificultaban u obstaculizaban el desarrollo económico de los países al conformar trabas artificiosas del libre juego de la oferta y la demanda (considerada ley “natural” en una economía de mercado) y generando entonces y de esta manera desconfianza en los inversores tanto locales como extranjeros, y provocando la inevitable suba en los índices de desempleo. En el estricto ámbito de las relaciones de trabajo esta idea se plasmó en una tendencia generalizada hacia una regulación que procuró: a) inducir una alta tasa de rotación de los trabajadores mediante la reducción de los costos de la contratación y del despido (abaratando así la “entrada” y la “salida” al empleo); b) la reducción de los costos asociados a la contratación mediante la reducción de las contribuciones patronales; y c) la facilitación de la libre disposición de la mano de obra para de este modo responder con mayor eficacia y dinamismo a las cambiantes necesidades productivas de las empresas, esto último y en esencia, por medio de la flexibilización de la jornada de trabajo y de la contraprestación remuneratoria. Probablemente el intento más radical de modificación en este sentido haya sido una legislación laboral especial para las empresas medianas y pequeñas (denominadas “PyMES”) adoptada en un contexto de descentralización empresaria, me refiero a la ley n° 24.467 (1995). Y especialmente grave en su articulación con la reforma efectuada sobre el art. 30 LCT mediante ley n° 25.013 (1998), cuyo objetivo declarado era “desresponsabilizar” absolutamente a la empresa principal respecto de las obligaciones que sus contratistas o subcontratistas tuvieran con sus trabajadores. Resultan pilares del período las leyes n° 24.013 (1993), n° 24.465 (1995), n° 25.013 (1998) y n° 25.250 (2000).

ellos entonces como instrumentos fraudulentos, engañosos y/o claramente precarizantes, dispositivos congruentes con el ideario político y económico neoliberal.⁷²

Esta tendencia se vio alterada a partir del año 2003, y desde allí en adelante vivimos un período que en esencia se caracterizó por el propósito de restaurar los estándares normativos de protección perdida y según su formulación tradicional, esto es, mediante norma heterónoma imperativa de fuente Estatal. Destacamos no obstante que tal proceso no resultó en una restauración total sino parcial, por lo menos hasta el día de hoy. Y relevamos también que tal acción restitutiva ocurrió procurando al mismo tiempo instituir o restablecer mecanismos de participación de los sujetos colectivos y a partir de un declarado apego a las nociones de Diálogo Social y de Trabajo Decente. Y éste resulta ser un ámbito especialmente delicado en tanto carga sobre sus espaldas con un déficit estructural e histórico de legitimidad democrática que afecta gravemente al régimen de asociaciones sindicales y que subsiste patente al día de hoy aunque cuestionado e impugnado desde sectores variados. De este último período pretenderá dar cuenta este informe a continuación y en un sentido descriptivo.

2. La cuestión en el plano individual. La “disponibilidad individual”. La cuestión de la validez de los actos de autonomía privada frente al principio legal de irrenunciabilidad. Doctrina y Jurisprudencia.

El presente punto abordar un interrogante específico que está comprendido en el objeto de este informe: ¿qué alcance jurídico tiene la decisión del trabajador individual en materia del establecimiento y modificación de derechos y obligaciones en el trabajo?

En principio debemos destacar que la imperatividad propia de las normas integrantes del “orden público laboral” (Ley y Convenio Colectivo) causa que la voluntad de las partes individuales en un contrato sólo pueda procurar mejorar las condiciones de trabajo allí previstas y en beneficio del trabajador, so pena de invalidez⁷³. También relevamos que el grado de desarrollo actual de la legislación heterónoma de fuente Estatal en combinación con la resultante de la negociación colectiva deriva en la existencia de un auténtico estatuto para la contratación laboral que no deja prácticamente ninguna cuestión sin reglamentación, y asimismo de que no existen en la actualidad aspectos de la contratación que sean destinados o remitidos a la libre disponibilidad de las partes individuales, no contamos con condiciones de trabajo “supletorias”.

Dicho esto, una cuestión que generó intenso debate y que fue objeto de evolución normativa relativamente reciente ha sido la vinculada a la validez de la renuncia del trabajador y a futuro de condiciones de trabajo. En este sentido creemos merece recordarse que la LCT en su redacción original sancionaba con la nulidad a toda convención de partes que implique una modificación peyorativa para el trabajador de

⁷² Por ejemplo en el caso de las “modalidades promovidas” de ley n° 24.013 (1991) bajo el pretexto de favorecer la contratación de ciertos colectivos minoritarios o desaventajados se promovían relaciones precarias de mínima o nula protección especialmente de cara a su extinción sin justa causa. Asimismo la introducción del régimen de contratación mediante empresas de servicios eventuales (dec. PEN n° 342/1992) se dio en un contexto de alto desempleo y de desmantelamiento del servicio de inspección laboral. Por otra parte, la implementación de modalidades de trabajo de aprendizaje (Leyes n° 24.465 y 25.013), o de becas o pasantías educativas (dec. PEN n° 340/1992; leyes n° 25.013 y n° 25.165) que se sustentaban en favorecer el empleo de jóvenes tenían una estructura normativa tal que no obstante lo que declamaban, toleraban un uso desviado o fraudulento de la figura y, en concreto, promovían y hasta proponían el reemplazo de relaciones estables por vínculos que no lo eran en absoluto. Más discutida fue la cuestión del régimen de negociación colectiva.

⁷³ *Cfr.* art. 7 LCT.

condiciones de trabajo previstas por disposiciones normativas pertenecientes al denominado “orden público laboral” y disponía además la sustitución automática de la cláusula nula reemplazándola por la norma ilícitamente desplazada⁷⁴. Esto es reconocido dentro de la disciplina como el principio o regla de la “irrenunciabilidad”.

Esto era absolutamente claro e indiscutible. Sin embargo existía una cuestión vinculada y que ha sido arduamente discutida en nuestro ámbito, registrándose posiciones diversas, la relativa a la eficacia y validez de la renuncia efectuada por el trabajador respecto de la cláusulas vigentes en su contrato individual cuando el resultado no implicaba al mismo tiempo una violación del piso mínimo establecido por las normas del “orden público laboral”. La discusión era entonces sobre el alcance que cabría asignarle al denominado principio de “irrenunciabilidad”.

Relevamos la existencia de distintas posturas o “tesis”, las que se comprendían excluyentes unas respecto a las otras. En efecto, la tesis “restringida” limitaba la “irrenunciabilidad” dispuesta por ley a las condiciones previstas por las normas integrantes del “orden público laboral”; la tesis “amplia”, extendía en cambio el alcance de la prescripción a todas las condiciones sin importar la fuente; y una última postura sostenida y planteada por el Prof. Adrián Goldín, que remitía la cuestión al instituto de derecho civil de la “lesión enorme”, y que ponía el acento en el consentimiento prestado por el trabajador en este tipo de situaciones, su probable afectación negativa y especialmente a partir de considerar el resultado sinalagmático del intercambio operado. Tales posturas tuvieron su correlato en distintas “corrientes” jurisprudenciales, algunos casos fueron resonantes, y donde no faltaron los pronunciamientos de máximo Tribunal de Justicia.⁷⁵

La cuestión tiene un giro definitivo en el año 2009, cuando mediante ley n° 26.574 (2009) que modificó el texto del artículo específico de la LCT (n° 12) incorporando ahora en su previsión también a lo estipulado en los acuerdos individuales, lo que materializa una adhesión práctica a las conclusiones de la tesis “amplia”. En razón de ello y de acuerdo al nuevo texto en vigor, toda mejora efectivizada por las partes del contrato de trabajo no podría luego verse suprimida o reducida ni siquiera por un nuevo acuerdo logrado por las mismas partes.

La conclusión a la que debería arribarse y que contestaría el interrogante formulado al inicio del punto sería que según nuestro régimen jurídico laboral la voluntad individual del trabajador sólo resultaría relevante en términos jurídicos en tanto y en cuanto importe una mejora a su situación obligacional vigente y que cualquier otro resultado resultará invariablemente nulo, absolutamente ineficaz.

3. La cuestión en el plano colectivo. El alcance y los límites legales a la acción sindical mediante el ejercicio de la autonomía colectiva.
 - a. Implicancias en materia de libertad de asociación.

La libertad o derecho de asociación sindical es, sin duda, uno de los derechos fundamentales y estructurales de todo nuestro régimen jurídico de relaciones laborales, reconocido a texto expreso por normas de variada jerarquía en nuestro sistema, ya sea de fuente nacional o internacional. Así, la Constitución Nacional en su art. 14 bis, donde en su parte pertinente prescribe en torno a la “...organización sindical libre y democrática” como relevantes instrumentos normativos de jerarquía constitucional (cfr.

⁷⁴ Cfr. arts. 12 y 13 LCT.

⁷⁵ Fallos 310:558 y 325:442.

art. 75 inc. 22 CN)⁷⁶. Especialmente central para la materia resultan en nuestro ámbito las prescripciones del Convenio de la OIT n° 87 sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación (1948), ratificado por nuestro país en el año 1960 y con jerarquía constitucional desde el año 1994⁷⁷. A lo que debe sumarse toda la actividad desplegada sobre el tópico por sus organismos de control: la “Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones” (CEACyR), el “Comité de Libertad Sindical” (CLS) y la “Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia”⁷⁸.

Entendemos que la efectiva vigencia de este auténtico derecho fundamental en nuestro sistema es requisito y garantía de una sólida y legítima actuación de cualquier entidad gremial en el amplio espectro obligacional de las relaciones jurídicas del mundo del trabajo asalariado y, como tal, su consideración y en este apartado en particular la entendemos necesaria en nuestro informe.

Destacamos que todo lo referente a la creación, desarrollo de actividades y atribuciones de representación de las asociaciones sindicales de trabajadores se rige a partir de lo que prescribe la ley n° 23.551 (1988) de Asociaciones Sindicales y su decreto reglamentario⁷⁹. No existe regulación relativa a las asociaciones gremiales de empleadores. En el dispositivo mencionado se encuentran los pilares de nuestro denominado “modelo sindical”, el que ha sido caracterizado de: a) ser intensamente reglamentado; b) permitir sólo la asociación de trabajadores según su profesión; c) promover la unidad; d) contar con una dirección de las asociaciones concentrada en la cúpula; h) tener alto protagonismo o vinculación con los órganos político partidarios. Dicho modelo se estructura a partir del instituto de la “personería gremial”, una calidad que la autoridad administrativa atribuye a la asociación sindical que se considera la más representativa de la actividad o de la profesión y que se traduce en una asignación exclusiva y excluyente de la titularidad y el ejercicio de los más importantes derechos de naturaleza gremial, en desmedro de otras eventuales asociaciones que puedan existir. Por cierto que esta cuestión del modelo sindical es central e impacta claramente no sólo en la libertad de asociación de los trabajadores sino también en punto a la cuestión de la representación de los trabajadores en la empresa, al régimen de negociación colectiva como también en todo lo atinente al ejercicio de medidas de acción directa. De estos otros aspectos se pretenderá dar sucinta cuenta en los puntos que siguen a continuación en este informe.

Retomando, nuestro sistema mereció una dura, inusual y sostenida en el tiempo reprobación de parte de los organismos de control de la OIT y a partir de una señalada incompatibilidad en varios aspectos del régimen respecto a las prescripciones del citado Convenio n° 87, fundamentalmente orientadas a relevar críticamente que el otorgamiento de derechos exclusivos tal como rige influye indebidamente en la elección que los trabajadores efectúan de la organización a la que desean afiliarse, entre otros aspectos⁸⁰. La propia CSJN ha también criticado con severidad nuestro régimen desde el

⁷⁶ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XXII, la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23.

⁷⁷ En virtud de la mención que de él efectúan el art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷⁸ Es doctrina judicial de la CSJN, *Fallos* 331:2499.

⁷⁹ Decreto. n° 467/1988.

⁸⁰ Tenemos en mente el caso de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) que en su momento recurrió ante el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT (Caso 2477) por reclamo ante la negativa del Estado Argentino (Resol. MTEySS 717/2006) de otorgarle la personería gremial a la entidad a partir de señalar que su Estatuto permitía la afiliación de trabajadores sin trabajo y autónomos, apartándose así de la estricta tipología admitida por ley. Tal reclamo recibió resolución favorable del órgano de la OIT a partir de lo dispuesto por el art. 3 del Convenio n° 87, y permanece al día de hoy sin solución favorable de parte de la autoridad nacional.

año 2008, al que no dudó en caracterizar de “monopolio sindical”⁸¹. La doctrina, por su parte, en general también ha expresado una postura crítica en torno a nuestro “Modelo Sindical”, aunque se registran contrastantes diferencias en punto a la naturaleza de los argumentos esgrimidos, su intensidad, su alcance, como respecto las características o procedimientos de las reformas que se exigen y/o proponen.

Destacamos que existen en la actualidad y en el Congreso Nacional varios proyectos de reforma de la Ley de Asociaciones Sindicales de distinto alcance y tenor, y provenientes de distintas fuerzas políticas, pertenecientes al sector oficialista y del arco opositor.⁸²

Un caso actual de debate en la materia se da respecto a la titularidad y ejercicio del derecho de asociación sindical por parte del personal perteneciente a las Fuerzas Armadas y de Seguridad, un colectivo que no cuenta con disposición normativa alguna que disponga algo sobre la cuestión, y que precisamente por dicho motivo ha sido generalmente aceptado que les estaba vedado tal derecho⁸³. El panorama cambia a partir de un pronunciamiento judicial dictado por un tribunal de alzada del ámbito de la Justicia Nacional de nuestro país, que les reconoce tal derecho y ordena entonces a la autoridad administrativa que proceda a la inscripción gremial de un sindicato integrado por miembros de la Policía, Gendarmería y Servicio Penitenciario.⁸⁴

- b. Implicancias en relación al contenido y de las reglas legales para el desarrollo de los procesos de negociación colectiva. El instrumento de la “disponibilidad colectiva”.

El derecho de los gremios a celebrar convenios colectivos está reconocido a texto expreso en la Constitución Nacional⁸⁵ como también en diversos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional y supralegal en nuestro ámbito⁸⁶. A nivel infraconstitucional, la legislación específica aplicable a la materia es la ley n° 14.250 (1953) sobre Convenciones Colectivas de Trabajo; y la ley n° 23.546 (1988) sobre el Procedimiento para la Negociación Colectiva.

Como se señaló más arriba, como sucede con variados aspectos del derecho de las relaciones colectivas del trabajo, y aquí no hay una excepción, el derecho de negociar colectivamente está directamente asociado en su efectiva vigencia a las características del denominado “modelo sindical” instituido y reglado por la referida Ley de

⁸¹ Fallos 331:2499.

⁸² De algunos de dichos proyectos dan cuenta: MUGNOLO, Juan Pablo, *La libertad sindical y el intervencionismo estatal: marco conceptual para el análisis jurídico de los proyectos de ley en materia sindical*, aporte al XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Santa Fé, Rosario, Octubre de 2014); SIMÓN, Julio César, *Debilidades y fortalezas del sindicato en la actualidad (como principio de análisis)* DT, Agosto/2014, pp. 2323/2327.

⁸³ Merece destacarse que a fines del año 2013 se ha producido un inédito y prácticamente simultáneo “auto acuartelamiento” de las fuerzas policiales provinciales en 20 de las 24 Provincias de nuestro país y en reclamo de mejoras salariales. Esta situación dio lugar a serios incidentes que arrojaron un saldo de más de 1000 actos de saqueos, una decena de muertes, centenares de heridos y miles de detenidos. Y el conflicto suscitado fue de difícil abordaje por las autoridades en tanto las fuerzas de seguridad no tienen reconocido el derecho de huelga, no tienen sindicato que las represente ni participan del régimen de la negociación colectiva. Para dar solución a estos conflictos, las autoridades provinciales debieron otorgar a sus respectivas fuerzas policiales significativos aumentos salariales, los que llegaron en algún caso hasta el 128 % de las remuneraciones hasta entonces vigentes.

⁸⁴ CNAT, Sala II, 18/12/2013, “Ministerio de Trabajo c/Unión de Policías Penitenciarios Argentina Córdoba 7 de Agosto s/Ley de Asociaciones Sindicales”.

⁸⁵ Cfr. art. 14 bis.

⁸⁶ Cfr. art. 75 inc. 22.

Asociaciones Sindicales. Baste considerar que sólo una entidad que goce del atributo de la “personería gremial” puede representar los intereses colectivos de los trabajadores que comprende⁸⁷ y sería así y entonces la única habilitada para celebrar convenios colectivos de alcance general, postergando así a las asociaciones sindicales “simplemente inscriptas”⁸⁸. A misma conclusión conduce el análisis del régimen de articulación y el orden de prelación dispuesto por ley para el supuesto de existencia de convenios de distinto nivel⁸⁹, claramente priorizan al convenio de ámbito mayor.

Más allá de esta limitación, nuestra legislación sobre la específica materia de negociación colectiva, también es congruente con las características estructurales e históricas que pretende reproducir nuestro “modelo sindical” y la conexión y articulación existente entre éste y el régimen de negociación colectiva resulta evidente.⁹⁰

Más allá de lo apuntado, la legislación resulta ciertamente generosa en torno al contenido que los sujetos colectivos pueden asignarle a un convenio colectivo⁹¹, donde pueden coexistir distintos tipos de cláusulas, algunas de las cuales fueron en su momento cuestionadas por un sector de la doctrina y especialmente a partir del análisis de casos puntuales y de los efectos prácticos que aparejaban, los que se consideraban afectaban la Libertad Sindical en su aspecto negativo⁹². En algunos casos, la legislación también impulsa la negociación y al diálogo como método de tratamiento de conflictos suscitados de una empresa en crisis⁹³ y brindando instrumentos concretos para que las partes arriben a acuerdos.⁹⁴

También relevamos que la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal ha tenido una intervención sensible en la efectiva vigencia del derecho de negociar colectivamente y de garantizar la efectiva vigencia de su resultado, el Convenio Colectivo de Trabajo. Así ha elaborado límites o pautas concretas, ciertamente restrictivas, para admitir la eventual procedencia de la intervención estatal derogatoria de cláusulas convencionales en vigor⁹⁵. Aunque también destacamos que el mismo cuerpo ha declarado la inconstitucionalidad de ciertas estipulaciones contenidas en los CCT y homologadas por la autoridad administrativa, por considerarlas contrarias de lo dispuesto por normativa de jerarquía suprallegal.⁹⁶

⁸⁷ Cfr. art. 23.b.

⁸⁸ Cuestión en sí misma considerada violatoria de la Libertad Sindical según cierto sector de la doctrina y con sustento en jurisprudencia reciente de la CSJN (Fallos 332:2715). RAMÍREZ BOSCO, Luis, *La libertad sindical y la libertad de negociar colectivamente*, TYSS, 2014, pp. 938/952.

⁸⁹ Cfr. arts. 18 y 19 ley 14.250 (1953).

⁹⁰ GOLDÍN, Adrián, *Prólogo* en MUGNOLO, Juan Pablo, *Estructura de la Negociación Colectiva La influencia de la intervención estatal*. Ed. Ediar, p. 13. En mismo sentido, RAMÍREZ BOSCO, Luis, *La libertad sindical y la libertad de negociar colectivamente...cit.*

⁹¹ Cfr. art. 8 ley 14.250 (1953)

⁹² Nos referimos a las denominadas “cláusulas de solidaridad” o “contribuciones de solidaridad”, pactadas en los CCT, y mediante las cuales las partes acuerdan el descuento “en nómina” de cotizaciones cuyo pago estará a cargo de trabajadores “no afiliados” al sindicato y que serán a favor de dicha entidad.

⁹³ Nos referimos al Procedimiento Preventivo de Crisis instaurado por ley n° 24.013 (1991) Ley de Empleo.

⁹⁴ Nos referimos por ejemplo a la posibilidad legal que tienen las partes colectivas de acordar el pago por parte del empleador de prestaciones “no remunerativas”, es decir, de sumas exentas de pagar las denominadas “cargas sociales”, con excepción del régimen de Obras Sociales (Cfr. art. 223 bis LCT).

⁹⁵ Doctrina que dimana de la secuencia jurisprudencia compuesta de una serie de pronunciamientos del Tribunal (fallos 327:326; 313:664; 316:2624) y que exige para la validez de la derogación señalada la existencia de una situación excepcional de emergencia social y económica y respeto al principio de razonabilidad.

⁹⁶ Se trata de la declaración de inconstitucionalidad de las “Sumas no remunerativas” previstas en Convenios Colectivos de Trabajo homologados por la autoridad administrativa por entenderlos contrarios a los dispuesto en el Convenio OIT n° 95 Sobre la Protección del Salario (1949), ratificado por nuestro país. Fallo de la CSJN del 04/06/2013 dictado en el expediente “Díaz, Paulo Vicente c/Cervecería y

Respecto al instrumento de la “disponibilidad colectiva” y tras su notoria irrupción en la década neoliberal, según se señalara en la introducción de esta parte del informe, en la actualidad existen pocos aspectos en los cuales la capacidad creadora de derechos y obligaciones de los sujetos colectivos tenga la virtualidad jurídica de poder derogar disposiciones normativas de fuente legal⁹⁷ y prima aquí entonces lo dispuesto por la LCT en relación a que los Convenios Colectivos serán válidos y de aplicación en tanto y en cuanto resulten más favorables al trabajador en relación a lo dispuesto por la ley sobre el punto en particular⁹⁸. Y esto último sea quizás el aspecto más relevante en nuestra actualidad jurídica sobre el punto, la idea de que el derecho de los gremios de negociar colectivamente se comprende básicamente como un modo de mejorar las condiciones de trabajo impuestas por la ley.

c. Implicancias respecto al contenido y las formas en el ejercicio de medidas de acción directa.

El derecho de huelga está garantizado a los gremios a texto expreso en nuestra Constitución Nacional⁹⁹ y también se comprende mentado en el Convenio de la OIT n° 87 Sobre la Libertad Sindical y de Protección del Derecho de Sindicación (1948), ratificado por nuestro país y de jerarquía Constitucional.¹⁰⁰

El derecho de huelga no cuenta con una legislación exhaustiva y fundamental que lo reglamente o limite sino sólo con ciertas restricciones que se establecen frente a su ejercicio concreto. Es el caso de la ley n° 14.786 (1959) De conciliación obligatoria y de arbitraje voluntario, que prescribe en torno a un ámbito de diálogo y negociación de carácter previo a la adopción de medidas de acción directa y de lo dispuesto por el art. 24 de la ley n° 25.877 (2004) Ley de Ordenamiento del Régimen Laboral para el supuesto de huelga que afecte “servicios esenciales”¹⁰¹.

No obstante esta apertura y reconocimiento constitucional, en este tema y al igual que lo que ocurre con los demás incluidos en el género de las relaciones colectivas de trabajo, las características de nuestro “modelo sindical” tienen un indudable impacto negativo. En este caso particular y nuevamente, la cuestión gira en torno al derecho que tiene la asociación sindical dotada del atributo de la “personería gremial” para representar, de manera exclusiva y excluyente, los intereses colectivos de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito de representación¹⁰². Una circunstancia que conduciría entonces a suponer que el derecho de huelga les está vedado al resto de las asociaciones sindicales (las “simplemente inscriptas”) o a cualquier grupo de trabajadores, si mediante él se pretende reivindicar cualquier derecho o interés de naturaleza colectiva.

Sin embargo esto no es tan así y más allá de que la cuestión de la titularidad del derecho de huelga es un tema debatido en nuestra doctrina, lo cierto es que la particular amplitud del derecho en su formulación constitucional, que ciertamente permite su

Maltería Quilmes”

⁹⁷ Constituye la excepción que confirma la regla el proyecto de ley sobre “teletrabajo” que remite todo lo relativo al establecimiento de condiciones de trabajo para el sector al instrumento de la disponibilidad colectiva (Cfr. art. 2 Proyecto de Ley Sobre Teletrabajo elaborado por la Comisión de Teletrabajo del MTEySS).

⁹⁸ Cfr. art. 8 LCT.

⁹⁹ Cfr. art. 14 bis.

¹⁰⁰ Cfr. art. 3, y según doctrina de los órganos de control de la OIT, la que en nuestro ámbito conforma interpretación auténtica (cfr. art. 75 inc. 22 CN y doctrina judicial de nuestra CSJN, Fallo 318:514).

¹⁰¹ Disposición reglamentada por Decretos del PEN n° 272/2006 y n° 362/2010.

¹⁰² Cfr. art. 23.b ley n° 23.551 (1988) Ley Asociaciones Sindicales.

ejercicio amplio, con libertad de formas y manifestaciones¹⁰³; la circunstancia de una intervención deparada por ley a la autoridad administrativa laboral de sólo mediación frente al conflicto suscitado¹⁰⁴; las consecuencias de una aceptación amplia y generalizada de la doctrina de los organismos de control de la OIT en la materia (especialmente de la que dicta la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones –CEACyR- y del Comité de Libertad Sindical -CLS-)¹⁰⁵; y fundamentalmente considerando las propias características prácticas y perceptibles del derecho en cuestión, de su manifestación espontánea y notoria, resultan todos datos que provocan o conducen a que mediante el ejercicio del derecho de huelga se exteriorice, visualice y se exprese con mayor o menor contundencia un reclamo que de manera directa o indirecta, y quizás complementando o secundando un reclamo o petición concreta, cuestiona y enfrenta al mismo tiempo al “modelo sindical” vigente.

Así, en los últimos años ocurrió una proliferación creciente de casos donde los delegados sindicales integrantes de las “comisiones internas” de distintas empresas, quienes deben necesariamente y por mandato legal ser a su vez afiliados del sindicato con personería gremial que tiene representación allí¹⁰⁶, confrontan de un modo desembozado y directo con la dirección del sindicato al que pertenecen cuestionando la legitimidad de la autoridad y dirección que éstos pretenden ejercer a la vez que reclamando y exigiendo, a lo menos, cierta autonomía decisional.¹⁰⁷

Así las cosas y a modo de conclusión, podemos afirmar que la generosa amplitud reconocida por nuestro sistema normativo al derecho de huelga, que es un modo cierto y esencial de participación de los trabajadores organizados en la vida social y económica de la comunidad, no sólo laboral, se ve en algún punto seriamente limitada como instrumento reivindicatorio, aunque no impedida ni deslegitimada, por las férreas características del “modelo sindical” vigente.¹⁰⁸

¹⁰³ Lo que no significa negar las denuncias efectuadas contra, en algunos casos, gravísimos hechos de represión de parte de las fuerzas de seguridad de distinto ámbito, ni tampoco de los fundados reclamos formulados por distintas organizaciones frente a una intervención ciertamente restrictiva de la Justicia. No obstante lo señalado, creemos que tales hechos no resultan representativos de una actuación normal ni previsible en nuestro país frente a una huelga declarada o en general frente a cualquier hecho de protesta social, y esto lo entendemos así sea cual fuere el colectivo que lo organice y/o ejecute o la pretensión o reclamo que se pretenda reivindicar mediante aquél.

¹⁰⁴ Tras la derogación de la ley 16.936 (1969) de Arbitraje Obligatorio. Por cierto que esto no resulta óbice a que exista cierto “manejo” discrecional del conflicto de parte de la autoridad gubernamental según estrictos criterios de naturaleza política.

¹⁰⁵ Aceptación que se evidencia en la remisión expresa efectuada por la ley a los principios establecidos por la organización internacional, según surge del texto de las disposiciones ya mencionadas y destinadas a la reglamentación del derecho de huelga en “servicios esenciales”; como también de la propia actitud de las representaciones letradas de los colectivos involucrados de acudir ante dichos organismos en reclamo; como también de la propia actitud jurisprudencial en la especialidad, tan receptiva de dichos criterios en ésta como en otras áreas de la temática laboral; entre otros elementos o datos significativos.

¹⁰⁶ *Cfr.* art. 40 ley n° 23.551 (1988) Ley de Asociaciones Sindicales y conforme la realidad sindical en nuestro país, según su estado actual de desarrollo, que torna prácticamente imposible que un afiliado de una asociación sindical simplemente inscripta pueda resultar elegido delegado y ejercer la representación sindical en la empresa.

¹⁰⁷ Ha sido este el caso del conflicto entre los delegados del personal de subterráneos de Buenos Aires (“metrodelegados”) en conflicto con la dirección de la Unión Tranviaria Automotor (UTA); el caso de los delegados de la “comisión interna” de la empresa LEAR en conflicto con la dirección del Sindicato de Mecánicos (SMATA), el de la “comisión interna” de la empresa KRAFT FOODS con la dirección del Sindicato Trabajadores de la Industria de la Alimentación, entre otros.

¹⁰⁸ La importante presencia de esta clase de conflictos en el 2014 ha sido relevado por el Observatorio de Derecho Social de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA).

- d. La exigibilidad del derecho de información y su relación con la acción gremial en la negociación colectiva en particular.

En el contexto de la negociación colectiva resulta imprescindible que el derecho al acceso de la información se ejerza y ponga en práctica con toda su plenitud. La ley n° 23.546 (t.o. 2004) sobre el Procedimiento para la Negociación Colectiva lo prevé como una de las manifestaciones del deber de negociar de buena fé.¹⁰⁹

El referido dispositivo normativo requiere que quienes negocien brinden datos sobre la distribución de los beneficios de la productividad y sobre la situación actual del empleo con previsiones sobre su futura evolución. Por su parte y respecto de la negociación colectiva entablada a nivel de empresa la disposición en cuestión exige informar respecto de la situación económica de la empresa, el sector, su contexto y además también en cuanto al costo laboral unitario, causales e indicadores de ausentismo, innovaciones tecnológicas y organizaciones previstas, organización, duración y distribución del tiempo de trabajo, siniestralidad laboral y medidas de prevención, así como respecto a los planes y acciones en materia de formación profesional.

El costo laboral unitario relaciona el salario con la productividad del empleo y permite entonces obtener información del equilibrio entre los dos términos; las causales e indicadores del ausentismo importan por cuanto si bien las empresas necesitan de la presencia y puesta a disposición del trabajador para sostenerse y evolucionar positivamente, deberá analizarse en qué medida las ausencias pueden estar vinculadas a situaciones de posible violencia laboral, accidentes o enfermedades laborales causadas por deficiencias en la seguridad e higiene, comportamientos de indisciplina, etc., que puedan ser corregidos anticipadamente en sus efectos perniciosos; la información en punto a innovaciones tecnológicas se puede vincular al conocimiento de la inversión de los beneficios de la productividad pero también con la necesidad de implementar planes de capacitación y formación profesional que aseguren la empleabilidad futura; el deber de informar sobre la organización duración y distribución del tiempo de trabajo vincula tiempo de trabajo, descanso, salud, salario y productividad; la información sobre la siniestralidad laboral y medidas de prevención coadyuvan con fines de control¹¹⁰ y están en conexión con otros aspectos como la inversión de los beneficios, el ausentismo y otros componentes que llevan a adaptar las necesidades de competitividad y adaptabilidad del mercado exigidas por las empresas con los términos del trabajo decente; por último y en cuanto a la necesidad de informar respecto de los planes y acciones de formación profesional, agregamos que la reforma de la ley n° 24.576 (1995) tras reconocer a la promoción profesional y la formación en el trabajo en condiciones igualitarias de acceso y trato como un derecho fundamental para todos los trabajadores y trabajadoras, incorporó a la Ley de Contrato de Trabajo la obligación de dar a conocer a las entidades sindicales la información sobre la evolución de la empresa, sobre innovaciones tecnológicas y organizativas y toda otra que tenga relación con la

¹⁰⁹ Cfr. art. 4 de la ley 23.546 ap. III. Esta modificación ha sido entendida en doctrina como una forma de demostrar la voluntad estatal de estimular la negociación colectiva luego de un prolongado estancamiento de las rondas de negociación, aconsejando el obrar correcto a las partes. ELIAS, Jorge, *Procedimiento de la negociación*, en ACKERMAN, Mario (dir.) *Tratado del Derecho del Trabajo*. T° VIII, Capítulo IV, ps. 244 y sgtes. Ed. Rubinzal – Culzoni.

¹¹⁰ Otra de los aspectos vinculados con el acceso a la información de la empresa es el control en materia de seguridad, salud e higiene laboral, al que se refieren entre otros por los Convenios de la OIT n° 148 Sobre medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones) (1977), no ratificado por nuestro país, y el n° 155 Sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981), ratificado por nuestro país.

planificación de acciones de formación y capacitación profesional.¹¹¹ Destacamos que la norma tiende a poner en cabeza del empleador el deber de informar, quien es quien cuenta en su poder con los datos requeridos.

Por otra parte, y a fin de hacer efectivas sus prescripciones, se prevé una acción judicial autónoma que encuadra la conducta reticente dentro del concepto de “práctica desleal”. Con ella puede obtenerse el cese del comportamiento contrario al deber de negociar de buena fe con más la aplicación de una multa que puede alcanzar hasta un máximo del 20% del importe salarial de los trabajadores comprendidos, incrementarse en un 10 % por cada día de demora en acatar la manda judicial o reducirse en caso de cese de la conducta. La norma también prevé la aplicación de astreintes regulada en el artículo 666 bis del C.C.¹¹²

La referida Ley de Procedimiento para la Negociación Colectiva especifica también el deber de informar del empleador a los trabajadores a través de la representación sindical en contexto de los procedimientos preventivos de crisis.¹¹³ Principalmente se debe informar o dar cuenta de las causas y circunstancias que motivaron la iniciación del procedimiento y especialmente en materia de: mantenimiento del empleo; movilidad funcional, horaria o salarial, innovación tecnológica y cambio organizacional, recalificación y formación profesional de los trabajadores, reubicación interna y externa de trabajadores y programas de reinserción laboral, aportes convenidos al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y sobre programas de apoyo a la generación de micro emprendimientos para los trabajadores afectados.¹¹⁴

Relevamos aquí también distintos proyectos de ley que han pretendido asegurar y el derecho de información y consulta sobre la vida de la empresa que pueda afectar los derechos de los trabajadores. Entre ellos figura el Proyecto de Ley denominado “Por los Derechos del Trabajador. Progreso con Justicia Social” presentado mediante el instituto de “iniciativa popular”¹¹⁵ y que reúne distintas propuestas bajo el título “Derecho de participación, información y consulta”¹¹⁶. Con mayor énfasis la propuesta de la Carta Sociolaboral Latinoamericana incluye el “Derecho a la verdad, y de información y consulta, en todos los temas relativos a la vida de la empresa que puedan afectar a los trabajadores”. Haciendo hincapié de tal forma en la necesidad de que la información que se brinde supere el test de veracidad.

¹¹¹ Es de señalar que la norma aún no ha sido reglamentada. Ver el tema de la formación profesional *in extenso* en D'ANUNZIO, Angel y MANCUSO, Germán en Régimen de Contrato de Trabajo Comentado. Miguel Angel MAZA, Director, Tomo II, La Ley 2012.

¹¹² Algunos autores plantean incluso la viabilidad de una acción de daños y perjuicios contra la parte que incumple el deber de informar. Se pronuncian en ese sentido: IZQUIERDO, Roberto, *Reflexiones sobre el deber de negociar y la ultraactividad del convenio a propósito de la intervención del Estado en la negociación colectiva*, TySS, 1995, p. 495, SIMÓN, Julio Cesar y AMBESI Leonardo J. *Las obligaciones de negociar de buena fe en la negociación colectiva*, DT, 1997-A-3. citados por ELIAS, Jorge, ob. cit. p. 253 nota al pie n° 23.

¹¹³ Cfr. art. 4 inc. c.

¹¹⁴ Esta exigencia debe analizarse conjuntamente con las previsiones de la ley n° 24.013 (1991) Ley Nacional de Empleo, ya que en los casos de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas que afecten a un número de trabajadores de la empresa que exceda el porcentaje de la dotación que la ley establece, se debe sustanciar, previamente el procedimiento preventivo de crisis que dispone el capítulo VI del Título III (De la promoción y defensa del empleo). Cfr. arts. 98 a 105 de la ley citada.

¹¹⁵ Mecanismo previsto en el art. 39 de la CN y reglamentado por ley n° 24.747 (1996).

¹¹⁶ En el capítulo I, Régimen básico, es de señalar que el mismo asegura el derecho de información y consulta no solo a las asociaciones sindicales sino también a los trabajadores. Una reproducción completa del mismo puede leerse en RECALDE, Héctor P., CIAMPA, Gustavo y RECALDE, Mariano, *Una nueva ley laboral. Ley 25.877*, Ed. Corregidor, 2005.

Por último resta referirse al deber de elaborar y comunicar el contenido del llamado “Balance Social” originalmente previsto en la ley n° 25.250 (2000) y que actualmente y tras la reforma por la Ley de Ordenamiento del Régimen Laboral se ubica como complemento del deber de informar en el procedimiento de negociación colectiva y en los procedimientos preventivos de crisis como materialización del deber de negociar de buena fe que precedentemente hemos tratado¹¹⁷. Se enumeran como contenidos del “Balance Social”: el Balance general anual, cuenta de ganancias y pérdidas, notas complementarias, cuadros anexos y memoria del ejercicio; estado y evolución económica y financiera de la empresa y del mercado en que actúa; incidencia del costo laboral; evolución de la masa salarial promedio. Su distribución según niveles y categorías: evolución de la dotación del personal y distribución del tiempo de trabajo; rotación del personal por edad y sexo; capacitación; personal efectivizado; régimen de pasantías y prácticas rentadas; estadísticas sobre accidentes de trabajo y enfermedades inculpables; tercerizaciones y subcontrataciones efectuadas.¹¹⁸

Relevamos que la doctrina ha planteado algunas críticas en cuanto a la inexistencia de previsión de una sanción por incumplimiento¹¹⁹. No obstante ello relevamos que puede entablarse la acción por “práctica desleal” que se prevé ante el eventual incumplimiento del deber de negociar de buena fe.¹²⁰

e. Participación de las asociaciones gremiales en instituciones de Diálogo Social y en el servicio de Inspección Laboral.

Más allá de la negociación colectiva existe prevista una participación concreta de las representaciones de asociaciones gremiales de trabajadores en distintos y variadas instituciones de Diálogo Social dedicadas a distintos aspectos del mundo de las relaciones de trabajo asalariado. Así, se registran tales intervenciones en la elaboración de proyectos de ley¹²¹; en la lucha por la efectiva erradicación del trabajo infantil, tanto

¹¹⁷ La ley n° 25.250 (2000) exigía el cumplimiento de elaboración y comunicación del “Balance Social” para empresas de más de 500 trabajadores, en cambio la ley de Ordenamiento Laboral lo requiere para empresas de más de 300 trabajadores. El número de trabajadores ocupados como límite para el cumplimiento de información del Balance Social, no resulta un tema menor ya que en nuestro país las empresas alcanzadas por tal obligación resultan ser las menos en función de tales parámetros. Ver al respecto el informe de PAJONI, Guillermo ‘Balance Social’ en VV.AA., *Reforma Laboral. Ley 25.877*. Luis Enrique RAMIREZ (Dir.), Ed. Nova Tesis, p. 217.

¹¹⁸ Debe considerarse que los contenidos que se exigen en el “Balance Social” son complementarios del resto de las materias que se requieren en el deber de informar durante la negociación colectiva y por supuesto el procedimiento preventivo de crisis por una parte y por otra que la última de las referencias al deber de incluir información específica respecto de las tercerizaciones y subcontrataciones resultan un dato fundamental e imprescindible con el que deben contar los trabajadores, debido a las dificultades que la implementación de esas técnicas empresarias provocan a la hora de definir el sujeto responsable (en sentido amplio) los encuadramientos sindicales y a la vez convencionales.

¹¹⁹ OJEDA, Raúl, *Derecho a la información y diálogo social en Reforma Laboral. Ley 25.877*. AAVV. Rubinzal Culzoni Editores, ps. 231/250. En el mismo sentido RECALDE, Héctor P., CIAMPA, Gustavo y RECALDE, Mariano, *Una nueva ley laboral. Ley 25.877*, ob. cit., quienes refieren a la inclusión de un régimen sancionatorio en la iniciativa popular ley n° 24.747. La crítica se puntualiza en torno a la posibilidad de guardar secreto por parte de la entidad sindical en tanto solo se exige expresamente la confidencialidad respecto de la copia que debe obrar en el Ministerio de Trabajo o a la ausencia de requisitos formales que avalen que la información brindada en el “Balance Social” goce de presunción de veracidad.

¹²⁰ *Cfr.* art. 53 ley n° 23.551 (1988) Ley de Asociaciones Sindicales.

¹²¹ Nos referimos a la “Comisión de Teletrabajo” creada por el Ministerio de Trabajo y Empleo y Seguridad Social (MTEySS) en el año 2003, y cuya labor culminó con un proyecto de ley para la actividad. Por otra parte y en la actualidad también se proyecta una participación de las asociaciones sindicales junto con las empresariales más la de académicos del área en la elaboración de un proyecto de

urbano¹²² como rural¹²³; en materia de Seguridad Social¹²⁴; y en la determinación del Salario Mínimo Vital y Móvil¹²⁵.

Por otro lado, destacamos que en fecha reciente (fines del año 2014) y tras la reunión de representantes de los Consejos Económicos y Sociales de seis de las veinticuatro Provincias de nuestro país, se creó el denominado “Consejo Federal Económico y Social de la República Argentina”. Una entidad de articulación y confluencia de los distintos Consejos existentes y que se comprende de existencia provisoria y necesaria sólo hasta tanto se conforme un Consejo Económico y Social de carácter nacional, lo que es ya un viejo anhelo en nuestro país. Recordamos que tales Consejos son entidades de carácter consultivo y de asesoramiento en materia social, económica y laboral y expresan una composición y estructura de tipo tripartito.

En materia de Inspección Laboral, la referida Ley de Ordenamiento Laboral creó el “Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social” (SIDITYSS), ámbito donde se prevé la participación coordinada y la colaboración de las entidades representativas de los trabajadores y de los empleadores¹²⁶. Colaboración que por otra parte exige y resulta cumplimiento de lo dispuesto por el art. 5, inc. b, del Convenio OIT n° 81, de la inspección del trabajo, de 1947, como también del art. 13 del Convenio OIT n° 129, de la inspección del trabajo (en la agricultura), de 1969, ambos instrumentos normativos internacionales aprobados y ratificados por nuestro país.

sanción del que se ha denominado “Código de Trabajo Unificado”.

¹²² La Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI), organismo que cuenta también con la participación de organizaciones empresariales y eclesíásticas.

¹²³ Materializada en la suscripción del “Protocolo de intención para la prevención y erradicación del trabajo infantil en la agricultura”, del que participaron representaciones del Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), la OIT, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la CONAETI, la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación, la CGT, la Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines (UITA) y entidades pertenecientes al sector agropecuario.

¹²⁴ Participación en el Consejo Asesor de la Administración Federal de Ingresos Brutos (AFIP). Organismo integrado también por representantes de reparticiones gubernamentales, de obras sociales y del sector de los empresarios.

¹²⁵ A través de la participación, cada año, en el “Consejo del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital”, que es un ámbito institucionalizado y permanente de diálogo tripartito y multisectorial de propósitos variados.

¹²⁶ Conf. art. 29 inc. e) ley n° 25.877 (2004).