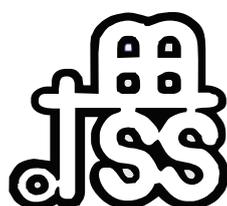


**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**



ANUARIO

2013

Año IV - NÚMERO 4



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

**ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Presidente	GRACIELA A. GONZÁLEZ
Vicepresidente	JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE
Secretaria	ANA BARILARO
Tesorero	LEONARDO AMBESI
Vocales titulares	LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ JOSÉ TRIBUZIO LAURA CHAHER JORGE GARCÍA RAPP ESTEBAN CARCAVALLO GUSTAVO FERRANTE
Vocales suplentes	SILVIA GUTIÉRREZ GARAY MIGUEL A. GORLA
Revisores de cuentas	JUAN P. MUGNOLO ALEJANDRA LEIRO MARÍA TERESA ALONSO PARDO

Anuario

Asociación Argentina de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

(A. A. D. T. y S. S.)

EDITORA RESPONSABLE

GRACIELA A. GONZÁLEZ

SECRETARIA DE REDACCIÓN

LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

CONSEJO DE REDACCIÓN

RICARDO A. GUIBOURG

JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE

ALBERTO L. RIMOLDI

ANA BARILARO

Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 4 / dirigido por Graciela González - 1ª ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2014.
264 p. ; 23 16 cm
ISBN 978-987-30-0513-8
1. Derecho del Trabajo. I. González, Graciela, dir.
CDD 344

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.
Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> , por JULIO SIMON.	9
<i>La huelga y su definición</i> , por MARIANO CANDAL.	15
<i>Proyección de los fallos de la Corte Suprema en materia de libertad sindical</i> , por JUAN MANUEL DOMÍNGUEZ.	37
<i>Acción “directa” y conciliación: apostillas y conjeturas sobre el procedimiento de solución aplicable a la huelga y el lock-out</i> , por HÉCTOR OMAR GARCÍA.	85
<i>Fuentes del Derecho del Trabajo. Los convenios colectivos</i> , por GABRIELA CELESTE PALMIERI.	119
<i>La libertad sindical de negociar colectivamente</i> , por LUIS RAMÍREZ BOSCO.	161
<i>La democracia sindical en la Argentina</i> , por JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE.	191
<i>Libertad sindical</i> , por JORGE J. SAPPÍA.	215
ÍNDICE SUMARIO.	261

PRESENTACIÓN

Cuando se me propuso hacer este *Prólogo* tomé conocimiento, con gran alegría, de que la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social había decidido hacer un *Anuario* sobre una parte del Derecho Colectivo del Trabajo, que para mí, como señalé en otras oportunidades¹, no sólo es la rama más típica y específica del Derecho del Trabajo sino la más importante, ya que no comparto la doctrina que pretende que el Derecho Colectivo es funcional al Derecho individual sino que, para mí, por el contrario, es el individual el que es funcional al Colectivo, rama ésta que no sólo alumbró al Derecho del Trabajo, sino que mantiene su preponderancia y especificidad y es alrededor de la cual giran, a imagen y semejanza de un sistema como el solar, las restantes instituciones de esta rama del Derecho.

El número está compuesto por siete artículos de doctrina. Sin perjuicio de que más adelante trataré, muy brevemente, casi con una única pincelada y, aun así, incompleta, cada uno de ellos, debo señalar una característica común, son todos trabajos serios, bien argumentados y bien escritos. Y si bien algunos son de quienes comienzan el difícil y siempre inacabado camino del publicista, otros se hallan en el lado opuesto del camino –con muchos títulos y honores a cuestas– y otros transitando el maravilloso y único momento en que la madurez intelectual se suma a una brillantez psicofísica que produce esos deslumbrantes cuadros que todos admiramos, se comparta o no la visión del artista. También debo señalar que se advierte en dichas contri-

¹ Conf. mi *Introducción al Derecho Colectivo del Trabajo*, en *Digesto Jurídico*, La Ley, Buenos Aires, 2012.

buciones que el mundo jurídico no empieza y acaba en la norma, que es tan importante ésta como el valor, ideología o escala ética y lo fáctico, la conducta o realidad.

El doctor Candal escribe sobre *La huelga y su definición*, analizándola desde un punto de vista fenomenológico y exponiendo con lucidez los peligros que entraña su definición jurídica, peligros que también señala el doctor Héctor García, ya que para ambos autores, en opinión compartida con gran parte de la doctrina, la definición siempre pone límites, un corset interesado la mayor parte de las veces, pero como Justo López señalara oportunamente simultáneamente aleja la posibilidad del ilícito, ya que el ejercicio de un derecho no torna ilícito ningún acto. En fin, como él mismo advierte el recurso de la huelga puede ser abordado desde distintas perspectivas, y, agregando yo, lo merece, siendo el trabajo que nos ocupa un buen ejemplo de otro punto de vista.

Juan Manuel Domínguez trata sobre *Proyección de los fallos de la Corte Suprema en materia de libertad sindical*, tema este que ha ocupado muchas páginas, casi todas justificadas, dada la trascendencia de esa jurisprudencia. Con inusual franqueza el autor registra la nula receptividad que los Poderes Legislativo y Ejecutivo han otorgado a la interpretación de la más alta autoridad judicial del país, y sus negativas consecuencias. Recuerda la tardía admisión que en la materia mereció la inconstitucionalidad del artículo 31, inciso 1º, de la Ley de Riesgos, derogado recién el año pasado por una ley que, en algunos puntos, tiene una dudosa legitimidad. Un nuevo aporte, valioso, al análisis del tema.

Héctor Omar García, escribe sobre *Acción “directa” y conciliación: apostillas y conjeturas sobre el procedimiento de solución aplicable a la huelga y el “lock-out”*, demostrando una vez más que es un referente importante e ineludible en la materia en estos momentos. Su análisis coincide, parcialmente, con el que hace unos años señaló, aunque sin tanta precisión y profundidad, el llamado “Grupo de expertos”, con la presidencia de Oscar Valdovinos, sobre la necesidad urgente de implementar un nuevo sistema de procedimiento en materia de solución de conflictos y que ahora pareciera aún más urgente y necesario. Ello ante el reiterado alzamiento de los actores sociales contra las decisiones que en esta materia emanan tanto del Ministerio

de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, como de organismos provinciales. ¿Es que la venerable ley 14.546 ha perdido el prestigio que tenía en otras épocas? ¿Es que se ha agotado su eficacia por el paso del tiempo? ¿Es que ese procedimiento –que antaño tanto empresarios como trabajadores respetaban, utilizaban e incluso impulsaban– en su aplicación se ha deslucido por la falta de respeto que las autoridades en la materia, a partir de manejos políticos inadecuados, despiertan? Lo único cierto es el resultado. El autor demuestra gran erudición y hace propuestas concretas que merecen escucharse.

La doctora Graciela Celeste Palmieri trabajó sobre *Fuentes del Derecho del Trabajo. Los convenios colectivos* y su seria investigación avala las palabras que encabezan este *Prólogo*, tanto en lo que hace a la jerarquía de nuestra materia como en la necesidad de apreciarla con una visión holística que no se detenga en lo meramente normativo. Ello sin dejar de analizar que la ubicación jerárquica del convenio colectivo respecto de la ley puede dar lugar a otras visiones, también respetables.

Luis Ramírez Bosco hace una crítica integral al sistema de negociación colectiva tal como se desarrolla en nuestro país. El autor sostiene que, aun juzgado a través de los críticos fallos de la CSJN y doctrina desarrollada en consecuencia, el llamado “modelo sindical argentino” prevalece sin cuestionamientos en nuestro medio, lesionando gravemente el principio de libertad sindical de empleadores y trabajadores; a la par reflexiona cómo a través de los años el movimiento sindical construido en su consecuencia, con exceso de concentración y fortaleza, se ha ido adueñando monopólicamente de la negociación colectiva y simultáneamente se ha dado en la Nación un desconocimiento creciente del derecho de propiedad que produce un desequilibrio más atentando sobre derechos fundamentales. Más allá de que, personalmente, no estoy de acuerdo con ese desarrollo que se formula secuencialmente en 59 puntos, comenzando con la pretendida fortaleza de los sindicatos y su concentración –baste recordar que en Alemania existen sólo doce federaciones sindicales que cubren en su negociación la totalidad del empleo dependiente y parte del parcialmente autónomo– y sobre la *capitis diminutio* del derecho de propiedad, con sólo analizar el Proyecto de Código Civil y Comercial

se advierte lo contrario, y terminando con la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema que sólo otorga a los sindicatos con personería gremial “prioridad” para negociar colectivamente y no “exclusividad”, lo cierto es que el trabajo que comentamos es profundo, serio y aliento su lectura tanto para aquellos que tienen su misma opinión, como para los que aún no han formado opinión al respecto y los que, como yo, sostienen lo contrario, parcial o totalmente.

Es, como todos los que componen el volumen, muy interesante y muy fundado el trabajo de Rodríguez Ponte, quien tiene una visión crítica tanto del sistema sindical tal como se plantea normativamente cuanto se traduce en una realidad donde el verticalismo y centralismo es acompañado por una excesiva burocratización a criterio del autor. Criterios estos que aconsejan una reforma proveniente principalmente de los propios trabajadores que hagan realidad los preceptos de democracia, libertad e igualdad sindical. Agregó que más allá de que la democracia es en nuestra materia un mandato específico de la Constitución Nacional y que la misma presupone, a mi entender, la libertad y la igualdad, lo cierto es que los defectos que el autor indica –que son indiscutibles en algunos casos, aunque no en todos– se extienden a mi modesto entender a casi todos los estamentos dirigentes de la República Argentina. Así vemos que en instituciones sin fines de lucro, o que tendrían que ser tales, como por ejemplo la AFA, existe un presidente con más de treinta años de ejercicio, pese a numerosos cuestionamientos, que en la política los mismos nombres giran como en una calesita y que cuando alguno tiene un cargo con plazo de mandato inmediatamente pretende extenderlo –en algún caso más allá de lo que las normas permiten–, o que dirigentes empresarios, cuyas caras marcan las tendencias decisivas en el campo de los negocios, se ven manchados periódicamente por sus relaciones con el poder administrador. Todo esto hace que nos encontremos frente a una problemática generalizada y que la visión del autor quizás sea propicia para abarcar otros fenómenos de la vida social argentina. Es, me pregunto, la crisis de la dirigencia argentina un problema de sistema o es de carácter cultural, esto último terriblemente más grave a mi pobre entender.

El profesor Jorge J. Sappia, con la claridad y sabiduría a que nos

tiene acostumbrados, se plantea si el sistema sindical argentino está o no adecuado al esquema de libertad sindical elaborado por la OIT, caso contrario, ¿qué medidas podrían tomarse para adaptarlos? Concluye, como otros trabajos reseñados, que el Parlamento argentino dé una respuesta vigorosa al avance judicial sobre el modelo sindical, preservando el sistema actual, pero modernizándolo y haciendo posible el desplazamiento de la personería gremial. Conclusión, resumida por mí como ocurre en todos los casos, que merece una atenta lectura.

Espero haber despertado en quien lea estas líneas la inquietud de abocarse a la lectura profunda de los trabajos contenidos en el *Anuario* de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ya que son ellos los verdaderamente valiosos, a la par que agradezco se me haya distinguido con la oportunidad de ser uno de los primeros en poder acercarme a tan valiosos textos.

JULIO SIMÓN

LA HUELGA Y SU DEFINICIÓN

por MARIANO CANDAL

...va manifiestamente contra la ley de la naturaleza, de cualquier manera que se la defina, que un niño mande sobre un viejo, que un imbécil dirija a un hombre discreto y que un puñado de gentes rebose de cosas superfluas mientras la multitud hambrienta carece de lo necesario*.

SUMARIO: a) El “hecho” de la huelga. b) Contexto socio-político generador del fenómeno de la huelga. c) Definición, ideología, lenguaje, pragmática. 1) Definición jurídica de la huelga. 2) La definición de la huelga en la OIT. d) A modo de conclusión.

a) El “hecho” de la huelga

El fenómeno de la huelga o del “recurso a la huelga”, como lo trata la Organización Internacional del Trabajo, puede ser abordado desde distintas perspectivas, por cierto, todas ellas muy ricas y contradictorias.

La historia reciente muestra que se trata de un fenómeno de una inmensa relevancia social que, por su amplitud y vigor, trasciende cualquier tentativa reduccionista.

Por ello el abordaje al estudio de la huelga no puede soslayar su costado fenoménico.

Evidentemente, la huelga no es un derecho ni una autorización legal. Es un fenómeno, un hecho fenoménico, cuyo marco es la sociedad.

* JEAN-JACQUES ROSSEAU, discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres.

Así lo entendió Francisco de Ferrari al sostener que “la huelga es el nombre que se da a un modo de ejercer en forma concertada derechos cuya legitimidad no está en tela de juicio y que, si es así, la huelga es nada más que un hecho”¹.

A él se suma Ernesto Krotoschin, quien lo identifica como “el fenómeno sociológico de la huelga”².

Scelle, por su parte, sostuvo que es imposible edificar una teoría jurídica de la huelga. Entiende que existe una antinomia irreductible entre la fuerza y el derecho. Es una cuadratura de círculo³.

Ya Rousseau en el *Contrato social* señaló que “Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; es un acto de prudencia. ¿En qué sentido podría ser un deber? En otras palabras, si el derecho es poder jamás es obedecido como tal, sino por su fuerza; el hombre cede a la fuerza antes que al derecho; no hay cumplimiento de una obligación, sino sumisión a una potencia; la fuerza no hace derecho”.

En forma coincidente, Krotoschin enseña que “el derecho de huelga –como el derecho a la guerra– se tolera más que se otorga”⁴.

Por lo demás, en el debate que precedió a la sanción de la Constitución de 1949, el constituyente Salvo dijo que la huelga era “un hecho más que un derecho”.

Esta circunstancia no fue ponderada por los “definidores jurídicos” de la huelga.

Todos ellos soslayaron su carácter fenoménico y ensayaron una *definición jurídica* de la huelga con el único propósito de limitar su desenvolvimiento. Para una precisa definición de la huelga debe recurrirse a elementos que son esenciales para su configuración, pero que trascienden el estrecho campo de “lo jurídico”.

Claro que esta dificultad no fue advertida o, al menos, fue subestimada por los juristas.

Desde antaño, múltiples operadores del Derecho pretendieron re-

¹ DE FERRARI, Francisco, *El derecho de huelga*, en *Derecho Sindical y de la Previsión Social*, dir. por Mario Deveali, t. 1, p. 81, N° 6.

² KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. 2, p. 822.

³ SCÉLLE, *Précis...*, p. 276, citado en NÁPOLI, Rodolfo, *Manual de Derecho Sindical*, p. 213.

⁴ KROTOSCHIN, ob. cit., p. 823.

ducir la huelga a su carácter meramente jurídico. Ello provocó, sin duda, una manipulación distorsiva del objeto de estudio y la consiguiente invalidez de los resultados obtenidos.

Los resultados de ese “error” son plausibles y sobre ellos tratarán las líneas siguientes.

b) Contexto socio-político generador del fenómeno de la huelga

Un estudio diacrónico del fenómeno de la huelga muestra su diferente consideración político-jurídica.

La huelga tuvo una innegable *infancia* delictiva. En su *adulthood* transitó momentos de “tolerancia” hasta que fue “constitucionalizada”.

Finalmente, en nuestros días disfruta de un presente de esplendor como integrante del elenco esencial de derechos humanos reconocidos por numerosos pactos internacionales.

Ahora bien, no cualquier estructura socioeconómica genera la aparición del fenómeno de la huelga.

Las concepciones que proponen una estructura económico-social en la que la titularidad de los medios de producción se encuentran en manos de los trabajadores, entre ellas las teorías de raigambre marxista, no incluyen en su lógica el fenómeno de la huelga.

En ellas, la huelga es un contrasentido, ya que, al no existir la figura del patrono, el conflicto social aparece negado o, al menos, desdibujado.

Tampoco tiene lugar la huelga en sociedades edificadas desde el corporativismo. La heterogeneidad de los componentes de la corporación provoca que los eventuales conflictos internos cuenten con carriles de negociación y de solución adecuados, en el seno de la propia organización.

Ejemplo de ello fue el sistema corporativo italiano, vigente desde 1922. En él los gremios sólo fueron un engranaje más de la máquina estatal que ejerció un fuerte control de una realidad económica que incluía la propiedad privada de los medios de producción.

Particularmente, en la Italia fascista, en 1926 se sancionó la ley sindical que abolió el derecho de huelga y los comités de fábrica.

Al estudiar los clásicos, hemos aprendido que existen dos posturas filosóficas claramente diferenciadas en la filosofía del Estado. Una de ellas, que iniciara Aristóteles en *La política*, está dirigida a sostener que la sociedad es un todo orgánico y que los conflictos suscitados en su seno son manifestaciones patológicas que deben ser superadas para recuperar la “totalidad”. Frente a ello se ubican las tesis que sostienen la normalidad del conflicto y que el progreso está marcado por la superación de los conflictos que aparecen como peldaños de una escalera infinita. El conflicto es, entonces, parte del camino a recorrer y no una desviación del trayecto. No hay totalidad. La acentuada conflictividad de las sociedades contemporáneas parece dar crédito a la segunda de las posturas.

Sin duda alguna, la huelga es el correlato de la sociedad edificada por el liberalismo económico del siglo XVII.

Si bien la historia muestra la existencia de movimientos que son considerados como antecedentes de la huelga, tales como la rebelión de Espartaco y los esclavos en el siglo I a. de C., lo cierto es que la huelga como fenómeno social es el lógico correlato de la Revolución Industrial.

En su fundamento teórico, los contractualistas sostuvieron que la sociedad civil es el resultado del acuerdo unánime alcanzado por aquellos que en un estadio anterior advirtieron la imposibilidad de lograr una convivencia pacífica. Para ello, haciendo uso de la *voluntad*, *crearon* un Estado de Derecho común a *todos* frente al cual *todos* debían declinar sus apetitos e intereses.

Aunque con distintos matices, las sociedades occidentales están forjadas desde las doctrinas contractualistas (al menos, desde un plano simbólico).

Las constituciones representan *contratos* en los que un grupo de personas que comparten un territorio dejan en claro cuáles son las conductas u omisiones permitidas y cuáles son las prohibidas. Son acuerdos jurídico-políticos que canalizan el ejercicio de la libertad natural, crean los órganos de gobierno y establecen los límites del poder.

Deliberadamente, las constituciones clásicas no se entrometieron

en las relaciones económicas de sus miembros. Los firmantes del denominado *contrato social* enajenaron parte de su libertad personal en aras de una convivencia *física y política* viable, pero no cedieron sus derechos económicos. Sólo se comprometieron a pagar impuestos para solventar los gastos que demande el sostenimiento de la estructura política creada.

De este marco, de cesión de derechos políticos y de fortalecimiento de las libertades económicas, surgió la primera generación de derechos humanos que se centra en el *no trespassing* del Estado⁵.

En forma paulatina se multiplicaron los propietarios de medios de producción “sedientos” de la mano de obra de otros para lograr alcanzar su propósito productivo.

Con anterioridad, el trabajo se organizaba en forma de corporaciones de oficio en las que existía, al menos desde el punto de vista formal, un objetivo común de sus integrantes.

El sistema capitalista de producción –fiel compañero de ruta del liberalismo político– rompió con esta lógica y creó un enfrentamiento entre sus factores esenciales: el capital y el trabajo.

El pacto constitucional no alcanzó a las relaciones de producción. Éstas retuvieron su total libertad; no había obstáculo jurídico alguno para su desenvolvimiento.

En el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, la autonomía de la voluntad –edificada en el Código de Napoleón– fue la regla de oro.

En el marco de la relación de trabajo, este axioma soslaya que la negociación entre el empleador y el trabajador compromete factores cualitativamente diversos.

Ello así pues, de antemano, los sujetos de una relación de trabajo consienten el vínculo comprometiéndose a cuestiones disímiles. El empresario se incorpora al mercado con su propio medio de producción y por ello se beneficia con las ganancias que la particular dinámica del mercado le genere. El medio de producción que el trabajador involucra en el contrato es su propio cuerpo, motor de la llamada *capacidad de trabajo*.

⁵ El primer plano del filme *El ciudadano* de Orson Welles es particularmente ilustrativo al respecto.

Esta capacidad de trabajo ingresa en el proceso de producción instrumentado por el empresario, el cual puede generar ganancias o pérdidas. Como corolario de lo expuesto, el empresario –en su carácter de dueño del medio de producción– se beneficia con las utilidades que el proceso le genere y, por su parte, el dependiente que contribuyó en ese *devenir utilidad* con su trabajo personal sólo es acreedor de la remuneración pactada.

Un *contrato de cambio* puede ser representado como un recipiente neutral en el que distintas personas “colocan” *algo que les es propio* para obtener “a cambio” *algo que no les pertenece*.

Lógicamente, aquellos que *entregaban* el fruto de su trabajo quedaron librados a la “buena voluntad” de una persona, cuyo cuerpo no ingresaba en la negociación.

Las consecuencias de esta asimetría fueron múltiples.

Pero la reacción más relevante fue el nacimiento del sindicalismo y las huelgas.

Era esperable también que desde las estructuras de poder se repriman aquellos movimientos que procuraban alterar mediante la fuerza la *naturalidad* de las leyes económicas.

La huelga y la agremiación fueron tipificados como delitos penales. De hecho, estaba incluida en el Código Penal francés de 1810, en el que se inspiraron otras legislaciones europeas.

La criminalización de la huelga rigió hasta 1867 en Francia, en Alemania hasta 1869 y en Italia llegó a 1890.

Más adelante la huelga dejó de ser un delito, pero el abandono del trabajo provocaba la extinción de la relación laboral.

El abandono de la sanción penal del huelguista se produjo por la acentuación de los conflictos.

El fenómeno de la huelga debió ser aceptado.

Lo que hasta ese momento implicó una alteración subversiva del orden, comenzó a entenderse como un fenómeno que había que reconocer, pero que no se debía fomentar.

Según De la Cueva, en este *período de tolerancia* prevaleció el derecho a “no trabajar”, aunque las consecuencias contractuales eran

perjudiciales para los huelguistas. La huelga no era delito, pero era un ilícito contractual.

En la etapa de la *tolerancia* era demasiado grande el prestigio del Derecho Civil y estaba tan firmemente asentado el régimen individualista y liberal que a nadie se le ocurrió que los huelguistas pudieran tener algún derecho o defensa en los casos de suspensión de sus labores. De ahí que la doctrina y los tribunales aplicaran estrictamente los principios del Código de Napoleón: la huelga producía el incumplimiento de las obligaciones contraídas legítima y libremente, lo que era causa suficiente para la rescisión.

La huelga satisfacía plenamente los elementos del hecho jurídico: era un hecho, la suspensión del trabajo, teóricamente fundado en la idea del derecho natural a no trabajar, por consiguiente, un hecho no sancionado por el Derecho Penal.

En rigor, se trata de una paradoja del sistema liberal, ya que el mal llamado derecho de huelga aparece como el ejercicio de la libertad individual de *no trabajar*, de asociarse con fines útiles o de petitionar ante las autoridades.

Incluso, la Iglesia Católica sostuvo que “la huelga es moralmente legítima cuando constituye un recurso inevitable”.

Santo Tomás sostuvo que el hombre no está obligado a inclinarse ante las leyes “a menos que la resistencia no deba ocasionar el escándalo o el desorden [...] si ellas van hasta violar los mandamientos de Dios se las debe desobedecer...”⁶

En una economía sin Estado el recurso a la huelga no tenía obstáculos para su desenvolvimiento.

La crisis del capitalismo derivó en luchas sociales y así fue cómo el advenimiento de la primera Revolución comunista en 1917 y la destrucción provocada por la Primera Guerra Mundial generaron el campo ético-político propicio para la metamorfosis del sistema.

Se trata de la segunda generación de los derechos humanos.

Aparecieron los primeros derechos sociales; el ámbito de libertad económica tan ansiado por los primeros constitucionalistas fue resque-

⁶ DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho*, 4ª ed., Edinar, Lima, 1990, p. 184.

brajado por el advenimiento de constituciones en las que se reconocieron derechos que trascendían lo político y perforaban las relaciones sociales interhumanas. La constituyen los derechos económicos, sociales y culturales, debido a los cuales el Estado de Derecho pasa a una etapa superior, es decir, a un Estado Social de Derecho.

El Estado dejó de ser gendarme y sólo *vigilar* las fronteras. Su mirada viró hacia dentro del territorio.

La Constitución de México reconoció el derecho de huelga en su artículo 123 y a partir de ahí una gran cantidad de instrumentos comenzaron a incorporar los derechos sociales.

Un derecho es “social” cuando el sujeto activo no es el individuo “a secas” sino una *persona* que, en su interacción social, padece contingencias que requieren de un marco protector para evitarlas o paliarlas (niñez, vejez, enfermedad, desempleo).

La huelga es “el problema del capitalismo contemporáneo” según De la Cueva. Agrega este autor que “no es prohibir las huelgas, sino evitarlas mediante la corrección de la injusticia social y una distribución equitativa de la riqueza”.

Con ello comienza a delinearse el triángulo del Derecho Colectivo del Trabajo del que habló el maestro Ermida Uriarte: “la sindicación y las convenciones colectivas son derechos sustantivos, en tanto la huelga es un derecho adjetivo e instrumental, en el sentido de que es un procedimiento para imponer una solución sustantiva. Por lo tanto el nuevo triángulo sería: la sindicación y las convenciones colectivas, los ángulos sustantivos de base y la huelga el ángulo tercero, cuya misión consistiría en la contemplación de las vibraciones sociales y económicas para conquistar, en lucha con el capital, la mejor realización de los principios sindicales y la fijación de condiciones humanas de prestación del trabajo”.

Agrega Ermida Uriarte que “cuando por primera vez en la historia del trabajo humano se conjugan, por un lado, la libertad jurídica de todos los individuos y, por otro, la posibilidad de aplicar el derecho de propiedad a los medios masivos de producción y financiación los que, a la vez, habilitaban, a partir de la Revolución Industrial, a producir en masa y acumular capital igualmente en masa. En tales circunstancias,

los poseedores de esos medios contratan el trabajo humano de quienes carecen de ellos. Las conocidas malas condiciones de trabajo y explotación resultantes, más la circunstancia de que también por primera vez en la historia esa mano de obra laboraba en gran número conviviendo durante la mayor parte del día, generó su agrupación para oponer la fuerza del número al poder económico del empleador, y así presionó y suspendió colectivamente la labor para obtener mejores condiciones, y cuando tuvo éxito, acordó tales beneficios. Así surgieron el sindicato, la huelga y la negociación colectiva ese triángulo componente del Derecho Colectivo del Trabajo...”⁷

Actualmente, la huelga está reconocida en múltiples declaraciones y normas internacionales, entre ellas:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos no recoge expresamente el derecho de huelga, limitándose a recoger en el número 4º del artículo 23 el derecho de toda persona a fundar sindicatos y sindicarse en defensa de sus intereses. Ese no reconocimiento del derecho a la huelga se explica por el carácter consensual de la Declaración Universal, dado que debían ponerse de acuerdo países pertenecientes a dos bloques ideológicos distintos: el bloque –entonces existente– de los países socialistas y el bloque de los países capitalistas.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala el compromiso de los Estados partes a garantizar el derecho de huelga ejercido de conformidad con las leyes de cada país tal como lo prevé en su artículo 8,1º, letra d.
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, del 11 de diciembre de 1968, declara en el artículo 20, apartado a, el derecho a la negociación colectiva y a la huelga como instrumento para lograr un adecuado desarrollo social.
- En el ámbito europeo reconocen el derecho a la huelga el artículo 6.4º de la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961; el artículo 13 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, del 9 de diciembre

⁷ ERMIDA, Uriarte, *Apuntes sobre la huelga*, Fundación Cultura Universitaria.

de 1989, y el artículo 14, 1º y 2º de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo por Resolución del 16 de mayo de 1989.

c) Definición, ideología, lenguaje, pragmática

La sincronía precedente permite aseverar que el *derecho de huelga* es una circunstancia posterior al fenómeno de la huelga, tanto en el tiempo como en el concepto; el propio fenómeno de la huelga no necesitó al “derecho” para su desenvolvimiento.

Definir es acotar. Sólo se define aquella porción del mundo que pretendemos abarcar, al menos, desde el lenguaje. En materia de definiciones, el famoso proverbio “del dicho al hecho” tiene una vigencia innegable. Pero somos animales racionales y el lenguaje es la herramienta para objetivar (y aprehender) los fenómenos que ocurren en nuestra periferia.

Las definiciones lingüísticas asfixian los conceptos; algunas los dejan con vida, pero gravemente heridos; otras terminan por darles muerte.

Michael Foucault sostiene que “la materialidad del discurso obedece a un a priori histórico que le ha dado vida. El sujeto hablante es excluido de la transformación del discurso, ya no es quien constituye la realidad y la dota de sentido. Ahora esta tarea ha quedado en manos de las prácticas discursivas, que crean los objetos y los sujetos, y otorgan sentido al mundo a partir del entrecruzamiento, de la oposición, del vacío en el que se articulan los discursos”⁸.

No sólo las definiciones jurídicas se encuentran cargadas de ideología.

Particularmente ilustrativa es la lectura del *Diccionario* de la Real Academia Española correspondiente al año 1970 y al año 1984. En ellos aparecen las siguientes definiciones de la palabra “comunismo”⁹.

1970: “Sistema por el cual se quiere abolir la propiedad privada y establecer la comunidad de bienes”.

1984: “Sistema de organización económica y social en la que los bienes se consideran de propiedad común y predomina lo colectivo sobre lo individual”.

⁸ FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas*.

⁹ ALBERT GALERA, Josefina, *Pragmática y diccionario*.

Las ideologías lingüísticas son representaciones culturales, explícitas o implícitas, de la intersección entre el lenguaje y los seres humanos en un mundo social. Mediadoras entre las estructuras y las formas de habla, tales ideologías no se refieren solamente a la lengua, sino que más bien conectan la lengua con la identidad, el poder, la ética, la moral y la epistemología. A través de dichas conexiones, estas ideologías refuerzan no sólo formas y usos lingüísticos, sino que sirven también de base para importantes instituciones sociales y nociones fundamentales sobre la persona y la comunidad¹⁰.

Tal como lo expuso Ludwig Wittgenstein, la definición ostensiva explica el uso –el significado– de la palabra cuando ya está claro qué papel debe jugar en general la palabra en el lenguaje. Así, cuando sé que otro me quiere explicar el nombre de un color, la explicación ostensiva “Esto se llama «sepia»” me ayudará a entender la palabra... Tiene uno que saber (o poder) ya algo para poder preguntar por la denominación. ¿Pero qué tiene uno que saber?¹¹

Para un fenomenólogo, el mundo es todo lo que ocurre, lo dado, la existencia de estados de cosas. El estado de cosas es una combinación de objetos (asuntos, cosas). Los objetos forman la sustancia del mundo. El lado subjetivo de la relación isomórfica entre lenguaje y mundo, entre proposición y hecho, lo representa el lenguaje. En él se encuentran los elementos correspondientes a las nociones de hecho, estado de cosas y objetos. Como el mundo es el conjunto de todos los hechos, el lenguaje consiste en la totalidad de las proposiciones.

Morris dice que la dimensión pragmática del lenguaje “es la parte de la semiótica que trata del origen, usos y efectos de los signos [...] presupone tanto la sintaxis como la semántica, así como esta última presupone a su vez la anterior, puesto que tratar adecuadamente la relación de los signos con sus intérpretes requiere tener conocimiento de la relación de los signos entre sí y con aquellas cosas a las que remiten o refieren a sus intérpretes”¹².

¹⁰ SCHIEFFELIN, Bambi B. y WOOLARD, Kathryn A., *Ideologías lingüísticas. Práctica y teoría*, abril de 2012.

¹¹ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, § 30.

¹² MORRIS, Charles, *Fundamentos de la teoría de los signos*, Paidós, Barcelona, 1985.

La pragmática se ocupa de las circunstancias en que se produce el proceso de expresión, comunicación e interpretación de los signos, en un tiempo, un espacio y una cultura determinados, trascendiendo, de esta forma, el propio texto, al contrario de la sintaxis y en menor grado la semántica, que son aspectos fundamentalmente inmanentes al texto.

Entonces, el enfoque pragmático propone estudiar el signo con todas las circunstancias que concurren en su uso. Se trata del signo “en situación”, es decir, no el producto objetivado en una forma, sino todo el proceso de producción que lo crea y en el que se integra para adquirir sentido¹³.

Por otro lado, el proceso comunicativo se integra con el sujeto que reinterpreta la definición lingüística.

Gadamer sostiene que el hermeneuta que lleva adelante el acto interpretativo no se acerca al texto con una actitud mental semejante a una *tabula rasa*, sino que pone en juego su precomprensión, sus prejuicios y sus expectativas.

Así, la aproximación al texto se produce desde una precisa *situación* hermenéutica que determina la conciencia histórico-efectual desde la que se interpreta. La interpretación nace en el presente, dentro de unas determinadas coordenadas temporales y de un tejido de ideas preconcebidas¹⁴.

Ahora bien, esta situación se halla acotada por un determinado *horizonte* que delimita la “visión” del hermeneuta. Ambas nociones resultan interdependientes. La situación hermenéutica determina la perspectiva desde la que se interpreta. El horizonte marca el terreno en el cual el intérprete puede actuar; más allá de él no hay visión.

Además, la permanente resignificación del discurso fue advertida por la mayoría de los semiólogos que se ocuparon del análisis de la lingüística y de la producción de sentidos.

Umberto Eco destaca que la permanente vinculación entre los significantes del discurso conducen a la “semiosis infinita”, ya que “el interpretante debe ser entendido como un desarrollo del signo inicial,

¹³ BOBES, Naves, *La semiología*, 1989.

¹⁴ GADAMER, Hans G., *Verdad y método*, Gedisa.

como un incremento cognocitivo estimulado por dicho signo. Cada interpretante es una unidad cultural, incluida en un sistema a partir del cual se aborda el universo perceptible y pensable para elaborar la forma del contenido, en una cultura específica. La unidad cultural es observable y manipulable; puede ser abordada empíricamente, siempre bajo la forma de uno de sus interpretantes. Toda la cultura se considera como un sistema de signos en el que el significado de un significante a su vez se convierte en el significante de otro significado o incluso en significante del propio significado –independientemente del hecho de que sean palabras, objetos, cosas, ideas, valores, sentimientos, gestos o comportamientos–¹⁵.

Paul Ricoeur sostiene que el discurso considerado como un acontecimiento o una proposición, es decir, como una función predicativa combinada con una identificación, es una abstracción que depende de la totalidad concreta integrada por la unidad dialéctica entre el acontecimiento y el sentido del relato.

1) *Definición jurídica de la huelga*

Lo expresado hasta acá muestra que el objeto que el Derecho pretende delimitar al definir la huelga es inabarcable desde la simple mirada de un jurista, ya que en su configuración se encuentran comprometidos aspectos multidisciplinarios que trascienden la estrecha perspectiva jurídica.

Cualquier definición del fenómeno de la huelga, aun desde una perspectiva social, rebajará su estatura ontológica.

No caben dudas y en esto coinciden todos los juristas, que la huelga es un instrumento de autotutela de los sindicatos. Sin la huelga los sindicatos serían meras organizaciones con fines mutualistas.

La fuerza de una asociación gremial de trabajadores radica en la amenaza constante de paralizar la actividad.

Un sindicato sin huelga es como un boxeador sin brazos.

Deveali sostuvo que “el problema de la huelga puede presentarse sólo en los países en los cuales no existe todavía un órgano encargado

¹⁵ ECO, Umberto, *Tratado de semiótica general*, Lumen, 1981.

de decidir los conflictos colectivos”¹⁶. Ante el vacío del Derecho, queda la vía de hecho. Couture y Carnelutti apoyaron esta tesis.

Dice Krotoschin que cuando la huelga se realiza en un conflicto de “intereses” los Estados no han recurrido a los jueces para su solución, sino a mecanismos “extraprocesales” o “paraprocesales” (Alcalá Zamora y Castillo, México, 1917).

Ahora bien, los juristas han ensayado múltiples definiciones del fenómeno de huelga:

La definición clásica atribuida a Rafael Caldera dice que es la “suspensión concertada del trabajo, realizada por un grupo de trabajadores con el objeto de obtener alguna reivindicación profesional”.

En cuanto a los propósitos los autores clásicos agregaron como finalidad “alcanzar mejores condiciones de trabajo” (Walter Kaskel) y el compromiso de los trabajadores de retomar las tareas una vez obtenidas (Hueck Nipperdey).

Nápoli la definió como la “abstención o abandono colectivo y temporal del trabajo concertada por los trabajadores, para secundar la reclamación planteada a uno o varios empleadores, con fines profesionales”¹⁷.

La definición de De la Cueva es sumamente amplia: “La huelga es el ejercicio de la facultad legal de las mayorías obreras para suspender las labores en las empresas, previa observancia de las formalidades legales, para obtener el equilibrio de los derechos o intereses colectivos de trabajadores y patronos”¹⁸.

Krotoschin también brinda una definición elástica que permite encuadrar la mayoría de las huelgas y sus fines. Dice que se trata de una “interrupción (inejecución) concertada del trabajo por parte de un grupo importante de trabajadores, decididos a reanudar el trabajo una vez satisfechas sus reclamaciones o cumplidos los otros posibles fines de su actitud”.

En nuestros días, se define a la huelga como “alteración de la habitualidad productiva” (Ojeda Aviles), como “excepción transitoria de la normalidad productiva” (Baylos Grau), como “todo tipo de perturbación

¹⁶ DEVEALI, Mario, *Tratado de Derecho del Trabajo*.

¹⁷ *Manual de Derecho Sindical* cit., p. 192.

¹⁸ DE LA CUEVA, Mario, *La huelga*.

concertada colectivamente del proceso de producción” (Sala Franco) o bien como “poder jurídico de causar un perjuicio absteniéndose de cumplir con la prestación laboral como instrumento de presión sobre la voluntad del empleador, para compeler la aceptación de un beneficio o la efectivización de lo dispuesto en una norma preestablecida” (Eduardo Álvarez).

De la Cueva la había definido como uno de los “medios para causar daño al capital”.

Se trata de múltiples intentos de delimitar conceptualmente el fenómeno de la huelga.

Si bien las palabras precedentes parecen dirigidas a subestimar la labor de los “definidores” del fenómeno de huelga, no pueden soslayarse los efectos prácticos que cualquier definición normativa produce.

Además, no puede soslayarse que la materia prima de una definición es el lenguaje y, por ende, toda definición es polisémica.

Esta *fragilidad* del lenguaje nos coloca frente al riesgo que conlleva admitir una definición de la huelga.

Ello así, pues definir el fenómeno de la huelga produce una limitación directamente proporcional en el ejercicio “legal” del fenómeno.

En otras palabras, la definición jurídica de la huelga produce notorias consecuencias prácticas del fenómeno.

Como dice Ermida Uriarte en esta materia “limitar es excluir”.

De la definición clásica pueden extraerse las siguientes consecuencias jurídicas:

La huelga sólo puede ser instrumentada mediante la abstención de concurrir al trabajo. *A contrario sensu* no son huelgas el paro de brazos caídos, el trabajo a desgano, el trabajo a reglamento, la ocupación del establecimiento, etcétera. Por ejemplo, Coutore y Pla Rodríguez, así como Cabanellas y Deveali, llaman “sabotajes” a las huelgas con concurrencia al lugar de tareas o “semihuelgas” (Pérez Botija).

La huelga sólo puede ser un fenómeno colectivo. Por ende, no son huelgas las manifestaciones que provienen de una coalición que procura la satisfacción de intereses pluriindividuales que no tienen la entidad suficiente para llegar a ser considerados “colectivos”.

La huelga sólo puede perseguir la satisfacción de intereses profesionales. Entonces, no son huelgas las denominadas “huelgas políticas”,

“huelgas de solidaridad” o “huelgas generales” contra la política económica de un gobierno.

En España, el Tribunal Constitucional sostiene que “la huelga prohibida es aquella que sea completamente ajena al interés profesional de los trabajadores; por tanto, no se excluye la legalidad de aquellas huelgas que tengan como sujeto pasivo al Estado, y no sólo al Estado como patrono sino como conjunto de poderes públicos, siempre que dichas huelgas se encuentren ligadas a intereses profesionales de los trabajadores”.

En este sentido, Tisenbaum sostuvo que “la huelga sólo podrá tener como fin la defensa de un interés profesional, no pudiendo en ningún caso emplearse cuando afecte al Estado, al servicio público y a la defensa nacional”.

Repárese que todas las definiciones provocaron el estrechamiento del fenómeno de la huelga.

Aparentemente, el camino para lograr una ampliación del ejercicio de la huelga consiste en ampliar su propia definición.

En nuestro país, las reglamentaciones se limitaron a describir la huelga ilícita y no a proteger el desenvolvimiento de una huelga lícita, tal como lo prevé la normativa constitucional mexicana.

En toda definición de un hacer práctico como es la huelga deben estar puntualizados los sujetos, el objeto y la finalidad.

La postura que adoptemos con relación a estos tres elementos producirá una ampliación o una reducción del ejercicio de la huelga.

Sobre los sujetos “autorizados” a llevar adelante una huelga se han dado todas las posturas posibles.

Algunos sostienen que la huelga sólo puede ser declarada por un sindicato con personería gremial (Deveali, Cabanellas, Nápoli, Tisenbaum, entre otros). A ellos se agrega Vázquez Vialard.

Rodríguez Mancini sostiene que la huelga puede ser decidida por cualquier sindicato organizado jurídicamente, sea simplemente inscripto o con personería gremial.

Otros, en cambio, dicen que la huelga pertenece a los gremios reconocidos por el Estado por su inscripción, aunque no posean la personería gremial. En nuestro Derecho esta postura deriva de la in-

interpretación exegética del artículo 14 bis de la CN que recurre al debate de la Convención Constituyente con la intervención de Alfredo Palacios y del convencional Bravo. Según los Diarios de Sesiones la palabra “gremios”, aparentemente, quiere significar una agrupación de trabajadores que comparten el mismo oficio o actividad, aunque no posean estructura sindical alguna. El convencional Bravo dijo que la huelga se otorga también contra el Estado, y no sólo contra el Estado como empresario y patrono, sino también contra el Estado como autoridad.

Frente a todos ellos, Krotoschin acepta que la huelga pueda ser declarada por una agrupación de trabajadores creada *ad hoc*. Dice Krotoschin que no puede desconocerse el carácter de huelga a la interrupción del trabajo decidida por una coalición, aunque luego pueda ser declarada ilícita. Agrega que el derecho de huelga pertenecería al “gremio” en el sentido amplio del concepto, comprensivo de la coalición y de ningún modo limitado al sindicato. No toda huelga está destinada a la celebración de convenios colectivos.

Por su parte, el artículo 7º del Decreto Real de Relaciones de Trabajo de España dispone que “el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias”, y agrega que deben considerarse ilícitas “las huelgas rotatorias, las efectuadas por trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, la de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga”.

Aunque la jurisprudencia española entiende que “se trata de un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos”. Sostiene, además, que el hecho de que la Constitución atribuya el derecho directamente a los trabajadores permite que éstos puedan realizar una huelga, como acción colectiva y concertada, de forma directa, sin necesidad de acudir a la previa convocatoria por parte del sindicato. En otros términos, no es posible que el sindicato asuma en términos de monopolio las facultades colectivas que integran la huelga; el Real Decreto-Ley de Relaciones del Trabajo (1977) establece actualmente

que están facultados para adoptar la declaración de huelga directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto, debiendo efectuarse una votación formal, secreta y decidiéndose por mayoría simple. Por su parte, el TC ha declarado inconstitucionales las exigencias de que el acuerdo se adopte en cada centro de trabajo, así como que la declaración de la huelga haya de estar apoyada por un porcentaje mínimo de trabajadores. Además, reconoce la facultad de convocatoria a la denominada representación unitaria o legal de los trabajadores en la empresa; en concreto atribuyendo esta posibilidad de convocatoria también a los comités de empresa y delegados de personal: otorga la titularidad de esta facultad a los representantes de los trabajadores, cuando así lo acuerden en reunión conjunta por decisión mayoritaria.

La ley mexicana dice textualmente: “la huelga es la suspensión temporal del trabajo llevada a cabo por una coalición de trabajadores”. Por lo tanto, la huelga presupone una coalición, lo que a su vez produce el efecto de que un solo trabajador no podría colocarse en estado de huelga. Por consiguiente, si bien la huelga es un derecho originario de cada trabajador, sólo puede ejercerse en forma colectiva.

La huelga sería, entonces, “un derecho de los trabajadores para obligar al patrono a la celebración de un contrato colectivo con el sindicato titular de los intereses y derechos de la comunidad de los trabajadores”.

En otras palabras y siguiendo a Krotoschin, la declaración de licitud o ilicitud de una huelga no le quita su carácter de huelga como fenómeno social. Krotoschin habla del elemento formal de la huelga (decisión) y el elemento material (cumplimiento). Si falta alguno de estos elementos, no hay huelga.

Nuestra jurisprudencia también se mostró vacilante con relación al punto. En el clásico caso “Kot” (1958) la Corte enfatizó la relatividad del derecho de huelga así como la posibilidad de considerarla como un “acto ilícito” o un “abuso del derecho”.

Se entiende que la huelga es ilegal cuando se opone a una prohibición del derecho objetivo (Res. 16/44 de la Secretaría de Previsión). De acuerdo a la jurisprudencia administrativa laboral, la huelga ilícita incluye a la ilegal, ya que viola cláusulas contractuales o conside-

raciones de justicia o injusticia. Aunque debe admitirse que la ilicitud es una decisión política que puede tener muchos fundamentos. Aparece cuando la huelga se desvía de su finalidad (Krotoschin).

En realidad, la licitud o ilicitud depende muchas veces del éxito de la acción (Couture y Pla Rodríguez).

De acuerdo al artículo 123 de la Constitución de México: “las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción armonizando los derechos del trabajo con los del capital”.

2) *La definición de la huelga en la OIT*

No existe ningún convenio internacional que defina la huelga.

El Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación consagra en su artículo 3º el derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores “de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” y establece como objeto de dichas organizaciones “fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.

A partir de estas disposiciones, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones han sostenido que la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones y han delimitado el ámbito en que debe enmarcarse su ejercicio, elaborando un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga. Estos órganos analizan los resultados de las prácticas prohibitivas o permisivas de los Estados miembros, determinando –en cada caso particular– si ha existido o no la posibilidad de recurrir a la huelga con razonable facilidad o eficacia.

La Comisión de Expertos ha sostenido que “En general, cabe considerar como huelga toda suspensión del trabajo, por breve que sea ésta; ahora bien, establecer esta calificación resulta menos fácil cuando, en lugar de producirse una cesación absoluta de la actividad, se trabaja con mayor lentitud (huelga de trabajo a ritmo lento) o se aplica el reglamento al pie de la letra (huelga de celo o trabajo a reglamento); trátase en ambos casos de huelgas que tienen efectos tan paralizantes como la suspensión radical del trabajo. Observando que las legislaciones y las prácticas na-

cionales son extremadamente variadas sobre este punto, la Comisión estima que las restricciones en relación a los tipos de huelgas sólo se justificarían si la huelga perdiese su carácter pacífico [...] Según la Comisión, sería preferible que la imposición de restricciones a los piquetes de huelga y a la ocupación de los lugares de trabajo se limitaran a los casos en que estas acciones dejen de ser pacíficas¹⁹.

Debe tenerse presente que el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos han rechazado la tesis de que el derecho de huelga debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo.

Por su parte, la OIT se abstuvo de definir la huelga. Aunque en la recomendación N° 92 sobre la conciliación y arbitraje voluntarios señaló que estos institutos no pueden menoscabar el derecho de huelga.

El Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos han elaborado numerosos dictámenes en los que afirman que el contenido de la libertad sindical plasmada en el Convenio 87 está constituido por la negociación colectiva y la huelga. La OIT no habla de derecho de huelga sino de *recurso a la huelga*, evitando de este modo, la polémica suscitada en torno a la naturaleza fenoménica o jurídica de la huelga.

En cuanto a la huelga política, la Comisión de Expertos cambió su criterio restrictivo al sostener que “la Comisión estima que las organizaciones encargadas de defender los intereses socio-económicos y profesionales de los trabajadores deberían, en principio, poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente, en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida”.

d) A modo de conclusión

Como puede advertirse, el fenómeno de la huelga ha sufrido múltiples embates desde el campo jurídico.

El presente trabajo intentó mostrar que, detrás de toda definición,

¹⁹ OIT, 1994, párrs. 173 y 174.

existen sesgos ideológicos que pretenden manipular y/o torcer la significación conceptual de “lo definido”.

El principal “definidor” de la huelga es el legislador ya que es su definición la que brinda mayor o menor amplitud al ejercicio práctico del fenómeno.

Si bien toda definición jurídica es limitativa, debe admitirse que las conceptualizaciones más recientes parecen brindar a la huelga un mayor campo de acción.

Actualmente, prácticamente todos los Estados reconocen el derecho de huelga.

De todos modos, la aporía es inevitable. Un problema que es (o debiera ser) ontológico se desplaza al plano de las significaciones.

La cuestión problemática radica en analizar qué es lo que es *huelga* en cada uno de esos Estados.

Si la definición de la huelga es exhaustiva en cuanto a su caracterización, mayor será la limitación del ejercicio del derecho.

La reciente jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación muestra el camino para la ampliación de la democracia en el interior de nuestras asociaciones sindicales.

Krotoschin señala que “el peligro que la organización jerárquica y la consiguiente burocracia en las grandes asociaciones significa para la democracia es evidente [...] Por otro lado, la voluntad de la mayoría de los trabajadores tiene, generalmente, la posibilidad de expresarse o bien, al no obedecer desde el principio la consigna del sindicato o bien al volver al trabajo prematuramente”.

Es evidente que toda discusión acerca de los límites y alcances de la huelga en un sistema jurídico determinado no puede evitar el análisis del modelo sindical existente. En nuestro modelo sindical de unicidad promocionada en el que se atribuyen derechos exclusivos y excluyentes a un solo sindicato por rama o actividad, es una tentación sostener que éstos son los únicos habilitados para ejercer el derecho de huelga. Se sostiene que si los únicos sindicatos facultados para negociar colectivamente son aquéllos que cuentan con personería gremial, de ello se deriva que también serían los únicos habilitados para forzar el éxito en la negociación mediante medidas de acción directa. Ésta es la tesis

sostenida por Deveali quien dice que “los sujetos de la huelga son las mismas partes del convenio colectivo”, aunque admite que su tesis podría alterarse si se modifica la ley 14.555 vigente en su tiempo.

Esta postura, soslaya el carácter fenoménico de la huelga que, en nuestros días, está claramente evidenciado por las medidas de acción directa llevadas adelante por comisiones internas en pugna con el propio gobierno del sindicato (“huelgas salvajes” según la doctrina),

Por otra parte, debe admitirse la eficacia de la postura en cuanto intenta “cerrar el círculo” del modelo, pero la acentuación de los conflictos intrasindicales provocados por el diseño de la verticalidad de las decisiones emanadas del gobierno de los sindicatos parece indicar la necesidad de flexibilizar el modelo, pues la fuerza de los acontecimientos y el fenómeno de la huelga podrían llevar a su ruptura total con la consiguiente atomización de los intereses colectivos comprometidos.

PROYECCIÓN DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL

por JUAN MANUEL DOMÍNGUEZ

SUMARIO: 1. A modo de introducción. 2. La trascendencia de los fallos de la Corte Suprema. 3. Los pronunciamientos en cuestión. 4. El después de los fallos. 5. Bibliografía.

1. A modo de introducción

Es habitual que los seres humanos demos mayor relevancia –justificada o injustificadamente– a aquellas cuestiones que vivimos con más proximidad (sea espacial o temporal); atribuimos trascendencia a esas situaciones que debemos resolver, analizar o explicar, por sobre otras. Tal situación, pienso, se presenta en la mayoría de los órdenes de la vida, y el ámbito profesional, técnico o académico no es ajeno a esta característica.

Así, suele suceder que, cuando damos una clase puntual o efectuamos una disertación sobre un tema, tendemos a recalcar que el tema de la convocatoria es de suma importancia (y si se puede, el de mayor). Confieso que he presenciado memorables clases de un profesor que, en diversos ámbitos –y sobre temarios disímiles– aseveraba, al inicio de su exposición, que examinaría el tema más importante de la disciplina.

Tal vez, las líneas precedentes están orientadas a exonerarme de responsabilidad (o, por lo menos, intentar una distribución de ésta) para el momento en que caiga en el lugar común de exaltar la temática sobre la que versa este ensayo.

En ese sentido, pienso que la rama colectiva del Derecho del Trabajo evidencia uno de los ámbitos de la ciencia jurídica en que las posiciones suelen esbozarse, plantearse o defenderse con singular efervescencia. No es extraño que ello sea así, pues el sustrato de base atingente a la materia está –más o menos– directamente vinculado al conflicto social, en cuyo marco las pasiones suelen ponerse de manifiesto enfáticamente, y hasta con virulencia. Las controversias que tienen lugar en este contexto, suelen elucidarse en el terreno de lo fáctico, dónde la puja entre las partes con intereses contrapuestos se patentiza con mayor visibilidad, y a donde muchas veces las normas (o las soluciones provenientes de su aplicación) arriban tardíamente.

Esa disociación temporal entre los hechos y las soluciones jurídicas, se presenta tanto en las controversias ya acaecidas (individualmente consideradas), como así también en los procesos de desarrollo –y evolución– de los sistemas jurídicos. En estos últimos, la respuesta normativa que se busca –o se suscita– ya no es para dirimir una controversia específica ya verificada o en curso, sino que lo es en forma general y abstracta, para otorgar solución a las futuras situaciones conflictivas que puedan generarse o, mejor dicho, para otorgar la plataforma normativa (las reglas) para hallar aquella respuesta.

En el *iter temporal*, al que nos referimos, muchas veces tienen un rol preponderante los criterios jurisprudenciales (además de otras fuentes del Derecho, claro está); sobre todo cuando éstos son establecidos por los tribunales superiores y, concretamente, cuando sobre un aspecto puntual de la controversia de que se trate sienta su criterio la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cuando se produce el escenario descrito y, sea el caso que fuera, el máximo tribunal se pronuncia –verbigracia– descalificando la legitimidad constitucional de una norma legal, ¿qué acontece? o, si se quiere, ¿qué debería suceder?

En algunos supuestos existe una respuesta relativamente rápida de los poderes legisferantes del Estado. Así, por ejemplo, aconteció con la ley de matrimonio civil¹, que luego de casi un siglo de vigencia (y descontando la efímera operatividad de la ley 14.394) fue declarada

¹ Ley 2393, sancionada el 2-11-1888 (publicada en EN R. N. 1887/88).

inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación², y al año siguiente el Poder Legislativo sancionó una reforma del instituto que receptaba la objeción constitucional que había identificado el tribunal³.

Similar fue la situación del recurso ordinario de apelación que había reglado la ley de solidaridad previsional en su artículo 19⁴; remedio procesal que fue juzgado inconstitucional por el alto tribunal en la sentencia recaída en la causa “Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/Reajustes varios”⁵, y derogado mediante ley 26.025⁶ en el mismo año de tomada la decisión “suprema”.

No obstante, se presentan otras situaciones en las cuales el lapso habido entre el pronunciamiento judicial que precisa la controversia, y la resuelve inclinándose por la inconstitucionalidad de la normativa impugnada, y la recepción legal del criterio jurisprudencial –que se traduce en la sanción de una nueva norma– no es tan breve como sería de esperar, o, incluso, es más que dilatado. Piénsese, como caso representativo de este supuesto, en los ocho años que transcurrieron entre la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39.1 de la ley 24.557⁷ efectuada por la Corte federal⁸, y la derogación de aquel artículo por parte de la ley 26.773⁹. O, peor aún, la década transcurrida entre la descalificación –con base constitucional– efectuada por dicho tribunal respecto del sistema de revisión judicial de lo resuelto en el trámite de acceso a las prestaciones del sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo (art. 46), el cual continúa en vigencia¹⁰.

La motivación del presente está dada por la situación que se genera durante el transcurso de ese tiempo, en el cual tenemos, por un lado,

² 27-11-86, “Sejean, Juan Bautista c/Ana María Saks de Sejean s/Inconstitucionalidad art. 64, ley 2393”, *Fallos*: 308:2268.

³ Ley 23.515, sancionada el 8-6-87 (B. O. 26.157 del 12-6-87).

⁴ Ley 24.643, sancionada el 8-3-95 (B. O. 28.114 del 30-3-95).

⁵ *Fallos*: 328:566, del 29-3-2005.

⁶ B. O. 30.638 del 22-4-2005.

⁷ B. O. 28.242 del 4-10-97.

⁸ 21-9-2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/Accidente ley 9688”, *Fallos*: 327:3753.

⁹ B. O. 32.509 del 26-10-2012.

¹⁰ 7-9-2004, “Castillo, Ángel Santos c/Cerámica Alberdi SA”, *Fallos*: 327:3610.

una norma vigente y, por otro, una sentencia judicial del máximo tribunal de la Nación que la ha declarado inconstitucional *en un caso concreto* –que, claro está, no es el que concierne a las partes en conflicto, en nuestra hipótesis de trabajo–. Examinar el grado de vinculación entre el *leading case* de que se trate y la interpretación del ordenamiento jurídico vigente (que, insistimos, ha sido considerado repugnante al orden constitucional o convencional), es el meollo de la cuestión a la que trataremos aproximarnos.

Ese cuadro es el que estamos transitando, hoy en día, respecto de ciertos fallos de la Corte federal que se han pronunciado sobre la libertad sindical y han declarado inconstitucionales algunos artículos de la Ley 23.551¹¹ de Asociaciones Sindicales (LAS). A saber:

- “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de asociaciones sindicales”, sentencia del 11-11-2008¹², en la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 41, inciso a, LAS¹³ en la medida en que exige que los “delegados del personal” y los integrantes de “las comisiones internas y organismos similares” previstos en su artículo 40, deban estar afiliados “a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comisiones convocados por ésta”.
- “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional. Armada Argentina s/Sumarísimo”, sentencia del 9-12-2009¹⁴, en la que se consideró inconstitucional al artículo 52¹⁵, en cuanto refiere a la *exclusi-*

¹¹ B. O. 26.366 del 22-4-88.

¹² Fallos: 331:2499.

¹³ Art. 41: “Para ejercer las funciones indicadas en el art. 40 se requiere: a) Estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta, en el lugar donde se presten los servicios o con relación al cual esté afectado y en horas de trabajo, por el voto directo y secreto de los trabajadores cuya representación deberá ejercer. La autoridad de aplicación podrá autorizar, a pedido de la asociación sindical, la celebración en lugar y horas distintos, cuando existieren circunstancias atendibles que los justifiquen. Cuando con relación al empleador respecto del cual deberá obrar el representante, no existiera una asociación sindical con personería gremial, la función podrá ser cumplida por afiliados a una simplemente inscripta. En todos los casos se deberá contar con una antigüedad mínima en la afiliación de un (1) año...”

¹⁴ Fallos: 332:2715.

¹⁵ Art. 52: “Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos

vidad de la tutela sindical a los trabajadores que ocupan cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial.

- “Asociación Trabajadores del Estado s/Acción de inconstitucionalidad”, sentencia del 17-6-2013¹⁶, por medio de la cual se juzgó inconstitucional al artículo 31, inciso a, LAS¹⁷ en cuanto limita a las asociaciones con personería gremial la representación de los intereses colectivos de los trabajadores.

Así expuesto el contexto, y ante la impugnación efectuada por la Corte a las tres normas mencionadas, las cuales –sin dudas– son fieles exponentes del denominado *modelo sindical argentino*, se genera cierta expectativa en torno de posibles (y, quizás, necesarias) reformas legislativas. Pero mientras los órganos encargados de legislar no se abocan a dicha temática o no la incluyen en su agenda de prioridades,

40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser despedidos, suspendidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento establecido en el artículo 47. El juez o tribunal interviniente, a pedido del empleador, dentro del plazo de cinco (5) días podrá disponer la suspensión de la prestación laboral con el carácter de medida cautelar, cuando la permanencia del cuestionado en su puesto o el mantenimiento de las condiciones de trabajo pudiere ocasionar peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa. La violación por parte del empleador de las garantías establecidas en los artículos citados en el párrafo anterior, dará derecho al afectado a demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación en su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo. Si se decidiere la reinstalación, el juez podrá aplicar al empleador que no cumpliera con la decisión firme, las disposiciones del artículo 666 bis del Código Civil, durante el período de vigencia de su estabilidad. El trabajador, salvo que se trate de un candidato no electo, podrá optar por considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto, en cuyo caso tendrá derecho a percibir, además de indemnizaciones por despido, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieren correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior. Si el trabajador fuese un candidato no electo tendrá derecho a percibir, además de las indemnizaciones y de las remuneraciones imputables al período de estabilidad aún no agotado, el importe de un año más de remuneraciones”.

¹⁶ Expte. Letra A, N° 598, Año 2007, t. 43, Tipo RHE.

¹⁷ Art. 31: “Son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial: a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores...”

los actores del sistema –sean las asociaciones profesionales de empleadores o trabajadores, o éstos individualmente considerados, sea el poder administrador, sean los magistrados encargados de dirimir contiendas o los asesores jurídicos de cualquier índole–, ¿cómo se conducen?, ¿sobre la base de qué premisas actúan, asesoran, deciden, sentencian, etcétera?

Para lograr el planteamiento de algunas ideas sobre la temática propuesta, habrá que establecer, a más del contenido argumental de las decisiones judiciales aludidas, el grado de obligatoriedad (si es que existe) de las sentencias pronunciadas por el alto tribunal, para recién, luego de delineados dichos puntos, intentar alguna respuesta al interrogante que motivara este ensayo: ¿Cómo deben interpretarse las normas vigentes a la luz de los fallos de la Corte Suprema en las causas “Asociación Trabajadores del Estado” y “Rossi, Adriana”?

2. La trascendencia de los fallos de la Corte Suprema

La sola formulación del planteo de este trabajo pone de manifiesto que algún grado de trascendencia le asignamos a los pronunciamientos emitidos por el tribunal más alto en jerarquía en el ámbito nacional; el punto a elucidar es cuál es éste, en un abanico de posibilidades cuyos extremos irían desde la incidencia nula –para *otros casos*, distintos del sentenciado– hasta la imperatividad u obligatoriedad del criterio sentado para casos análogos.

Por supuesto que queda fuera del análisis la relación existente entre la decisión establecida en un expediente dado y los trámites posteriores en ese mismo pleito –como, por ejemplo, cuando el tribunal superior manda resolver nuevamente la cuestión de conformidad con las pautas que fija en un pronunciamiento revocatorio–. Recuérdese, aquí, que la norma regulatoria, la ley 48¹⁸, establece en su artículo 16 “que cuando la Corte Suprema revoque *hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón*”

¹⁸ Ley del 25-8-1863, publicada en R. N. 1863-1869, p. 49.

(el destacado es propio), y que en la inmensa mayoría de los expedientes en los que se hace lugar al recurso extraordinario se lo devuelve al tribunal de origen para que *por donde corresponda* se dicte un nuevo fallo *con arreglo al presente*.

En estas hipótesis la fuerza vinculante de lo resuelto por la Corte proviene del propio instituto de la cosa juzgada, y tanto las partes de ese proceso, como los magistrados que sigan conociendo en él, están obligados por el contenido del decisorio. Ello es así, en primer término, porque –como lo tiene dicho el tribunal– el incumplimiento de una sentencia judicial constituye un desconocimiento de la división de poderes que resulta inadmisibles en un Estado de Derecho y, en consecuencia, causa un grave deterioro del Estado constitucional democrático; aseverándose que, de conformidad con el mandato contenido en los artículos 108, 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional, no hay duda acerca de que las sentencias emanadas del Poder Judicial son, en las condiciones que prevé el ordenamiento procesal, de cumplimiento obligatorio e inmediato, pues poco sentido cabría otorgarle a la garantía del debido proceso que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional si el Estado no asegurara la prestación de un servicio de justicia que contenga mecanismos efectivos para hacer cumplir las decisiones que pongan fin a los conflictos¹⁹.

Por otra parte, no puede desatenderse que el mencionado tribunal ha enfatizado que no puede caber duda sobre la necesidad de tener por verdadero lo que decide una sentencia, después de haberse dado oportunidad a las partes para ejercer sus defensas e interponer los recursos del caso, pues así lo exige la seguridad jurídica, imponiendo el sacrificio de algún interés personal conculcado por la necesidad de que las controversias entre particulares o de éstos con el Estado terminen con un fallo judicial (entre muchos otros *Fallos*: 224:657; 250:435; 279:54).

Como decíamos, no es esta “obligatoriedad” la que nos interesa –que, por lo demás, alcanza a cualquier pronunciamiento judicial de-

¹⁹ Sentencia del 11-2-2014, *in re* “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/Estado Nacional. Jefatura de Gabinete de Ministros. Secretaría de Comunicación Pública”.

finitivo, en la medida de su firmeza, claro está, y sea de la jerarquía que fuera el órgano sentenciante—; la temática gira en torno de las decisiones que adopta el tribunal de justicia de superior jerarquía en la órbita nacional, y su *proyección*²⁰ a casos análogos, y la medida (mejor dicho, intensidad) de ésta.

Al respecto, podemos aseverar, en primer lugar, que no hay norma legal que resuelva este aspecto de la cuestión. En efecto, los artículos de la Constitución en vigencia²¹ norman lo siguiente:

Artículo 116 – Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Artículo 117 – En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

Por su parte, la ley 48 –regulatoria de la norma constitucional– delinea el contorno del principal supuesto de intervención de la Corte²²: cuando procede la apelación extraordinaria federal; en su artículo 14, la norma, luego de declarar que una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, dispone que sólo podrán apelarse a la Corte Suprema de

²⁰ Tal la terminología que utilizamos en el título.

²¹ Ley 24.430, sancionada el 15-12-94, publicada en B. O. 28.057 del 10-1-95.

²² El artículo 24 del decreto-ley 1285/58, enumera los demás supuestos normados (causas de jurisdicción originaria y exclusiva, recurso ordinario de apelación en razón del monto que esté comprometido, directa o indirectamente el interés de la Nación, casos de extradición, conflictos de competencia, etc.).

Justicia de la Nación las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores²³ de la causa en los casos siguientes:

- 1º) Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.
- 2º) Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.
- 3º) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

Además de dichos supuestos, el propio tribunal supremo –ya desde el año 1909²⁴– admitió el conocimiento de causas en las cuales no se configuraban, al menos en forma patente, los recaudos del artículo 14

²³ Recuérdese, en este punto, que la ley 26.709 (B. O. del 4-12-2012) introdujo el artículo 257 bis en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagrando el *per saltum*, al dar recepción normativa al “Recurso extraordinario por salto de instancia”, en el cual podrá obviarse el recaudo de la sentencia proveniente del tribunal superior de la causa, “en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior”. Aclarando que “existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados”. Y disponiendo, en forma categórica que “la Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad. Sólo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares. No procederá el recurso en causas de materia penal”.

²⁴ 2-12-1909, “Rey, Celestino M. c/Rocha, Alfredo y otro”, *Fallos*: 112:384.

de la ley 48, al destacar que “el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de ‘sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces’, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes”.

La brecha abierta con dicho pronunciamiento dio lugar a un gran número de supuestos en los que la Corte, con el argumento de la arbitrariedad, admitió los recursos extraordinarios; al respecto, a modo de enumeración meramente enunciativa, cabe remitirse a la sistematización efectuada por Genaro Carrió en 1967 –la cual, como afirma Manili, mantiene vigencia y utilidad–; “quien distingue los supuestos en los que la arbitrariedad se encuentra: (i) en el objeto de la decisión (por no decidir cuestiones planteadas o decidir cuestiones no planteadas); (ii) en los fundamentos normativos de la sentencia (por arrogarse el juez el rol de legislador, prescindir de la norma aplicable, aplicar Derecho no vigente o dar como fundamento del fallo pautas de excesiva latitud); (iii) en problemas en la apreciación de la prueba (por prescindir de pruebas decisivas, invocar prueba inexistente o contradecir otras constancias de autos); (iv) en la colisión entre los fundamentos normativos y los fácticos (por sustentar el fallo en afirmaciones dogmáticas, exceso de rigor ritual o autocontradicción), y (v) en los efectos de la decisión (por violar la cosa juzgada)”²⁵.

Como ya anticipáramos, de las normas relacionadas no emerge la obligatoriedad de los pronunciamientos del alto tribunal, aunque, debe destacarse, no siempre fue así, pues hubo épocas –por cierto breves– en las que supo haber una norma constitucional que así lo disponía y otra legal que la preveía, específicamente, para un supuesto particular de asuntos determinados.

En cuanto, a la primera, nos referimos a la Constitución de 1949, la cual regulaba el funcionamiento de la Corte en el artículo 95 y –en su parte pertinente– establecía que a ésta correspondía conocer, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos

²⁵ MANILI (2009), con cita de CARRIÓ, Genaro R., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.

a que se refiere el inciso 11 del artículo 68 y que “la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada, obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”; una ley reglamentaría “el procedimiento para los recursos extraordinarios y de casación y para obtener la revisión de la jurisprudencia”.

Esa norma fue defendida, en su oportunidad por Podetti, argumentando que si bien cada juez dentro de la competencia que le ha sido atribuida por la ley es depositario de todos los poderes jurisdiccionales, no puede olvidar que con muchos otros integra un fuero y con otros fueros un poder del Estado nacional o provincial; se preguntaba si: ¿podría hablarse en su unidad de un Poder Judicial donde cada uno de sus integrantes tuviese la libertad absoluta de interpretar la ley según su ciencia y conciencia? Y concluía que los fines de la justicia como un poder del Estado no se avienen a semejante concepto anárquico y disolvente de tan alto Ministerio²⁶.

Demás está decir que la Constitución mencionada, fue derogada por la Revolución Libertadora del 16 de septiembre de 1955, mediante una Proclama del 27 de abril de 1956 del auto-denominado *gobierno provisional* que reestableció la Constitución Argentina de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898 y *exclusión de la de 1949*.

Cabe recordar, como lo hacen Legarre y Rivera, que en 1987 el Consejo para la Consolidación de la Democracia propuso una obligatoriedad parecida a la de 1949; en efecto, en su segundo dictamen, el Consejo, coordinado por Carlos Santiago Nino, sostuvo que “el sentido de justicia demandaba que todos los hombres fueran tratados en igualdad de condiciones y que, por ello, era conveniente que los principios sentados por la Corte, a través de una decisión deliberada y reflexiva sobre un punto de la Constitución planteado en un caso, fueran aplicados en igualdad de condiciones, para lo cual era suficiente el sistema del recurso extraordinario federal”. Afirmándose de aquel modo el

²⁶ PODETTI, R. J. (1958, p. 307), la obra es citada en la sentencia recaída en autos “Scagliarini, Pedro D. y otros” del 23-8-2002, Cámara en lo Criminal y Correccional de Río Tercero, publicada en L. L. C. 2003 (febrero), con nota de Héctor Omar Sagretti.

valor de fuente normativa general a las sentencias de la Corte Suprema, en la medida que requiere que los jueces y tribunales inferiores acudan a ella cuando se le presenten casos que ofrezcan similitud²⁷. La propuesta, es sabido, no fue receptada.

El otro caso en que fue consagrada en una norma la obligatoriedad de los fallos del superior tribunal federal, fue en el artículo 19 de la ley 24.463, el cual reglaba que “la sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto del juicio. «Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas»”.

A diferencia del caso de la Constitución del ‘49 –de alcance general–, en la ley de solidaridad previsional mencionada sólo se consagraba el imperativo seguimiento de los fallos de la Corte, pero entendido éste, en la materia que allí se regulaba, es decir, la *impugnación judicial de los actos administrativos de la Administración Nacional de Seguridad Social* en cuyo marco se hubiera interpuesto un recurso de apelación ordinario contra lo resuelto por la Cámara Federal de la Seguridad Social (arg. arts. 14 y 19, ley 24.463).

Un punto de interés, en relación con dicha norma, es que ésta fue cuestionada en su legitimidad, en cuanto la imperatividad de la decisión de la Corte había sido establecida por una ley, sin que norma alguna de la Carta Magna así la consagrara. En ese sentido, sostuvo la sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que el sistema constitucional nacido de una voluntad constituyente es el que válidamente puede atribuir obligatoriedad a la doctrina judicial de los tribunales superiores de una Nación, y que la irrestricta libertad de criterio del magistrado en el desempeño de su actividad jurisdiccional es presupuesto de un poder judicial independiente; para luego interrogarse, como conclusión del razonamiento, si la norma –que impone una obediencia ciega a un precedente emanado del superior tribunal habido

²⁷ LEGARRE y RIVERA (2009), con cita de *Reforma constitucional: segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, p. 52.

en una causa de posible semejanza– no controvierte el orden jurídico constitucional, al constreñir o vaciar de jurisdicción al tribunal inferior negándole el ejercicio de sus facultades interpretativas e imponer, al estilo de un régimen de casación, el obligado seguimiento de la doctrina judicial habida en “casos análogos”.

La Corte Suprema no compartió el criterio de la Alzada previsional, y revocó tal aspecto del pronunciamiento –recurrido, sobre el punto, tanto por la parte demandada como por la señora fiscal general ante la Cámara– en la inteligencia de que no resultaba justificada la declaración de inconstitucionalidad decidida por la Cámara, pues lo dispuesto en la mencionada norma legal no obstaba al recto ejercicio de la libertad de juicio que es –en principio– propia de los jueces y en virtud de la cual pueden apartarse de la jurisprudencia de la Corte cuando introducen nuevos argumentos no considerados por ésta²⁸.

Sin embargo, como ya lo dijéramos en las palabras introductorias del presente, el artículo 19 de marras fue derogado por la ley 26.025, luego de que el alto tribunal declarara su inconstitucionalidad, pero no con fundamento en la *obligatoriedad de fallos* que establecía, sino en cuanto el recurso ordinario de apelación allí regulado, con el desarrollo del tiempo, se había convertido en un mecanismo que sólo tendía a la dilación de los trámites jubilatorios a la vez que había alterado la competencia constitucional de la Corte sobrecargándola de tareas hasta casi ordinarizar su función (“Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/Reajustes varios”)²⁹.

Estamos, pues, frente a un panorama en el cual el sistema judicial argentino atravesó –brevemente– épocas en las cuales tuvieron vigencia normas (legales o constitucionales) que habían regulado (total o parcialmente) la fuerza vinculante de ciertas sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; sin embargo, hoy en día (y como durante la mayor proporción de tiempo desde la organización constitucional de nuestro país) no existe disposición alguna en el sentido señalado. Es decir que, fuera de los lapsos predichos, ni el constituyente

²⁸ CFed.SS, sala II, 20-11-98, “González, Herminia del Carmen c/ANSeS s/Reajustes por movilidad”, L. L. 1998-F-759, y CSJN, *Fallos*: 323:355 del 21-3-2000 en los mismos autos. Ambos citados en LEGARRE y RIVERA (2009).

²⁹ *Fallos*: 328:566, del 29-3-2005.

ni el legislador han optado por volver a plasmar normativamente la eficacia vinculante de los fallos de la Corte Suprema, en el ámbito nacional³⁰.

Cabe reconocer que la *obligatoriedad* aludida importa una *regla de funcionamiento* propia de los sistemas jurídicos que adhieren al *common law*, en los cuales se aplica en su expresión más pura dicha pauta bajo la denominación *stare decisis et quiet nom movere* (más sintéticamente *stare decisis*); que remite a la idea de no mover o perturbar aquello que ya está decidido, quieto: estarse a lo ya resuelto. Esta doctrina parte de la base de la fuerza vinculante que tiene una decisión judicial pretérita sobre una futura controversia que haya de suscitarse en un caso análogo, y tiene su justificación en la premisa de que cada sentencia que se pronuncia tiende a resolver dos ámbitos distintos de conflicto, por un lado, el pleito concreto que se dirime, pero a la vez –y en segundo término– está orientada a sentar la pauta para la resolución de casos análogos que se presenten en el futuro.

La regla es susceptible de dos clasificaciones denominadas *stare decisis horizontal* y *stare decisis vertical*, según sea que la obligatoriedad provenga, respectivamente, de los precedentes propios de un tribunal dado (o de otros de igual jerarquía) o sólo de los emitidos por un órgano jurisdiccional de instancia superior³¹.

No obstante, forzoso es reconocer que nuestro sistema jurídico está basado sobre el sistema continental o *Civil Law*, en el cual la obligatoriedad de los fallos de tribunales superiores no es *per se* regla de funcionamiento; sin perjuicio de la pauta persuasiva que puede sentar la reiteración de decisiones judiciales en un mismo sentido que, a la postre, generan una conciencia de obligatoriedad.

A pesar de ello, y para desentrañar la inquietud planteada al inicio del ensayo, hay que determinar si aun reconocido que en nuestro sistema

³⁰ Vale efectuar la aclaración, porque en algunas provincias también han existido normas de ese tipo, respecto de los tribunales superiores locales (v. gr., el art. 143 de la Constitución de la Provincia de La Rioja que disponía que *la interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto de esta Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores*, hoy modificado en el texto vigente).

³¹ SÁNCHEZ (2010).

jurídico no existe norma expresa que consagre la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dicho tribunal tiene formada alguna posición a su respecto, puntualmente, si la propia Corte entiende –o no– que existe algún deber de seguimiento por parte de los magistrados de las instancias inferiores. La problemática no es menor, porque si nos aferramos al adagio según el cual *la Constitución es lo que la Corte dice que es*, y ésta se inclina por el aludido “deber” estaríamos en presencia de una suerte de *stare decisis* de origen judicial. Para efectuar ese análisis se impone examinar los fallos más trascendentes donde el alto tribunal haya efectuado –más o menos directamente– algún tipo de elaboración sobre dicho tema.

Uno de los primeros supuestos en los que la Corte conoció sobre la temática en cuestión fue en épocas tempranas de la organización constitucional, hacia el año 1870, en los autos “Doña Magdalena Videla c/Su esposo don Vicente García Aguilera s/Entrega de bienes. Incidente de competencia”³². En esta causa, el juez de sección de San Juan, al momento de resolver, identificó un precedente de la Corte en el cual se había dirimido una cuestión que él entendió análoga a la que debía pronunciarse, afirmándose que “debe resolverse el caso del mismo modo, subordinándose a las declaraciones de la Suprema Corte”. Categóricamente, señaló que “los Juzgados Seccionales deben ajustar sus procedimientos y resoluciones a las decisiones de la Suprema Corte, que en casos análogos dicte haciendo jurisprudencia”.

El alto tribunal se limitó a señalar que *por su fundamento se confirma el auto apelado*. Y si bien el pronunciamiento no pareciera ser del todo fundado, lo cierto y concreto es que, al remitirse a la argumentación del juez sentenciante (obviamente, validándola), el tribunal –en sus orígenes– pareciera haberse inclinado por aferrarse a la obligatoriedad de sus pronunciamientos. Pues el magistrado de sección no sólo habló de “ajustar sus procedimientos y resoluciones a las decisiones de la Corte”, también habló de “subordinarse a las declaraciones de ese órgano”.

Años más tarde, en 1883, llegó un nuevo caso a la Suprema Corte, caratulado “Don Bernado Pastorino, capitán de la Barca ‘Nuovo Prin-

³² Fallos: 9:53, del 9-4-1870.

cipio' c/Ronillon, Marini y Cía. s/Pago de sobreestadías"³³. En el pronunciamiento sometido a su decisión, el juez federal de Buenos Aires aseveró que "las resoluciones de la Corte Suprema sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquel alto tribunal, él se funda, principalmente, en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del Derecho, porque ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquéllos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos" (considerando 9°).

Si bien la resolución del juez de grado anterior fue –en sustancia– confirmada *por sus fundamentos*, es opinable que, en este caso puntual, lo resuelto por la Corte haya implicado convalidar la argumentación transcripta en el párrafo anterior. En efecto, el propio juez Tedín (de primera instancia) había señalado que, en verdad, la fundamentación sobre la proyección de los fallos del tribunal superior era *innecesaria*, pues el precedente que se invocaba no servía de base a los hechos del caso (ver considerando 10°). No obstante lo señalado, Sagüés, desde la doctrina, ha considerado que en esta sentencia se plasma la doctrina de la obligatoriedad de ajustarse a los precedentes de la Corte como *deber moral*³⁴.

En un fallo posterior, pareciera haber *flexibilizado* –aún más– la obligatoriedad de sus fallos, o lisa y llanamente, haberla abandonado. En efecto, en 1920, al resolver el expediente "Ferrocarril del Sud c/Don Pedro U. Draque y Cía. s/Repetición de una suma de dinero"³⁵, el

³³ Fallos: 25:364, del 23-6-1883.

³⁴ Ver SAGÜÉS, Néstor P., *Eficacia vinculante o no de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en E. D. 93-891; citada en LEGARRE y RIVERA (2009).

³⁵ Fallos: 131:105, del 9-3-1920.

tribunal confirmó una sentencia de la Cámara Federal de La Plata, compartiendo –y reproduciendo– el criterio de ésta en el sentido que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones”. No obstante, no pareciera haber prosperado esta tesis, pues en pronunciamientos posteriores volvió al criterio del acatamiento por parte de los jueces inferiores.

Tal vez la postura más ilustrativa fijada por la Corte Suprema, con sus propios términos, en la cual plasma su rol y el margen de actuación de los jueces de las instancias inferiores sea la del caso fallado en 1948 en los autos “Satín, Jacinto s/Impuestos internos”³⁶. En él se consideró que “tan incuestionable como la libertad del juicio de los jueces en el ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema ‘tiene autoridad definitiva para la justicia de toda la República’. Ello impone, ya no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia, susceptible siempre de ser controvertida, sino el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida. Importa desconocimiento de la superior autoridad de la Corte Suprema el apartarse de su jurisprudencia mencionándola sin controvertir sus fundamentos, con el agravante de invocar para ello ‘el deber de aplicar la Constitución’, modo tácito de expresar que se repara así el incumplimiento de ese mismo deber en que el superior habría incurrido, por lo que corresponde aperecibir a los vocales de la Cámara Federal que subscriben la sentencia que el tribunal revoca”.

La atenta lectura de los tramos transcritos deja expuesta una posición muy severa de la Corte, por la cual, si bien reconoce la incuestionable libertad de juicio para pronunciarse de los jueces inferiores, a la vez declara que la “interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para la justicia de toda la República; lo cual impone ya no el puro y simple acatamiento

³⁶ Fallos: 212:51, del 6-10-48.

de su jurisprudencia, susceptible siempre de ser controvertida, sino «el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida». Aquí el tribunal ostenta con toda contundencia su rol jerárquico, señalando que éste trae aparejada la obligación del inferior de reconocer su autoridad, al punto tal de sancionar a los magistrados que decidieron apartarse –sin refutarla– de la tesis sostenida por el alto tribunal.

Este mismo caso tuvo una derivación –administrativa, si se quiere– ante los cuestionamientos que formularon los jueces apercibidos. Al resolver el recurso, los miembros de la Corte expusieron que “la institución de un tribunal al que le es encomendada como función exclusivamente propia de él la decisión final de las ‘causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución’ (art. 100 de ésta), importa atribuir a la interpretación que este tribunal haga de ella una autoridad que no es sólo moral, sino institucional, es decir, que el orden de las instituciones de que se trata reposa sobre ella. Y es patente que lo perturban los ‘tribunales inferiores’ que prescindan pura y simplemente de aquélla, sin pretender que la singularidad del caso haga inaplicable lo decidido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, ni intenten reabrir, en recto ejercicio de la libertad de juicio que es, en principio, propia de los jueces, la dilucidación del punto sobre el que dicha jurisprudencia se pronuncia”³⁷.

El criterio es muy duro con los jueces de la instancia, porque insiste en identificar como falta disciplinaria el apartamiento de los magistrados de grado anterior si éstos no precisan la singularidad del caso que podría tornar inaplicable los decididos por la jurisprudencia suprema. Ello, sin dejar de establecer que su autoridad al interpretar los puntos regidos por la Constitución Nacional no es sólo moral, sino institucional.

La línea interpretativa en análisis es la que pareciera haberse consolidado y mantenido hasta el presente; al menos, desde la década del ‘80 en que son falladas las causas “César Balbuena”³⁸ (1981) y “Ce-

³⁷ *Fallos*: 212:251, del 3-11-48, en autos “García Rams, Horacio y Herrera, Carlos, vocales de la Cámara Federal de Apelación de la Capital solicitan se deje sin efecto la sanción disciplinaria que les fue aplicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos «Santín, Jacinto s/Impuestos internos»”.

³⁸ *Fallos*: 303:1769, del 17-11-81.

rámica San Lorenzo” (1985), que ha sido considerada por alguna doctrina como la validación del *stare decisis*³⁹.

En la primera de ellas se aseveró que “carece del debido fundamento la sentencia que se aparta de la doctrina de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la categórica posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y las leyes. Ello así, pues para efectuar una exégesis diversa de las leyes federales aplicables, el *a quo* debió haber señalado aquello que la Corte no tuvo en cuenta al establecer la inteligencia que debía darse a tales normas, no siendo suficiente dejar consignado que ‘simple y respetuosamente’ se discrepa con su doctrina”.

Por su parte, en “Cerámica San Lorenzo SAIC s/Apelación multa 20680”⁴⁰, se sostuvo que “no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el ‘deber’ de conformar sus decisiones” a aquéllas. Desde esta premisa consideró que “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante”.

Como dijéramos, esta postura fue entendida como la consagración de una regla similar a la del *stare decisis* vertical, pues: “1) supone la existencia de un caso dictado por un tribunal superior (la Corte) cuya doctrina es aplicable a los casos que deben resolver los tribunales inferiores; 2) en caso de que el caso no sea aplicado, la Corte revocará el fallo; 3) el caso precedente no posee efectos *erga omnes*; 4) el juez inferior puede apartarse del precedente si fundamenta su apartamiento, y 5) no hay obligación de seguir los *obiter dicta*”⁴¹.

³⁹ GELLI (2014).

⁴⁰ Fallos: 311:2453, del 1-12-88.

⁴¹ ZOCCA, con cita de BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. 1, p. 363.

Para demostrar que el posicionamiento que estamos analizando es el que se mantiene hasta el presente, parece muy oportuno resaltar que en forma reciente el tribunal lo ha ratificado en manera, por demás, enfática. En efecto, en la sentencia del 11 de febrero de 2014 *in re* “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/Estado Nacional. Jefatura de Gabinete de Ministros s/Amparo ley 16.986”⁴² reafirmó la “autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición del tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”, lo cual impone que “en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores. Así, en *Fallos*: 183:409 se estableció que el tribunal no podría apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio”.

Es muy interesante la aseveración que formula el tribunal, pues alude a la “propia” obligatoriedad del tribunal dada por sus precedentes, siendo muy categórica la circunstancia que habilita el apartamiento: *causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio*. Pero, además, resalta que sus conclusiones (expuestas en casos análogos) deben ser debidamente consideradas y *consecuentemente seguidas* por los tribunales inferiores.

Aun cuando se aclara que ello no significa “que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas (conf. Willoughby, *On the Constitution*, t. 1, p. 74)”, insiste el tribunal en señalar que “cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (conf. doctrina de *Fallos*: 183:409 citado)”.

Además, especifica el decisorio que “esa autoridad doctrinal se extiende a todas las partes de un caso judicial que intentaren promover la

⁴² Letra A, N° 925, Año 2013, t. 49, Tipo REX (publicado en L. L. del 5-3-2014; D. J. del 3-3-2014).

apertura de la jurisdicción revisora, federal y extraordinaria que contempla el artículo 14 de la ley 48. De modo que cuando la interpretación llevada a cabo en la sentencia dictada por el superior tribunal de la causa sea ajustada a precedentes de esta Corte —expresamente invocados y reproducidos en el pronunciamiento de la Cámara—, quien pretenda del tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata deberá exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de Derecho aplicable”. Lo cual constituye, según conceptualiza el tribunal, una *carga argumentativa calificada*.

Quizás, el mencionado fallo “Artear” sea esquemático en cuanto recurre al mecanismo típico del *stare decisis*, tal como lo plantea Soderó⁴³: las decisiones de los jueces de la Corte parten de un juicio de comparación entre los hechos del caso actual y las circunstancias fácticas y probatorias consideradas en los fallos que cita, llegando a la conclusión de que en todos se plantean “las mismas cuestiones”, es decir, son casos similares o análogos, por lo que debía estarse a lo allí decidido.

Dicho “esquema básico” está reforzado porque, además: 1) destaca la autoridad institucional de los propios precedentes de la Corte Suprema, derivada de la condición de cabeza del Poder Judicial de la Nación, se caracteriza como el intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, que implica que sus decisiones deben ser consideradas y *seguidas* por los tribunales inferiores al fallar en casos sustancialmente análogos; 2) reafirma el deber (no exclusivo de la Corte) de tener en cuenta los propios precedentes, y de seguir sus soluciones a menos que se compruebe de manera clara su error o inconveniencia, citando a tal fin conocidas pautas de “Baretta vs. Provincia de Córdoba”, al hilo del argumento de la seguridad jurídica según el cual sería “en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos”; 3) explicita que, en virtud del alcance amplio que exhibe la autoridad doctrinal que tienen sus precedentes, quienes deduzcan un recurso extraordinario federal contra

⁴³ SODERO (2014).

una sentencia ajustada a ellos tendrán que satisfacer una carga argumentativa calificada si pretenden que la Corte efectúe un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata, para lo cual deberán “exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de Derecho aplicable”⁴⁴.

A esta altura del desarrollo podemos afirmar que, aun reconociendo que nuestro sistema jurídico no se identifica con las bases del *common law*, y que no existe una regla formal normativa que pregone la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cierto y concreto es que la elaboración sobre dicho aspecto efectuada por el alto tribunal –en su rol de intérprete de la Constitución Nacional– ha sido orientada en reconocerle una *proyección a sus decisiones* respecto de los jueces inferiores, que no reposa sólo en cuestiones morales sino, más bien, institucionales.

Cabe aclarar, sin embargo, que dicho efecto vinculante (“condicionado”, si se quiere) cabría ceñirlo a los supuestos en que la Corte efectúa una interpretación del texto constitucional y, en su caso, del ajuste (o desajuste) de cierto texto normativo de grado inferior al primero. Pero no más allá de dichos supuestos, que parecieran exorbitar la función que le atribuye al alto tribunal el texto constitucional. Por ejemplo, cuando la interpretación se circunscribe al alcance de una norma del Derecho común, la cual *prima facie* debe ser aplicada por los órganos judiciales de las provincias (conf. juego armónico de los arts. 75, inc. 12, y 116 de la CN).

Así lo entendió la Corte al fallar la causa “Benítez, Horacio Osvaldo c/Plataforma Cero SA y otros s/Despido”⁴⁵, argumentando que la alegación de haberse dictado sentencias que se dicen contradictorias en materia de Derecho común, no plantea problema constitucional ni autoriza la intervención de la Corte a fin de unificar pronunciamientos en temas no federales; aclarando que las cuestiones atinentes al Derecho del Trabajo, naturalmente, no flexibilizan esta regla, pues si la Corte

⁴⁴ SODERO (2014).

⁴⁵ Fallos: 332:2815, del 22-12-2009.

Suprema entrara a conocer el fondo de un litigio con el propósito de fijar la recta interpretación de la ley común aplicable y conseguir, por ese medio, la uniformidad jurisprudencial sobre el punto, en realidad so color de restablecer la igualdad constitucional supuestamente violada por fallos contradictorios de diversos tribunales del país sobre una misma cuestión en materia laboral, ejercería una facultad ajena al recurso extraordinario (*Fallos*: 246:300, 302 y su cita).

Desde la doctrina, se ha considerado que con este fallo la Corte Suprema “liberó” a los tribunales inferiores, al “inhibirse” de seguir interpretando con alcance general normas de Derecho común –salvo palmaria arbitrariedad–, llegando al punto de descartar como acto jurisdiccional válido una sentencia del superior tribunal de la causa que sólo se remite a lo expresado por la Corte Suprema en un precedente análogo⁴⁶.

Si se aprecia que los fallos “Benítez” y “Artear” fueron adoptados por la Corte con una misma integración, se puede extraer la conclusión que anticipáramos: la interpretación del alto tribunal que vincula a los jueces de instancias inferiores es aquella que se efectúa sobre las normas de jerarquía constitucional y, en su caso, respecto de la legitimidad de normas inferiores frente a las primeras, no así acerca de otras elaboraciones como puede ser la relativa a la determinación del “alcance” de una norma del Derecho común. Tal es el *deber de seguimiento*⁴⁷, que cobra operatividad “cuando la regla creada por el tribunal en materia constitucional o convencional es suficientemente clara y precisa y emana de la mayoría de sus integrantes en cuanto a la decisión y a los argumentos que sostienen la decisión”. Pudiendo afirmarse que, sobre el punto, “al haber extendido la Corte el valor de su propia jurisprudencia dándole efecto vinculante aunque condicionado, ha configurado una regla de Derecho Constitucional consuetudinario”⁴⁸.

3. Los pronunciamientos en cuestión

Como anticipáramos, desde el título, el disparador del ensayo presente está motivado por los últimos fallos de la Corte Suprema de

⁴⁶ COLOMBRES (2010).

⁴⁷ GELLI (2014).

⁴⁸ SAGRETTI (2003).

Justicia de la Nación que abordaron la materia de la libertad sindical y que, en las palabras introductorias identificamos: ATE I, Rossi y ATE II; siendo dable efectuar, con antelación al análisis de las sentencias, unas breves palabras relativas al concepto de libertad sindical y su posicionamiento como principio general del Derecho Colectivo del Trabajo.

En forma de síntesis –más que prieta– podríamos recordar que, para definirla, se ha dicho que “es el conjunto de derechos, potestades, privilegios e inmunidades otorgadas por las normas constitucionales, internacionales y legales a los trabajadores y a las organizaciones voluntariamente constituidas por ellos, para garantizar el desarrollo de las acciones lícitas destinadas a la defensa de sus intereses y al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”⁴⁹. Habiéndosela, también, delimitado como el “conjunto de *poderes* individuales y colectivos, que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración y gobierno y actividad externa (actividad sindical) de las asociaciones profesionales de trabajadores”⁵⁰.

Afirmamos que la libertad sindical es un principio general del Derecho Colectivo del Trabajo, y esta aseveración, como se verá, trae consigo trascendentes derivaciones que provienen de las funciones propias de todo principio general, y que tal vez puedan cobrar relevancia en las hipótesis en las que, frente a la fulminación por inconstitucionalidad de una norma, se produce una suerte de laguna jurídica sobre una situación específica.

De más está decir que la idea de jerarquizar a la libertad sindical como principio general no es propia. Por el contrario, son varios y notorios los autores que así lo señalan. Así, sólo por citar algunos ejemplos, encontramos que Gino Giugni la considera *principio jurídico fundamental en el que se basa el sistema de relaciones industriales*⁵¹; Fernández Madrid la conceptualiza como uno *de los grandes principios fundantes* del Derecho Colectivo⁵²; Grisolfá la incluye entre los *prin-*

⁴⁹ ETALA (2007, p. 61).

⁵⁰ LÓPEZ (1972, p. 673).

⁵¹ GIUGNI (1983, p. 67).

⁵² FERNÁNDEZ MADRID y CAUBET (1997, p. 251).

*principios esenciales del Derecho Colectivo del Trabajo*⁵³; Strega la identifica con un *principio rector y general de nuestro ordenamiento jurídico positivo en materia de relaciones laborales colectivas*⁵⁴, y Etala la señala como *principio general del Derecho Colectivo del Trabajo*⁵⁵.

Que exista un principio general –como lo es el de libertad sindical– es un dato relevante, porque el solo hecho de dicha entidad nos da cuenta de la autonomía del Derecho Colectivo del Trabajo como una rama, científicamente, independiente. Ahora bien, al afirmar que estamos ante un principio general del Derecho Colectivo del Trabajo, aseveramos que la libertad sindical es una de “aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho”, a las que aludiera Alonso García⁵⁶.

Sin embargo, la acepción de principio general que considero más apropiada es la que propone Plá Rodríguez, pues lleva ínsita la funcionalidad de éstos. Él sostiene que “son líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”⁵⁷.

Puede apreciarse que de la definición citada emergen las tres funciones que, clásicamente, se les atribuyen a los principios generales de una rama jurídica, y que, como es dable suponer, están dirigidas –o, atañen– a diferentes operadores del Derecho.

Una de tales funciones es la *informativa*, y alcanza a la actividad legislativa en su dimensión más amplia, en tanto se entiende que el principio general inspira al ente emisor de una norma dada, y sirve como fundamento del ordenamiento jurídico. Por supuesto que esta situación se da en el caso más paradigmático de acto legislativo, como es la sanción de una ley; pero también está –o debe estar– presente

⁵³ GRISOLÍA (2004, p. 722).

⁵⁴ STREGA (2004, p. 3).

⁵⁵ ETALA (2007, p. 24).

⁵⁶ ALONSO GARCÍA (1960, p. 247).

⁵⁷ PLÁ RODRÍGUEZ (1998, p. 14).

en todo momento que un órgano deba emitir normas. Así, por ejemplo, cuando desde el Poder Ejecutivo se dictan decretos reglamentarios o simples resoluciones administrativas que tiendan, también, a regular situaciones generales en abstracto.

Otra de las funciones a las que aludiéramos es la *interpretadora* y está destinada no ya a aquel que emite un acto legisferante sino a quien tiene que aplicar en un caso concreto una norma sujeta a interpretación. Aquí el operador del Derecho, como paso previo –y, muchas veces, no explícito– a efectuar la aplicación, deberá *explicar o declarar el sentido*⁵⁸ de un texto normativo. La finalidad de la regla en cuestión es que al hacerlo, éste se oriente por aquel enunciado que más se adecue al de la tésis de la directriz contenida por el principio general que corresponda. Algunos autores consideran que ésta es la principal utilidad, en la medida en que al constituir *el sentido y la razón de ser de un cuerpo normativo, reflejan el sentido de las normas que lo componen*, orientando al intérprete⁵⁹.

A diferencia de las otras dos funciones, que se vinculan con normas en proceso de elaboración o con la determinación de los alcances de las que están en vigencia, la denominada *función normativa o integradora* tiene lugar en casos en los que aquéllas no existen. Es decir, dada una situación específica que debe ser resuelta, el juez carece de una pauta legal concreta para dirimirla. El rol de la función en estudio, en esta hipótesis, es completar el derecho de forma tal que *la directriz* del principio general permite el *llenado de la laguna* jurídica, convirtiéndose en una fuente de Derecho y dándole al magistrado las bases o los criterios generales para la decisión del caso, mediante la norma individual que emitirá (la sentencia).

Hay que reconocer que cierta doctrina⁶⁰ se cuestiona la posibilidad jurídica de recurrir al papel normativo o integrador del principio general de la libertad sindical, en el entendimiento de que no existiría en la rama colectiva del Derecho del Trabajo una disposición positiva que la autorice, tal como sí sucede con la faz individual en el artículo 11

⁵⁸ Real Academia Española (1970, p. 755).

⁵⁹ FERNÁNDEZ MADRID (2000, p. 204).

⁶⁰ ETALA (2007, p. 23).

de la ley 20.744⁶¹. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, cabe poner de resalto que el aludido artículo 11 en modo alguno delimita a la *rama individual* la aplicabilidad normativa de los principios generales; por el contrario, en términos más amplios refiere a *una cuestión que no pueda resolverse* y a la aplicación de *los principios generales del Derecho del Trabajo*. Pero, además de lo expuesto, cabe señalar, que el artículo 16 del Código Civil⁶² autoriza a resolver atendiendo a los principios generales del Derecho, y si bien es verdad que la norma alude a *cuestión civil* dicha noción debe ser interpretada en el contexto de la época en que la norma fue sancionada –año 1869–, como referente a cuestiones *no penales*. Aun cuando no se compartieran dichas consideraciones en cuanto a la autorización legal –sea por los artículos 11 de la LCT o 16 del Código Civil– para recurrir a los principios generales del Derecho, como es el de libertad sindical, compartimos enfáticamente la conclusión de Podetti en cuanto señala que la ausencia de una remisión como la aludida en el ordenamiento jurídico nacional *no impide al intérprete aplicarlos para integrar el Derecho*⁶³.

Hechas tales líneas descriptivas cabe pasar revista a los hechos y argumentaciones que dieran pie al alto tribunal a fallar –como lo hiciera– en las sentencias que mencionáramos en el planteo introductorio, a fin de perfilar el estándar jurídico que fijó el tribunal en torno del principio de libertad sindical.

El pronunciamiento recaído en “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de asociaciones sindicales” (11-11-2008)⁶⁴ –que solemos identificar como *el caso “ATE”*, y también como “ATE I”– fue dictado sobre la siguiente plataforma fáctica:

⁶¹ Recordemos que en un artículo titulado *Principios de interpretación y aplicación de la ley* el artículo 11 dispone que “Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe”.

⁶² Art. 16: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

⁶³ PODETTI, H. A. (1997, p. 144).

⁶⁴ *Fallos*: 331:2499.

El Ministerio de Trabajo –a través de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales– había admitido una impugnación formulada por la Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas (PECIFA), y declarado la nulidad de la convocatoria a elecciones de delegados del personal efectuada por la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) en el ámbito del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas. La decisión fue confirmada por el órgano de cúpula, dentro de la esfera administrativa, sobre la base de considerar que 1º) el artículo 41, inciso a, LAS, disponía que para ser delegado del personal se requería “estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta”, y 2º) la única asociación profesional con aptitud para “convocar, organizar y fiscalizar” las elecciones de delegados era aquella cuya personería gremial abarcaba al personal del ámbito en cuestión, que era PECIFA de acuerdo con una resolución de 1966.

Finalmente, la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó lo resuelto en sede administrativa⁶⁵, motivando el recurso extraordinario de ATE, y la consecuente queja, ante la denegatoria. Aun cuando la recurrente había invocado la arbitrariedad del pronunciamiento del órgano *a quo*, y pese a que la representante del Ministerio Público Fiscal dictaminó por la apertura de la instancia extraordinaria por considerar verificado dicho supuesto, el alto tribunal decidió admitir la queja que habilita su conocimiento con fundamento

⁶⁵ Ponderó la sala VI que la resolución 414/66 había otorgado a PECIFA la personería gremial en el ámbito en cuestión –que no fue objeto de impugnación– excluyendo a ATE del ámbito de Capital Federal y de algunos partidos del Gran Buenos Aires –Vicente López, San Martín, Tres de Febrero, La Matanza, Lanús y Avellaneda– en lo referido al personal agrupado en PECIFA de Capital Federal. Concluyendo que era nulo y carente de efectos el llamado a elecciones de delegados realizado treinta y siete años después de dictada aquella resolución, y descartando por inoficiosos planteos fundados en los principios de libertad sindical y representación, legislados en los Convenios 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como numerosas citas de decisiones de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y del Comité de Libertad Sindical, señalando que las observaciones realizadas por el último organismo mencionado a los arts. 38, 39, 41, 48 y 52 de la ley 23.551 no interesaban para la dilucidación del caso, por encontrarse en juego los alcances de una personería gremial ya otorgada, con la consiguiente exclusión de otra asociación sindical de dicho ámbito de actuación.

en el artículo 14, inciso 3º, de la ley 48⁶⁶, en cuanto se planteaba que el artículo 41, inciso a⁶⁷, LAS, vulneraba el derecho a una organización sindical libre consagrada por el artículo 14 bis, CN, y diversos tratados internacionales.

Aludió la Corte al *derecho de asociación* –ya reconocido en la Constitución 1853/1860– y a las dos dimensiones que le eran inherentes: la *individual* y la *social*, reconociendo la especificidad en el campo de los sindicatos, dando lugar a la *libertad sindical*, receptada por numerosos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional conforme lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, CN (principalmente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [arg. XXIII], la Declaración Universal de los Derechos Humanos [arts. 20 y 23.4], los Pactos Internacionales de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos [art. 22.1] y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales [art. 8.1.a], la Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 16.1]). En ese mismo proceso ubica al artículo 14 bis, CN (1957) que prevé la *organización sindical libre y democrática*⁶⁸.

En tal marco, se afirma que la libertad de asociación sindical remite muy particularmente al Convenio 87 –tal como lo entendiera el propio tribunal en anteriores pronunciamientos, verbigracia: el recaído en el caso “Outón” (*Fallos*: 267:215, 1967)–; poniendo énfasis en señalar que el Convenio, además de haber sido ratificado por la Argentina y estar claramente comprendido en la Declaración de la OIT relativa a

⁶⁶ Ley 48, art. 14: “Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes [...] 3º) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”.

⁶⁷ El art. 41 de la ley 23.551 dispone que “para ejercer las funciones indicadas en el artículo 40 se requiere: a) estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta”, y de su lado, el citado art. 40 contempla a la representación ejercida por “los delegados del personal, las comisiones internas y organismos similares, en los lugares de trabajo o según el caso, en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados”.

⁶⁸ Considerando 3º.

los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, ha sido hecho propio por dos tratados con jerarquía constitucional⁶⁹. En efecto, dispone el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por ley 23.313) que “Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”, y en tanto que, por su parte, y términos similares, el artículo 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (también aprobado por ley 23.313) establece que “Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que pueden menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías”.

Al estar contenido el Convenio 87 por tratados de derechos humanos que el propio constituyente de 1994 elevó a la jerarquía constitucional, el referido Convenio de la OIT debe ser interpretado con ese mismo nivel jerárquico.

Rescata el tribunal que, según dicha normativa, todo miembro de la OIT para el cual esté en vigor “se obliga a poner en práctica” determinadas “disposiciones” (art. 1º), entre las que se destacan, con referencia al caso estudiado, que “los trabajadores [...] sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas” (art. 2º), así como que las “organizaciones de trabajadores [...] tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción”. Por otro lado, así como las “autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este de-

⁶⁹ Considerando 5º.

recho o a entorpecer su ejercicio legal” (art. 3.2), la “legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio” (art. 8.2). Todo miembro, añade, también “se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores [...] el libre ejercicio del derecho de sindicación” (art. 11). El término “organización”, aclara el artículo 10, significa “toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores...”⁷⁰

El contenido del derecho de asociación sindical en sus dos dimensiones (la individual y la social) está, así, dado por el *corpus iuris* de los derechos humanos, al que deben responder las normas que dispongan su reglamentación en el marco del artículo 14 bis, CN, que, con igual vigor, la contiene y tutela, al pregonar una “organización sindical libre y democrática”. Tal libertad, en el plano individual, está enunciada a fin de que el trabajador sin ataduras disponga afiliarse, desafiliarse o no afiliarse y, de ser lo primero, en la organización que escoja; en lo relativo a la faz colectiva, se da contenido a la referida libertad de los sindicatos, con el propósito de que puedan ser fundados y realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado, que reduzcan injustificadamente las funciones que les son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden sindical⁷¹.

Para interpretar la norma constitucional, el tribunal memora palabras de los constituyentes de 1957, quienes expresaban que no se calificaba la forma del sindicalismo, a fin de que “los obreros agremiados libremente se den la forma sindical que mejor les parezca y que mejor crean que atiende a sus propios intereses”. Télesis esta que estaría plasmada en la disposición según la cual el sindicato es reconocido *por la simple inscripción en un registro especial*. Se entiende que los términos “libre y democrática” son recíprocamente complementarios, y que la norma del artículo 14 bis, CN, manda que “el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en

⁷⁰ Considerando 5°.

⁷¹ Considerandos 6° y 7°.

aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse”.

Tal conclusión, se afirma, es coherente con el Convenio 87 y la interpretación, a su respecto, elaborada por *los dos órganos de control internacional de la OIT*: el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Y, en ese marco, se traen a colación los criterios de dichos órganos concernientes a los llamados “sindicatos más representativos”, condición que, en el ordenamiento nacional, es reconocida por la Cartera Laboral mediante el otorgamiento de la *personería gremial* (art. 25, LAS)⁷².

Con mucho énfasis, se recuerda que la Comisión de Expertos aseveró, en el marco de una observación individual dirigida a la Argentina (2008) “que la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales”, reiterando lo expuesto en anteriores oportunidades, 1999, 1998 y 1989. En esta última, que en verdad sería temporalmente la primera, la CEACR recordó que “cuando el legislador confiere a los sindicatos reconocidos, que de hecho son los más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales, la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que incluyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse”.

En análoga línea de análisis sostiene el Comité de Libertad Sindical que “el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable”, es “necesario” que la distinción no tenga como consecuencia “conceder a las organizaciones más representativas [...] privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de de-

⁷² Considerando 8°.

signación de los delegados ante organismos internacionales”. En otras palabras, la distinción no debería “privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio 87” (Libertad Sindical: párr. 309 de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 1996).

Según el pronunciamiento, las funciones limitadas que la legislación reconoce a determinadas categorías de sindicatos podrían entrañar el riesgo (aun cuando no fuera intensión) de tener que, por efecto indirecto, restringir la libertad de los trabajadores para adherirse a organizaciones de su elección. Por lo que hay una “diferencia fundamental” entre el monopolio sindical “instituido o mantenido por la ley” directa o indirectamente, y el que “voluntaria y libremente” quieran establecer los trabajadores. El primero, cuando trasciende los límites señalados en este considerando, “está en contradicción con las normas expresas del Convenio 87”, el cual, aun cuando “manifiestamente no apunta a imponer el pluralismo sindical”, *sí exige que éste “[sea] posible en todos los casos”* (con cita del párr. 91, *Libertad sindical y negociación colectiva*)⁷³.

Concluye la Corte, entonces, que “el artículo 41, inciso a, de la ley 23.551 viola el derecho a la libertad de asociación sindical amparado tanto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional como por las normas de raigambre internacional de las que se ha hecho mérito, en la medida en que exige que los ‘delegados del personal’ y los integrantes de ‘las comisiones internas y organismos similares’ previstos en su artículo 40, deban estar afiliados «a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta»”⁷⁴. En tanto dicha limitación mortifica la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos –pues los constriñe, al menos indirectamente, a adherirse a la

⁷³ Considerando 8°.

⁷⁴ Considerando 9°.

asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia de otra simplemente inscrita– y, también, la libertad de los sindicatos, en cuanto les impide el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para los que fueron creados. *La restricción excede, con holgura (según enfatiza la sentencia) el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos, en los términos ya referidos; sin que se adviertan razones que hagan que la limitación impugnada resulte necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, para la protección de los derechos y libertades ajenos*⁷⁵.

Hay que reconocer que, como se ha sostenido desde la doctrina, la Corte Suprema en el fallo estudiado no ha declarado sólo la invalidez constitucional del artículo 41, inciso a, LAS, en cuanto exige que los delegados de personal y los integrantes de las comisiones internas y los organismos similares previstos en su artículo 40 deban estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por éstas, sino que “ha descripto las condiciones mínimas de legitimidad de todo un sistema, que tiende (o tendía) a promocionar la unidad en función de la intensidad de la afiliación”⁷⁶. Señalándose, desde otro punto de vista, que la Corte hizo algo más que declarar la inconstitucionalidad de una cláusula legal (integrante del art. 41, inc. a, LAS), ofició a modo de *tribunal constitucional* o *corte de casación*, dirigiendo una comunicación recepticia a los tribunales de inferior grado⁷⁷.

La posterior actuación del alto tribunal se desarrolló sobre las aludidas “condiciones mínimas de legitimidad de todo un sistema”, a las que refiriera Álvarez en la ponencia mencionada en el párrafo anterior, y así es que al año siguiente, fue dictada la sentencia de los autos “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional. Armada Argentina s/Suma-

⁷⁵ En obvia relación con los términos del art. 8º del PIDESC (“el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos libertades ajenos” –inc. 1.c–).

⁷⁶ ÁLVAREZ (2010, p. 26).

⁷⁷ GARCÍA (2009, p. 148).

rísimo” (9-12-2009)⁷⁸. En lo que interesa del caso, surge que la actora promovió un juicio sumarísimo dirigido a que se dejara sin efecto la sanción disciplinaria –y el posterior traslado– que le aplicara la Dirección del “Hospital Naval Buenos Aires Cirujano Mayor Doctor Pedro Mallo” sin la previa exclusión de la tutela sindical; Rossi invocó que era presidente de Prosana –agrupación que obtuvo su inscripción gremial por resolución 53/2003– y que, siendo elegida por sus afiliados, integraba como miembro titular el consejo federal de la Femeca, sindicato de segundo grado con personería gremial. Destacó que la aludida elección había sido notificada a la empleadora y que su mandato se encontraba vigente al tiempo en que fue sancionada, razón por la cual ubicaba su situación en los artículos 48 y 52 de la LAS. La sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, confirmó el rechazo de la pretensión, sobre la base de la imposibilidad de darle operatividad a la tutela sindical del artículo 52, LAS, en el marco de una entidad que se veía desplazada en la representación del personal por otra que poseía la personería gremial; es decir que, Pecifa –como entidad de primer grado con personería gremial– desplazaba a Prosana como entidad simplemente inscripta a la que pertenecía la actora y también a Femeca como federación de asociaciones sindicales, cuya existencia no implicaba extender la garantía en virtud de lo normado por el artículo 35 ya que la hipótesis que contempla dicho dispositivo legal se limita al supuesto en que no hubiera una asociación con personería gremial.

Ante la denegatoria de la apelación extraordinaria federal, la demandante dedujo la queja pertinente; y aun cuando la recurrente había invocado la arbitrariedad de la decisión del órgano *a quo*, y pese a que la procuradora fiscal dictaminó por la apertura de la instancia extraordinaria por considerar verificado dicho supuesto⁷⁹, la Corte decidió admitir la queja que habilita su conocimiento con sustento en el artículo 14, inciso 3º, de la ley 48 –al igual que lo hiciera en ATE1–,

⁷⁸ Fallos: 332:2715.

⁷⁹ Sobre este aspecto, recordó la Dra. Marta Beiró de Goncalvez que “si al fundamentarse la apelación federal se alegó, entre otros extremos, la arbitrariedad del fallo, corresponde tratar, en primer orden, los agravios que atañen a dicha tacha, dado que de existir no habría, en rigor, una sentencia propiamente dicha” (Fallos: 323:35 y sus citas, entre otros).

en cuanto se planteaba la incompatibilidad del artículo 52, LAS⁸⁰ (interpretada como lo hacía la sala) con los derechos reconocidos por el artículo 14 bis, CN, y diversos tratados internacionales.

El fallo está estructurado sobre la fundamentación dada en el caso “ATE1” en cuanto fijó doctrina constitucional respecto de la libertad sindical, considerándola *principio arquitectónico que sostiene e impone la Constitución Nacional mediante su artículo 14 bis y por vía de un muy comprensivo corpus iuris con jerarquía constitucional*, dándose por reproducidos los términos del primero. Pondera, por otra parte, que del propio artículo 14 bis, fluye que la libertad sindical debe estar rodeada de un particular marco de protección de los representantes gremiales, en la medida en que la norma de manera terminante dispone que éstos “gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”. El término “necesarias” indica el carácter forzoso e inevitable de su existencia, lo cual refuerza al categórico “gozarán” que enuncia el precepto. Se pondera la consideración del trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional, según los criterios de “Vizzoti” y “Aquino” (*Fallos*: 327:3677 y 327:3753)⁸¹.

Entiende el tribunal, en el orden de saber expresado, que “al limitar a los representantes gremiales de los sindicatos con personería gremial los alcances de la protección prevista en su artículo 52, LAS, reglamentaria de la libertad sindical constitucionalmente reconocida, ha violentado, de manera tan patente como injustificada, la esfera en que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones más representativas”. Se señala que la distinción legalmente establecida –el diferente grado de tutela reconocido a los representantes gremiales, según provengan de sindicatos simplemente inscriptos, por un lado, o con personería gremial, por el otro–, mortifica

⁸⁰ El art. 52, LAS, dispone que “Los trabajadores amparados por las garantías previstas [en el artículo 48], no podrán ser despedidos, suspendidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía...” De su lado, el mentado art. 48 prevé las garantías aludidas para los trabajadores que ocupan “...cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial...”

⁸¹ Considerandos 4º y 5º.

dicha libertad respecto de los primeros y de los trabajadores en general, en las dos vertientes, individual y social, señaladas en “ATE”. Reiterando el entendimiento según el cual el distingo constriñe, siquiera indirectamente, a los trabajadores individualmente considerados que se dispongan a actuar como representantes gremiales a adherirse a la entidad con personería gremial, no obstante la existencia, en el mismo ámbito, de otra simplemente inscripta; efectuando lo propio respecto de los trabajadores que deseen afiliarse y verse representados sindicalmente. Además, se afecta la libertad de los sindicatos simplemente inscriptos –y la de sus representantes– al protegerlos de manera menor que si se tratara de asociaciones con personería gremial, *en un terreno de la actividad sindical que también es propio de aquéllos, y en el cual, de consiguiente, no se admiten privilegios*⁸².

Insiste el tribunal, como lo hiciera en ATE1, en la trascendencia del Convenio 87 de la OIT, no sólo en cuanto a sus disposiciones normativas, sino, también, en los criterios fijados, a su respecto, por la CEACR; recordando la conclusión de este órgano, respecto de la Argentina, según la cual, no obstante la tutela general que prevé el artículo 47, LAS, “los artículos 48 y 52 [de ésta] establecen un trato de favor a los representantes de las organizaciones con personería gremial en caso de actos de discriminación antisindical [fuero sindical] que excede de los privilegios que pueden otorgarse a las organizaciones más representativas”, consistentes en una “prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales” (observación individual, realizada en similares términos en los años 2008, 2006, 2004, 2001, 1999, 1998, 1997, 1996, 1993 y 1991). Es más, se destaca que ya desde su primer análisis, luego de sancionada la ley 23.551, se efectuó la observación pertinente (1989), y que lo propio efectuara, con similares criterios, el Comité de Libertad Sindical⁸³.

Como obvio corolario del análisis, se declara la inconstitucionalidad del artículo 52, LAS, “en la medida en que excluye a la actora del goce de la tutela otorgada por este último a los representantes de aso-

⁸² Considerando 5°.

⁸³ Considerando 6°.

ciaciones con personería gremial, por ser representante [...] de una asociación sindical [...] la cual, no obstante comprender en su ámbito a la relación de trabajo de dicha representante, tiene el carácter de simplemente inscrita y existe otro sindicato con personería gremial en ese ámbito”. Ordenándose, pues, el dictado de una nueva sentencia, pero aclarando que, para el supuesto en que el pronunciamiento que se ordena dictar considerase el cargo que tenía la actora en Femeca (aspecto que se entendió *inoficioso* analizar)⁸⁴, las conclusiones del tribunal implican necesariamente, para el *sub examine*, que se encuentra satisfecha la “condición” a la que el a quo supeditó la “inclusión de la garantía” para la actora en tanto “integrante de una federación” (supra, considerando 1).

Pese a los dos pronunciamientos coherentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en forma –podría decirse– *clara* establecían ciertos límites al régimen de la personería gremial cuyo traspaso redundaba en ilegitimidad constitucional, la ley 23.551 no fue objeto de reformas legislativas que hayan formado parte de la agenda del Poder Legislativo, entrando en esa faceta de *hibernación* a la que aludiera Estaban Carcavallo al comentar la sentencia “Rossi”⁸⁵.

En el derrotero de distintos pronunciamientos judiciales que iban tallando –o si se quiere, *desfigurando*– el modelo sindical, el máximo tribunal nacional, cinco años después de ATE y cuatro de Rossi, dictó sentencia en los autos “Asociación Trabajadores del Estado s/Acción de inconstitucionalidad” (17-6-2013)⁸⁶, bautizado desde la doctrina y los ambientes académicos como *el caso “ATE2” o “ATE II”*.

En el expediente, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia

⁸⁴ Cabe aclarar que en el fallo la Dra. Argibay pronunció un voto, también orientado a la revocatoria de la sentencia de la Alzada laboral, pero sobre la base de juzgar operativa la tutela a la demandante en virtud del cargo que tenía en la federación que gozaba de personería gremial. Entendiendo, a ese fin, que “la preexistencia de un sindicato con personería gremial de primer grado en el ámbito laboral donde se desempeñan los trabajadores de la actividad que Femeca también representa, no puede constituir un motivo válido en términos constitucionales para privar de la protección especial establecida en el artículo 52, LAS, a una de sus dirigentes” (considerando 11° de su voto).

⁸⁵ CARCAVALLO (2010).

⁸⁶ Expte. Letra A, N° 598, Año 2007, t. 43, Tipo RHE.

de Salta había rechazado una acción de inconstitucionalidad deducida por la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y el señor Alberto Molina, empleado de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, contra el decreto municipal N° 5 del 14 de enero de 2003 en cuanto implementó un proceso de reforma del Estado local disponiendo una reestructuración funcional de la administración comunal y la revisión, modificación o supresión de los adicionales o suplementos particulares reconocidos a los agentes municipales en su remuneración que trasuntaban una rebaja salarial.

El tribunal salteño –en el tramo que interesa a los fines de este trabajo– había entendido que ATE “carecía de legitimación para representar los intereses colectivos” de los trabajadores del municipio salteño, por cuanto, para la fecha de promoción de la demanda, sólo actuaba en el ámbito indicado como entidad sindical simplemente inscrita dado que otro sindicato, la Unión de Trabajadores Municipales de Salta, gozaba de la personería gremial (art. 28, cuarto párr., LAS) y, por ende, era este último, según lo dispuesto por el artículo 31 del antedicho cuerpo legal, el que tenía el derecho exclusivo de representar los mencionados intereses colectivos.

La Corte juzgó *inadmisibles* los agravios expresados por ATE en torno de su aptitud para representar los intereses colectivos invocados en la medida en que remitían a la interpretación del artículo 31, inciso a, LAS, efectuada por el tribunal de grado anterior; en cambio, sí los consideró admisibles en cuanto se afirmaba la incompatibilidad de dicha norma con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre lo cual cabía entender que había mediado una resolución contraria implícita del *a quo*, desde el momento en que habían sido invocados en la demanda y no tratados en la sentencia apelada. En ese cauce, abrió la queja y concedió el recurso extraordinario en el marco del artículo 14.3 de la ley 48.

En el pronunciamiento se recordó la *doctrina constitucional asentada por el tribunal* en los precedentes “ATE I” y “Rossi”, según la cual “la libertad sindical es un principio arquitectónico que sostienen e imponen la Constitución Nacional, en su artículo 14 bis, y un muy comprensivo corpus iuris proveniente del Derecho Internacional de los

Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75.22 de la primera”. Reiterándose, asimismo, las conclusiones de dichas sentencias⁸⁷.

Asimismo, al reiterar la trascendencia del Convenio 87 de la OIT, señaló el tribunal que la CEACR de dicho órgano internacional había expresado –y repetido– que “no se compadecía con el Convenio la norma del artículo 31.a, LAS, que privilegia ‘a las asociaciones sindicales con personería gremial frente a las demás asociaciones, en materia de presentación de intereses colectivos diferentes de la negociación colectiva’ (observaciones individuales a la Argentina, años 1993, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2001)”⁸⁸.

En este marco, y con arreglo a los antecedentes de ATE I y Rossi, razonó la Corte Suprema que no cabía sino concluir en que el derecho invocado por la coactora ATE de representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales a los efectos de promover el reclamo judicial estaba inequívocamente reconocido por las aludidas normas de jerarquía constitucional. Normas con las cuales, por ende, es incompatible el precepto legal aplicado por el tribunal salteño (art. 31.a de la ley 23.551), *en la medida en que los privilegios que en esta materia otorga a las asociaciones con personería gremial, en desmedro de las simplemente inscriptas, exceden el margen autorizado por las primeras*⁸⁹. Sobre la base de dicha primera conclusión, el tribunal procedió a examinar el recurso interpuesto por la asociación sindical en cuanto se había desestimado *en sustancia* la demanda de inconstitucionalidad (temática ésta que, como ya dijéramos, excede la prevista para este ensayo).

Con lo hasta aquí expuesto, puede decirse que ha quedado planteado el panorama de los tres fallos más recientes que dictó la Corte Suprema en materia de libertad sindical y que declararon la inconstitucionalidad de ciertas normas contenidas por la ley de asociaciones sindicales.

La decisión judicial y su fundamento crean la *regla* de derecho particular pero derivada de las normas generales, aplicables al caso. Esa

⁸⁷ Considerando 3°.

⁸⁸ Considerando 4°.

⁸⁹ Considerando 5°.

regla constituye el *holding* de la sentencia y a través de ella se establece el alcance del fallo, el efecto que cabe esperar de éste, los límites de la decisión. El cotejo de los tres pronunciamientos a los que hemos hecho referencia permiten fijar un estándar jurídico relativo a la libertad sindical sostenida e impuesta por el artículo 14 bis, CN, y el *corpus iuris* de jerarquía constitucional, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha perfilado y que podríamos describir del modo siguiente:

“El régimen de sindicato más representativo no afecta per se a la libertad sindical o la ‘organización sindical libre y democrática’, salvo que los privilegios que se le reconozcan a aquel que logre la personería gremial excedan los que pueden otorgarse a las organizaciones más representativas, «consistentes en una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los órganos internacionales»”.

4. El después de los fallos

El ordenamiento normativo en materia de regulación de asociaciones sindicales de trabajadores, con mayores o menores matices, mantiene las líneas definitorias que fueron perfilándose desde mediados del siglo pasado dando lugar al “Modelo Sindical Argentino”, según lo denominara Néstor Corte. Este diseño, como lo sintetiza Arese, se sustentó y consolidó normativamente la unidad sindical a partir de las siguientes sólidas bases legales, y fue compartido por gobiernos de diversidad de orientación: en efecto, con la sola excepción del decreto 9276 del gobierno de facto de 1956, desde el D. L. 23.852 de 1945 (Perón); ley 14.455 de 1958 (presidencia de Frondizi); ley 20.615 de 1973 (Perón); Ley de Facto 22.105 de 1979 (Dictadura Militar) y ley 23.551 de 1988 (Alfonsín). En su esencia, se aprecia que la personería gremial otorgada al sindicato más representativo (arts. 21/23, LAS) habilita la suscripción de convenios colectivos (arts. 31, inc. c, y 1º, ley 14.250); la tutela sindical preferencial (arts. 41, 48, 51, 52, LAS); la protección en materia de seguridad social al constituir y administrar las obras sociales sindicales y percibir los aportes y contribuciones (arts. 31, 37, LAS, y 1º, Ley 23.660 de Obras Sociales) y la percepción

de cuotas de afiliación y contribuciones y aportes solidarios inclusive de no afiliados con retención automática (arts. 31, 38 y 9º, LAS)⁹⁰.

Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los que hemos hecho referencia más arriba, no hacen más que receptor algunas de las objeciones que el “modelo sindical” había recibido y que fueron, de cierta manera, cobrando vigor a partir de la reforma constitucional de 1994 que trajo consigo la jerarquización a nivel constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22, y entronización de los tratados con una jerarquía superior a las leyes (en este ámbito se ubican los convenios de la Organización Internacional del Trabajo)⁹¹.

Incluso, antes de que el alto tribunal se expidiera en el sentido explicado, lo cierto y concreto es que el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales⁹² que fuera convocado por el señor ministro de trabajo, empleo y seguridad social mediante Resolución N° 502 del 1º de julio de 2005 –cuyo objetivo fue “elaborar un informe en el que se identifiquen los principales problemas que enfrenta el sistema argentino de relaciones laborales y del que surgieran los lineamientos generales de las acciones conducentes a resolverlos, propendiendo a crear las condiciones necesarias para el establecimiento y la consolidación del paradigma del trabajo docente”–; formuló distintas observaciones y propuestas sobre la regulación de las asociaciones sindicales, que tendían, en alguna medida, a sanear las cuestiones que la Corte –luego– reprochara.

En efecto, si bien propuso –con una disidencia– “mantener el modelo tradicional argentino en materia de regulación sindical”, aconsejó “modificar parcialmente la legislación vigente, con miras a corregir aplicaciones excesivas del principio en virtud del cual se reconocen derechos especiales a los sindicatos más representativos”. Puntualmente, declaró que sería conveniente “hacer extensivos a las asociaciones simplemente inscriptas los derechos establecidos en los siguientes preceptos: ar-

⁹⁰ ARESE (2013).

⁹¹ Entre otros, ver “Milone”, *Fallos*: 327:4607.

⁹² El grupo estuvo integrado, además del Dr. Oscar Valdovinos –que lo presidió–, por los Dres. Julio Simón, Eduardo Oscar Álvarez, Jorge Elías, Pablo Topet, Mario Elffman, Jorge Jerónimo Sappia, Jorge Alberto Rodríguez Mancini, Carlos Aldao Zapiola y por la Dra. Beatriz Fontana (en reemplazo de Mario Eduardo Ackerman, que renunció).

título 31, incisos a) –derecho a defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores, pero limitándolos a sus afiliados–; b) –participar en instituciones de planificación y control, salvo cuando la llamada a hacerlo fuera únicamente la asociación facultada en exclusividad–; d) y e), y artículos 38, 39, 48 y 52, LAS” (respecto de la tutela sindical, en los casos de los sindicatos simplemente inscriptos, se aconsejó limitarla a un núcleo acotado que deberá determinarse según parámetros de razonabilidad y teniendo en cuenta las pautas del Convenio 135). Por otra parte, se sugirió *atenuar los requisitos del artículo 29* –que restringe cabalmente el otorgamiento de personería gremial a los sindicatos de empresa–, y también los previstos por el artículo 30 –al igual que el anterior, pero relativo a los sindicatos de oficio, profesión o categoría⁹³–.

En tal contexto es que se suceden los distintos fallos “ATE I” (2008), “Rossi” (2009) y “ATE II” (2013), insistimos sin que la regulación de la ley 23.551 fuera objeto de modificación legislativa.

Como justificáramos en el capítulo pertinente, existe un deber de seguimiento por parte de los tribunales inferiores, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpreta una norma federal proveniente de la propia Carta Magna, de los tratados de igual jerarquía o del ordenamiento suprallegal, y éste deriva de la propia interpretación que realiza el alto tribunal. Por establecer un parangón con la regla del artículo 75, inciso 22, CN, podríamos decir que la elaboración que se efectúa desde la Corte sobre las normas federales trasuntan *las condiciones de su vigencia* del texto constitucional.

Insistimos en que así se extrae del posicionamiento que ha realizado, a su respecto, el alto tribunal en cuanto declaró la “autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”, lo cual impone que “en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas”, salvo “causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio”.

Es sobre la base de dicha directiva que analizamos los fallos en

⁹³ Grupo de Expertos en Relaciones Laborales (2008, p. 133).

materia de libertad sindical, ya reiteradamente mencionados, e identificamos el estándar establecido por el tribunal, que explicamos en los siguientes términos: “el régimen de sindicato más representativo no afecta per se a la libertad sindical o la ‘organización sindical libre y democrática’, salvo que los privilegios que se le reconozcan a aquel que logre la personería gremial excedan los que pueden otorgarse a las organizaciones más representativas, «consistentes en una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los órganos internacionales»”.

La regla interpretativa –así expuesta– permite *tamizar* otras disposiciones de la Ley de Asociaciones Sindicales, distintas de las específicamente examinadas por la Corte, a fin de verificar si superan el “test” de constitucionalidad. Cabe señalar que, a veces, presenta mucha utilidad el esclarecimiento y explicitación de tales criterios, pues ante la consabida inconstitucionalidad, las relaciones jurídicas pueden “ordenarse” sobre la base del estándar judicial. Memoro, a guisa de ejemplo, la pauta sentada por el alto tribunal en el caso “Vizzoti”⁹⁴ en cuanto se expidió sobre la confiscatoriedad respecto del tope establecido por el segundo párrafo del artículo 245, LCT, que suele ser tenido en cuenta por las partes del contrato al transigir la indemnización por antigüedad e, incluso, fue ponderado por la Administración Federal de Ingresos Públicos⁹⁵ cuando reguló la exención del impuesto a las ganancias sobre tales indemnizaciones que exceden de la tarifa legalmente fijada.

Volviendo sobre el estándar emergente de los fallos en materia de libertad sindical, podemos entender que serían de dudosa constitucionalidad las normas que acuerdan privilegios al sindicato con personería gremial, distintos de los específicamente mencionados precedentemente, a saber:

El artículo 31, LAS, en sus incisos e, y f, en cuanto declara derecho exclusivo de la asociación con personería gremial “constituir patrimonios de afectación que tendrán los mismos derechos que las cooperativas y mutualidades” y “administrar sus propias obras sociales y, según

⁹⁴ 14-9-2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA SA”, Fallos: 327:3677.

⁹⁵ Circular N° 4/2012 del 29-11-2012.

el caso, participar en la administración de las creadas por ley o por convenciones colectivas de trabajo”.

El artículo 38, LAS, en cuanto establece que los empleadores estarán obligados a actuar como agentes de retención de los importes que, en concepto de cuotas de afiliación u otros aportes deban tributar los trabajadores a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial; excluyendo de la obligatoriedad de retención a los trabajadores afiliados a la asociación simplemente inscripta.

El artículo 39, LAS, en cuanto declara automáticamente exentos de toda clase de gravamen, contribución o impuesto *los actos y bienes de las asociaciones sindicales con personería gremial destinados al ejercicio específico de las funciones propias previstas en los artículos 5º y 23*.

El artículo 48, LAS, en cuanto dispone que tendrán derecho a gozar de licencia automática sin goce de haberes, a la reserva del puesto y ser reincorporados al finalizar el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante el término de un (1) año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediare justa causa de despido, los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial [...] dejaran de prestar servicios.

A lo expuesto, podemos añadir que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con alusión a los fallos mencionados, ha declarado la inconstitucionalidad de los artículos 10⁹⁶ –en cuanto se lo interpreta restrictivamente o se juzga taxativa su enumeración–, 29⁹⁷, 30⁹⁸ y 38⁹⁹ de la ley 23.551.

⁹⁶ Sala IV, sent. 94.900 del 24-12-2010 en autos “Ministerio de Trabajo c/Asociación del Personal Jerárquico del Jockey Club s/Ley de asociaciones sindicales”; sala V, Sent. Def. 73.397 del 31-8-2011 en autos “Ministerio de Trabajo c/Nueva Organización de Trabajadores Estatales s/Ley de asociaciones sindicales”.

⁹⁷ Sala I, Sent. Def. 87.639 del 26-4-2012 en autos “Ministerio de Trabajo c/Asociación del Personal de la Universidad Católica de Salta s/Ley de asociaciones sindicales”; sala II, Sent. Def. 99.693 del 29-9-2011 en autos “Ministerio de Trabajo c/Unión de Aviadores de Líneas Aéreas s/Ley de asociaciones sindicales”.

⁹⁸ Sala IV, sent. 94.635 del 22-4-2010 en autos “Ministerio de Trabajo c/Asociación Sindical de Intérpretes Masivos s/Ley de asociaciones sindicales”.

⁹⁹ Sala I, Sent. Def. 88.026 del 30-8-2012 en autos “Sindicato de Trabajadores de Salud del Hospital Posadas c/Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Producción de la Nación y otro s/Juicio sumarísimo”.

Indiscutiblemente, será la sanción legislativa de las reformas que sean pertinentes, a fin de *aggiornar* el régimen legal de las asociaciones sindicales, las que fijarán y definirán los criterios de contenido que correspondan, el alto tribunal sólo ha fijado límites cuya transgresión redundaría en la inconstitucionalidad de las normas. Mientras la cuestión no sea eficazmente incluida en la agenda del Poder Legislativo nacional, es muy probable que continúen incrementándose las sentencias declarando la inconstitucionalidad de la ley 23.551 en aquellos preceptos que no encuadren con el estándar delineado por el alto tribunal de la Nación.

5. Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, M. (1960), *Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona.
- ÁLVAREZ, E. O. (2010), *Apuntes y reflexiones acerca del fallo “ATE c/Estado Nacional”*, en *Colección Temas de Derecho Laboral*, N° 6, *Representación Sindical en la Empresa*, ps. 25-31.
- ARESE, C. (agosto de 2013), *Balance del lustro de “ATE I” a “ATE II”*, en *Derecho del Trabajo*, 1856.
- BIANCHI, A. (2002), *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, vol. 1.
- CARCAVALLO, E. (2010), *Posibles implicancias e interrogantes que plantean recientes definiciones judiciales en materia de libertad sindical. Comentario al fallo: “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional. Armada Argentina. CSJN”*, en *Colección Temas de Derecho Laboral*, N° 6, *Representación sindical en la empresa*, ps. 55-59.
- CARRIÓ, G. R. (1967), *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria: en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- COLOMBRES, F. M. (2010), *La invocación del “apartamiento” de pronunciamientos de la CSJN por los tribunales inferiores como “salvoconducto” para acceder a la instancia extraordinaria*, en L. L. 2010-D-331.
- ETALA, C. A. (2007), *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ MADRID, J. C. (2000), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, vol. I.

- FERNÁNDEZ MADRID, J. C. y CAUBET, A. B. (1997), *Leyes fundamentales del trabajo*, 3ª ed., Editor Joaquín Fernández Madrid, Buenos Aires.
- GARCÍA, H. O. (2009), *La representación sindical en el lugar de trabajo a partir del fallo “ATE”: muchas preguntas y algunas respuestas*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Número extraordinario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 145-177.
- GELLI, M. A. (2014), *La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema (a propósito de “Arte Radiotelevisivo Argentino SA” y la libertad expresiva)*, en L. L. 2014-B-33.
- GIUGNI, G. (1983), *Derecho Sindical*, 1ª ed., trads. de M. G. Garófalo y F. Liso, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid.
- GRISOLÍA, J. A. (2004), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 9ª ed., LexisNexis-Depalma, Buenos Aires.
- Grupo de Expertos en Relaciones Laborales (2008), *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- LEGARRE, S. y RIVERA, J. (20-8-2009), *La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el “stare decisis” vertical*, en L. L. 2009-E-820.
- LÓPEZ, J. (1972), *Aspectos de la libertad sindical*, en *Legislación del Trabajo XX-B-673*.
- MANILI, P. L. (2-12-2009), *Cien años de arbitrariedad. Desafíos de una doctrina centenaria de la Corte Suprema*, en L. L. 2010-A-1223.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998), *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires.
- PODETTI, H. A. (1997), *Los principios del Derecho del Trabajo*, en BUEN LOZANO, N. y MORGADO VALENZUELA, E., *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.
- PODETTI, R. J. (1958), *Tratado de los recursos*, Buenos Aires.
- Real Academia Española (1970), *Diccionario de la lengua española*, 19ª ed., Espasa-Calpe, Madrid.
- SAGRETTI, H. O. (2003), *Adecuación de los fallos pronunciados por los tribunales inferiores a los dictados por CSJN. La acusación mantenida durante el debate como presupuesto para una sentencia condenatoria. Correcta interpretación del caso “Marcilese” como pauta...*, en L. L. C. 2003-45.

- SAGÜÉS, N. (1981), *Eficiencia vinculante o no de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en E. D 93-891.
- SÁNCHEZ, I. E. (2010), *La obligatoriedad de los precedentes de la Corte a raíz del fallo "Maldonado"*, en L. L. 2010-F-115.
- SODERO, E. (9-4-2014), *Obligatoriedad de los precedentes y cosa juzgada: discusión a partir de la distribución de la pauta oficial en la Corte Suprema*, en L. L., p. 5.
- STREGA, E. (2004), *Asociaciones sindicales. Ley 23.551*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires.
- ZOCCA, J. A. (s. f.), *El control de constitucionalidad de oficio "vinculación entre la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno del deber de seguir sus fallos y el control de constitucionalidad de oficio"*, recuperado el 6-5-2014, de la Facultad de Derecho (UBA): www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/zocca.

ACCIÓN “DIRECTA” Y CONCILIACIÓN: APOSTILLAS Y CONJETURAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN APLICABLE A LA HUELGA Y EL LOCK-OUT

por HÉCTOR OMAR GARCÍA

SUMARIO: I. De la lucha contra el Estado a la integración del conflicto en la regulación estatal. 1. Primero fue la huelga. 2. La organización consecuente. 3. La definitiva integración en el orden jurídico. II. La necesaria compatibilización entre autonomía colectiva e intervención heterónoma. III. La negociación colectiva como método de solución de conflictos colectivos. IV. La conciliación y el arbitraje. 1. Una garantía a la autonomía colectiva asegurada por la Constitución y la ley vigente. 2. La Comisión de Garantías ante las legislaciones provinciales. V. La necesidad de adecuar y actualizar el régimen de conciliación “vigente”. 1. La decreciente efectividad de la ley 14.786. 2. Las responsabilidades derivadas de la inobservancia del procedimiento aplicable. VI. Sobre una reforma posible.

I. De la lucha contra el Estado a la integración del conflicto en la regulación estatal

1. Primero fue la huelga

La primigenia gran industrialización dio nacimiento, como se sabe, a profundos traumas sociales que precipitaron la resistencia activa de la clase obrera, principalmente a través de dos formas de acción colectiva¹: la *huelga* y la *organización* sindical.

¹ Santos Azuela enfoca la situación refiriéndose a “dos formas de acción fundamentales” de las organizaciones obreras: la que denomina negociación profesional o “vía civilizada” y la huelga, a la que alternativamente enuncia como “medida violenta”,

En aquellos “tiempos difíciles”, en los cuales los modos de vida se convulsionaron de manera general y definitiva², tan distantes aún del advenimiento del orden laboral protector del trabajo y garante de la huelga como *derecho*, las acciones de conflicto de los trabajadores no podían exteriorizarse de otra manera que no fuese *directa*.

La acción huelguística, como también es sabido, fue punida como delito en toda Europa desde los últimos años del siglo XVIII –particularmente a partir de 1810 por influencia del Código Penal francés– hasta que, en el tercer cuarto del siglo XIX, las legislaciones de los países industrializados comenzaron a dismantelar la tipicidad criminal de la conducta colectiva, aunque aquella incipiente tolerancia derivada de algunos dispositivos normativos no tuvo correlato inmediato en la realidad práctica³.

ambas destinadas a proveer, más adelante, “a la promulgación de un sistema de Derecho del Trabajo”. Cfr. SANTOS AZUELA, Héctor, *La acción directa y las huelgas especiales*, en *Revista Vínculo Jurídico*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas, N° 22, abril-junio de 1995, p. 3.

² “La Revolución Industrial es uno de los grandes episodios de la historia humana y, si se quiere, ‘una revolución sin precedentes en la historia de la humanidad’. Implicó un cambio de modos de vida generalizado e intenso, y fue en tal sentido una auténtica revolución, una convulsión profunda, ‘no sólo industrial sino también social e intelectual’, sólo comparable a la gran revolución del Neolítico, aunque, como los de ésta, sus traumatismos no fueran instantáneos, sino largamente preparados y prolongados en el tiempo, generando, en suma, una nueva civilización o una nueva cultura [...] Cambió [...] ‘radicalmente la estructura de la sociedad humana’ [...] ‘los fundamentos más profundos de nuestra vida espiritual y física se desmoronaron y fueron nuevamente contruidos’, bajo el asalto de la técnica”. Vid. ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª ed. rev., renov. y ampl., Civitas, Madrid, 1994, p. 267, con citas, entre otros, a: CIPOLLA, C. M. (ed.), *The Industrial Revolution*, Londres, 1700-1914, Nueva York, 1976, p. 7; ASHTON, T. S., *The Industrial Revolution*, Londres, 1954, p. 2; ARON, *Les désillusions du progrès*, París, 1969, p. 281, y DURKHEIM, E., *Les règles de la méthode sociologique*, París, 1956, pp. 100 y 118.

³ En Francia, la libertad de huelga comienza con la Ley de 25 de mayo de 1864, que deroga los arts. 414 y 415 del Código Penal, aunque la Ley *Le Chapelier* se mantuvo en vigor hasta 1884. Pero no obstante la señalada “despenalización” normativa, en los hechos –según reconstruye el historiador francés Jacques Le Goff– la huelga continuó siendo vista durante un largo período como una “insoportable causa de desorden” y una “grave perturbación a la actividad”, haciéndose especial hincapié en los aspectos de su duración y su sorpresividad, por lo cual, aun en el contexto de las políticas “liberales” adoptadas en el mencionado país a partir de 1884, se mantuvo

La huelga –al igual que el trabajo– nunca fue sólo cosa de hombres. Tanto en la fábrica como en el artesanado o la agricultura, las mujeres batallaron aguerridamente por sus derechos, ya sea por las condiciones de prestación y retribución de sus tareas como portando tempranas reivindicaciones “de género”, tales como la tutela de la maternidad, con lo que así trasladaban el empeño en la lucha hacia el entero grupo familiar⁴.

Durante la mayor parte del siglo XX, el escenario de lucha obrera por excelencia fue la gran fábrica fordista, que promovió entre los trabajadores una adaptación de la acción huelguística, que pasó de la detención de tareas a la interrupción o alteración de la cadena de montaje característica de aquélla, mediante el recurso a modalidades articuladas e intermitentes (*sciopero “a singhiozzo”*) o alternativas de pequeños grupos en diversas estaciones funcionales del flujo productivo (*sciopero “a scacchiera”*), con las que lograban paralizar totalmente la producción a través de lapsos muy breves de retención de tareas, maximizando así el daño a la empresa con mínimas pérdidas salariales⁵.

inalterable el despliegue represivo utilizado en los años precedentes, que generó encarcelamientos y otras medidas correccionales bajo la imputación de “atentado a la libertad de trabajo”, “amenazas” y “maniobras fraudulentas”, además de implicar la ruptura automática del contrato de trabajo (vid. LE GOFF, Jacques, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Préface de Philippe Waquet, Postface de Claude Chetcuti, en *Collection L’Univers des normes*, Presses Universitaires de Rennes, 2004, p. 268). En Alemania e Italia, la acción de huelga se despenalizó hacia 1869 y 1890, respectivamente. En el Reino Unido, el reconocimiento de la libertad de asociación se remonta a 1824; sin embargo, la efectiva libertad de huelga llega con la *Conspiracy and Protection of Property Act* (conocida como “Ley Disraeli”) de 1875. Cfr. KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, trad. de Jesús M. Galiana Moreno, en *Colección Estudios*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pp. 390/392. En América Latina, la huelga fue reconocida como “hecho lícito” tempranamente en el Uruguay, hacia fines del siglo XIX; reconocimiento que se daba tanto en las relaciones sociales como en la cátedra universitaria. Cfr. MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo, *Límites al derecho de huelga*, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1992, p. 23, con cita de COUTURE, E. J. y PLÁ RODRÍGUEZ, A., *La huelga en el Derecho positivo uruguayo*, en *Derecho Laboral*, N° 27, p. 142.

⁴ VALLAURI, Carlo, *Storia dei sindacati nella società italiana. Nuova edizione aggiornata con el capitolo “La transizione difficile 1992-2008” di Guiseppe Sircana*, Ediesse, Roma, 2008, pp. 34/35.

⁵ CARUSO, Bruno y ALAIMO, Anna, *Diritto sindacale*, Il Mulino-Itinerari, Bologna, 2012, p. 269.

Actualmente, la reorganización de la empresa en establecimientos múltiples y de menores dimensiones, sumada al efecto de las innovaciones tecnológicas, llevaron a los trabajadores a dejar de lado las modalidades de huelga típicas del período de auge de la organización fordista de la producción y, asimismo, al Derecho del Trabajo, a preocuparse por la regulación jurídica del conflicto no sólo en interés de la protección y la emancipación social de los trabajadores sino atendiendo también a su compatibilización con el interés general de los ciudadanos-usuarios que permanecen como terceros ajenos al conflicto, impotentes para satisfacer por sí mismos las pretensiones de los actores que motivan las medidas de fuerza⁶ –problema que se desarrollará en los apartados II y IV del presente trabajo–.

2. *La organización consecuyente*

La construcción de la organización sindical, por su lado, tuvo un origen balbuceante al paso de la conflictividad protoindustrial. El sindicalismo como asociación permanente fue precedido de un largo período de “agrupaciones intermitentes” de trabajadores, que por lo general surgían con ocasión de conflictos colectivos y se disolvían con la desaparición de la tensión social. La huelga operó, sin duda, como estímulo para la sindicalización, aunque tras la finalización del conflicto se tornara difícil el mantenimiento de la organización surgida para el sostenimiento y desarrollo de aquella⁷. También, desde luego, las consabidas concentraciones “bajo un mismo techo” que la industrialización trajo consigo aportaron el ambiente propicio para la emergencia duradera del sindicato⁸.

En el Reino Unido, el desarrollo del “unionismo” abarca comple-

⁶ *Ibidem*.

⁷ ALONSO OLEA, *ob. cit.*, p. 350. Este autor deja a un lado la discusión en torno a la conexión en su origen entre el sindicalismo que empieza a desarrollarse con la Revolución Industrial y los gremios de la era precedente, e insiste en que los gremios habían llegado a los siglos XVIII y XIX como simples asociaciones de empresarios o a lo sumo de trabajadores autónomos.

⁸ “El conjunto de los trabajadores reunidos por su trabajo en un mismo local –sobre todo si se trata de trabajadores de una misma especialidad o profesión, o los grupos menores determinados por éstas– es ya en sí mismo una agrupación con una comunidad de intereses”. Cfr. ALONSO OLEA, *ob. cit.*, p. 351.

tamente el siglo XIX, en el que los esposos Webb distinguen tres etapas: a) una primera, que va desde 1843 a 1929, en la cual el movimiento sindical se desarrolla entremezclado con el socialismo premarxista y movimientos de protesta sociales (v. gr., cartistas, socialistas utópicos) en un marco de depresión económica; b) un segundo período, a partir de la segunda mitad de la centuria, en la que, en un nuevo contexto de recuperación económica, nace un nuevo “unionismo”, basado en el oficio industrial como nexo organizativo que aún constituye la seña de identidad del sindicalismo británico, y c) finalmente, con posterioridad a la depresión que marcó la octava década del mencionado siglo, la del surgimiento del sindicalismo industrial *general*, es decir, aquel cuyo modelo organizativo comprende a todos los operarios de un sector de la producción sin atender a sus diferencias profesionales⁹.

Con todo, ese modelo de “asociación gremial por actividad industrial” nunca llegará a prevalecer en Inglaterra, a diferencia de los países de la Europa continental, en los que pasaría a constituir el eje organizativo, y de los Estados Unidos, donde arraigaría y crecería en significativa medida, particularmente en circunstancias de la gran crisis de 1929¹⁰.

La aceptación de las organizaciones sindicales por los Estados dejó tras de sí una estela de abstencionismo del poder político ante la generalidad de los problemas del trabajo, que a su vez abrió paso a la decisión de los patrones de combatir las reclamaciones obreras con su propia “acción directa”: el *lock-out*, alumbrado también en Inglaterra, a mediados del siglo XIX¹¹.

3. *La definitiva integración en el orden jurídico*

Desde la perspectiva de los medios de solución de la conflictividad social, la preocupación del Estado liberal decimonónico se centró en

⁹ CARRERI, Mimmo, *I sindacati. Tra le conquiste del passato e il futuro da costruire*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 13/14.

¹⁰ Durante la que se consolidará el CIO (*Congress of Industrial Organizations*) que décadas después se fusionaría con la *American Federation of Labor* (AFL) para conformar la central sindical mayoritaria “AFL-CIO”. Cfr. CARRERI, ob. cit., p. 14.

¹¹ GNECCO, Lorenzo, *Lock-out*, en SIMÓN, Julio C. (dir.) y AMBESI, Leonardo (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 882.

el establecimiento de los cauces que impidieran el recurso directo a las acciones de conflicto colectivo, puntualmente a la huelga, considerada una amenaza para la paz y el orden en la sociedad. No obstante ello, el reconocimiento de la dimensión colectiva de las relaciones laborales llevó aparejado, junto a la posibilidad de negociación de las condiciones de trabajo, el derecho a la autotutela colectiva y a servirse de medidas de presión para la resolución de conflictos, que aparecen resignificadas por este nuevo posicionamiento ideológico, como eficaces herramientas para el equilibrio y el progreso social¹².

En la Argentina, el nacimiento de la *cuestión social* y, con ella, de los movimientos huelguísticos se asocia con la corriente migratoria que fluyó incesante desde Europa en las postrimerías del *Ottocento*. Concentrados generalmente en las áreas urbanas, los conflictos laborales eran fuente de una “moderada preocupación” para los gobiernos liberales de la época, que tendían a dejar librada su solución a las partes colectivas, hasta que las huelgas afectaron al “corazón del sistema económico” –la producción agraria y su exportación– el Estado no vaciló en reaccionar con represión¹³. El Código Penal de 1906, en

¹² “Unas herramientas que, además, encierran en sí mismas la pretensión de la solución del conflicto, pues el logro de los fines perseguidos hace desaparecer la causa”. Cfr. SANTOR SALCEDO, Helena, *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, en *Colección Temas*, La Ley, Madrid, 2006, p. 38, nota 10, con cita de ROMÁN VACA, E., *El proceso especial de conflictos colectivos de trabajo*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 26/28.

¹³ Según relata Cordone, ante el incremento del activismo interno y las noticias sobre acciones violentas de algunas corrientes del anarquismo en Europa, comienza a vigilarse el arribo de anarquistas al país. En 1899 ingresan al Senado dos proyectos de ley sobre admisión y expulsión de extranjeros, uno del Poder Ejecutivo, a cargo de Julio Argentino Roca, y otro del senador Miguel Cané. Hacia 1901 se crea, en la estructura de la Policía Federal, la Sección Orden Social, a cargo de la recolección de información y el control del accionar de los militantes obreros. En 1902, con posterioridad a una huelga que comprendió a los puertos de Buenos Aires, Bahía Blanca y varios de la ribera del río Paraná, se sancionó la “Ley de residencia”, N° 4144, que autorizaba al Poder Ejecutivo a “ordenar la salida de todo extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público” (art. 2°). Cfr. CORDONE, Héctor G., *La evolución del sindicalismo en la Argentina. Breve reseña histórica*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) y TOSCA, Diego M. (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. VII (también editado como *Relaciones Colectivas de Trabajo – I*), pp. 169/171.

su Libro II, Título V, tipificó los *Delitos contra la libertad*, cuyo Capítulo IV incluyó los *Delitos contra la libertad de trabajo y asociación*, dentro del cual el artículo 158, que pervive en el Código Penal vigente –ley 11.179, t. o. en 1984, con sus modificatorias– introdujo las figuras de “compulsión a la huelga y el boycott” y de “compulsión al lock-out”, en concordancia con la ley 7029, denominada “de Seguridad del Estado”¹⁴.

Bien entrado ya el siglo XX, en el que el Derecho del Trabajo adquiere identidad propia como disciplina jurídica, la incorporación del sindicato a los órdenes constitucionales trajo aparejada su consagración como sujeto jurídicamente privilegiado con la dotación de dispositivos normativos eficaces para defender los derechos de los trabajadores, pero que –al mismo tiempo y como contrapartida– resulta obligado a soportar limitaciones a su iniciativa estratégica: la acción de conflicto fue consagrada constitucionalmente, pero dejó de ser admitida en su ejecución “directa”. Bajo inspiración de la renombrada *Ley Taft-Hartley*, aprobada por el Congreso de los EE. UU. en 1945, la huelga pasó a ser encauzada en instancias conciliatorias, destinadas preferentemente a evitar su puesta en práctica o –como mínimo– a amortiguar sus efectos mediante la obligación de dar preaviso y postergar hasta la finalización de un período de enfriamiento (*cooling-off*) –también denominado “de apaciguamiento” o “de reflexión”¹⁵–, que implica nada menos que la resignación de un potente factor de efectividad como es la sorpresa¹⁶.

Es decir que la naturalización de la huelga como *derecho* trajo aparejado su “sometimiento integral” al ordenamiento jurídico, es decir,

¹⁴ Vid. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1978, t. IV, pp. 9/12 y 140/144.

¹⁵ Kahn-Freund se refiere a esta pausa como “tregua”, vocablo que descarto en cuanto considero inconveniente la aplicación de todo término y concepto imbuido de connotación bélica a las relaciones laborales. Cfr. KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, 3ª ed. inglesa a cargo de P. Davies y M. Freedland, trad. de J. Galiana Moreno, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en *Colección Estudios, Serie Relaciones Laborales*, Madrid, 1987, p. 184. Sobre las teorías que proponen la asimilación entre la huelga y la guerra y su crítica, véase mi trabajo: *El Derecho de Huelga*, en SIMÓN y AMBESI, *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* cit., t. II, pp. 499/504.

¹⁶ Sin perjuicio de las limitaciones de carácter sustancial previstas en la legislación de fondo, como son las que excluyen de su titularidad a algunos sujetos y aquellas que se cifran en la calificación de determinadas actividades como “servicios esenciales”.

tanto en lo que hace a su garantía como a sus restricciones. Así lo insinúa la fórmula utilizada por el artículo 40 de la Constitución italiana de diciembre de 1947, que inscribe en el texto de la norma superior el ejercicio de la huelga, a la vez que lo circunscribe al enigmático ámbito “de las leyes que lo regulen”¹⁷.

El mismísimo logro de constitucionalización de la libertad sindical por parte de los trabajadores, admite entonces una lectura ambivalente o, mejor dicho, *reversible*¹⁸: por un lado, coronación de una conquista política y social, y por otro, subordinación a las reglas y órganos del sistema institucional político-democrático, que al fin y al cabo no son sino “fruto del sistema capitalista industrial”¹⁹, o

¹⁷ A diferencia del art. 14 bis de la Constitución argentina, que garantiza sin intermediación de la ley el derecho de huelga directamente “a los gremios”, el art. 40 de la Constitución de la República Italiana, mientras por un lado afirma su consagración –no menor– como “derecho”, por otro restringe su ejercicio a través de una fórmula no exenta de ambigüedad, con la que amplía la intermediación reglamentaria del legislador: “El derecho de huelga se ejercitará en el marco de las leyes que lo regulen”. No obstante ello, la ley 146 del 12-6-90, reformada por ley 83/2000, ha sido respetuosa de la garantía constitucional compatibilizando su ejercicio con el de otros con los cuales podría entrar en colisión. Remito a mis trabajos: *La huelga en los servicios esenciales*, en ACKERMAN y TOSCA, *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. VIII, pp. 843/847; *La huelga en los servicios esenciales*, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, pp. 303/307, y *El Derecho de Huelga*, en SIMÓN y AMBESI, *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* cit., t. II, pp. 527/531.

¹⁸ En sus estudios críticos sobre el fundamento histórico del Derecho del Trabajo, Lyon-Caen define a esta rama jurídica como “el conjunto de reglas que rigen: 1º) La explotación del trabajo humano en el régimen capitalista; 2º) Los instrumentos de la lucha obrera contra esta explotación, y 3º) Los resultados de esta lucha, es decir las incesantes modificaciones experimentadas por el régimen de explotación en sí mismo”. Cfr. LYON-CAEN, Gérard, *Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail*, en *Droit Ouvrier*, Paris, février 2004 (reproducción del texto original publicado en la misma revista en enero de 1951), p. 56 (traducción personal).

¹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, *Derecho del Trabajo e ideología*, 5ª ed. rev., Tecnos, Madrid, 1995, p. 3. Viene al caso la acotación de Baylos, en cuanto a que el Derecho del Trabajo no es el derecho “del capitalismo”, sino el derecho “que pone límites al sistema capitalista [...] el régimen jurídico del trabajo y de su tutela, antípoda del derecho de propiedad pero que en la unidad del ordenamiento coincide con éste en pretender la consecución del bien común”; aquello que por otra parte Jeammaud denominó “*dominación suave del capital*”. Vid. BAYLOS GRAU,

fruto también “de la lucha, no sólo contra los patrones, sino también contra el Estado”²⁰.

Esa dualidad fue bien reflejada en la antológica intervención que le cupo al excatedrático de las Universidades de Salamanca y Granada, José Vida Soria, como integrante de la comisión constitucional del Senado Constituyente durante el debate que condujo a la aprobación de la Constitución española de 1978. En aquella oportunidad, el mencionado académico y entonces legislador granadés explicó la constitucionalización del derecho de huelga como “una enorme concesión de la clase obrera hacia la burguesía”, desde que ésta admite y propugna su integración en el ordenamiento jurídico, y explayó su afirmación agregando que “(a)ceptar, por parte de la clase obrera, e incluso propugnar, que el derecho se constitucionalice, es una manifestación clara de madurez del movimiento obrero, ya que integra su arma principal, el derecho de huelga, dentro del ordenamiento jurídico, a sabiendas de que de esa manera el ejercicio de su derecho [...] va a ser limitado...”²¹

II. La necesaria compatibilización entre autonomía colectiva e intervención heterónoma

En el Derecho Comparado contemporáneo se reconocen básicamente dos alternativas o modelos de tratamiento de la conflictividad colectiva en lo relativo a sus vías de salida: a) la *impuesta*, también llamada “decisión”, y b) la *composición*. Ambas parten de un reconocimiento del conflicto y de la legitimidad de las medidas de presión, pero responden a dos concepciones diferentes sobre el papel del Estado en las relaciones laborales –intervencionismo vs. abstencionismo–, por lo que difieren sobre la valoración de la conflic-

Antonio, *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 32 y 34, notas 18 y 19, con cita de JEAMMAUD, Antoine, *Le droit du travail dans la sauvegarde de la domination capitaliste*, en *Le droit capitaliste du travail*, PUG, Grenoble, 1980, p. 240.

²⁰ “*Le Droit du travail est le fruit d’une lutte contre le patronat, mais aussi contre l’Etat*”. Vid. LYON-CAEN, ob. cit., p. 54.

²¹ Reproducida en VIVERO SERRANO, Juan Bautista, *La huelga en los servicios esenciales*, 1ª ed., Nova Tesis, Valladolid, 2002, p. 28, nota 4.

tividad y la naturaleza, obligatoria o voluntaria, de los procedimientos instaurados para su integración²².

Si bien la visión estatal-absolutista sobre el conflicto colectivo ha sido abandonada por la generalidad de los ordenamientos liberales modernos, que toman la confrontación de intereses como un componente inevitable de sus sistemas económicos, se mantiene la atención en las soluciones conducentes a la preservación de la paz social, en aras de la cual encuentran justificado cierto grado de intervención en la autonomía colectiva²³.

En vistas de la contribución reconocida a dicha autonomía para el logro de una sociedad más igualitaria y evolucionada, en cuya construcción el conflicto colectivo ha desempeñado un rol trascendental, reconocido en el texto de las Constituciones (v. gr., nuestro art. 14 bis), toda forma de intervencionismo estatal en la conflictividad de intereses puede ser calificada de regresiva en cuanto pretenda imponerse imperativamente a la autonomía de las partes²⁴.

Fue en Europa donde el asentamiento progresivo del fordismo –con su característico sesgo paternalista– y la búsqueda asociada de modelos de relaciones laborales basados en la colaboración y la cooperación, dieron sustento al establecimiento y desarrollo de los *sistemas de solución autónoma* de controversias colectivas, es decir, a la conciliación y el arbitraje²⁵ organizados y gestionados por los propios interlocutores sociales, entre los que resalta el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) del sistema español²⁶. Se piensa, en el mismo

²² SANTOR SALCEDO, *La mediación...* cit., p. 38.

²³ OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Sindical*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 563.

²⁴ *Ibídem*.

²⁵ CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en el Derecho español*, en *Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales*, Fundación SIMA, Madrid, 1999, p. 13.

²⁶ Además del arriba mencionado SIMA, constituido por las organizaciones sindicales y empresariales españolas más representativas a nivel estatal, cabe una referencia al *Advisory, Conciliation and Arbitration Service (ACAS)*, instituido en el Reino Unido por la *Employment Protection Act* de 1975, cuyos servicios son de carácter informal, pudiendo intervenir en los conflictos por iniciativa propia o a petición de ambas partes o de una de ellas. Sobre este último véase KAHN-FREUND, ob. cit., pp. 187/192.

sentido, que el conflicto colectivo, especialmente si es de intereses, se presta poco y mal a soluciones “de derecho estricto”, salvo las negociaciones entre las partes, las cuales a su vez no dejan de resultar difíciles en el entorno emocional que el propio conflicto suele generar²⁷.

No obstante, siempre se reconocen situaciones en que las partes no logran salir por sí solas del *impasse* y el auxilio de un tercero, estatal o particular, puede resultar aceptado e incluso bienvenido. Del extendido acuerdo que existe, entonces, en torno a una intervención estatal en tales circunstancias, surge un *principio básico ordenador* que –conforme se ha señalado– “puede observarse en la mayoría de los ordenamientos positivos”, como es el de la *subsidiariedad* de los mecanismos interventores, esto es, enderezados a proporcionar una solución de manera *indirecta*²⁸.

Por ese camino, Kahn-Freund, a partir de una distinción entre procedimientos “obligatorios” (*compulsory*) y “voluntarios” (*voluntary*), extrae dos principios de la *Employment Protection Act* británica de 1975: a) el primero –al que el destacado autor llama “de voluntariedad”– prescribe que todo tercero que intervenga en un conflicto, se trate de un funcionario o de un particular, tiene por misión la de “ayudar” a las partes a lograr un acuerdo, pero no la de “imponérselo”, y b) el segundo –al que Kahn-Freund refiere como “de prioridad de los procedimientos autónomos”– indica que, siempre que resulte posible, debe inducirse a las partes a utilizar procedimientos del mencionado tipo para la búsqueda de solución a sus diferencias²⁹.

En nuestra doctrina, autores como Ackerman y Tosca –siguiendo a su vez a Palomeque– identifican dos teorías arquetípicas en la materia: a) la denominada “del consenso, la integración y la cooperación social”, y b) la que se conoce como “del conflicto, la coerción o la competición social”. La primera, caracterizada como “funcionalista” o “estructural-funcionalista”, parte de la concepción de la estructura social como un orden en el cual sus miembros se encuentran vinculados entre sí

²⁷ ALONSO OLEA, ob. cit., p. 361.

²⁸ OJEDA AVILÉS, ob. cit., p. 563, con cita de RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., *La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo*, Sevilla, 1972, p. 83 (destacado agregado).

²⁹ KAHN-FREUND, ob. cit., p. 189 (comillas agregadas).

y componiendo un todo ordenado, constitutivo de una comunidad moral con normas y valores compartidos. Desde esta concepción, las diferentes estructuras sociales se visualizan integradas de manera más o menos estable, con lo que el conflicto es visto como una desviación o desorden patológico de algunos elementos estructurales del sistema sociopolítico. Por otro lado, desde la denominada *teoría del conflicto* se entiende que la cohesión estructural de la sociedad sólo es posible como organización coactiva sobre la base de una dominación, presentándose así a la organización social como acción y resultado de las relaciones de poder, en función de las cuales determinados sujetos dominan al resto de la colectividad. Los juristas argentinos citados apuntan que el enfoque conflictivo y dinámico de la estructura social resulta más ajustado a la realidad cotidiana, destacando el carácter “indispensable” del conflicto como factor de progreso universal del cambio social³⁰.

Así también, Izquierdo anota que los métodos de solución “pacífica” o “autónoma” –términos utilizados en oposición a los mecanismos de solución “heterónoma”– de los conflictos colectivos se encuentran entre las materias que cuentan con mayor desarrollo en los ordenamientos positivos. Conforme explica este autor, mientras el legislador, y aun las propias fuentes normativas autónomas, suelen ser parcos en la conceptualización y caracterización de los conflictos y de las modalidades de acción, limitándose, en la mayoría de las veces, a enunciarlos y dar por sobreentendidos sus contenidos y límites, en lo que se refiere a la reglamentación de sus métodos de solución se verifica, en cambio, un despliegue normativo generoso y variado, más intenso en la norma estatal que en la convencional³¹.

Detrás de tales regulaciones –continúo con el maestro recién citado– se distinguen dos criterios. El primero, que admite la denominación

³⁰ “Siempre que faltan o se oprimen (los conflictos) se hace más lento el cambio”. Vid. ACKERMAN, Mario E. y TOSCA, Diego M., *Medios de solución de conflictos colectivos de trabajo*, en ACKERMAN y TOSCA, *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. VII (también editado como *Relaciones Colectivas de Trabajo – II*), pp. 699/700, con cita de PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, *Derecho Sindical español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 199 y ss.

³¹ IZQUIERDO, Roberto, *Métodos de solución pacífica de los conflictos colectivos*, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), Astrea, Buenos Aires, 2010, T. 3, p. 171.

de “autónomo”, consiste regularmente en la habilitación a la intervención de un tercer sujeto, del que se requiere una actuación despojada del *imperium* estatal, aun cuando se trate de un funcionario administrativo o un juez, de modo tal que su interposición mantenga correspondencia con la autonomía colectiva; de lo contrario, el método sería reputado de *autoritario* –entre nosotros, inconstitucional–, en la medida que se sobreponga compulsivamente a la voluntad de las partes con diversa intensidad. El segundo criterio pone el acento en la *postergación* de la lucha colectiva, al tiempo que se procura la solución del conflicto con independencia de que ese “enfriamiento” provenga de una decisión autónoma o estatal. Mientras el primer criterio privilegia el valor de la autonomía –asumiendo que, en su propio seno, existirá siempre, aunque sea de modo embrionario–, en el segundo, predomina el valor de la paz social en atención al impacto que sobre ella producen, inevitablemente, las contiendas colectivas de trabajo cuando generan “acciones directas”³².

La doctrina de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT considera igualmente compatibles con el Convenio 87, sobre libertad sindical, tanto a los regímenes que sólo condicionan la *oportunidad* en que puede iniciarse una huelga –o sea a través de la imposición legal de un plazo de preaviso– como a los sistemas de relaciones laborales basados en “una filosofía radicalmente diferente”, con arreglo a la cual las convenciones colectivas se conciben como “tratados de paz social de duración determinada”, durante cuya vigencia la ley prohíbe las huelgas y los cierres patronales, de modo tal que los trabajadores y los empleadores pueden recurrir, en compensación, a un procedimiento de arbitraje³³.

³² “(L)as opciones que ofrece la observación comparada permiten verificar la presencia de unos y otros e incluso una sucesión escalonada de ambos (al fracaso de los voluntarios le sigue la imposición de los gobernados por la autoridad), aunque en la realidad de los ordenamientos latinoamericanos parece prevalecer directamente la segunda”. Cfr. IZQUIERDO, ob. cit., p. 173.

³³ “Por lo general, esos sistemas sólo permiten recurrir a la huelga como medio de presión para conseguir la adopción de un primer convenio o su renovación”. Cfr. OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994, Informe III (Parte 4B), en *Estudio general de las memorias sobre el Convenio (Nº 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindi-*

III. La negociación colectiva como método de solución de conflictos colectivos

A los fines de la solución de los conflictos colectivos, se toma en cuenta la noción de negociación colectiva en un sentido amplio, es decir, diferenciada del enunciado *estricto* de esta actividad, que remite a la producción de convenios colectivos de trabajo –instrumentos normativos cuyo contenido se encuentra destinado a regular salarios y otras condiciones de trabajo al mismo tiempo que a ordenar las relaciones entre las partes negociadoras–. A diferencia de esta connotación estricta, el primer significado tiene por objeto culminar en simples *acuerdos* de finalización de las medidas de acción lesiva de las partes en el marco de controversias colectivas de intereses³⁴.

La precedente explicación introductoria del tema que ocupa este apartado remite a Kahn-Freund, quien separa nítidamente a los acuerdos que denomina “sustantivos” de los que llama “de procedimiento”. El convenio “sustantivo” (*sustantive agreement*) es el que versa sobre salarios y otras condiciones de trabajo; contiene, en rigor, todas las materias determinantes de las condiciones en las que deben establecerse las relaciones entre un empresario y sus trabajadores y los derechos y obligaciones que derivan de tales relaciones una vez establecidas. El “de procedimiento” (*procedure agreement*) regula la relación entre los sujetos colectivos contratantes en cuanto tales, las instituciones y métodos establecidos para la prevención o solución de los conflictos y la creación de normas de fondo, que a su vez pueden referirse tanto a las condiciones de trabajo como a los derechos de negociación (en nuestro país denominados “cuotas de solidaridad”), a las facilidades a otorgar a los representantes de los trabajadores y, por lo general, a los procedimientos en materia de conflictos, individuales y colectivos³⁵.

La referida amplitud conceptual encuentra plasmación positiva en

cación, 1948, y el Convenio (Nº 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, OIT, Ginebra, p. 78, párr. 166.

³⁴ “Un convenio colectivo es un tratado entre fuerzas sociales [...] y al propio tiempo un acuerdo normativo”. Vid. KAHN-FREUND, ob. cit., p. 181.

³⁵ Kahn-Freund agrega que “los convenios de procedimiento abarcan tanto a los llamados conflictos jurídicos como a los de intereses”. Vid. KAHN-FREUND, ob. cit., pp. 182/183.

los artículos 2º y 5º del Convenio 154 de la OIT. El primero de los artículos premencionados recepta claramente la noción amplia en cuanto precisa que “la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”. La segunda de las normas invocadas hace lo propio al contemplar el fomento de medidas que tengan por objeto que “...(b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2º del presente Convenio [...] (c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores; (e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva”.

No resulta imaginable, en vista de los argumentos recién sintetizados, una mejor solución para cualquier enfrentamiento de intereses que la autocomposición, es decir, no sin obviedad, aquella que encuentran las mismas partes del conflicto. Tal solución no es otra cosa que el resultado de una *negociación* entre los sujetos enfrentados en la puja antagónica. Por ello la negociación colectiva ha sido calificada como “la forma perfecta” de solucionar la conflictividad que acontece en las relaciones laborales³⁶.

La negociación colectiva, por otro lado, puede distinguirse de los medios de composición de conflictos que se apoyan en ella –como la conciliación y la mediación–, los cuales a su vez se diferencian de aquellos instrumentos de solución que tienden a sustituirla –tales como el arbitraje, el proceso judicial y la acción legislativa³⁷–.

³⁶ ERMIDA URIARTE, Óscar, *La reglamentación de la huelga en la ley 15.530*, en *Revista Derecho Laboral*, Montevideo, 1984, t. XXVII, N° 133, citado por ACKERMAN y TOSCA, *Medios de solución...* cit., p. 703.

³⁷ ACKERMAN y TOSCA, *Medios de solución...* cit., pp. 703/704.

IV. La conciliación y el arbitraje

1. *Una garantía a la autonomía colectiva asegurada por la Constitución y la ley vigente*

La aplicación del concepto de *conciliación* significa, sencillamente, que un tercero –sea un “conciliador” designado por la autoridad de aplicación, una persona ajena al servicio público que goza de prestigio particular o un órgano o comité establecido legal o convencionalmente– trata de poner de acuerdo a las partes entre sí con el objeto de poner fin a una disputa en la que éstas se enfrentan. En el *arbitraje*, el tercero (“árbitro”) tiene por función oír las alegaciones de las partes y recibir las pruebas que éstas aportan para emitir luego un laudo que debe ser cumplido en un plazo determinado, establecido en el instrumento de compromiso suscrito por los sujetos involucrados. Ambos procedimientos se aplican tanto para la solución de conflictos de derecho (*conflicts on existing rights*) como de conflictos de intereses (*on rights to be created*)³⁸.

En la *conciliación*, sea ésta voluntaria u obligatoria, la obligación que pesa sobre las partes es la de someterse al procedimiento, no la de llegar a un acuerdo³⁹. Tal es la finalidad de la ley 14.786, que estatuyó un procedimiento administrativo de conciliación obligatoria complementado por un ofrecimiento de arbitraje a la aceptación voluntaria de las partes. En el tramo final de este procedimiento –5 días hábiles de prórroga previstos en el artículo 11 del régimen legal–, desde la vigencia del artículo 24 de la ley 25.877 y su reglamentación por decreto 272/2006, debe tomar intervención un órgano imparcial pluripartito (la Comisión de Garantías), en los supuestos en que la acción de conflicto de cualquiera de las partes afecte las actividades calificadas expresamente por la ley como “servicios esenciales”, o servicios que la propia Comisión califique casuísticamente como “de im-

³⁸ Kahn-Freund explica que, en idioma inglés, el término “arbitraje” (*award*) se utiliza para ambas situaciones, a diferencia de lo que ocurre con los vocablos “*schiedsverfahren*” y “*schlichtung*” de la lengua germana. El mismo significado abarcativo de los dos supuestos posee el vocablo francés “*arbitrage*”. Cfr. KAHN-FREUND, ob. cit., p. 185 y nota 13.

³⁹ DE DIEGO, Julián A., *Tratado de Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. V, p. 1130.

portancia trascendental” o como “esenciales por extensión”, con arreglo a los criterios y principios de los órganos de control de la OIT.

La legislación argentina en materia de conflictos laborales en servicios esenciales es en gran medida compatible con dicha doctrina internacional incorporada como fuente de Derecho interno por el reenvío expreso que formula hacia ella el artículo 24 de la ley 25.877. Según admiten los órganos de control de la aplicación de normas de la OIT, el arbitraje destinado a poner fin a una huelga y a los conflictos colectivos de trabajo en general sólo es aceptable cuando lo hubieran solicitado las dos partes de la contienda o en aquellos casos en que el ejercicio de la huelga o el *lock-out* pueda encontrarse restringido o prohibido. Esta última solución –prohibición– no está prevista en la ley argentina⁴⁰, a diferencia de los postulados técnicos de la OIT, que la justifican cuando se trata de funcionarios que desempeñan roles de autoridad en nombre del Estado, de servicios esenciales en el sentido estricto del término o de circunstancias de “crisis nacional aguda”⁴¹.

El desajuste entre el régimen nacional y los *principios* y criterios interpretativos de la OIT reside en la función de la Comisión de Garantías que, en coherencia con lo establecido por el artículo 24 de la ley 25.877, debe ser *arbitral* por cuanto hace a la competencia para la fijación de los servicios mínimos en caso de que las partes no se hubieran puesto de acuerdo al respecto, en el tramo final del procedimiento conciliatorio de la ley 14.786, pero que los artículos 2º, inciso b, y 10 del decreto 272/2006 regulan como intervención de carácter *consultivo*, lo cual implica conceder la titularidad de la facultad en cuestión, no al “órgano independiente” instaurado por la ley y requerido por las opiniones de la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical, sino al Ministerio de Trabajo, lo cual configura una inconstitucionalidad que altera la letra y el espíritu del artículo 24 de la ley que el mismísimo decreto pretende reglamentar.

⁴⁰ El art. 24 de la ley 25.877 sólo prevé la exigencia de asegurar servicios mínimos de funcionamiento. Vid. TRIBUZIO, José E., *La huelga en los servicios esenciales*, en SIMÓN y AMBESI, *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* cit., t. II, pp. 776/794.

⁴¹ OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed. (rev.), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, p. 122, párr. 564.

Con otras palabras, en el mencionado inciso de la norma reglamentaria, la función que debería haberse enunciado como emisión de un “laudo arbitral” por parte de la Comisión de Garantías se presenta como de “asesoramiento” a la autoridad de aplicación para que ésta fije los servicios mínimos en caso de desacuerdo entre las partes, lo cual resulta incompatible con lo establecido expresamente por la ley, que ordena a la reglamentación conformarse “a los principios de la OIT”. La norma reglamentaria en cuestión profundiza su extralimitación cuando asigna a la autoridad administrativa la potestad de revisar los servicios mínimos que las partes hubieran acordado cuando aquélla los considere “insuficientes”.

Tanto la doctrina argentina⁴² como la de los órganos de control de normas de la OIT han cuestionado la incompatibilidad que existe entre el artículo 2º, inciso b, del decreto 272/2006 y el Convenio 87. El Comité de Libertad Sindical apuntó que si bien “el nuevo sistema constituye una mejora respecto del anterior (en la medida en que la Comisión de Garantías que asesora a la autoridad administrativa incluye representación de las organizaciones de trabajadores y de empleadores y de otras personas independientes), la decisión definitiva sobre la fijación de los servicios mínimos sigue correspondiendo a la autoridad administrativa” en lugar de ser atribuida directamente al órgano independiente⁴³. Por su parte, la Comisión de Expertos de la OIT, en sus informes de 2007 y 2008, ha insistido en requerir al Estado argentino la remisión de “informaciones sobre los casos en los que ha intervenido la Comisión de garantías sobre servicios mínimos y en particular el número de oca-

⁴² Cfr. SIMÓN, Julio César, *Breves reflexiones sobre la huelga en los servicios esenciales, la racionalidad y el poder*, en L. L., suplemento especial 70º aniversario, 2006; TRIBUZIO, *La huelga en los servicios...* cit., pp. 832/842; *Grupo de Expertos en Relaciones Laborales* (O. Valdovinos, presidente), *Estado actual del sistema de relaciones laborales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 304/306, y mis trabajos sobre *La huelga en los servicios esenciales* incorporados respectivamente al *Tratado de Derecho del Trabajo* dirigido por M. Ackerman y coordinado por D. Tosca, t. VIII, pp. 860/870, y a la obra *Derecho del Trabajo*, dir. por J. Rodríguez Mancini, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, pp. 375/376.

⁴³ OIT, Comité de Libertad Sindical, 343º Informe, caso 2377; ídem, 355º Informe, caso 2659.

siones en las que la autoridad administrativa ha modificado los términos del dictamen de dicha Comisión”⁴⁴.

Con posterioridad, en el informe destinado a la centésima Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 2011, la Comisión de Expertos emitió una observación dirigida al Gobierno de nuestro país respecto de la función arbitral de la Comisión de Garantías, formulando un señalamiento específico a la competencia de este órgano para la fijación de servicios mínimos:

“En sus comentarios anteriores, la Comisión tomó nota de que la CTA se había referido al decreto 272/2006 que reglamenta el artículo 24 de la ley 25.877 sobre conflictos colectivos de trabajo y concretamente objetaba que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º, inciso b, del decreto, la Comisión de Garantías [...] para el establecimiento de los servicios mínimos, sólo tiene facultades de asesoramiento, siendo el Ministerio de Trabajo quien en última instancia tiene la decisión final en cuanto a la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando ‘las partes no lo hubieren acordado’ o ‘cuando los acuerdos fueren insuficientes’. Al respecto, la Comisión pidió al Gobierno que: 1) comunique informaciones sobre los casos en los que ha intervenido la Comisión de Garantías sobre servicios mínimos y en particular el número de ocasiones en los que la autoridad administrativa no ha seguido el dictamen de dicha Comisión, y 2) que garantice su funcionamiento [...] *La Comisión pide al Gobierno que comunique en su próxima memoria informaciones sobre los casos [...] en los que ha intervenido la Comisión de Garantías sobre servicios mínimos y si la autoridad administrativa ha seguido en la práctica el dictamen de la misma*”⁴⁵.

En la elaboración del decreto 272/2006, el Poder Ejecutivo había soslayado las advertencias que, años antes, la Comisión de Expertos

⁴⁴ OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 97ª reunión, 2008, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (Parte 1 A), OIT, Ginebra, 2008; e ídem, 96ª reunión, 2007, pp. 43/44.

⁴⁵ OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (arts. 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Tercer punto del orden de día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Informe III (Parte 1 A), *Informe General y observaciones referidas a ciertos países*, OIT, Ginebra, 2011, p. 51 (destacado perteneciente al texto original).

había formulado al Estado argentino con respecto a la fijación de servicios mínimos. Ya en el informe dirigido a la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2003), la Comisión había prevenido en cuanto a que, a los efectos de la fijación de servicios mínimos –y siempre a falta de acuerdo de las partes–, no es suficiente la mera “consulta” a una comisión imparcial, sino que la fijación de estas prestaciones, en tal caso, no debe corresponder al Ministerio de Trabajo sino a un “órgano independiente”⁴⁶. En el mismo sentido ya se había pronunciado el Comité de Libertad Sindical en el “Caso UTA”⁴⁷.

El exceso reglamentario en que incurre el inciso b, del artículo 2º del decreto 272/2006, al mismo tiempo que constituye una violación de los “criterios” o “principios” de la OIT, en base a los cuales –conviene insistir– el artículo 24 de la ley 25.877 complementa el régimen regulatorio de los conflictos y subordina la reglamentación de la ley, violenta las normas constitucionales que organizan la escala jerárquica del ordenamiento jurídico (arts. 28, 31 y 99, inc. 2º, CN) y el artículo 14 bis, cuyo segundo párrafo consagra a *la conciliación y el arbitraje* como derechos fundamentales de *los gremios*. Complementariamente, es preciso tener en cuenta que a la luz de los *principios* de los órganos de control de normas de la OIT, los procedimientos de conciliación y de arbitraje paritario pueden considerarse “garantías compensatorias” de las restricciones que debe soportar el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales⁴⁸.

La definitiva compatibilización, entonces, entre la normativa reglamentaria, por un lado, y el artículo 24 de la ley 25.877 y los *principios* de la OIT, por el otro, se alcanza sólo si la fijación de servicios mínimos –siempre a falta de acuerdo entre las partes del conflicto colectivo de trabajo– se deja librada a la competencia excluyente de la Comisión de Garantías. Así también se podría poner a salvo la constitucionalidad de los artículos 2º, inciso b, y 10 del decreto 272/2006 por vía de

⁴⁶ OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, 2003, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (Parte 1 A), OIT, Ginebra, 2003, p. 239.

⁴⁷ OIT, Comité de Libertad Sindical, 292º Informe, caso 1679.

⁴⁸ CLS, recopilación 2006, párrs. 596, 597 y 600, entre otros.

interpretación, si la Comisión de Garantías ejerce sus funciones legales como cuerpo realmente independiente en lugar de operar como un órgano asesor del Ministerio de Trabajo.

En tal supuesto, la autoridad administrativa debería –como propone la Comisión de Expertos y en la práctica ha ocurrido hasta el momento– limitarse a hacer propios los términos del “dictamen” dictado por la Comisión y a proveer al mismo la apoyatura administrativa necesaria para asegurar su inmediato conocimiento por las partes. En tal sentido, sirve como ejemplo la manera en que el Consejo de Administración de la OIT emite las *recomendaciones* que van dirigidas a los Gobiernos sin alterar el contenido de las *conclusiones* del Comité de Libertad Sindical.

La autoridad de aplicación y las partes en conflicto deben tomar nota de que las decisiones del Comité de Libertad Sindical prevén que “los ‘laudos’ dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente”⁴⁹. En el mismo sentido, la Recomendación 92 de la OIT, de 1951, sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, postula –en su párrafo II, apartado 6– que “Si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de las partes interesadas, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a *lockouts* mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral”.

Es decir que, los “laudos” (dictámenes) de la Comisión de Garantías deben ser ejecutorios –“aplicados por completo y rápidamente” conforme a la doctrina técnica de la OIT–; en otras palabras, serán *irrecurribles*, salvo el supuesto de nulidad, fundada en la violación al derecho de defensa de las partes o en la emisión del pronunciamiento sobre materias no sometidas al arbitraje o fuera del término establecido, que contempla el artículo 6° de la ley 14.786⁵⁰.

⁴⁹ Ídem, párr. 596.

⁵⁰ Con respecto a la nulidad de los laudos arbitrales, la jurisprudencia de la CSJN ha expresado que “Corresponde declarar nulo el laudo si la forma en que han dictado el fallo los arbitradores importa violar el derecho de defensa en juicio y no se compadece con una razonable interpretación del alcance de los puntos a laudar que fijó el juez” (“Alba, Carmen c/Chevy, Adriana y otros”, 1-1-76, *Fallos*: 295:597), y asimismo, que “La resolución [...] del Ministerio de Trabajo que sometió a las partes a arbitraje

2. *La Comisión de Garantías ante las legislaciones provinciales*

Una cuestión adicional pero de relieve surge de la desconexión fáctica y normativa que existe entre los regímenes provinciales que regulan los procedimientos de conciliación obligatoria –que en lo sustancial reproducen el tenor de la ley 14.786– y el artículo 24 de la ley 25.877 y su reglamentación a través del decreto 272/2006.

Las leyes provinciales deben adecuarse a la ley nacional que regula cuestiones de fondo (arts. 31 y 75.12, CN), como lo son los límites al ejercicio del derecho de huelga. Por lo tanto, las normas que mantienen referencias al arbitraje “obligatorio” deben ser abrogadas (acompañando el rumbo marcado por las leyes nacionales 25.250 y 25.877, que implica alinearse con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y los principios técnico-jurídicos de la OIT), así como los conflictos que afecten actividades que la ley nacional califica como servicios esenciales o son susceptibles de ser calificadas como “servicios públicos de importancia trascendental” o como “servicios esenciales por extensión” por la Comisión de Garantías (conforme art. 24, segundo párr., incs. a, y b, ley 25.877), deben solicitar la intervención de este organismo pluripartito.

Queda claro, por otra parte, que en virtud de la delegación efectuada por las provincias en el legislador federal para el dictado de la mencionada legislación sustancial, tal facultad no puede ser ejercida por las legislaturas de los estados provinciales, como tampoco podría hacerlo válidamente la legislación de la Ciudad de Buenos Aires, sin violentar lo establecido en el artículo 75.12, CN. Por lo tanto, no son compatibles con el ordenamiento constitucional eventuales normas provinciales que impliquen la “reasunción” de competencias delegadas a la Nación en el texto constitucional, como por ejemplo sería el caso de supuestas leyes que pretendan calificar como “servicio esencial” determinadas actividades no enumeradas en el artículo 24 de la ley 25.877 (v. gr., educación, transporte o cualesquiera fueren) a los efectos de restringir el ejercicio del derecho de huelga.

obligatorio o en un caso no contemplado por la ley 16.936 es nula en los términos del art. 14 de la ley 19.549, por falta de causa, y nulo, por lo tanto, su consecuencia, el laudo arbitral que declaró ilegales los despidos efectuados” (“Martín & Cía. Ltda. SA c/Eraza, José Silvestre”, 1-1-47, *Fallos*: 208:497).

V. La necesidad de adecuar y actualizar el régimen de conciliación “vigente”

1. *La decreciente efectividad de la ley 14.786*

La ley 14.786, promulgada en diciembre de 1958, procura impedir no el ejercicio en sí del derecho de huelga ni del *lock-out* –objetivo que en todo caso sería, respecto de la huelga, violatorio de la garantía constitucional plasmada en el artículo 14 bis– sino que tales medidas se ejecuten como “acciones directas”, es decir, con soslayo o elusión del tránsito previo por la instancia de conciliación obligatoria. Para ello, impone a las partes la obligación de dar aviso de la medida a la autoridad de aplicación antes de proceder a su ejercicio⁵¹. El ordenamiento heterónimo argentino instrumenta así el interés estatal de evitar la exteriorización abierta del conflicto, imponiendo un período de “enfriamiento” que en definitiva utiliza la autoridad de aplicación para actuar, en rigor, como “mediador”⁵² entre las partes (art. 4º, ley 14.786) a fin de encontrar la salida negociada –en el sentido

⁵¹ Art. 2º, ley 14.786: “Suscitado un conflicto que no tenga solución entre las partes, cualquiera de éstas deberá, antes de recurrir a medidas de acción directa, comunicarlo a la autoridad administrativa, para formalizar los trámites de la instancia obligatoria de conciliación. El Ministerio podrá, asimismo, intervenir de oficio, si lo estimare oportuno, en atención a la naturaleza del conflicto”.

⁵² La intervención del funcionario administrativo que interviene en el trámite es más bien la de un mediador –como lo expresa literalmente el art. 4º de la ley– que la de un conciliador, por cuanto este último no podría intentar avenir a las partes proponiéndoles fórmulas conciliatorias ni recabar información de instituciones públicas y privadas, como en cambio el primero sí se encuentra facultado a hacerlo, conforme surge expresamente de los artículos 3º y 4º del régimen: “Art. 3º – La autoridad de aplicación estará facultada para disponer la celebración de las audiencias que considere necesarias para lograr un acuerdo. *Cuando no logre avenir a las partes, podrá proponer una fórmula conciliatoria*, y a tal fin estará autorizado para realizar investigaciones, recabar asesoramiento de las reparticiones públicas o instituciones privadas y, en general, ordenar cualquier medida que tienda al más amplio conocimiento de la cuestión que se ventile. Art. 4º – Si *la fórmula conciliatoria propuesta o las que pudieren sugerirse* en su reemplazo no fueren admitidas *el mediador* invitará a las partes a someter la cuestión al arbitraje. No admitido el ofrecimiento, se dará a publicidad un informe que contendrá la indicación de las causas del conflicto, un resumen de las negociaciones, *la fórmula de conciliación propuesta*, y la parte que la propuso, la aceptó o rechazó” (destacado agregado).

amplio del concepto explicado más arriba–, concebida como la solución más apta, en función de los intereses de las partes y del Estado, y compatible con la ya referida garantía constitucional a la autonomía colectiva.

La mencionada ley nacional de conciliación obligatoria, pese a sus ponderables virtudes –entre las cuales destaco la amplitud relativa a los posibles sujetos del conflicto; la flexibilidad con respecto al incumplimiento del preaviso⁵³; la previsión del ofrecimiento del arbitraje voluntario (arts. 4º a 7º); el cuidado de imponer las medidas interruptivas de las acciones de conflicto recíprocas con posterioridad a la citación a las partes a una audiencia (art. 8º); la retroactividad de las medidas a la situación previa al origen del conflicto (arts. 8º y 10), y la razonable duración del procedimiento (art. 11)–, merced a las cuales ha prestado invalorable servicios durante medio siglo, paulatinamente ha venido cayendo en desuso, fenómeno que no es exclusivo de la Argentina.

Por ejemplo, en Francia, los tres modos de solución de conflictos previstos en la legislación, esto es, la conciliación, la mediación y el arbitraje (arts. L2522 a L2524 del *Code du travail*), han sido abandonados por la práctica de los actores sociales, que los ha reemplazado por “simples negociaciones”, más flexibles e incluso informales⁵⁴. Por fuera de los mencionados procedimientos legales, las partes pueden acordar la confección de un *protocolo de finalización del conflicto*, que puede tener la forma de un acuerdo suscrito por los delegados del personal, o sólo uno de ellos, con el empleador, o de un compromiso unilateral de este último, en el cual se determinen los efectos posteriores al mismo, particularmente en relación con dos aspectos controversiales: las sanciones eventualmente aplicables y la renuncia del empleador a efectuar el descuento de salarios por las jornadas no trabajadas durante

⁵³ El art. 2º de la ley contempla implícitamente esta posibilidad cuando en su segunda cláusula autoriza al Ministerio de Trabajo a “intervenir de oficio, si lo estimare oportuno, en atención a la naturaleza del conflicto”. Es encomiable que en lugar de establecer sanciones por el eventual incumplimiento del preaviso, la norma disponga la intervención inmediata de la autoridad de aplicación con fines conciliatorios.

⁵⁴ VERDIER, Jean-Maurice; COEURET, Alain y SOURIAU, Marie-Amelie, *Droit du travail, Volume 1 – Rapports collectifs*, 15ª ed., Dalloz, Paris, 2009, p. 307.

la ejecución de la huelga, que constituye el contenido de una de las cláusulas consideradas “clásicas” entre las instrumentadas en el referido protocolo⁵⁵.

2. *Las responsabilidades derivadas de la inobservancia del procedimiento aplicable*

La ley 14.786 establece, en su artículo 13, el carácter obligatorio de la concurrencia de las partes ante la autoridad de aplicación, previendo sanciones por incomparecencia injustificada. El texto legal remite a normas que han perdido vigencia –decreto 21.877/44 y ley 12.921–, por lo que las sanciones aplicables actualmente consisten en multas previstas en la ley 25.212, cuyo régimen punitivo tipifica –en su artículo 4º, inciso f– como “infracción muy grave”, la “violación por cualquiera de las partes de las resoluciones dictadas con motivo de los procedimientos de conciliación obligatoria y arbitraje en conflictos colectivos”⁵⁶. Por otro lado, el artículo 56.2 de la ley 23.551

⁵⁵ LOKIEC, Pascal, *Droit du travail*, t. II, *Les relations collectives du travail*, Thémis droit (collection fondée par Maurice Duverger), sous la direction de Catherine Labrusse-Riou et Didier Truchet, Presses Universitaires de France, Paris, 2011, pp. 415/416. Este autor acota, en el lugar citado, que la Corte de Casación ha puesto límites, aun en contra de lo que establezca el “protocolo”, a la posibilidad de privar a los asalariados de su remuneración cuando la huelga ha sido causada por un incumplimiento grave y deliberado del empleador a sus obligaciones, como particularmente lo es la omisión de pago de las horas suplementarias.

⁵⁶ En el sistema francés, la titularidad del derecho de huelga no se encuentra en cabeza de los sindicatos sino de los trabajadores; de aquí que la eventual responsabilidad derivada de excesos o comportamientos abusivos recaiga en principio sobre los huelguistas, no sobre las organizaciones sindicales que les hubieran otorgado apoyo. El ejercicio de la huelga no puede originar la ruptura del contrato de trabajo, salvo existencia de falta grave imputable al trabajador, pero la acción de conflicto que no admita ser considerada como “ejercicio normal del derecho de huelga” –en palabras de la Corte de Casación– puede exponer a los ejecutores de la medida a una acción de responsabilidad civil por parte de los “no huelguistas”, en los términos del art. 1382 del *Code Civil*, por el resarcimiento de las pérdidas salariales que pudieren derivar de la imposibilidad del empleador de proveer a éstos ocupación efectiva por causa del conflicto. Los sindicatos, por su parte, quedan igualmente sometidos a las prescripciones del art. 1382 del ordenamiento civil, aunque la jurisprudencia se ha mostrado remisa a responsabilizarlos por actos ilícitos cometidos por trabajadores huelguistas en el curso de medidas de conflicto por el solo hecho de su participación

autoriza al Ministerio de Trabajo a requerir a las asociaciones sindicales el cese de las medidas que importen violación de las normas legales o estatutarias e incumplimientos de las disposiciones dictadas por la propia autoridad competente en el ejercicio de facultades legales. Para el supuesto de incumplimiento de las intimaciones referidas precedentemente, la Ley de Asociaciones Sindicales sólo prevé sanciones extremas: faculta a la autoridad administrativa a petitionar ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo “la suspensión o cancelación de una personería gremial o la intervención de una asociación sindical” (arts. 56.3 y 62.a, LAS). Arese recuerda que, en un conflicto en la actividad telefónica suscitado en 1990 en el que se incumplió la conciliación obligatoria, el Ministerio de Trabajo solicitó la suspensión preventiva de la inscripción gremial y del derecho de retención de cotizaciones sindicales de la nómina salarial, medida que fue considerada excesivamente severa por el Comité de Libertad Sindical⁵⁷.

Cuando las medidas de conflicto afectan actividades calificadas por la ley como servicios esenciales, el artículo 24 de la ley 25.877 encomienda a la parte que decidiera la adopción de la medida de conflicto –la norma utiliza la fórmula imprecisa pero muy arraigada en el uso de “medida de acción directa”⁵⁸– que afecte una actividad considerada servicio esencial, el deber de “garantizar la prestación de servicios mínimos que eviten su interrupción”. Es decir que la eficacia del sistema y la propia racionalidad del mecanismo de autorregulación del ejercicio de la huelga o el *lock-out* –que puede ser unilateral o pactada colectivamente por las partes– se apoyan en la confianza depositada en los sujetos a los que se les reconoce la potestad de autorregir

en las mismas, si no existe involucramiento personal de los representantes sindicales en los actos reputados ilícitos. Vid. LOKIEC, ob. cit., pp. 417/418.

⁵⁷ ARESE, César, *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo. La huelga, sus modalidades, efectos y procesos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 281/282, con cita de Comité de Libertad Sindical, caso 1532.

⁵⁸ Dado que el procedimiento especial para los conflictos que afectan servicios esenciales se inserta en los 5 días finales de la instancia conciliatoria que prevé el art. 11 de la ley 14.786, y según lo establecido por el art. 7º del decreto 272/2006, no puede sino interpretarse que las partes, al momento de poner en práctica las acciones de conflicto, ya han transitado por dicha instancia, por lo que no se trataría en rigor, conforme a lo visto hasta aquí, de medidas de “acción directa”.

las condiciones de ejecución de la medida, más que en la previsión de dispositivos de coerción. De ello deriva la inexcusable asunción de responsabilidad por los titulares en torno a “garantizar” el efectivo cumplimiento de los servicios mínimos acordados o los que, en su defecto –de acuerdo con los principios de los órganos de la OIT– deberían ser fijados por la Comisión de Garantías creada por el decreto 272/2006.

El artículo 7º del mismo decreto ordena otorgar un “segundo preaviso”, en forma fehaciente, a la contraparte y a la autoridad de aplicación, con una anticipación de 5 días respecto de la fecha en que se realizará la medida de fuerza. El artículo 8º emplaza a las partes a que en 24 horas se pongan de acuerdo ante la autoridad de aplicación sobre los servicios mínimos a mantener durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se asignará a la prestación de los mismos. El artículo 9º prevé que, cuando las prestaciones mínimas del servicio se hubieren preestablecido mediante convenio colectivo u otro tipo de acuerdo, las partes deberán, dentro del plazo fijado en el artículo precedente, comunicar por escrito al Ministerio de Trabajo las modalidades de ejecución de aquéllas, señalando concreta y detalladamente la forma en que se ejecutarán las prestaciones, incluyendo la designación del personal involucrado, las pautas horarias y la asignación de funciones y equipos. Ante las hipótesis de falta de cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 7º, 8º y 9º del decreto reglamentario, o de “insuficiencia” de los servicios mínimos que hubieran acordado las partes, el reglamento faculta finalmente a la autoridad de aplicación a fijar, en consulta con la Comisión de Garantías, “los servicios mínimos indispensables para asegurar la prestación del servicio” así como la cantidad de trabajadores que se asignen a la prestación y las modalidades de ejecución de los mismos, “procurando resguardar tanto el derecho de huelga como los derechos de los usuarios afectados” (art. 10, decreto 272/2006).

Conforme a la crítica que he expresado en trabajos precedentes⁵⁹, la facultad de revisar los mínimos acordados por las partes bajo la

⁵⁹ Por todos, *La huelga en los servicios esenciales*, en RODRÍGUEZ MANCINI, *Derecho del Trabajo* cit., t. 3, pp. 372/379.

calificación de “insuficiencia”, que el artículo 10 del decreto atribuye al Ministerio de Trabajo, constituye un desvío que vicia de inconstitucionalidad al dispositivo en cuestión, en la medida que violenta los “principios” de los órganos de control de normas de la OIT a los cuales la reglamentación debe adecuarse, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 24 de la ley 25.877⁶⁰.

La cláusula final del artículo 10 del decreto 272/2006 obliga a la autoridad administrativa a notificar a las partes involucradas los servicios mínimos establecidos y, en el supuesto de incumplimiento de éstas, ordena proceder de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 del propio reglamento, que dispone la aplicación de las sanciones impuestas en las leyes 14.786, 23.551 y 25.212, con sus normas complementarias, según corresponda. El último párrafo del artículo 14, agrega –no sin déficit de claridad– que “La falta de cumplimiento del deber de trabajar por las personas obligadas a la ejecución de los servicios mínimos, dará lugar a las responsabilidades previstas en las disposiciones legales, estatutarias o convencionales que les resultaren aplicables”⁶¹.

Sin perjuicio de las obligaciones de garantizar el cumplimiento de

⁶⁰ Según estos principios emanados de los organismos técnicos de la mencionada organización internacional –y también de acuerdo con la expresión del primer párrafo del art. 24 de la ley 25.877, que hace pesar sobre “la parte” que adopte la medida el aseguramiento de los servicios esenciales–, tanto los servicios mínimos como el personal afectado a la prestación de los mismos debe ser fijado de manera autónoma por los sujetos enfrentados en el conflicto, y a falta de acuerdo entre los mismos la competencia debería recaer en la Comisión de Garantías.

⁶¹ El art. 9º de la ley 14.786 establece las siguientes hipótesis de sanciones por incumplimientos de las partes a la normativa conciliatoria: “En el supuesto de que la medida adoptada por el empleador consistiera en el cierre del establecimiento, en la suspensión o rescisión de uno o más contratos de trabajo, o en cambios en las condiciones de trabajo, el incumplimiento de la intimación prevista en el artículo anterior dará a los trabajadores, en su caso, el derecho a percibir la remuneración que les habría correspondido si la medida no se hubiere adoptado. Ello sin perjuicio de hacer pasible al empleador de una multa de mil a diez mil pesos por cada trabajador afectado. La huelga o la disminución voluntaria y premeditada de la producción por debajo de los límites normales, traerá aparejado para los trabajadores la pérdida del derecho a percibir las remuneraciones correspondientes al período de cesación o reducción del trabajo si no cesaren después de la intimación de la autoridad de aplicación”.

los servicios mínimos que corresponden a la parte que adopte la medida, el responsable último del servicio esencial es el organismo estatal o empresario privado, que resulte prestador del mismo. En esa inteligencia, el artículo 12 del decreto 272/2006 prescribe que “La empresa u organismo prestador del servicio considerado esencial garantizará la ejecución de los servicios mínimos y deberá poner en conocimiento de los usuarios, por medios de difusión masiva, las modalidades que revestirá la prestación durante el conflicto, dentro del plazo de 48 horas, antes del inicio de las medidas de acción directa, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones”. El prestador, deberá, asimismo, “arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas” (art. cit. *in fine*)⁶².

Mayor complejidad adquiere el problema cuando el sujeto responsable que decida y adopte la medida de conflicto no sea una organización sindical propiamente dicha sino un grupo inorgánico de trabajadores, hipótesis jurídicamente admisible dado que la reforma introducida por el artículo 24 de la ley 25.877, con su remisión a los “criterios” o “principios” de los organismos de control de la OIT, trae aparejado el reconocimiento de la titularidad del derecho de huelga no sólo a todas las organizaciones (conf. arts. 2º y 10 del Convenio 87) –incluyendo a las que poseen simple inscripción–, sino también a “los trabajadores”, como surge del denominado “principio básico” del Comité de Libertad Sindical en materia de huelga, según el cual “el derecho de huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones...”⁶³ En el mismo sentido, la remisión del artículo 10 del Convenio 87 a “toda organización” incluye a aquéllas de carácter no permanente, como puede ser

⁶² TRIBUZIO, José E., *Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales*, en D. T. 2006-A-715.

⁶³ Vid. GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117, 1998, Nº 4, pp. 475/476, y OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed. (rev.), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, p. 115, CLS, párrs. 520 y 522.

una asamblea o coalición de trabajadores reunida espontáneamente al suscitarse un conflicto de intereses. Por lo demás, cabe recordar que la ley 14.786 no exige ni siquiera la simple inscripción para intervenir como “parte” en el procedimiento de conciliación obligatoria.

El reconocimiento de la titularidad individual –o por lo menos, pluriindividual– del derecho de huelga surge asimismo implícitamente del artículo 14, segundo párrafo, del decreto 272/2006, cuando atribuye responsabilidad directa a los trabajadores comprometidos a la prestación de los servicios mínimos: “La falta de cumplimiento del deber de trabajar por las personas obligadas a la ejecución de los servicios mínimos, dará lugar a las responsabilidades previstas en las disposiciones legales, estatutarias o convencionales que les resultaren aplicables”. La vacuidad del texto no da lugar a establecer en forma concreta cuáles serían esas consecuencias que podrían afectar a los trabajadores por el incumplimiento de las prestaciones mínimas, no obstante lo cual es posible ensayar algunas hipótesis.

En caso de que las organizaciones sindicales representantes de los trabajadores hubieran sido citadas a la instancia conciliatoria y, en dicho procedimiento, las mismas exteriorizaran o ratificaran la adopción de medidas de conflicto, se convierten de inmediato en responsables de garantizar la prestación de los servicios mínimos que se acuerden o que en definitiva resulten fijados por la Comisión de Garantías –con apego a los criterios de los órganos de control de la OIT, de efectos vinculantes en la materia–, no por la autoridad administrativa, y consecuentemente dichas organizaciones serán las que deberán afrontar las consecuencias derivadas del eventual incumplimiento.

Como señala Tribuzio, ni la ley 25.877 ni el decreto 272/2006 disponen condenas específicas por incumplimientos a las obligaciones establecidas en el procedimiento aplicable al conflicto laboral en los servicios esenciales. El régimen sancionatorio específico surge de la articulación entre el artículo 14 del decreto reglamentario y diversas disposiciones legales y las que eventualmente previeran las convenciones colectivas de trabajo, como consecuencia de determinadas conductas que corresponde enumerar siguiendo la doctrina precedentemente citada:

- a) inobservancia del procedimiento conciliatorio;

- b) inobservancia de las previsiones establecidas en el decreto 272/2006;
- c) incumplimiento de las resoluciones de la autoridad administrativa;
- d) incumplimiento de los pronunciamientos de la Comisión de Garantías, y
- e) incumplimiento del deber de trabajar en la prestación de servicios mínimos por parte de los trabajadores obligados a ello⁶⁴.

Salvo en el último supuesto, las restantes hipótesis comprenden a cualesquiera de las partes del conflicto y –como aclara Tribuzio– de modo indistinto, tanto se encuentren en posición activa como pasiva respecto de la medida de fuerza. Es decir que la sanción podrá ser aplicada tanto a la organización gremial como al empleador responsable del servicio. El empleador que hiciese caso omiso de la orden administrativa tendiente a obtener el cese inmediato del cierre del establecimiento o de la suspensión o desvinculación masiva de trabajadores durante el trámite de la conciliación obligatoria, debe abonar a los trabajadores afectados la remuneración que les habría correspondido si la medida no se hubiese adoptado, además de la multa que la autoridad de aplicación decida aplicarle en proporción a la cantidad de trabajadores afectados (art. 9º, ley 14.786). Si la desobediencia fuera imputable a los trabajadores o a la organización sindical, la sanción prevista en la norma legal precitada importa la pérdida del derecho de los primeros a percibir las remuneraciones correspondientes al período de cesación o disminución voluntaria del trabajo⁶⁵.

Conforme se adelantó más arriba, el artículo 56.3 de la Ley de Asociaciones Sindicales faculta al Ministerio de Trabajo a “petitionar en sede judicial la suspensión o cancelación de una personería gremial o la intervención de una asociación sindical” en los supuestos de desobediencia ante las intimaciones cursadas en razón de incumplimientos “a disposiciones dictadas por la autoridad competente en el ejercicio de facultades legales”. Aun en el supuesto de considerarse que los incumplimientos de los trabajadores a los servicios mínimos se en-

⁶⁴ TRIBUZIO, *La huelga en los servicios esenciales*, en SIMÓN y AMBESI, *Tratado de Derecho Colectivo de Trabajo* cit., t. II, pp. 855/856.

⁶⁵ TRIBUZIO, *La huelga...* cit., p. 856.

cuentran comprendidos en la figura legal recién descrita, no debe perderse de vista la doctrina sentada por el Comité de Libertad Sindical en el trascendente “Caso UTA”, en el que precisó que “Aunque la decisión de suspender o cancelar la personería gremial corresponda a un órgano judicial independiente, tales medidas no deberían adoptarse en caso de incumplimiento de los servicios mínimos”⁶⁶.

Si, en la hipótesis contraria, el sindicato no respaldara la medida de fuerza convocada por el grupo de trabajadores, la misma no perdería por esta sola causa legitimidad pero recaerían directamente sobre los trabajadores las responsabilidades enunciadas en el artículo 14 del decreto 272/2006, supuesto que da lugar también a formular algunas salvedades: a) no sería razonable exigir al trabajador el discernimiento técnico necesario para arribar a la convicción de que la medida dispuesta por la organización sindical en defensa de sus intereses es ilegal; b) sería necesario que mediara dolo del trabajador –entendido como intención de provocar una lesión material a los usuarios o al empleador que exceda el natural daño económico que puede generar en la producción la paralización o alteración de la prestación de trabajo– para que le fueran imputables las consecuencias del conflicto por su sola participación en la huelga en las condiciones y modalidades determinadas por la organización sindical. De lo contrario, las sanciones tendrían auténticas represalias contra el trabajador por su participación en actividades sindicales, consecuencias prohibidas por el Convenio 98 de la OIT.

Estos aspectos se encuentran regulados con mayor precisión en la legislación italiana. A partir de la reforma introducida por la ley 83/2000 a la ley 146/90, la *Commissione di garanzia* se encuentra facultada para juzgar el comportamiento de las partes del conflicto en un procedimiento disciplinario en el que el propio órgano puede decidir la aplicación de sanciones, proporcionales a la gravedad de las infracciones, tanto a la organización sindical como a los trabajadores que participan en una huelga considerada ilegítima, aunque con expresa exclusión del despido⁶⁷.

⁶⁶ CLS, 292° Informe, caso 1679, párr. 96.

⁶⁷ GIUGNI, Gino, *Diritto Sindacale*, con la collaborazione di Lauralba Bellardi, Pietro Curzio e Mario G. Garofalo, Cacucci Editore, Bari, 2006, pp. 260/261.

VI. Sobre una reforma posible

Es indudable que el procedimiento conciliatorio aplicable a las huelgas y cierres patronales, afecten o no a servicios esenciales, reclama una puesta al día inmediata y eficiente. No es sencillo para ningún legislador enfrentar la resistencia de la costumbre, que en nuestro país se agrava por la arraigada contumacia en desobedecer la ley, que en la visión de los actores sociales parecería emparentarse con una reivindicación distorsionada de la autonomía y, a la inversa, todo sometimiento a la normativa estatal parece visualizarse como una claudicación.

En tal sentido, la efectividad de la reforma quizás responda más a la necesidad de emisión de nuevas señales de rigurosidad por parte del Estado que a modificaciones sustanciales en el contenido del régimen que se encuentra vigente aunque declinante en su eficacia. Tal vez, la apertura de mayores espacios a la autonomía a través de la negociación colectiva, tomando como referencia las apuntadas experiencias francesa y española, podría generar resultados positivos, acompañada de sanciones por incumplimiento adecuadas a los fines de superar la enquistada indisciplina, que incorporen matices y escalas que eviten el salto drástico desde un extremo de futilidad de las multas al otro de la desmesura de la suspensión o cancelación de personerías.

Hay que decir también que la actitud renuente al cumplimiento de la ley ha sido indirectamente alentada por las propias autoridades públicas. La autoridad administrativa nacional deberá aplicar el procedimiento de diálogo y negociación indistintamente a todo sujeto –sindical o empresarial–, con invariable intransigencia y firmeza hasta agotar el término de la instancia. Será muy importante no repetir la emisión de señales equívocas, que puedan seguir dando a entender que se encuentra librada a la entera potestatividad de las partes la comparecencia en el procedimiento o la obediencia a las intimaciones a cesar de inmediato las medidas de conflicto, se trate del ejercicio de la huelga o de la reticencia del empleador a permitir el reingreso de personal despedido en ocasión del diferendo de intereses.

Por otra parte, salvo la Provincia de Mendoza, los Estados provinciales en general y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no han tenido

en cuenta la obligatoriedad de adecuar sus leyes de procedimiento conciliatorio a la ley 25.877 –de jerarquía superior (art. 31, CN)–, lo que requiere derogar las normas que todavía imponen el arbitraje obligatorio (art. 42, ley 25.877) y, asimismo, la obligatoriedad de solicitar la intervención de la Comisión de Garantías cuando se encuentran en juego servicios esenciales. Más aún, algunas provincias han exteriorizado públicamente, mediante declaraciones de funcionarios de alto rango, la intención de establecer su propio régimen sobre conflictos en los servicios esenciales o de calificar determinada actividad –verbigracia, la educación o el transporte público– como servicio esencial a través de las legislaciones locales, soslayando de tal modo la competencia excluyente del Estado federal en la materia por imperativo constitucional (art. 75.12, CN); competencia que –vale subrayarlo– ha sido ejercida y se encuentra plasmada en el artículo 24 de la ley 25.877. El establecimiento de límites al ejercicio de un derecho fundamental, como son el de huelga y todos los demás derivados de la libertad sindical, constituye materia de fondo, por lo tanto reservada al legislador federal.

FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO. LOS CONVENIOS COLECTIVOS

por GABRIELA CELESTE PALMIERI

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve reseña histórica sobre su origen y evolución. A) A nivel mundial. B) En Argentina. III. Su coexistencia con las distintas fuentes del Derecho del Trabajo. IV. Ubicación jerárquica del convenio colectivo en el panorama de las fuentes que rigen la materia y los distintos tipos de relaciones que entabla con aquéllas. V. Algunas cuestiones que plantea como fuente normativa. VI. Jerarquía legal vs. jerarquía real de los convenios colectivos. VII. A modo de conclusión.

I. Introducción

Junto al Derecho elaborado por el Estado u organismos internacionales, el ordenamiento jurídico laboral conoce, desde la etapa de su formación, otra fuente formal especial o propia, ya que no se presenta en otras disciplinas, y que emerge de los acuerdos celebrados entre los representantes de los trabajadores y de los empleadores: los convenios colectivos.

Varios autores han propuesto distintas definiciones para conceptualizar esta fuente de Derecho. Así, Carnelutti sostiene que el convenio colectivo es un contrato normativo de origen contractual; un híbrido con “alma de contrato y cuerpo de ley”. Alonso Olea¹, lo define como “un contrato negociado y celebrado por los representantes de los trabajadores y empresarios para la regulación de las condiciones de trabajo”.

¹ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, p. 462.

Para Borrajo Dacruz “es la manifestación más significativa del pluralismo jurídico en virtud de la cual el Estado acepta a su lado para la creación del Derecho, a los grupos sociales interesados en la salvaguardia y representación de los intereses de sus miembros singulares”².

López, Fernández Madrid y Centeno lo definieron como “un cuerpo de normas válido para el ordenamiento estatal por un acto normativo autoritario de autonomía privada colectiva, así como el cuerpo de normas de un negocio jurídico se establece por un acto normativo no autoritario de autonomía privada individual”³. Explican estos autores que las normas del convenio son puestas por lo que la doctrina alemana llama “partes sociales”; es decir partes de un grupo social en el que existen intereses contrapuestos, mediante un acto bilateral (acuerdo), pero ese pacto es interno a un órgano paritario (comisión paritaria de negociación) que ejerce una autonomía normativa respecto de los integrantes del grupo representado (trabajadores y empleadores). De modo que, en definitiva, la imposición del convenio es un acto autoritario (aunque no de una autoridad pública o estatal, sino privada) respecto del grupo social al que se va a aplicar, aunque aquél haya surgido de un acuerdo interno (negocio entre partes sociales) del órgano paritario que lo establece.

Por su parte, la OIT sostiene que “la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores por una parte, y por la otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores, o en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”⁴.

A mi modo de ver, podría definirse al convenio colectivo, simple-

² BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000, ps. 252 y ss.

³ LÓPEZ, Justo; FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos y CENTENO, Norberto, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 2ª ed., Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1987, t. I, ps. 14 y ss.

⁴ Ver Recomendación 91 de la OIT.

mente, como un acuerdo celebrado entre grupos diferentes (de trabajadores y de empleadores) que, mediante ciertas formalidades y luego de su aprobación (homologación), son obligatorios para aquéllos así como también para las personas que no participaron en ellos por sí ni por apoderado y ni aun por su pertenencia formal a los grupos contratantes.

No es del caso abundar en la definición y las condiciones en las que deben celebrarse estas convenciones, pero sí lo es el análisis de cómo se inserta esta fuente laboral específica en la jerarquía real (es decir operativa) de las normas jurídicas que rigen la materia.

II. Breve reseña histórica sobre su origen y evolución

A) A nivel mundial

Del estudio histórico de las instituciones que rigen esta rama del Derecho, se advierte que las primeras normas reguladoras del trabajo se debieron a esta fuente.

En efecto, la Revolución Industrial, que tuvo origen en Gran Bretaña a mediados del siglo XVIII, implicó el paso de una economía agraria y artesana a otra dominada por la industria y la mecanización. El uso de nuevos materiales en la producción (hierro, acero, etc.), de nuevas fuentes de energía (carbón) y de fuerzas motrices innovadoras, como la máquina de vapor, produjeron un importante cambio en el sistema productivo que comenzó a orientarse a la producción en masa. Este proceso generó el crecimiento de la población urbana atraída por las industrias que demandaban trabajadores y, con ello, el desarrollo de la llamada “clase obrera”.

Por esa época, la Revolución Francesa de 1789 produjo un relevante impacto en el plano político, pues importó el reconocimiento de ciertos derechos individuales, entre ellos la “libertad de contratación o autonomía contractual”, que –en los hechos– implicaba que las personas podían contratar con quienes quisieran y en las condiciones que ellos decidieran.

De esta manera, los empresarios –dueños del capital– ante la ausencia de regulaciones que lo impidieran, contrataron a gran cantidad

de trabajadores en las condiciones que les permitían mayor rentabilidad. A saber: bajas remuneraciones, extensas jornadas laborales, condiciones insalubres, etcétera.

Esto dejó en claro que, a la hora de contratar, empresarios y trabajadores no tenían el mismo poder de negociación, por cuanto los primeros se hallaban en una situación de indiscutible predominio frente a los últimos que sólo contaban con su trabajo como medio de subsistencia.

Precisamente, ante la explotación a la que eran sometidos, los trabajadores tuvieron la necesidad de agruparse entre sí para compensar, en cierto modo, la situación de inferioridad en la que se hallaban frente al empleador, que no estaba contemplada en la escasa legislación existente. Así surgió, pues, la unión de trabajadores y los primeros movimientos de protesta.

Al principio, la unión de trabajadores llamó la atención pública y poco a poco, luego de luchas y de altos costos pagados por los trabajadores, logró su institucionalización en todo el mundo occidental, aunque con diversos niveles de profundidad y en tiempos no siempre coincidentes. En este largo proceso pueden advertirse, a grandes rasgos, tres etapas:

La primera consistió en la prohibición de las uniones de trabajadores o sindicatos, como fuera establecido en Francia con motivo de la sanción por la Asamblea Francesa de 1791 de la Ley *Chapellier*. Más tarde en Inglaterra, en su primera *Combination Act* de 1799 y, años después, en Europa occidental, en la Ley Italiana de 1864⁵. En este período sólo tuvieron cierta tolerancia asociaciones más simples, tales como sociedades de socorros mutuos, hermandades religiosas, etcétera.

La segunda etapa se produjo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cuando la aceptación de este tipo de asociaciones se hace más generalizada, ya que en los hechos se permitían aunque sin reconocerlas legalmente. Se elimina el delito de asociación y el movimiento sindical comienza a desarrollarse, impulsado por el accionar de las llamadas internacionales obreras. Es decir, se produce el reconocimiento de la realidad social, la aceptación de la actividad sindical y la consecuente

⁵ GALLART FOLCH, Alejandro, *El sindicalismo*, Zavalía, Buenos Aires, p. 149.

eliminación de las trabas existentes para la concertación y la unión de trabajadores.

Finalmente, ya asumida la utilidad social de la actividad de los sindicatos, se crearon estímulos para su formalización, y eso dio lugar a las asociaciones profesionales, cuyo interés primordial radica en el mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores que representan; a la vez que constituyen una nueva forma de creación de Derecho del Trabajo, que deriva de la negociación colectiva entre aquellas y el empleador o unión de empleadores de un determinado sector o actividad y que integra lo que se denomina Derecho Colectivo del Trabajo o derecho de las relaciones colectivas del trabajo⁶.

B) *En Argentina*

En nuestro país, el convenio también anticipó en mucho a la legislación social y se impuso como fuente de Derecho positivo, sin necesidad de que la norma legal expresa lo autorizara.

En 1878, los gráficos de la ciudad de Buenos Aires (como pocos años antes lo habían hecho esa misma clase de trabajadores en Alemania), luego de una dura huelga de un mes, celebraron con sus patrones el primero de estos instrumentos en el cual se establecieron: pautas remuneratorias, jornada de trabajo, limitación a la contratación de trabajo de niños y prohibición de trabajo de mujeres en horario nocturno⁷.

Durante el siglo XIX, existieron contratos colectivos de tarifa y condiciones de trabajo alcanzados por los gráficos y los ferroviarios y un convenio de los marmoleros, en el año 1902, suscripto por la Sociedad de Obreros Marmoleros y la Sociedad Patronal de Propietarios de Marmolerías, lo cual revela que la organización de los trabajadores en gremios, era acompañada por la de los empleadores, en sus cámaras y sociedades representativas.

⁶ Sobre la cuestión terminológica ver ACKERMAN, Mario E., *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, agosto de 2007, t. VII, Cap. I, ps. 11/19, y ETALA, Carlos A., *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 3.

⁷ Ver MAROTT, Sebastián, *El movimiento sindical argentino: su génesis y desarrollo*, Ediciones Lacio, Buenos Aires, 1960, t. 1.

De hecho, el proyecto de Ley Nacional del Trabajo de Joaquín V. González, que promoviera siendo ministro del interior de Julio A. Roca en 1904, regulaba a los contratos colectivos y a las asociaciones sindicales.

En 1906, la Unión Industrial Argentina se encontraba organizada en secciones y, en ese mismo año, su sección de gráfica suscribe un nuevo convenio con el sindicato obrero respectivo. En este punto, he de resaltar que esa organización patronal durante los años posteriores suscribió convenios en sus diferentes secciones sólo cuando el conflicto la forzaba a hacerlo.

En 1919, Yrigoyen presenta un nuevo proyecto preparado en el Departamento del Trabajo, que es reproducido en el proyecto de Código del Trabajo de 1921, ambos de autoría de Alejandro M. Unsain, y en 1923 Leónidas Anastasi, profesor titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y diputado nacional, presenta otro proyecto de ley de convenios colectivos, que resulta el antecedente natural de la ley 14.250⁸.

Ese proyecto, impregnado de un respeto manifiesto a la libertad y autonomía sindical, reconocía como titular del derecho de concertar convenios a los sindicatos con personería gremial o reconocidos por la autoridad de aplicación y a los grupos de “varios obreros”, “asociaciones obreras”, cooperativas, mutualidades, grupos de circunstancia, conjuntos de personas sindicados o no de un establecimiento.

Sin embargo, las mayorías conservadoras en las Cámaras del Congreso impidieron la sanción de estas iniciativas.

Luego, en el año 1945 se produce una de las grandes rondas de celebración de convenios colectivos y determinados decretos reconocían para ciertas categorías profesionales el cumplimiento obligatorio de los acuerdos celebrados.

Así, el decreto 18.659/45 declaró de cumplimiento obligatorio al CCT para la construcción; el decreto 33.339/45, al CCT para la industria del caucho; el decreto 3122/46, al CCT para la electricidad; el decreto 4148/46, el CCT para la actividad hotelera, de restaurantes y bares. Todos esos decretos fueron ratificados por la ley 12.921 y por Reso-

⁸ Ver, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, del 23-9-1923.

lución N° 16 de la Subsecretaría de Trabajo de la Nación, de 1944, se autorizaban expresamente los convenios colectivos y su negociación, lo que contribuyó a que se generalizaran.

Desde entonces, se impuso el modelo de la negociación colectiva por medio de sindicatos con personería gremial; se retroalimentó este tipo de negociación y se perfiló el actual convenio por actividad sobre los de otros tipos.

De lo expuesto se colige que, pese a la falta de legislación expresa y reglamentaria del convenio colectivo, el mismo fue afirmándose como una fuente obligatoria, importante y distinta, de la regulación de la prestación del trabajo: un instrumento de conquista progresiva de derechos sociales para los trabajadores que logró alcanzar rango constitucional en el año 1949.

En efecto, el artículo 14 bis de nuestra Constitución prevé expresamente que “queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo...”, por tratarse de un derecho programático fue necesario el dictado de la ley 14.250, sancionada el 20 de octubre de 1953, que regula la negociación colectiva y los convenios colectivos.

Esta norma, tras sucesivas reformas (en especial, ley 22.250), sufrió la última de ellas con la sanción de la ley 25.877 (B. O. del 19-3-2004), que introdujo importantes cambios respecto del régimen anterior, ya que se modificaron los artículos 1° a 6° y 13 a 16 del texto básico; se incorporaron los Capítulos III *Ámbito de negociación colectiva*, IV *Articulación de los convenios colectivos*, V *Convenios de empresas en crisis* y VI *Fomento de la negociación colectiva*; se ratificó la derogación de los artículos 11, 18 y 20, que había llevado a cabo la ley 25.250 y se derogaron expresamente los artículos 17 y 19.

Su texto, ordenado y reglamentado por el decreto 1135/2004 (B. O. del 3-9-2004) es el que rige en la actualidad.

La ley reconoce efectos obligatorios para todos los trabajadores y empleadores de la actividad a las cláusulas del convenio colectivo de trabajo siempre que éste estuviere homologado por la autoridad administrativa de trabajo y sólo reconoce tal calidad a aquellos que se celebrasen entre una asociación profesional de trabajadores con personería gremial y un grupo de empleadores, un empleador o una aso-

ciación profesional de empleadores. También prevé, entre muchas otras, que las disposiciones de las convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del Derecho del Trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de estas instituciones resultaren más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaren disposiciones dictadas en protección del interés general (art. 7°).

Podemos decir que el régimen en la Argentina está, en general, fuertemente intervenido por el Estado, ya que éste tiene la facultad de controlar sus contenidos a través del instituto de la homologación y su estructura mantiene en la actualidad un sistema altamente centralizado, fruto de la organización de las asociaciones sindicales.

Como síntesis de este segmento, podemos decir que la negociación colectiva surge de la cuestión social, en respuesta a la Revolución Industrial y, desde su nacimiento, se encuentra vinculada a la conquista de derechos sociales.

La consideración de la situación del trabajador por una parte y los intereses del capital, por la otra –que tienen diferente gravitación según el momento de la evolución sociopolítica de que se trate– son los hechos que en la mayoría de los casos generan dicha actividad normativa.

En efecto, la conflictividad social es el dato referencial y básico del Derecho Colectivo del Trabajo y la negociación colectiva no deja de ser un instrumento racional destinado a encauzar esa conflictividad mediante la gestación de normas por parte de sus protagonistas que mejoran el estado de cosas existentes: para los trabajadores implica la consagración de mejores derechos y para los empleadores la conquista de una paz social imprescindible para poder continuar ejerciendo el poder apropiado del trabajo de sus dependientes.

III. Su coexistencia con las distintas fuentes del Derecho del Trabajo

Hemos visto que históricamente el convenio colectivo precedió a la ley laboral como fuente normativa, pues los derechos de los traba-

jadores establecidos en los convenios del siglo XIX sólo tuvieron consagración legal en el siglo XX.

De allí que es la fuente autónoma por excelencia del Derecho del Trabajo. No puede hacerse depender su razón de ser de la Constitución o de la ley; lo que el Derecho positivo estatal hizo fue reconocer otra norma preexistente y garantizar su existencia.

Así, vemos que en el Derecho del Trabajo conviven dos órdenes normativos diversos: uno de origen estatal, que se expresa a través de las fuentes tradicionales (Constitución, ley, etc.) y otro de origen privado colectivo, que emerge de las partes sociales (trabajadores y empleadores) y que se manifiesta a través de los convenios colectivos.

Ambos concurren a la realización de un mismo objetivo: el establecimiento de una regulación jurídica del trabajo que condicione la autonomía contractual individual y el poder de dirección del empleador.

La presencia, junto a los poderes normativos del Estado, de fuerzas sociales dotadas también de potestad normativa, es lo que le otorga a esta rama del Derecho su rasgo más distintivo y su gran riqueza normativa.

Krotoschin, hace ya más de cuatro décadas, ha definido al Derecho del Trabajo “como el conjunto de los principios y normas jurídicas destinadas a regir la conducta humana dentro de un sector determinado de la sociedad, el que se limita al trabajo prestado por trabajadores dependientes, comprendiendo todas las consecuencias que en la realidad social surgen de este presupuesto básico”⁹.

Si bien el objeto principal de regulación está conformado por la relación que se plasma entre el trabajador que pone su fuerza de trabajo a disposición del patrono que recibe el servicio y lo retribuye con la remuneración –relación individual del trabajo– hemos visto que el sistema jurídico del Estado democrático de Derecho no ha podido desconocer las relaciones colectivas que derivan de dicha modalidad de trabajo, personalizadas a través de las asociaciones profesionales de trabajadores y los empleadores o agrupamientos de empleadores, como tampoco las diversas cuestiones que se presentan a partir del interés

⁹ KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 4.

del Estado de participar activamente en varias facetas de la vida laboral, tanto como controlador de ciertos aspectos de las relaciones privadas de trabajo cuanto como dador de trabajo en el ámbito público.

No resulta difícil comprender que semejante diversidad de relaciones jurídicas y, dada la trascendencia social que presentan, haya sido regulada a través de la totalidad de las fuentes tradicionales de Derecho que se conocen. A saber: Constitución, tratados internacionales, la ley –en sentido amplio–, la convención colectiva –como fuente específica–, los usos y costumbres, los principios del Derecho del Trabajo y del Derecho en general, la jurisprudencia y la doctrina.

Aquí, cabe resaltar que la enunciación de fuentes que se formula en el primer artículo de la Ley de Contrato de Trabajo, señalando como tales: *a la propia ley, las leyes y estatutos profesionales, las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales, la voluntad de las partes y los usos y costumbres*, en modo alguno agota las posibles fuentes de regulación del contrato del trabajo ni, menos aún, limita la consideración de otras.

Ello se advierte a poco que se repara que significativas fuentes del Derecho del Trabajo y, consecuentemente, también de la relación y del contrato laboral como la *Constitución* y los *tratados internacionales*, no aparecen indicadas en el artículo en cuestión, pese a la indudable imperatividad de tales normas sobre los vínculos de trabajo. Incluso, la propia ley, en su artículo 11, permite el recurso a *leyes análogas* y a los *principios de la justicia social*, a los *generales del Derecho del Trabajo, la equidad y la buena fe*.

Tampoco el orden que allí presentan aporta una directriz a seguir en el momento de aplicar una u otra norma, pues por imperio del principio de la norma más favorable (aspecto sobre el que me explayaré luego) veremos que, según el caso, podría prevalecer una fuente de orden jerárquico inferior a otra cuando resulte más beneficiosa para el trabajador y siempre y cuando no se trate de una disposición de orden público y absoluto o general. Ésta es una de las derivaciones más importantes del principio protectorio del trabajador, que tiene en nuestro sistema consagración positiva en la Constitución Nacional (art. 14 bis en cuanto establece que *el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes*).

Podemos decir, entonces, que en nuestro país *las fuentes formales* (expresiones que, de acuerdo al régimen legal, se instituyen o se admiten para asignar a las mismas el carácter imperativo en cuanto a su obligatoriedad)¹⁰ del Derecho del Trabajo y, por ende, del contrato o relación de trabajo son: la *Constitución Nacional, convenciones y tratados internacionales* (art. 75, inc. 22, CN), *convenios de la OIT, leyes y sus reglamentaciones, estatutos profesionales, convenios colectivos o laudos con fuerza de tales, usos y costumbres, jurisprudencia, acuerdos interiores de empresas, y acuerdos plurindividuales e individuales.*

Con acierto Borrajo Dacruz ha sostenido que esta rama del Derecho presenta “más que una pirámide de normas, una cascada o torrencera de legislación, pactos colectivos regulares e irregulares, contratos individuales, reglamentos de trabajo y de régimen interior residuales, concesiones unilaterales de la empresa consolidadas como mejoras colectivas o ad personam, usos profesionales y locales, etcétera, que conforman una masa reguladora, con capas o estratos superpuestos”¹¹.

De hecho, una de las notas más destacadas de las fuentes del ordenamiento laboral –además, de la presencia del convenio colectivo– la constituye, precisamente, la pluralidad de normas que pueden incidir en la regulación de las relaciones de trabajo¹².

Ahora bien, todo ese conjunto normativo, como en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico posee unos criterios de ordenación sistemática (*principio de jerarquía normativa y regla de orden normativo*). Ello se debe a que las normas que lo componen no se presentan en forma aislada, sino como partes integrantes de conjuntos complejos entre los que se traban relaciones muy diversas, fruto de la realidad dinámica sobre la que se asienta la acción de aquéllas.

En efecto, la pluralidad de preceptos que regulan las mismas o distintas situaciones, la frecuencia con que se produce la sucesión de las disposiciones en el tiempo, la variedad existente en cuanto a la naturaleza de las normas y a sus ámbitos de aplicación y –lo más

¹⁰ Conf. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1981.

¹¹ BORRAJO DACRUZ, *Introducción al Derecho del Trabajo* cit., p. 345.

¹² VALVERDE, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, p. 105.

relevante aún– la presencia de la autonomía colectiva, que se manifiesta a través de los convenios colectivos, además de constituir una nota singular, ocasionan una problemática considerable al momento de intentar sistematizar la forma en que se interrelaciona un cuadro normativo de estas características.

Con acierto Goldin ha sostenido que se trata de uno de los temas más complejos del Derecho del Trabajo. Complejidad que se explica no sólo en razón de la coexistencia de normas generales con normas sectoriales, de normas emanadas del Estado con las que produce la autonomía colectiva y por la atribución a órganos administrativos de ciertas potestades normativas y arbitrales, sino también por la particular naturaleza, estructura y efectos de la norma laboral: su relativa indelegabilidad; su tenor mixto –imperativa respecto de alteraciones *in peius*, dispositiva para su mejora–, y el carácter absoluto de las nulidades derivadas de su inobservancia¹³.

Previo a comenzar con el análisis de las distintas relaciones que entabla el convenio con otras fuentes que rigen nuestra materia, corresponde dejar en claro el orden jerárquico de cada una de ellas.

IV. Ubicación jerárquica del convenio colectivo en el panorama de las fuentes que rigen la materia y los distintos tipos de relaciones que entabla con aquéllas

Podríamos decir que la exposición del orden jerárquico de las fuentes del Derecho del Trabajo (principio de jerarquía normativa) está determinado por la naturaleza de la norma, tanto en aquéllas de origen estatal como extraestatal.

De la interpretación armónica de los artículos 31 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional se desprende que dentro del ámbito de las fuentes de origen estatal, las normas constitucionales ocupan el primer lugar en la escala jerárquica. Ese puesto es compartido, con posterioridad a la reforma de 1994, por los tratados internacionales

¹³ GOLDIN, Adrián O., *Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos*, en *Cuadernos de Investigaciones N° 22*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Ambrosio L. Rioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, p. 3.

sobre derechos humanos que expresamente se enumeran en el artículo 75, inciso 22 ya citado; luego se ubican los tratados supralegales, entre ellos los convenios de la OIT, que tienen jerarquía superior a las leyes. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia dictada en la causa “Milone c/Asociart ART”¹⁴ y –respecto del Convenio 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización– sostuvo que aquél integra el bloque federal de constitucionalidad por reenvío expreso de los artículos 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ver fallos “Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo de la Nación” y “Rossi c/Estado Nacional”)¹⁵.

Descendiendo en la escala, nos encontramos con las leyes nacionales generales y especiales, los decretos reglamentarios (producto de la atribución reconocida al presidente de la Nación por el art. 99, inc. 2º, CN) y las resoluciones de organismos administrativos del Estado.

Jerárquicamente prosiguen con carácter de fuentes de origen extraestatal los estatutos profesionales, los convenios colectivos de trabajo y laudos con fuerza de tales, los contratos individuales de trabajo, los usos y costumbres, los reglamentos internos de la empresa, acuerdos plurindividuales e individuales, los principios generales del Derecho del Trabajo; los principios generales del Derecho común; la jurisprudencia y la doctrina.

En este contexto normativo, a todas luces complejo, se tejen múltiples relaciones entre fuentes de la misma o diferente jerarquía que, según la clasificación formulada por Martín Valverde¹⁶, se podrían resumir en cinco tipos de relaciones posibles entre todas ellas.

La primera es la relación de *supletoriedad entre normas* que, a criterio del autor es el procedimiento principal de jerarquización de fuentes del Derecho de distinto origen: la norma supletoria sólo se aplica, como el contenido del Derecho dispositivo respecto de la au-

¹⁴ CSJN, sentencia del 26-10-2004, M.3724.XXXVIII.

¹⁵ Ver fallos citados, A.201.XL, del 11-11-2008, íd., del 9-12-2009.

¹⁶ MARTÍN VALVERDE, Antonio, *Concurrencia y articulación de normas laborales*, en *Revista de Política Social*, N° 119, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, julio-septiembre de 1978.

tonomía de la voluntad, cuando no existe previsión diferente en la normativa a la que está encargado de suplir.

La segunda es la relación de *subsidiariedad* entre normas, que suele darse entre conjuntos normativos y no entre preceptos aislados, aunque es posible también en relación con estos últimos. La razón de ser de la norma subsidiaria es la conveniencia de llenar con rapidez un vacío de regulación y está llamada a desaparecer cuando el interregno normativo concluye con la utilización de los cauces ordinarios de regulación.

La tercera es la relación de *articulación o complementariedad*, la cual supone que una disposición determinada declara que algunos aspectos parciales de la materia objeto de su regulación han de corresponder a una disposición distinta que es la norma complementaria. La articulación presupone, entonces, la utilización simultánea para la regulación del mismo supuesto de hecho de las disposiciones articuladas entre sí.

La cuarta es la relación de *conurrencia* la que, a su vez, comprende dos supuestos posibles: la conurrencia no conflictiva y la conflictiva.

La primera presupone la presencia de distintas instancias normativas que inciden a la vez sobre idéntico aspecto de la regulación del mismo supuesto de hecho: dos o más normas podrían ser aplicadas por sí sin necesitarse recíprocamente; esos preceptos no están engranados entre sí sino superpuestos, y cada uno de ellos, por separado, podría funcionar con independencia a la hora de aplicarse.

La relación de *conurrencia conflictiva* abarca la que Martín Valverde llama *antinomía por contradicción de normas*, en la cual los mandatos normativos de distintas disposiciones se niegan recíprocamente, y la *antinomía por divergencia o disimilitud de normas*, en la cual existe una simple incompatibilidad de preceptos pero no una oposición. En el caso de contradicción la solución es, lógicamente, la eliminación de uno de los preceptos contrapuestos.

A este cuadro cabe agregar la relación originada en *la sucesión de normas laborales*, que no escapa a la multiplicidad de conexiones viables entre esta clase de preceptos. En efecto, entre las fuentes estatales pueden sucederse normas de igual o diferente carácter (por

ejemplo: sucesión entre leyes del mismo tipo, o entre una ley general y una especial) y entre las de origen extraestatal puede darse una relación de *sucesión entre convenios colectivos* de trabajo de igual o diferente nivel.

Este tipo de relación, como veremos luego, reviste gran importancia en materia laboral, pues se trata de normas que al sucederse pueden alterar las condiciones de trabajo “más favorables preestablecidas”. Por eso es que Goldin habla de una *coexistencia vinculada de normas*, que no se refiere tan sólo a las cuestiones que plantea la presencia simultánea de fuentes múltiples y diversas, sino también a las que se suscitan en torno de las normas que *se suceden, derogan o reemplazan* las unas a las otras.

Muchas de las manifestaciones de la relación de *supletoriedad* se originan en normas legales disponibles por la voluntad colectiva o individual y, por lo tanto, aplicables ante la falta de previsión distinta en el marco del contrato colectivo o individual del que se trate.

Un caso de *supletoriedad* entre la norma laboral general y la autonomía colectiva se presenta en el artículo 114 de la LCT, que autoriza a los jueces a fijar el salario, entre otros supuestos, cuando no hubiese sido estipulado por medio de la negociación colectiva. De acuerdo con el artículo 106 del mismo cuerpo legal, los viáticos son considerados remuneración en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, pero la norma admite que los convenios colectivos dispongan sobre el particular¹⁷.

También se observa este tipo de relación en el marco de la ley especial. En efecto, cuando el estatuto de las pequeñas empresas autoriza expresamente (arts. 90 y 91 de la ley 24.467) que, a través de la negociación colectiva referida a la pequeña empresa, se disponga de ciertas normas de la LCT (atinentes a la licencia anual ordinaria y al sueldo anual complementario), está reconociendo la aplicación supletoria de la ley general para los supuestos en que eso no ocurra.

Cabe aclarar que para Rodríguez Mancini el tema que plantea la ley 24.467, en los artículos mencionados, versa por primera vez de

¹⁷ Ver, en este sentido, doctrina del fallo plenario 247 del 28-8-85, en autos “Aiello, Aurelio c/Transportes Automotores Chevallier SA”.

manera expresa y orgánica –aunque limitada– sobre la técnica de la *disponibilidad colectiva de la norma legal*, donde la norma estatal queda en vigor para todos los casos en que la autonomía colectiva no realice la tarea de integración normativa, y aparece así como *supletoria* para el supuesto de inexistencia de norma colectiva sobre el aspecto concreto.

En verdad, el autor se refiere a este dispositivo como una *técnica de articulación entre fuentes normativas*, pues afirma que se trata de las relaciones recíprocas entre una fuente estatal y otra social y privada¹⁸.

En cuanto a *los tipos de relaciones que entabla el convenio con la ley*, vemos que el reconocimiento constitucional del derecho de negociación colectiva lleva implícita, como una de las manifestaciones de su contenido esencial, la posibilidad de superar y mejorar la normativa estatal, dentro del respeto al ordenamiento jurídico, ya que en nuestro Derecho las leyes nacionales tienen un rango jerárquico superior a los convenios colectivos de trabajo, según lo establece la propia ley 14.250, en su artículo 7°.

En este sentido, vemos que en nuestro Derecho el Convenio opera respecto de la ley en relaciones tanto de *supletoriedad y complementariedad* como de *conurrencia*.

La relación de *suplementariedad*, es decir la *conurrencia no conflictiva* entre el convenio y la ley, supone que las normas estatales son un mínimo inderogable en sentido relativo no sólo para la autonomía individual, sino también para la autonomía negocial colectiva.

Recordemos, en este punto, que la limitación a la autonomía individual de las partes de la relación de trabajo a través de normas imperativas constituye lo que se conoce como *orden público laboral*. Sin embargo, esa imperatividad puede ser de carácter absoluto o relativo.

En el primer caso, propio de las fuentes de origen estatal, las normas de otro origen no pueden prevalecer sobre ellas y, en el supuesto de

¹⁸ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *La negociación colectiva en la pequeña empresa*, en AA. VV., *Derecho empresario actual*, homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández, Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 921, 927 y 929.

que eso ocurra, se produce la nulidad total del negocio (ver arts. 38 a 44, LCT). En cambio, cuando la imperatividad es relativa, las normas de otras fuentes (v. gr., leyes o convenios colectivos) sólo limitan la autonomía de la voluntad individual si constituyen un régimen más favorable al trabajador y únicamente las cláusulas opuestas a dicho régimen son objeto de nulidad parcial y sustituidas en forma automática por las relativamente imperativas (conf. art. 13 de la LCT). En el segundo supuesto se enrola el artículo 7º de la LCT en cuanto establece el orden de prelación entre la ley, la autonomía individual y el convenio colectivo.

Por su parte, el artículo 7º de la ley 14.250 limita la autonomía colectiva cuando establece que las disposiciones de las convenciones colectivas de trabajo deben ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del Derecho Laboral, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resulten más favorables al trabajador y siempre que no afecten disposiciones dictadas en protección del interés general.

Es decir que, en este supuesto, la norma estatal se configura como relativamente inderogable, es decir sólo derogable *in melius* o, en otra terminología, como parcialmente disponible. Por ello, cuando se trata de esta relación vemos que la convención colectiva simplemente mejora ciertas variables de los derechos reconocidos por el texto legal que le sirve de marco de referencia¹⁹.

Aquél no puede, en principio, establecer un derecho inferior al de la ley, y conforme explica Fernández Madrid, en el caso de concurrencia de normas legales y convencionales, se aplicará la más favorable, no importando el orden cronológico de tales normas²⁰.

El autor señala que como la convención colectiva es una fuente autónoma de derecho basada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, la ley posterior no puede, en principio, dejarla sin efecto como si se tratara de una norma de origen estatal. Pero no olvida que la propia ley de creación del régimen (14.250) establece una relación necesaria entre la ley y el convenio y justifica la homologación ministerial cuando el convenio cumple determinadas condiciones.

¹⁹ Ver, en este sentido, GOLDIN, *Concurrencia, articulación...*, p. 951.

²⁰ FERNÁNDEZ MADRID, *ob. cit.*, p. 452.

Esto, en los hechos, implica la sujeción de la convención colectiva a un orden público superior absoluto que se materializa cuando se dictan normas de excepción que limitan los derechos individuales en situaciones de emergencia en que está comprometido el supremo interés de la Nación²¹.

En este sentido, no debe soslayarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Nordensthol, Gustavo c/Subterráneos de Buenos Aires” (*Fallos*: 307:326, y D. T. XLV-B-951) admitió que una ley, a condición de haber sido sancionada en consecuencia de la Constitución, puede válidamente privar de efectos a una norma convencional en situaciones de excepción o de emergencia, siempre que las restricciones aludidas dejen a salvo la sustancia del derecho que se limita, ya que cualquiera sea la gravedad de la situación a que respondan las leyes de excepción, no deja de regir el límite puesto por el artículo 28 de la Constitución Nacional.

De lo expuesto se colige que los convenios colectivos tienen, principalmente, la posibilidad de mejorar las condiciones de trabajo fijadas por la ley o de complementarla, excepto en el supuesto de que aquélla tuviera imperatividad absoluta, en cuyo caso no puede ser modificada en ningún sentido.

No debe olvidarse que la autonomía colectiva se encuentra limitada por el piso o base de beneficio establecido por la ley y, en consecuencia, la función tradicional del convenio colectivo es la de mejorarla para el sector de la actividad que regula, sin perjuicio de que en nuestro Derecho ha tenido recepción el mecanismo conocido como “disponibilidad colectiva” (al que hice referencia anteriormente), que posibilita que aquél establezca condiciones menos favorables sólo en aquellas materias especialmente habilitadas a tal fin por la norma estatal.

Por el contrario, las cláusulas del convenio colectivo que se apartan de la regulación legal (conurrencia conflictiva) son inválidas en cuanto establezcan condiciones menos favorables para el trabajador. Esta situación puede darse, por ejemplo, cuando una cláusula convencional regula una condición de trabajo por debajo del mínimo establecido en la norma estatal.

²¹ Conf. FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., p. 453.

Esto es consecuencia innegable del carácter imperativo de las normas laborales y viene dicho a contrario imperio por los artículos 8° de la LCT, y 7°, párrafo 1°, de la ley 14.250, textos que correlativamente y de modo directo proclaman la validez y prelación de los convenios colectivos que contengan normas más favorables a los trabajadores, y de lo dispuesto en el artículo 9°, apartado 1° de la LCT, que fija concretamente el orden de prelación entre la ley y el convenio colectivo al otorgar prioridad a la norma más favorable en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales.

Idéntica consecuencia se deriva de la naturaleza y carácter de la norma laboral y su ínsita vocación de ser mejorada por medio de fuentes de inferior jerarquía. Se trataría, entonces, de una antinomia por contradicción de normas laborales en la que el choque elimina a una de las fuentes en cuestión: la convencional²².

Ahora bien, como vimos, un supuesto especial se configura cuando las normas del convenio colectivo van más allá de la complementación o suplementación del ordenamiento legal, pues lo alteran o modifican.

Aquí podríamos decir que las alteraciones del ordenamiento legal por el convenio serán válidas si la resultante es, en cotejo efectuado respecto de cada institución (art. 7° de la ley 14.250) más favorable, aun cuando algún aspecto de ese nuevo producto institucional sea, desde una perspectiva aislada, menos beneficioso.

En términos de Goldin, en este supuesto estaríamos una vez más ante *el conglobamiento por instituciones* como criterio para la fijación de la unidad de comparación y, para el caso de que el convenio mejore en beneficio del trabajador las condiciones fijadas en la ley de ninguna manera la deroga, ya que aquélla sigue rigiendo a modo de dispositivo que permite el avance pero no la disminución de beneficios.

Sin embargo, pueden darse también, aunque menos frecuentes, situaciones en las que el convenio tiene una regulación divergente de la regulación estatal que, incluso podría ser más beneficiosa para el trabajador, y esa divergencia se encuentra prohibida. Esta situación

²² Ver, CNAT, sala II, sentencia 95.107 del 10-7-2007, *in re* "Rao, Matías c/Consolidar AFJP s/Despido", expte. 312/2006; íd., sentencia 98.984 del 28-2-2011, en autos "Marques Montero c/Telecom", del registro de la misma sala II, entre muchos otros.

puede darse en dos supuestos: cuando el convenio pretende regular una materia de la que está excepcionalmente excluido, es decir, cuando la regulación estatal se ha reservado para sí la materia en cuestión o, cuando la norma estatal fija un máximo de derecho necesario y el convenio lo supera.

Según García-Perrote Escartín aquí se trataría más de un supuesto de colisión de normas que de una concurrencia conflictiva, pues a la hora de seleccionar la norma aplicable de entre la pretendida y la aparentemente concurrente sólo existirá una válida, la estatal, pues la concurrente no lo es y por eso es eliminada, anulada o derogada²³.

Ahora bien, en otras ocasiones, la pluralidad normativa se traduce en un supuesto de *colaboración o articulación* entre dos tipos de normas, en las que los preceptos de distintas disposiciones conservan cada uno su rango y naturaleza, apareciendo engranados entre sí como distintas piezas del mismo mecanismo normativo.

Tal es el caso de la *articulación de los convenios colectivos*, la cual ha sido definida como “una vinculación que se constituye entre distintos niveles de negociación colectiva (de actividad, rama, empresa), por decisión de los mismos sujetos negociadores en ejercicio de su autonomía colectiva, mediante la cual se remite o atribuye a un cierto nivel la competencia exclusiva o parcial para acordar sobre determinadas materias, de forma de suprimir la posibilidad de negociarlas o limitar su negociación”²⁴.

En nuestra legislación, el artículo 23 de la ley 14.250, en su texto conforme ley 25.877, autoriza a los convenios colectivos de ámbito mayor a establecer formas de articulación entre unidades de negociación de ámbitos diferentes, respetando siempre las facultades de representación de las partes. De tal modo, la norma prevé la posibilidad de articulación voluntaria entre convenios colectivos de diferentes ámbitos, descendente “en cascada” desde el convenio de ámbito mayor,

²³ Ver, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, en *Colección Tesis Doctorales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 414.

²⁴ Ver ETALA, Carlos Alberto, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2002, ps. 311/312.

que podrá remitir o delegar materias a negociar en el convenio colectivo de ámbito menor y estableciéndose también la aplicación del convenio más favorable.

Otras veces, la pluralidad de preceptos de aplicación de Derecho Laboral se encuentra ante problemas de “*sucesión de normas*”, la cual presenta un perfil particular en el marco de la autonomía colectiva, puesto que los convenios son normas temporales de revisión periódica, en cuya renovación o sustitución pueden, teóricamente, producirse situaciones de vacío normativo, supuesto que es objeto de soluciones diversas.

En nuestra disciplina, al igual que en los demás sectores del ordenamiento, rige el *principio de modernidad*, por el cual la norma más reciente hace desaparecer a la anterior de la misma naturaleza, sin que esta última se incorpore a las relaciones individuales de trabajo ya constituidas en los casos en que resultare más favorable para el trabajador.

En efecto, el principio de “norma más favorable” atiene a los supuestos ordinarios de concurrencia conflictiva entre fuentes diversas, pero no se extiende a los supuestos comunes de sucesión normativa. Así, la sustitución de un convenio colectivo anterior puede resultar problemática cuando la nueva norma contiene condiciones menos favorables que la anterior.

Para la jurisprudencia española, la sustitución del convenio resulta completa, por lo que el anterior pierde por entero su vigencia, salvo que el nuevo disponga mantener algunas de sus cláusulas²⁵.

En nuestro Derecho, las relaciones normativas que se establecen entre la sucesión de los convenios entre sí, es resuelta por la ley inclinándose –en principio– por dejar a la autonomía colectiva un amplio campo por encima de sus propios límites imperativos.

En ese sentido, se ha sostenido que así como ninguna norma superior impide al legislador revisar sus leyes anteriores, tampoco hay normas expresas que limiten a los actores sociales a revisar los convenios precedentes²⁶, ya que el contenido normativo convencional, aún más favorable, no se incorpora irreversiblemente al contrato individual de trabajo.

²⁵ Ver Tribunal Superior de España, del 11-5-92.

²⁶ SIMÓN, en ÁLVAREZ, BERMÚDEZ, FERNÁNDEZ MADRID y otros, *Derecho Colectivo del Trabajo*, p. 472.

La reforma dispuesta en nuestra legislación de convenios por la ley 25.877 incorporó en el tema un nuevo esquema, diferenciado del que había sido establecido por la derogada ley 25.250, regulando las posibilidades y condiciones para que un convenio colectivo pueda modificar a otro.

En efecto, la norma estatal estableció un “orden de prelación” por el cual un *convenio posterior* puede *modificar* a un *convenio anterior* de igual ámbito y un convenio posterior de ámbito distinto, mayor o menor, modifica al convenio anterior en tanto establezca condiciones más favorables para el trabajador, consignándose al efecto que “la comparación de ambos convenios deberá ser efectuada por instituciones” (conf. art. 18, ley 14.250, t. o. decreto 1135/2004) –es decir, *por el criterio de conglobamiento por instituciones*, al que me he referido anteriormente y que, reitero compara los regímenes en función de cada institución del Derecho Laboral–.

Al ineludible interrogante ulterior suscitado acerca de si un convenio posterior de igual ámbito podría entonces contener disposiciones menos beneficiosas para el trabajador sucedieron distintos debates doctrinales y jurisprudenciales.

Según una corriente de opinión, luego de la incorporación a nuestra Constitución de los tratados y pactos internacionales, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto postula la adquisición progresiva de los derechos allí reconocidos (art. 2º.1) debería considerarse, como criterio hermenéutico, que nuestro país habría adoptado como piso mínimo la pauta de “no regresividad”, es decir, que no cabría admitir medidas que empeoraran los derechos económicos y culturales vigentes al momento de adoptarse el tratado internacional y estableciéndose como regla de interpretación el avance acumulativo de los derechos de los trabajadores²⁷.

En la misma dirección, en ocasión de dictarse el fallo plenario “Fontanive”²⁸, y dentro de la posición fijada por la minoría, algunos miembros del tribunal consideraron que, tratándose de una relación

²⁷ Ver, entre otros, KARPIUK, *El principio de progresividad*, en *Revista de Derecho Laboral*, 2010/2012, p. 81.

²⁸ CNAT, en pleno, 9-5-2011, “Fontanive, Mónica L. c/Pami”, L. L. 2011-C-226 y 457, y D. T. 2011-6-1401.

entre fuentes del mismo orden, el convenio posterior no tendría aptitud para modificar un mejor derecho adquirido por los trabajadores ya incorporado a sus respectivos contratos individuales y que una solución diferente sería contradictoria con el principio de progresividad y con los derechos adquiridos con garantía constitucional (conf. voto de los Dres. Corach y Fernández Madrid).

En cambio, según una segunda corriente de opinión, los derechos concedidos por un convenio pueden ser disminuidos o eliminados por otro posterior, puesto que no existiría en tal caso una incorporación de derechos, o sea derechos adquiridos incorporados al patrimonio del trabajador²⁹.

En este sentido, entienden que los sujetos, en ejercicio de la ya mencionada autonomía privada colectiva tienen aptitud para acordar disposiciones de carácter normativo y, por ende, también cuentan con la facultad de modificarlas, derogarlas o establecer otras en su reemplazo, y que, dado el carácter cambiante de la realidad socioeconómica que subyace en la celebración de todo convenio colectivo y de la necesidad de que se adapte a las circunstancias que intenta regular, resulta evidente que las condiciones que fija no son exigibles más allá de la vigencia de aquél y, por ende no se incorporan definitivamente al contrato de trabajo.

Cabe decir que la conclusión relativa a la disponibilidad colectiva de los actores sociales, en lo que respecta al ejercicio del derecho constitucional de negociar las condiciones de trabajo, sin otro límite que el emergente de la imperatividad legal, y la admisión de la posibilidad de sustitución por sucesión temporal de los convenios, con prescindencia del nivel de beneficio, fue sostenido por diversos y autorizados autores³⁰.

²⁹ Ver, en este sentido, voto en minoría, del Dr. De la Fuente, emitido en el fallo plenario de la CNAT, 28-12-2004, "Rodríguez, Eduardo y otros c/Telefónica de Argentina SA".

³⁰ KROTOSCHIN, *Tratado práctico...* cit., t. II, ps. 318 y ss.; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, t. II, ps. 213 y ss.; GOLDIN, *Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos* cit.; SIMÓN, en ÁLVAREZ, BERMÚDEZ, FERNÁNDEZ MADRID y otros, *Derecho Colectivo del Trabajo* cit., ps. 468 y ss.; GUIADO, *La regla de la condición más beneficiosa*, en D. T. 2007-A-164.

Lo mismo se colige de los dictámenes del Ministerio Público del Trabajo que, desde antaño, y en sus distintas composiciones, se ha pronunciado en el sentido afirmativo respecto de la disponibilidad colectiva de los actores sociales en lo relativo a la negociación de las condiciones de trabajo, sin otro límite que el emergente de la imperatividad legal, y ha participado de la tesis de la sustitución temporal de los convenios, con prescindencia del nivel de beneficio, que descarta la tesis de la incorporación de los derechos a los contratos individuales³¹.

Así ha sostenido que en lo que concierne a la sucesión convencional no rige la hipótesis de la condición más beneficiosa o de la incorporación de derecho, pues la dinámica de la negociación sectorial desplaza los ordenamientos regulatorios emergentes de la autonomía colectiva, sin que puedan alegarse derechos adquiridos, ya que rige lo que el doctor Fernández Madrid denominara “el marco cambiante y ajeno” de la negociación colectiva³².

La preferencia por el convenio posterior –es decir, por la última expresión de voluntad de las mismas partes– es la regla naturalmente incluida en cualquier sistema jurídico para regir la relación entre normas de una misma fuente. De hecho, es la regla que mejor tiende a que las cosas se adapten por sí solas y a que las relaciones regidas por esas normas evolucionen sin tropiezos imprevistos ni forzosamente.

Repárese en que si los actores sociales no pudieran, en ejercicio de su autonomía, considerar la puesta en vigencia de un nuevo convenio colectivo, modificadorio del instrumento anterior, con nuevas presta-

³¹ Ver, entre otros, dictamen en fallo plenario 306, del 28-11-2004, “Rodríguez, Eduardo c/Telefónica”; íd., dictamen en fallo plenario “Fontanive”, antes citado; íd. dictamen 42.172, del 5-5-2006, “Laíno, Juan B. y otros c/Telecom SA”, íd. dictamen 58.588, del 4-10-2013, “Argañaraz, Juan José c/Biomat SA s/Diferencias de Salarios”, etc.

³² Ver *Tratado de Derecho del Trabajo*, 3ª ed. act., La Ley, Buenos Aires, t. I, ps. 512 y ss. Ver también, entre muchos otros, dictamen 45.245, del 14-12-2007, en autos “Pecora, Laura Isabel y Otros c/Telefónica de Argentina SA s/Diferencias de Salarios”, del registro de la sala II, CNAT; íd., dictamen 43.038, del 10-10-2006, en autos “Russo, Susana María Elena c/Administración Nacional de Seguridad Social s/Diferencias de Salarios”, expte. 23.985/2004, del registro de la sala VII, CNAT; etc.

ciones y concesiones recíprocas que, en su integridad, representen una mejor regulación sectorial, se estaría desnaturalizando con ello el fenómeno social, atacando su fortaleza como canal de diálogo de la tensión –capital y trabajo– que es su propio dinamismo para enfrentar los constantes desafíos de las relaciones laborales.

V. Algunas cuestiones que plantea como fuente normativa

Ahora bien y, sin perjuicio de la temática central de este artículo, considero oportuno hacer referencia, al menos, a dos cuestiones que plantea la presencia de los convenios colectivos en el sistema de fuentes del ordenamiento laboral, pues resultan inéditas en otras ramas del Derecho.

La primera de ellas es la determinación de los sujetos a los que se reconoce capacidad o aptitud para concluir convenios colectivos, la cual se liga, a su vez, con uno de los aspectos de los mecanismos de elaboración de aquéllos, concretamente, a los procedimientos que los ordenamientos establecen para iniciar y llevar a cabo el proceso negociador.

Muy relacionada con las anteriores se halla la cuestión de la determinación de los ámbitos de aplicación funcional y territorial de dichas normas convencionales.

En el marco de la condición que tienen los convenios colectivos de constituir fuente de Derecho, la capacidad de negociarlos ha sido considerada, en la doctrina del Derecho Comparado, como una capacidad de obrar especial, un poder jurídico de autonomía, abstracto, una suerte de titulación que facultaría a su poseedor para emprender negociaciones colectivas en general, aun sin adscripción a determinadas o específicas relaciones jurídicas³³.

Algunos autores distinguen en el tema lo que constituiría *la capacidad negocial en sí* de lo que es *la legitimación convencional*, señalando que la primera acreditaría sólo una aptitud genérica para negociar

³³ Según la conceptualización propuesta por Ojeda Avilés (*Derecho sindical*, ps. 657 y 658, ver también, VALVERDE, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 282).

en el plano colectivo, sin que ello signifique que todos los sujetos a quienes está reconocida puedan celebrar cualquier clase de convenio en cualquier ámbito de aplicación, pues para ello se requeriría, a su vez, de legitimación convencional, consistente en la representación o implementación dentro de la unidad de negociación colectiva concreta en la que se pretenda actuar como parte³⁴.

Palomeque, López y Álvarez de la Rosa formulan similar distinción entre las expresiones de *capacidad negociadora* y *legitimación*, considerando a la primera como la genérica atribución de aptitud para negociar y a la segunda como una atribución específica de adquirir la condición de negociador, ello es, de formar parte de la comisión negociadora de un concreto convenio³⁵.

Ramírez Bosco distingue, a su vez, entre lo que constituiría la *representación de tipo formal* y lo que denomina como *representatividad*, señalando respecto de la primera que ella haría al requerimiento de que el representante que actúe en la negociación colectiva por cada una de las partes lo sea formalmente, es decir, reúna los requisitos que cada ordenamiento positivo disponga para estimar acreditada esa condición, y, respecto de la segunda, ha señalado que ésta haría más a la legitimidad sustancial de las convenciones colectivas y que es, en principio, un dato o consideración más sociológica que inmediatamente jurídica, ya que se trataría de una indagación acerca de la realidad que subyace en la representación esgrimida para ver si quienes se presentan formalmente habilitados son verdaderamente representativos de los intereses que dicen representar³⁶.

Ahora bien, a la aptitud de una agrupación o asociación (sea sindical o empresarial) para negociar colectivamente un convenio determinado, de manera de fijar las condiciones de trabajo para un grupo de trabajadores y empleadores y, en tal caso, con qué alcance, se la denomina en ocasiones por la doctrina como “representación”, aunque en otras

³⁴ VALVERDE, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 283.

³⁵ PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, ps. 266 y ss.

³⁶ RAMÍREZ BOSCO, *Sujetos de la negociación colectiva*, en ACKERMAN, *Tratado...* cit., t. VIII-II, ps. 70 y ss.

oportunidades se la refiere como representatividad, lo que según hemos visto otra parte de los autores refieren como “legitimación” convencional³⁷.

Ciertamente, el dato de la representación de las partes en la negociación colectiva tiene una importancia primordial, en cuanto el convenio afecta sólo a las colectividades o categorías “representadas” por aquéllas³⁸.

Es por ello que constituye una exigencia elemental de validez de una convención colectiva que el trabajador individual y el empleador hayan estado representados en la negociación (ver, en este sentido, CNAT, sala II, 23-2-2011, “Novillo, Andrés E. c/Servicios Compass de Argentina SA y Otros”; íd., 9-12-2010, “Tovar Rondón Danif Zattige c/Grupo Clarín y Otro”; íd., 10-5-2011, “Ávalos, Ramón F. c/Parimax SA”; sala X, 31-3-2011, “Sindicato Obreros de Maestranza c/Cleanter SA”; sala I, 30-6-2008, “Gómez, Sergio R. c/Petromotor Oil SA y otros”, entre muchos otros), y, a su vez, la necesidad de que medie acreditación de dicho recaudo por parte de las organizaciones para poder negociar ha sido puntualizada también por los órganos de control de la OIT³⁹.

De esta manera la representatividad, en sistemas legislativos como el nuestro, constituye un elemento que se liga a la eficacia personal del convenio, pues para que éste afecte a todos los trabajadores y empleadores de su ámbito funcional y territorial y no sólo a los afiliados a las organizaciones sindicales o empresariales firmantes –ello es que tenga eficacia personal general– se requiere que las partes que lo suscriben cuenten con el mencionado recaudo de representación.

Sin embargo, la existencia de más de una organización dentro de un mismo sistema de relaciones industriales y que determina un esquema de pluralidad sindical, constituye la consecuencia más frecuente de la libertad sindical y de su ejercicio por los respectivos titulares.

³⁷ Ver RODRÍGUEZ MANCINI (dir.), *Derecho del Trabajo*, t. 3, p. 23.

³⁸ RODRÍGUEZ PIÑEIRO, en DE LA CUEVA y otros, *Derecho Colectivo Laboral*, p. 329.

³⁹ Conf. OIT, *La libertad sindical. Recopilación*, 2006, párrs. 957 y 965; íd., Informe 302; caso 1845, párr. 516, Recopilación 1996; íd. Informe 324, caso 1980, párr. 670.

En efecto, el pluralismo en la materia ofrece normalmente organizaciones diversas, de desigual entidad representativa y es por ello que se ha estimado conveniente introducir un esquema de “grados” en la representación de las organizaciones actuantes, confiando así el ordenamiento jurídico el ejercicio de determinadas funciones sólo a las organizaciones “de mayor representatividad sindical”, lo cual aparece como una especie de solución transaccional entre el respeto a la pluralidad sindical exigido por la libertad sindical y el fomento de la efectividad en la tutela del interés de los representados.

En este sentido, la adopción del criterio de la “mayor” representatividad, que denota un término comparativo de cierta superioridad numérica o de intensidad de las cualidades y acciones, ha sido uno de los parámetros a los que diversos ordenamientos –entre ellos, el nuestro– han recurrido en la búsqueda de parámetros que, al menos, en términos teóricos, reflejaran mejor y con algún grado de fundamento objetivo y evidenciable la supuesta ostentación del carácter citado.

En nuestro país, el reconocimiento estatal de la mayor representatividad respecto de los trabajadores, que se hace mediante el otorgamiento de la personería gremial, importa el reconocimiento de facultades de distinto orden (sindicales y patrimoniales), que constituyen, según Krotoschin “un privilegio” y de múltiples manifestaciones, dada la exclusividad con la cual se otorga y los diferentes alcances para los cuales es concedida.

Sin embargo, el problema que se presenta en el tema es cómo se establece objetivamente esa mayor representatividad, aspecto que excede ampliamente la temática aquí en análisis y que seguramente será analizado en otro apartado de la obra.

Otra singularidad que ostenta el convenio colectivo como fuente de derecho radica, entre otros factores, en que se trata de una norma sectorial, establecida para la regulación de las relaciones de los grupos o colectividades determinadas de trabajadores y empresarios y de “un poder normativo disperso”; ello es, que se distribuye para cada ocasión y en múltiples espectros o unidades de negociación y “no un poder concentrado” en una única instancia o unidad normativa.

Precisamente, ese carácter disperso de la autonomía colectiva plan-

tea el problema de la selección de las unidades de negociación, lo cual se relaciona, a su vez, con el llamado “ámbito convencional”.

En efecto, la unidad de negociación constituye el cuadro general en el que se desarrolla el convenio colectivo. Más concretamente, el conjunto de relaciones de trabajo de algún modo conexas y delimitadas por la existencia de intereses colectivos que pueden llegar a ser jurídicamente autotutelados y que son tomadas en cuenta para el establecimiento de un convenio colectivo que regulará las condiciones de trabajo aplicables a aquéllas.

Ésa no es otra cosa que el sector o rama de la actividad, la empresa o centro de trabajo en el que se aplicará el convenio y así constituirá unidad de negociación el espacio geográfico y funcional que aglutine un conjunto de relaciones laborales.

De algún modo, la unidad de negociación o contratación cristaliza el espacio geográfico, funcional y temporal sobre el que el convenio despliega su eficacia y, por lo tanto, quedará determinado qué contratos (qué trabajadores) quedarán regulados por los convenios. De allí que su determinación tendrá notoria influencia en la aplicación del propio convenio, en particular, en los de ámbito supraempresarial.

En nuestro medio, si bien la legislación no establece una forma excluyente de unidad de contratación sino un listado de unidades posibles, en la práctica las convenciones colectivas por rama de actividad parecen haber constituido por mucho tiempo la modalidad clásica de contratación habitualmente adoptada por organizaciones de trabajadores de segundo grado y de empleadores.

Podemos decir, entonces, que las partes negociadoras gozan de cierta libertad para la fijación o selección del ámbito de aplicación del convenio, pero aquélla no es plena o absoluta, puesto que se halla limitada, según hemos visto, por el parámetro de su propia capacidad representativa.

Recordemos que si una asociación o agrupación no es suficientemente representativa en un determinado ámbito no puede extenderse a él la eficacia del convenio.

En síntesis, la aptitud normativa del convenio se halla restringida a las fronteras de su representatividad, no pudiendo, en consecuencia,

estipular obligaciones respecto de sectores que no están debidamente representados en la mesa de negociación, puesto que, como es sabido, sólo pueden estar comprometidos quienes formal o institucionalmente estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio.

VI. Jerarquía legal vs. jerarquía real de los convenios colectivos

Es sabido que, normalmente, el orden jerárquico de las fuentes determina su orden de prelación; pero en nuestra disciplina, esa regla o principio tiene excepciones, por lo que no deben ser confundidos.

En efecto, si bien en el Derecho en general el principio de jerarquía normativa permite resolver los problemas de concurrencias de normas prevaleciendo la de mayor rango, mientras que el principio de orden normativo sirve para solucionar la sucesión de normas en el tiempo prevaleciendo la posterior siempre que sea de igual o superior rango que la anterior; en nuestra materia estos principios básicos se enfrentan con dificultades de orden práctico, cuando se trata, por ejemplo, de normas de igual jerarquía, como serían una ley general y otra especial; o dos convenios colectivos de trabajo de diferente nivel, o bien en la hipótesis de concurrencia conflictiva entre normas de distintas fuentes (ley y convenio); o de sucesión de dos leyes o convenios, especialmente si el posterior es menos favorable para el trabajador.

Ello se debe a que, como hemos visto, en el Derecho del Trabajo conviven entre sí dos órdenes normativos de diverso linaje: uno proveniente de la actividad normativa del Estado, que se expresa a través de las fuentes tradicionales (Constitución, tratados, ley, etc.), y otro de origen colectivo, que emerge de las partes sociales (trabajadores y empleadores) –titulares genéricamente del derecho que se ejercita por medio de sus representantes–, que hacen valer frente al Estado la legitimación de la autorregulación de sus respectivas relaciones y que se manifiesta a través de los convenios colectivos.

Precisamente, ese poder normativo colectivo plantea problemas desconocidos en otras ramas del ordenamiento jurídico que derivan, por una parte, de la propia complejidad interna de la negociación colectiva (aspecto al que me he referido en el punto anterior), en la que aparecen,

casí inevitablemente, diversos niveles o ámbitos que es necesario coordinar entre sí, y, por la otra, del ensamble de dicho poder con el bloque de legalidad estatal.

Indudablemente existe una supremacía de este último que es consecuencia obligada del dogma de la soberanía estatal, ya que la potestad reguladora laboral del Estado se coloca jerárquicamente por encima de cualquier otro poder normativo.

En muchos ordenamientos, entre ellos el nuestro, el Estado establece un marco o perímetro general y dentro de éste se desenvuelve con cierta soltura la autonomía colectiva de los grupos profesionales para fijar las reglas y contenidos a los que se han de sujetar los contratos individuales de trabajo. Así, el Estado fija los mínimos y a veces los máximos en las condiciones de trabajo y los grupos ajustan luego los propios intereses negociando en la banda permitida.

Ahora bien, si la aplicación del Derecho del Trabajo estuviera determinada exclusivamente por ese principio de ordenación jerárquico, se produciría en los hechos la anulación de la autonomía colectiva, ya que la norma estatal postergaría siempre a toda de rango inferior, como lo es precisamente el convenio colectivo.

Para evitar ese efecto indeseado hemos visto que el Derecho Laboral ha arbitrado un peculiar mecanismo de corrección, que consiste en otorgar prelación a la norma que establezca un mayor nivel de beneficio para el trabajador, aunque sea de rango inferior, y que se conoce como “regla de la norma más favorable”.

La aplicación de esta regla conduce a reconocer preferencia al convenio en tanto contenga condiciones más beneficiosas para el trabajador que la norma estatal. De ahí, entonces, que la regulación estatal se configure como mínima frente a la derivada de la autonomía colectiva que se reserva, entonces, la posibilidad de mejorar o complementar las condiciones de trabajo establecidas por aquélla.

Esto trae como consecuencia que el orden de jerarquía sea flexible y cambiante e impone la necesidad de examinar, en cada caso, si la norma de jerarquía superior (ley, por ejemplo) de naturaleza imperativa, puede ser postergada por otra de jerarquía inferior (como son los convenios colectivos) si resulta más beneficiosa para el trabajador aunque,

como veremos, en algunas hipótesis la aplicación de este principio es impedido por la misma ley que establece su imperatividad absoluta, es decir es aplicable aunque sea menos favorable que una norma jerárquicamente inferior.

Plá Rodríguez considera que esta regla que invierte la jerarquía de las normas tiene una enorme trascendencia, pues su aplicación provoca una especie de fractura lógica en la jerarquía de las fuentes aunque, a su vez, reconoce, que en aquellos Estados cuyos derechos positivos reconocen expresamente el principio de la norma más favorable, el de jerarquía queda respetado por cuanto el primero se aplica en virtud de una disposición expresa de la norma superior⁴⁰.

López también sostiene que la regla del régimen más favorable, cuando hace prevalecer una fuente de jerarquía inferior sobre otra superior, no destruye, en realidad, el principio de jerarquía de las fuentes; lo que ocurre es que la norma de rango inferior se aplica preferentemente a la de orden superior por cuanto ésta ha autorizado o previsto dicha aplicación, al calificarse a sí misma como norma mínima (necesidad relativa) o como supletoria (permisiva o dispositiva)⁴¹.

Por su parte, Krotoschin señala que, conforme los principios generales, la regulación de más alta jerarquía prevalece sobre la de menor rango: una ley o costumbre contraria a la Constitución, una convención contraria a la ley imperativa, un contrato de trabajo contrario al convenio colectivo de trabajo, no producen efectos o, por los menos son atacables.

El autor aclara que cada regulación, además de su función ordenadora, cumple también con la función de control respecto de las normas que le suceden en jerarquía pero, a diferencia del Derecho común, la regulación inferior prevalece cuando es más favorable para el trabajador (conf. art. 9º, LCT)⁴².

Podríamos decir entonces que, según el modelo clásico de relación entre las fuentes, al Estado le corresponde la tarea de establecer el armazón básico del Derecho del Trabajo, en correlación a lo expre-

⁴⁰ Ver PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 40.

⁴¹ LÓPEZ, en *Ley de Contrato de Trabajo...* cit., ps. 4/5.

⁴² KROTOSCHIN, *Tratado práctico...* cit., t. 1, p. 63.

samente previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto dispone que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor...” entre otros derechos; relegando a los poderes extraestatales la función de fijar condiciones superiores o complementarias a las reconocidas por aquél.

De hecho, en el mismo precepto, la Constitución dispone también que “Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo...”, lo que implica reconocer una esfera de actuación a la autonomía colectiva y, por ende, el Estado debe compartir la función reguladora laboral con los grupos sociales.

Sin embargo, la circunstancia de reconocer a los convenios colectivos un origen y fundamento autónomo del estatal no significa que ellos tengan una existencia independiente respecto del sistema normativo proveniente del Estado puesto que junto con éste se integran en un sistema, podríamos decir, constitucional unitario, erigido sobre la base de un conjunto de principios y valores superiores sobre los cuales existe un consenso social suficientemente amplio.

Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros, al resolver el caso “Madorrán”⁴³ en cuanto confirmó la sentencia dictada en esa causa por la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que había declarado nulo e inconstitucional el artículo 7º del CCT 56/92 “E” (texto según lo dispuesto por el laudo 16/92 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación), que facultaba a la Administración Nacional de Aduanas a extinguir la relación de empleo de sus agentes sin invocación de causa y mediante el pago de la indemnización prevista en el artículo 245 de la LCT, en flagrante violación a la garantía de la estabilidad del empleado público preceptuada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Allí el alto tribunal recordó que “...la Constitución Nacional es ley suprema y, todo acto que se oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva...”

⁴³ CSJN, sentencia del 3-5-2007, M.1488.XXXVI, en autos “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/Reincorporación”.

Además, conviene recordar que el derecho a celebrar convenciones colectivas, al igual que cualquier otro derecho constitucional, no es absoluto y, por ende, está sujeto a las “leyes que reglamentan su ejercicio” (art. 28, CN). De esta manera el legislador puede establecer el régimen al que han de ajustarse los grupos sociales para la creación de convenios y reglamentar su eficacia vinculante, como lo ha hecho con las leyes 14.250, 23.546, etcétera.

De lo expuesto se colige que la regulación colectiva tiende a actuar por vía de especificación, presuponiendo, contando y reposando sobre la existencia de la regulación estatal general que tiende a establecer condiciones mínimas y a estipularlas como irrenunciables para el trabajador⁴⁴. De modo tal que ha de convertirse en el conjunto de condiciones más beneficiosas sobre las que los trabajadores y las empresas hayan sido capaces de llegar a un acuerdo.

No obstante, en algunas ocasiones, la articulación de la norma colectiva con la estatal no deja de experimentar ciertos problemas en su ejecución.

Como ejemplo podemos citar aquellos casos en los cuales el Estado fija un punto máximo de negociación en lo referido a los aumentos salariales negociados y ello plantea el problema de la posible efectividad práctica que podrían tener esos máximos o esas condiciones, si las propias partes interesadas se han puesto de acuerdo en superarlos y tienen el control de su aplicación.

Esta cuestión lleva, indefectiblemente, a determinar si la norma estatal puede y, en su caso en qué medida y bajo qué condiciones, alterar lo dispuesto por un convenio colectivo regularmente concertado en respeto del orden imperativo legal.

Aquí cobra relevancia el grado y tipo de reconocimiento que brindan los distintos ordenamientos jurídicos al convenio colectivo y, en este sentido, cabe recordar que en nuestro país se produjo un amplio debate judicial sobre este tema, especialmente, a propósito de una ley que –entre otras cosas– pretendió dejar sin efecto las normas convencionales que establecieran a cargo de los organismos o empresas estatales regidos por la LCT, mayores beneficios que los consagrados por dicho

⁴⁴ ALONSO OLEA, *Introducción*, p. 348.

régimen en materia de vacaciones, licencias, jornada de trabajo, indemnización por despido, etcétera (art. 2º, inc. a, de la ley 21.476).

Suscitada la cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver el caso “Romano”⁴⁵, convalidó ese precepto derogatorio, pues entendió que la garantía acordada a los gremios de concertar convenios colectivos de trabajo no excluía la posibilidad de que algunas de sus disposiciones fueran dejadas sin efecto por una ley posterior, ya que aquella garantía no era absoluta ni importaba alterar la prelación normativa que resultaba del ya citado artículo 31 de la Ley Fundamental: “y el recurrente no había demostrado que se hubiera excedido el límite de lo razonable”.

Algunos años después, y producida la restauración democrática en el país, en la ya citada causa “Nordensthol” el alto tribunal, con otra integración, ratificó la superioridad jerárquica de la ley y la posibilidad de que ésta dejara sin efecto cláusulas convencionales, pero arribó a una solución opuesta. En efecto, la mayoría del tribunal sostuvo que “una ley, a condición de haber sido sancionada en consecuencia de la Constitución, puede válidamente privar de efecto a una norma convencional”. Sin embargo, estimó que la respuesta dada por la norma impugnada (el citado art. 2º, inc. a, de la ley 21.476) a las dificultades conyunturales que buscaba remediar carecía de la razonable proporción de medio a fin, dado que dicha norma no imponía una limitación de derechos, sino que lisa y llanamente los suprimía y, por ende, consideró que aquella era inconstitucional.

Luego, en el caso “Soengas”⁴⁶, la Corte ratificó expresamente la doctrina del caso “Nordensthol”, aunque advirtió acerca de la extensión indiscriminada del criterio allí adoptado a supuestos que –a su juicio– resultaban distintos. El voto de la mayoría puntualizó que, a diferencia de aquel caso, en éste no estaba en juego el inciso a, del artículo 2º de la ley 21.476, sino el inciso d, que suprimió las cláusulas convencionales de aumentos automáticos ligados a otros factores de la economía y consideró que esa norma no había sobrepasado los límites

⁴⁵ CSJN, 31-7-79, “Romano, Rodolfo R. y Otros c/Usina Popular y Municipal de Tandil, S. E. M.”, *Fallos*: 301:608 y L. L. 1979-D-295.

⁴⁶ CSJN, 7-8-90, “Soengas, Héctor R. y Otros c/Ferrocarriles Argentinos”, *Fallos*: 313:664 y L. L. 1990-E-48.

que circunscriben al poder de policía de emergencia. Cabe aclarar que en este fallo no se deja sin efecto la doctrina de “Nordensthol”, sino que se dice que ese precedente no es aplicable al caso en examen, que es el relacionado a la indexación constante de adicionales salariales.

Asimismo, en el caso “Cocchia c/Estado Nacional” el alto tribunal recordó la doctrina de la habilitación constitucional del Estado para intervenir en la ejecución de convenciones colectivas de trabajo vigentes y homologadas. Allí sostuvo que con el dictado de las leyes 23.696, 23.697 y 23.698 se habían puesto en marcha políticas destinadas a proteger el marco indispensable para el funcionamiento de una economía de mercado, en el que el Estado asumía un rol exclusivamente subsidiario y que esas normas, en especial el Tratado de Asunción, ratificado por la ley 23.981 y las leyes 23.096 y 24.093, cuya constitucionalidad no había sido cuestionada, hacían que el decreto en cuestión, globalmente consolidado, no fuera dictado en contradicción o exceso. De tal modo, se legitimó que un simple decreto del poder administrador pudiera dejar sin efecto las más importantes cláusulas de un convenio colectivo de trabajo del ámbito portuario.

De lo expuesto puede colegirse que, según la jurisprudencia de la Corte, una ley puede válidamente dejar sin efecto una norma convencional más beneficiosa para el trabajador, pero ello a condición de no exceder el ejercicio legítimo de los poderes de emergencia del Estado, lo cual habilita el control judicial acerca de la razonabilidad de la medida.

No obstante, a mi modo de ver, esos precedentes no constituyen una respuesta inequívoca acerca de la jerarquía operativa del convenio, y, en este sentido, cabe recordar que la última reforma de nuestra Constitución Nacional –posterior a los precedentes citados– produjo una sensible modificación en el posicionamiento normativo de esta fuente del Derecho, particularmente con la jerarquización de determinados tratados internacionales con disposiciones relativas a la libertad sindical, a la genérica libertad de asociación y a la negociación colectiva, que han venido a complementar los derechos y garantías contenidos en la primera parte de nuestra carta magna (arts. 14 y 14 bis).

Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXII); la Declaración Universal de Derechos Humanos

(arts. 20.1 y 23.4); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16) implican el reconocimiento de nuestro país del derecho a la libertad sindical y del genérico de asociación dentro del cuadro de los derechos humanos fundamentales que deben existir en la sociedad, tal como lo puntualizó nuestro máximo tribunal en la causa “ATE c/Ministerio de Trabajo” (CSJN, sentencia del 11-11-2008, antes citada).

Por su parte, y superada, en principio, la discusión en torno a la tipología que incumbiría atribuir a los convenios de la OIT, el Convenio 87 que, como lo dijera anteriormente, se ha integrado –junto con los referidos pactos y demás tratados y convenios enumerados en el listado del artículo 75, inciso 22 de nuestra norma fundamental– al “bloque de constitucionalidad federal” en virtud de la cláusula de salvaguarda contenida en el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y en el artículo 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ver fallo CSJN, “ATE” ya citado), reconoce a las organizaciones, tanto de trabajadores como de empleadores, el derecho de organizar sus actividades y formular su programa de acción para la defensa y promoción de los intereses que representan, y uno de los medios de acción típicos que el ordenamiento legal reconoce a los agrupamientos para dichos fines resulta, precisamente, la negociación colectiva.

A su vez, el Convenio OIT 98, también incorporado a nuestro ordenamiento normativo y de jerarquía suprallegal, prescribe la adopción de medidas adecuadas a las condiciones nacionales “para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores por una parte, y las organizaciones de trabajadores, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”, y lo propio hace el Convenio OIT 154, sobre fomento de la negociación colectiva.

En definitiva, nuestra Constitución no establece un reparto de competencias entre la ley y el Convenio, pero se opone tanto al retiro o

abstención del Estado de las relaciones laborales como a la completa estatización de la regulación del trabajo, ya que debe dejar a salvo un ámbito de actuación a la negociación colectiva.

Sin embargo, no puede deducirse de aquella la independencia del convenio respecto de la ley ni, menos aún, la prelación de aquél sobre ésta, pues si bien el artículo 14 bis garantiza a los gremios “concertar convenios colectivos” no determina cuál es la jerarquía de esta fuente en la pirámide de las normas.

Desde esta perspectiva, queda librado a la interpretación judicial, en su caso, establecer si una ley “por razones de real emergencia” y en resguardo del interés general puede, excepcionalmente, suspender o limitar los derechos reconocidos a los trabajadores por medio de una convención colectiva de trabajo que, como vimos, constituye una fuente de derecho autónoma, sectorial y extraparlamentaria, que goza de tutela constitucional.

VII. A modo de conclusión

A lo largo de este capítulo he señalado, reiteradamente, que la presencia de los convenios colectivos constituye, sin duda, la principal particularidad que presenta el cuadro de fuentes del que se nutre nuestra disciplina.

Ello se debe a su peculiar proceso de formación: por su naturaleza formal, en cuanto partícipe, por un lado, del contrato y, a la vez, productor por el otro de normas jurídicas generales, por el poder social del que emana (representaciones profesionales) y también por las materias que norma, que son las relaciones jurídicas de trabajo en sentido lato.

También hemos visto que, como toda norma tiene su antecedente en un hecho social que moviliza intereses sectoriales, que gravitan en un momento y lugar determinado, provocando la actividad normativa de sus protagonistas (sindicatos y empresarios).

De hecho, la conflictividad social es el dato referencial y básico del Derecho Colectivo del Trabajo y la negociación colectiva no deja de ser un instrumento racional destinado a encauzar esa conflictividad mediante la gestación de normas por parte de sus protagonistas que mejoran el estado de cosas existentes.

Así, el cambio se halla en la esencia misma de la negociación colectiva, pues los términos de ventajas y contrapartidas no pueden establecerse de una vez para siempre.

En efecto, la crisis económica ha sido y es una realidad que ha acompañado históricamente a las convenciones colectivas y, precisamente por esta razón, aquél ha servido como herramienta para la rápida resolución del conflicto social que se presenta, imponiendo un cauce de desenvolvimiento compatible con la necesaria armonía que el desarrollo de una comunidad requiere.

Sin embargo, como hemos visto, ese poder normativo colectivo plantea problemas desconocidos en otras ramas del ordenamiento jurídico que derivan, por una parte, de la propia complejidad interna de la negociación colectiva y, por otro lado, del ensamble de dicho poder con el bloque de legalidad estatal; porque, aun reconocido el carácter de verdadera norma jurídica general y objetiva que tiene el convenio colectivo, éste sólo lo es por su enlace con la ley, mediante el reconocimiento que el legislador efectúa de sus efectos y alcances.

Parafraseando a Kelsen, el convenio constituiría una norma jurídica no porque quien la emite tenga un poder superior sino porque está autorizado y dotado de dicho poder para dictar mandatos de naturaleza vinculante⁴⁷.

En efecto, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional garantiza a los gremios “concertar convenios colectivos de trabajo” pero no indica cuál es la jerarquía de esta fuente en la pirámide de las normas.

Como hemos visto, el tema fue puesto a prueba con motivo de los recordados convenios de 1975, concertados en un contexto político y económico agitado y que suscitaron, bajo el posterior régimen de facto, la ley 21.476, que los modificaba de manera notablemente restrictiva con la invocación de razones de emergencia.

Suscitada la cuestión constitucional, la Corte la acogió en los casos “Nordensthol” y “Soengas”⁴⁸ a los que hice expresa mención anteriormente.

⁴⁷ KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 31.

⁴⁸ CSJN, 2-4-85, “Nordensthol, Gustavo J. c/Subterráneos de Buenos Aires”; *Fallos*: 307:326 (D. T. 1985-B); 7-8-90, “Soengas, Héctor Ricardo y otros c/Empresa de Ferrocarriles Argentinos” (D. T. 1990-B-2305).

De los conjuntos de argumentos expuestos en ambos casos se colige que, en la doctrina del alto tribunal, los convenios merecen, por lo menos, el respeto debido a los contratos; que ese respeto no ha de ser necesariamente absoluto y que el criterio final depende –en definitiva– de las razones de emergencia que justifiquen su restricción y del modo como esa restricción sea establecida.

Por cierto, debo aclarar que esos precedentes no constituyen una respuesta inequívoca acerca de la jerarquía operativa de los convenios, sino, en todo caso, un criterio un tanto flexible sobre la constitucionalidad de su afectación en casos de emergencia.

Si quisiéramos despejar la incógnita, no deberíamos soslayar que la ya señalada garantía del artículo 14 bis debe articularse con el hecho de que la ley que reglamenta su ejercicio (14.250) sujeta la validez de los convenios a tres condiciones: que sean homologados (art. 4°); que sus cláusulas no sean menos favorables para los trabajadores que las establecidas en las leyes (art. 7°) y que, en todo caso, ellas “no afectaren disposiciones dictadas en protección del interés general” (art. 7°, párrs. primero y segundo).

Es decir que, en nuestro país, los convenios tienen una jerarquía inferior a las normas legislativas que, a su vez le sirven de límites mínimo (el pie de beneficio) y máximo (la salvaguarda del interés general). No obstante, una ley del Congreso no podría suprimirlos como institución normativa, porque su concertación se halla constitucionalmente garantizada.

Queda, en todo caso, librado a la interpretación judicial determinar cuándo una cláusula convencional disminuye la protección por debajo del umbral y, cosa más compleja, cuándo vulnera una norma legal destinada a proteger el interés general.

En un país donde la invocación del estado de emergencia ha sido utilizada en reiteradas oportunidades y donde la política económica y gremial ha impulsado suspensiones, limitaciones y desequilibrios de la negociación colectiva, lo que todo operador jurídico debería tener presente, al momento de analizar la validez de una norma convencional, es que el reconocimiento constitucional de los convenios colectivos como parte del ordenamiento jurídico objetivo implica, al fin de cuentas, la atribución a los interlocutores sociales de un poder autónomo

diseñado en el plano político-constitucional como poder concurrente con el Estado para la ordenación de relaciones individuales de trabajo, en cuanto también productor de derecho objetivo.

Supone, pues, una reserva constitucional de autonomía colectiva que la norma estatal no sólo está obligada a no interferir sino, más aún a garantizar, y eso implica, por lo pronto, asegurar su libre ejercicio, preservándola de injerencias externas abusivas de los poderes públicos o de otros terceros, como también asumir una función de apoyo y promoción, de sostenimiento real y efectivo de la práctica colectiva negocial que, en definitiva, busca mediar entre los intereses contrapuestos que subyacen en las relaciones laborales.

LA LIBERTAD SINDICAL DE NEGOCIAR COLECTIVAMENTE

por LUIS RAMÍREZ BOSCO

SUMARIO: I. Planteo. II. La concentración de la estructura. 1. El sistema de personería gremial como elemento de concentración. III. Sobre el poder sindical. IV. Los efectos de la concentración estructural y del poder sindical sobre la libertad de negociación.

I. Planteo

1. Kahn Freund dividía las libertades sindicales en de organización y de negociación, clasificación que (me) parece mejor que la que generalmente usamos –esa que divide a las libertades en individuales y colectivas– no sólo por la razón formal de que así se ubica bien en la primera parte (digamos así, pasiva) la libertad de definir los estatutos y la organización interna de los sindicatos –que en la clasificación usual queda montada entre lo individual y lo colectivo– sino, sobre todo, porque pone el acento en que la libertad de actuación colectiva (la activa) es, esencialmente, libertad de negociación¹.
2. Quiero decir, que de estas dos partes o “mitades” de la libertad

¹ KAHN FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987. El autor no presenta la clasificación como tal, sino que directamente la utiliza, ver, por ejemplo, p. 289. La ley argentina 23.551, en su art. 1º, garantiza la libertad sindical y de “organización de acción”, con lo cual se asimila más a lo de Kahn Freund que a lo de libertad o libertades individuales y colectivas.

sindical, la de negociación es la mitad importante o la decisiva, porque sin libertad para negociar los sindicatos prácticamente no tienen ni función², ni razón de ser: un sindicato que no puede negociar colectivamente, no es en realidad un sindicato³, con lo cual, dicho sea desde ya, cuando se plantea que la libertad de “organizar” sindicatos está satisfecha con que los sindicatos que se creen puedan potencialmente llegar a negociar, esto solamente es cierto si la potencialidad tiene una real posibilidad de convertirse en acto; si no, la sola posibilidad de organizar sindicatos (crearlos, afiliarse a ellos y darles estatutos, o las garantías personales para los individuos que hacen eso) no puede, como se acaba de señalar, satisfacer por sí sola las exigencias de la libertad sindical (tampoco las de las libertades individuales).

3. De eso se trata en este trabajo, lo aclaro porque creo que así facilito las cosas al lector: la idea que trato de explorar o desarrollar ahora en este ensayo, es que en nuestro medio la libertad de negociar colectivamente sufre de limitaciones tan relevantes que por más que se defienda y refuerce el tema de las libertades individuales, o de organización (las “pasivas”), en estas condiciones libertad sindical no hay o no hay suficiente. No la hay para los sindicatos (los eventuales competidores con el que esté certificado oficialmente como mayoritario), no la hay para los trabajadores individuales (que no pueden acceder a la representación que elijan para negociar) y no la hay para los empleadores o sus asociaciones, que según el Convenio 87 de la OIT también

² CSJN, 2-12-93, “Cocchia, Jorge D. c/Estado Nacional”, T. y S. S. 1994-38.

³ ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 7ª ed., Madrid, 1981, p. 420. La idea o la forma de expresarla es textual de Alonso Olea. A mi juicio es una idea bastante evidente (por lo tanto poco demostrable) pero si sirve una confirmación fuera del contexto de la literatura jurídico-laborista más concebida como tal, dice Daniel James (sobre el sistema de personería gremial), en *Resistencia e integración* (2ª ed, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2010, p. 233) “...que la capacidad misma del sindicato para negociar colectivamente con los empleadores dependía de que se le otorgara la personería gremial (sic), es decir el reconocimiento de que era el único organismo habilitado para negociar en nombre de la parte obrera [...] *sin personería, el sindicato perdía su razón ser*”. Como se ve cosa parecida a la que surge del fallo “Cocchia” de CSJN, citado en la nota anterior.

deben tenerla. Por poner un ejemplo que se da sobre una cuestión concreta y delimitada, parece claro que ni unos ni otros tienen en nuestro medio verdadero derecho a elegir el nivel en que van a negociar, y que fuera de que esto es así en los hechos, la jurisprudencia tiene una cierta tendencia a convalidarlo⁴.

4. Y creo que nuestras carencias en materia de libertad sindical se deben a situaciones que son características diferenciadas de nuestra realidad, premisa básica que lleva a que cuando en nuestro medio se encaran temas relacionados con la libertad sindical, pueda ser preciso poner por delante dos elementos de hecho que, como digo, caracterizan de manera diferencial nuestro panorama, tanto que sin aclarar desde el inicio que las cosas son así, se puede correr el riesgo de caer en la forma de confusión –a veces tan difícil de advertir– que se produce cuando se tratan teorías, ideas, conceptos o aun normas que pueden ser más o menos iguales en todos lados, pero relacionándolas con hechos o situaciones que en realidad tienen diferencias específicas que los hacen distintos a aquellos para los que, o a partir de los que, fueron concebidas esas ideas, teorías o normas.
5. Estas dos situaciones diferenciadas son, una –últimamente más tratada por la literatura laboralista– la de que la estructura sindical nacional (y la negocial por derivación) tiene un grado de concentración tan acentuado y tan rígido que posiblemente esto sea difícil de comparar con lo que existe en otros lados. Y otra, mucho más difícil de encarar para el sólo profesional del Derecho, la del alcance del poder sindical en nuestro medio, tema antes bastante tratado, pero que hoy ya no parece que llamara tanto la atención pese a que debe ser una característica nacional distintiva.

Y lo que estoy planteando es que sin tener en cuenta que esto

⁴ En España, LÓPEZ TERRADA, Eva, *La articulación de la negociación colectiva (diez años después)*, en *Régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Estudios en homenaje al profesor Tomás Sala Franco, p. 226, dice que la distribución compulsiva de materiales en distintas instancias negociales (la articulación impuesta) no vulnera la libertad sindical en la medida en que subsiste una plena libertad de elegir unidad de negociación.

es así, sería difícil revisar cuánto es cierto o no lo es, que los trabajadores agrupados pueden llegar, en nuestro medio, a negociar colectivamente con un grado aceptable de libertad.

II. La concentración de la estructura

6. La concentración de la estructura sindical nacional es un hecho, se diría que aceptado ya sin contradicciones. Seguramente este ensayo se beneficiaría con una comparación cuantificada de cómo es esto en otras partes, para tener una noción más concreta de cuánto es distintivo. Pero a falta de eso, creo de todas maneras que se puede seguir adelante sobre la base de que se trata de un hecho evidente: en todo caso lo que se advierte con la simple observación directa del panorama sindical –y negocial– de nuestro medio, es que una proporción decisiva de los trabajadores representados por sindicatos y por lo tanto convencionales, lo están a través de grandes sindicatos (la mayor parte de primer grado) con ámbito que alcanza al país entero, y esto con una insignificante competencia –o intento de competencia– de sindicatos locales o de ámbito menos abarcativo.
7. También creo que es un hecho aceptado, o en vías de aceptación, el de que una concentración de la estructura sindical tan acentuada necesariamente produce consecuencias diferenciadas, por más que no parece darse un consenso igual sobre cuáles sean estas consecuencias, porque unos u otros atribuyan a un hecho, o a una situación, sea el carácter de efecto diferencial, sea el de estado más o menos normal de las cosas en cualquier parte. Un ejemplo de esto es la opinión que pueda referirse a si la concentración de poder (negocial y poder en general) en la cúpula de la estructura sindical, es una u otra cosa.
8. Pero aun así me parece que se puede partir de que la concentración sindical existe y produce efectos diferenciados típicos, como de una afirmación categórica. Y aun si no fuera así, o si así no fuera suficiente para aceptar que la hiperconcentración de la estructura sindical (y negocial) nacional produce diferencias específicas, igual se puede partir de ese punto sobre la base

de que lo contrario sería, o es, asumir más o menos categóricamente lo adelantado recién, en sentido de que distintos grados de concentración se dan en cualquier estructura sindical o negocial, de modo que lo nuestro puede verse como sólo un punto en una línea continua (la de concentración estructural) pero en todo caso siempre lo mismo. Que de hecho es como suelen presentarse o pensarse las cosas entre nosotros, aunque sobre este punto casi nunca explícitamente.

Y lo que me parece es que ésta forma más usual de ver las cosas, a simple vista, ni es más evidente que la perspectiva opuesta (la de que la hiperconcentración produce diferencias específicas) ni tiene ninguna superioridad explicativa manifiesta, por lo cual –y aún más porque es la usual y sus resultados como herramienta analítica son insatisfactorios– habilita, si no es que necesita ser contrariada, para revisar si a partir de otra explicación (por ejemplo ésta de que lo local es específicamente distinto) no se consigue un instrumento de análisis que permita entender mejor la realidad y llegado el caso, operar mejor sobre ella⁵.

9. Sea como fuere, creo que sin mayor riesgo de error se puede partir de la afirmación de que, en Argentina, la actividad sindical de peso, cuyos efectos trascienden a la economía y a la sociedad en general, está a cargo de unos relativamente pocos sindicatos de gran extensión. La mayor parte de ellos sindicatos de primer grado con ámbito nacional, y una parte menor constituidos con forma de segundo grado⁶.

Y que en cualquier caso hay algunas consecuencias de la con-

⁵ Puede ser preciso advertir que respecto del hecho de la hiperconcentración, hay algunos datos o números que no es que lo vuelvan falso o equívoco, pero sí que pueden confundir: en nuestro panorama sindical, en el que predominan sin discusión los sindicatos de actividad, se registran más de 1500 sindicatos certificados por el gobierno como mayoritarios y básicamente titulados para ejercer monopólicamente los verdaderos derechos sindicales, cuando es evidente, o fácilmente demostrable (basta leer al respecto el CIU) que no es posible distinguir tantas actividades diferentes.

⁶ CORNAGLIA, Ricardo J., *Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho Sindical*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 137, da cuenta de que el Ministerio de Trabajo, para 2009, informó 1511 sindicatos con personería gremial, de ellos 1431 de primer grado, 84 federaciones y 7 confederaciones.

centración estructural que se anotan incluso en la literatura comparada y que se pueden tener en cuenta, también sin riesgo de error: la concentración de la estructura sindical tiende a producir la ya mencionada acumulación de poder tanto en la cúpula de la administración del sistema como en los sindicatos mismos (a esto último en especial se hace referencia en el punto III de este ensayo); o una marcada resistencia al cambio, o a problemas con la aptitud de adaptación de los sindicatos. O, en lo que más interesa en este estudio, debe producir una hiperconcentración semejante de la estructura de las negociaciones colectivas, tanto que en realidad si a la hiperconcentración de las negociaciones colectivas no se la toma como consecuencia de la sindical, se la podría tomar –si hiciese falta– como demostración de ésta. De lo que se trata aquí es de si estas hiperconcentraciones estructurales, no terminan por ser un obstáculo para el desarrollo de la libertad sindical, en particular de la de negociar colectivamente.

1. *El sistema de personería gremial como elemento de concentración*

10. También es cada vez más aceptado que esta concentración de la estructura sindical y (negocial) se debe, o debe mucho, al mecanismo de unificación de la representación de los trabajadores (en principio: para la negociación colectiva) que es característico de nuestra legislación sindical desde sus orígenes, éste que suele identificarse, más apologética que descriptivamente, como de “unidad (sindical) promovida”. Se trata, casi no es preciso aclararlo, del mecanismo o instituto de la “personería gremial”, consistente en la adjudicación de las competencias sindicales esenciales (sobre todo la de negociar colectivamente), en exclusividad, al sindicato al que el gobierno haya certificado como mayoritario, en base a una proporción de afiliados (20% del total de trabajadores a representar) que en otras partes del mundo (y posiblemente según la lógica de esta cuestión) no alcanzaría a justificar más que el derecho a participar de esos derechos esenciales, pero sin exclusividad. Certificación que –esto también es diferencial– se da en carácter de perma-

nente (sin necesidad de verificación periódica)⁷, mientras otro sindicato no demuestre haber superado la mayoría del anterior, y haberlo hecho de manera “considerable”. No basta, una vez que un sindicato obtiene la certificación de mayoría, que otro demuestre tener una cantidad suficiente como para justificar una participación o siquiera que demuestre tener una cantidad mayor de afiliados. Debe ser una mayoría “considerable” que la reglamentación precisa en un 10%, sin que se pueda explicar, por más que se fueren las cosas, por qué según nuestra legislación una organización con más afiliados no es necesariamente mayoritaria frente a otra con menos, si no es por una indiscutida voluntad conservadora de la estructura que esté vigente.

11. Sobre la personería gremial se afirman muy frecuentemente dos cosas que (me parecen) decisivas: una que el muy importante desarrollo sindical posterior a los años cuarenta debe su dinámica a este instituto, y otra la que se acaba de apuntar respecto de que la personería gremial fue factor determinante de la concentración sindical, tal como al fin quedó.
12. Lo primero, lo del desarrollo del sindicalismo en Argentina a favor del mecanismo de la personería gremial, tiene, aparte de muchos sostenedores, una relación con los hechos que salvo que se aporte un elemento de juicio preferible, estaría en efecto señalando algún grado de casualidad entre una cosa y la otra. En realidad, seguramente podrá pensarse en agregar más elementos que hayan aportado a ese desarrollo tan rápido y tan sostenido de los sindicatos y será opinable cuánto pesó cada uno. Pero lo que parece lógicamente innegable es que para los sindicatos, el aseguramiento patrimonial a través de la recaudación (retención) “por nómina”, de las cuotas sindicales y “cuotas de solidaridad”, y la

⁷ Si se tiene en cuenta que la afiliación sindical promedio en Argentina se informa en el presente en aproximadamente un 25% de los trabajadores y se especula a partir de que, por lo menos en el presente, a ese 25% se llega con todo el mecanismo de captación que contiene lo de la personería gremial, es de pensar que sin esos incentivos o medios de procuración de la unidad, la mayoría de las asociaciones vigentes bajaría del 20%, lo cual sería menos que lo de la ley y, en sí mismo, aún más escaso que este 20% que justifica una representación universalizada.

exclusividad en la celebración de convenciones colectivas (que son las piezas centrales del mecanismo de la personería gremial) tienen que haber resultado un factor de desarrollo determinante.

13. Pero aun así, quiero decir, aun si se tiene esto por cierto, conviene matizarlo, porque en muchos lugares –sobre todo en países que no fueron los del desarrollo industrial original, o en todo caso en algunos próximos al nuestro– los sindicatos parecen haber sido impulsados “desde arriba”, sobre una base inexistente, o casi, y así no fueron las cosas en Argentina, porque aquí hubo antes del fomento estatal un sindicalismo bastante dinámico y más que provisto de ideologías (plurales y contradictorias) traídas de los países originarios de los trabajadores inmigrados. Germani⁸, por citar uno entre muchos, no sólo señala este fenómeno, sino que dice que eso fue determinante para un comportamiento sindical más enérgico y más independiente entre nosotros, que –cita ése como ejemplo– en Brasil, donde los sindicatos, dice, fueron creados desde el gobierno sobre una realidad anterior inexistente.
14. En cuanto a lo segundo –lo de la influencia de la personería gremial sobre la concentración de la estructura sindical (y negocial) por tratar de centrar las cosas en los elementos de hecho ya presentados, que son bien reconocibles–, lo que se destaca es que: a) si a un sindicato se le da en exclusiva la aptitud real de actuar porque es al único al que se le facilita la obtención de los recursos necesarios para desarrollar esa actuación (lo de la retención obligatoria de recursos sindicales), luego parece natural que los trabajadores ni siquiera se planteen la alternativa de crear otros sindicatos, distintos de aquel que es el que puede llevar adelante la acción sindical, y b) si a un sindicato se le da el monopolio prácticamente permanente para concertar convenios colectivos, el interés de los trabajadores para participar en otro/s sindicato/s que no pueda/n hacer eso (y que por ello poco podrán defender sus intereses), sólo podría responder a razones más bien externas o ajenas a la composición esencial de esta problemática (razones políticas, ideológicas, de ambición personal, etc.).

⁸ GERMANI, Gino, *Autoritarismo, fascismo y populismo nacional*, Instituto Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 2003, p. 214.

15. De modo que si bien no se puede excluir que esta forma de ver las cosas no sea una “premonición” que se hace después de ocurridos los hechos y con el resultado a la vista, aun así, digo, lo cierto es que parece plausible aceptar que como resultado de estos hechos y estas normas, la competencia entre sindicatos se haya eliminado; no tanto porque una norma dijese sinceramente eso, sino como resultado del modo en que se aplicaron esas reglas sobre una realidad preexistente, en la cual no era necesario crear los sindicatos “desde arriba” porque ya los había con una presencia relevante. Con lo cual lo que se podía hacer –o una de las cosas que se podía hacer– era fomentar a algunos a expensas de otros, evitándoles la necesidad de competir por, o de compartir la representación de los trabajadores, para tratar de captarlos, a los sindicatos, para causas más bien políticas o, cuando más, político-sociales.
16. Y fuera como fuese, el hecho es que, habiendo regido este mecanismo prácticamente siempre (salvo la inaplicada y de hecho irrelevante excepción del decreto 9270/56), lo que hay es la realidad presente de una muy fuerte concentración de la estructura sindical, tal que se puede calcular sin riesgo de error mayor que un 70% o más de los trabajadores comprendidos en convenios colectivos, están representados como ya se apuntó por unos pocos sindicatos de primer grado con ámbito personal que abarca todo el país. Y que, entre sus consecuencias, tiene, como se lee en la literatura extranjera sobre estos temas que debe ocurrir, u ocurre, en casos así, una alta concentración del poder en la cúpula de la estructura, fuertemente resistente a los cambios; poder en general y poder para las negociaciones colectivas, que quedan consiguientemente centralizadas y concentradas en convenios de gran alcance, que por sí mismos pueden o no tener otras virtudes, pero son necesariamente rígidos y poco dedicados a las relaciones laborales en detalle.
17. Frecuentemente también se dice y/o se acepta que el sistema armado alrededor del instituto de la personería gremial tuvo el propósito no sólo de crear o fomentar sindicatos poderosos, sino también –con un indeterminable grado de principalidad de una

cosa o la otra– de mantenerlos bajo control o bajo “dominio” del gobierno, efecto que se daría por medio de la amenaza o de la efectivización de la quita (o suspensión o cualquier clase de manipulación en que se pueda pensar) de la personería gremial. No es –o no creo que sea– ése el propósito determinante en el caso de la actual ley 23.551, porque ésta fue producto de una negociación parlamentaria entre dos partidos mayoritarios, y lo de la personería gremial, en ese caso, parece haber estado entre los intereses o las aspiraciones del partido más próximo al interés sindical, que en ese momento no ejercía el gobierno ejecutivo (o sea, que no estaba en ese momento en condiciones de manipular nada a través de la concesión o la suspensión de la personería gremial), más que en las de aquel, a cargo del gobierno, que prefería un diseño distinto (menos “controlador” o menos concentrado).

De hecho, aquella norma, todavía vigente desde 1988, estableció que el gobierno no puede de por sí disponer sobre la quita de la personería gremial, que si quiere llegar a eso debe pedir a un tribunal judicial que lo haga.

18. Si el propósito fue aquél, de todos modos, con los resultados de casi setenta años de aplicación a la vista, se ve que esa idea habría sido un fracaso. Los sindicatos, sin perjuicio de los fuertes avatares por los que pasó la política nacional, no quedaron nunca realmente bajo dominio del gobierno y, en cambio, fueron o son cada vez más fuertes. Y fuera como fuese, lo cierto es que casi no se registran o no se recuerdan casos en que una personería gremial haya sido retirada⁹, pese a que los gobiernos podían hacerlo según sucesivas leyes. Lo cual, creo, da un fuerte indicio de que los sucesivos gobiernos –ni aun los varios de fuerza que restringieron enérgicamente las libertades civiles– o no estuvie-

⁹ CORNAGLIA, ob. cit., p. 115, cita un fallo de CNAT, sala II, 15-12-61, publicado en D. L. L. del 29-4-61, fallo 46.206, que convalida una quita de personería gremial debida al ejercicio de actividades políticas por un sindicato. Excepción a esta regla más difundida, pero de corta duración, se encuentra durante el gobierno militar de 1966/69, que canceló o suspendió varias personerías gremiales a causa de severos enfrentamientos con los sindicatos.

ron o no se sintieron en condiciones de manipular al instituto de la personería gremial como herramienta de control político. O, si se quiere verlo desde otro punto de vista, que a lo largo de estos setenta años los sindicatos, al menos en este aspecto que para ellos es decisivo, tuvieron más poder que el gobierno, o por lo menos, suficiente poder de veto o resistencia.

19. Otra perspectiva desde la que se puede ver el comportamiento de la hiperconcentrada estructura sindical nacional es la de las posibilidades reales de hacer funcionar o cuestionar el mecanismo de la personería gremial.

El sistema, como se sabe y se señaló más arriba, contiene una hipótesis de recuento de mayorías que daría lugar al desplazamiento del sindicato certificado con la personería gremial, por otro que tenga, por lo menos, un 10% más de afiliados.

Dejando de lado por un momento lo de si este 10% es razonable o si es demasiado (de hecho, como ya se señaló, es inexplicable que no baste cualquier mayoría), esta parte de la ley, al remitirse al principio de mayorías (que está en la esencia del manejo de cualquier agrupación de personas), le da a todo el mecanismo un aspecto o un indicio de legitimidad: si se plantean las cosas sobre la base de que para negociar colectivamente (que es lo que en esencia deben hacer) varios negociadores posibles (varios sindicatos, por ejemplo) necesariamente deben unificar su agente negociador, este mecanismo de la personería gremial lo que hace es determinar cómo se logra en nuestro medio esa unificación necesaria y lo hace presentando el de mayorías como el criterio de selección. De allí que el sistema sea el más extremo arbitrado al efecto en el Derecho Comparado que generalmente se consulta, pero en abstracto o en sí mismo sería legítimo (sería constitucional o, si se prefiere así, democrático). Así, por ejemplo, es como presenté la cuestión en 2007, en *Los sujetos de la negociación colectiva*¹⁰.

20. Y lo cierto es que en este momento ya no me parece que aquéllo se sostenga bien, porque el sistema será literalmente aceptable,

¹⁰ *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Mario E. Ackerman, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. VIII, Cap. II, p. 87.

pero en los hechos la cuestión no es así. Ahora me convencen más dos elementos de hecho que estarían demostrando que la posibilidad de que un sindicato con personería gremial sea superado en mayoría está en el papel, pero no en la realidad. Estos dos elementos son:

- a) Que de hecho no ha habido casos de sindicatos certificados que hayan sido superados en mayoría¹¹, y
- b) que no parece posible imaginar cómo sería la vía judicial para que impugne el mecanismo un sindicato que no consigue avanzar hacia la mayoría por los inconvenientes y bloqueos que le pone el sistema, porque o bien tendría que demostrar que sin esos inconvenientes y bloqueos (sobre todo el monopolio de la negociación colectiva y la retención obligatoria de cuotas sindicales) tendría acceso a esas mayorías (o una expectativa fundada de tenerlo), lo cual me parece a simple vista algo de prueba imposible; o bien tendría que impugnar al sistema “en abstracto” por sí mismo (sin pretender otro resultado a partir de eso), lo cual en principio parecía ser un planteo judicial sin oportunidad de progreso.

Con lo cual, esto impresiona como que el núcleo del sistema sindical nacional, más que legítimo o ilegítimo (constitucional o no), lo que resulta es en gran medida invulnerable a la posible impugnación y revisión judicial, por razones preferiblemente de hecho y/o procesales o por la forma de estar concebido el mecanismo.

21. Y en esto es que he debido cambiar de opinión, porque me parece que un sistema que de hecho impide la competencia por la real representación colectiva de los trabajadores, y a la vez también de hecho, el cuestionamiento judicial de esa inhibición es doblemente defectuoso, porque no sólo limita la libertad sindical, sino que lo hace de una manera insincera, aparentando ser lo que no es.
22. Quizás por esta intrínseca dificultad para que los principales

¹¹ Jorge Sappia en su ponencia presentada al Congreso Internacional sobre igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, abolición del trabajo infantil, libertad sindical, Buenos Aires, octubre de 2004.

cuestionamientos al régimen de personería gremial se presenten a los tribunales nacionales, es que los hubo numerosos ante los organismos de aplicación de la OIT, tanto del Comité de Libertad Sindical como de la Comisión de Expertos, pero no se registran antecedentes de jurisprudencia local.

23. Las leyes argentinas fueron cuestionadas por esos organismos a la OIT de manera repetida, los que, dicho en síntesis, sostuvieron:
 - a) Que no respetan las exigencias de una competencia libre entre sindicatos, los artículos 28 de la ley 23.551, y 21 del decreto reglamentario 467/88, en cuanto piden que para desplazar a una asociación con personería gremial, la contendora acredite una mayoría “*considerablemente*” superior, superioridad que no debe ser menor de un 10%.
 - b) Que es excesivo requerir que para conformar un sindicato de oficio, profesión o empresa prácticamente se deba contar con la conformidad del que tiene la personería gremial (arts. 29 y 30, LAS).
 - c) Que son limitantes de la libertad sindical los artículos 38 y 39 de la ley 23.551, en cuanto sólo autorizan la retención por nómina de las cuotas sindicales a favor de las asociaciones con personería gremial, y eximen de impuestos sólo a éstas.
 - d) Que también limitan la libertad sindical los artículos 48 y 52 de esa ley, en cuanto sólo reconocen las garantías de estabilidad reforzada a los miembros o agentes de los sindicatos con personería gremial.
24. A estos cuestionamientos se ha contestado, o respecto de ellos se ha razonado, sobre la base de que los que los plantean son los empleadores¹² o por lo menos partidarios de sus intereses, con el propósito de debilitar a los sindicatos, o sea, que se sostienen a partir de un interés que en el caso no debiera ser relevante.

¹² Es cierto, por ejemplo, que la que parece ser la primera impugnación global de la ley 23.551 fue presentada por la Unión Industrial Argentina y resuelta como caso 1455 del Comité de Libertad Sindical.

Lo cual puede ser cierto y aun así es un mal argumento, porque la verdad de una afirmación depende de su contenido y no de quién sea, qué defectos tenga, qué descalificaciones merezca o cuáles sean las intenciones de quien afirma.

25. Pero en lo que interesa a este estudio, que es el tema de la libertad para negociar colectivamente, lo que ocurre, dicho en síntesis, es que por la forma de tratar la cuestión, lo que en realidad se demostró es que para sostener un monopolio sindical basta con la exclusividad de su derecho a negociar. Basta por sí misma en cuanto la negociación colectiva es lo principal de la función sindical y basta, entre nosotros, por su derivación financiera o económica, en cuanto la cuota de solidaridad que es un recurso sindical decisivo sólo se da como parte de las convenciones colectivas.
26. De hecho, los defensores o partidarios del sistema nacional tienden a aceptar varias de las objeciones de los organismos de la OIT, y se manifiestan a favor de la universalización de la retención por nómina de las cuotas sindicales de cualquier sindicato y no sólo del que tiene personería gremial, aunque sin referirse a las “cuotas de solidaridad”, a las que sólo tiene acceso, como se acaba de señalar, el sindicato que puede concertar convenios colectivos, y también a favor de las exenciones impositivas para todos y de las garantías a favor de los representantes o activistas de cualquier sindicato.

No tanto de la objeción sobre lo de la mayoría “considerablemente” mayor sino, sobre todo, sobre el monopolio para negociar colectivamente, tema este último del que, al contrario y como se verá luego al relevar la jurisprudencia reciente, más bien los simpatizantes del sistema obtienen un argumento de apoyo, porque los organismos de la OIT, si se toman sus formulaciones a contrario y no se las analiza en contexto completo, pueden estar afirmando que la exclusividad para negociar colectivamente es uno de (los pocos) derechos que no está mal que se reserven a la organización mayoritaria.

Con lo cual queda a mi juicio claro que a nuestro sistema de concentración de la estructura sindical, para mantenerse, pare-

ciera bastarle la exclusividad en las negociaciones colectivas. Todo lo demás es más bien accesorio, si no prescindible. Y que, a su vez, el hecho de que en la realidad las negociaciones queden –como quedan– a cargo de sindicatos, con los que es muy difícil competir, priva a eventuales competidores de una suficiente libertad sindical (de una posibilidad real de negociar colectivamente) y priva a los trabajadores de la posibilidad de formar o elegir los sindicatos que prefieran para representarlos en las negociaciones colectivas.

Es, como se viene diciendo desde el comienzo, un caso diferenciado, porque aquí el obstáculo a la libertad sindical no lo ponen, o lo ponen raramente, los gobiernos o los empresarios, más bien lo ponen los sindicatos ya instalados, cuando menos por mera presencia.

III. Sobre el poder sindical

27. El poder sindical que llama la atención no es, o no es sólo, el poder para defender o imponer el interés de los trabajadores. Este último coincidiría con el que en Derecho –sobre todo en Derecho Político– se estudia como el necesario para cumplir con una función (en general: pública) –que es lo que lo justifica– y con esa noción los juristas nos entendemos razonablemente bien. El poder sindical llamativo, en cambio, es el que se despliega a otras o a todas las áreas o aspectos de la vida en sociedad: lo económico, lo social o lo político. Y éste es el que nos cuesta cuantificar o aun describir.
28. Conforme una presentación muy difundida, lo de poder considerado así, en sí mismo, y no como una función de algo, se entiende como la posibilidad de dirigir la conducta de otros, o de imponer la propia voluntad al comportamiento de otras personas¹³, en cualquier actividad de que se trate y no importa para qué sea que se la imponga. En este sentido, el poder no

¹³ Así, por ejemplo, KAHN FREUND, ob. cit., p. 48. O KENETH GALBRAITH, John, *La anatomía del poder*, Plaza y Janes Editores, Barcelona, 1984, p. 20, que utiliza esa definición y la atribuye a WEBER, Max, en *Law in Economy and Society*.

es que se tiene o se ejercita –o se justifica– para usarlo con un objetivo predeterminado, sino que sólo es funcional a sí mismo. Es el caso en que la finalidad del poder es el ejercicio del poder mismo, supuesto de menos prestigio pero que, para tomar sólo el ejemplo más evidente, es el que explica gran parte del comportamiento de los grupos sociales identificados como “clase política”¹⁴.

29. Esta clase de poder es sabido y aceptado que lo tienen todas las grandes organizaciones “intermedias” (intermedias entre el Estado y las personas) o “las corporaciones”, en general en proporción directa a su tamaño y/o al tipo de función especial de que se encargan. Entre éstas los sindicatos, de los que en todas partes se afirma que son poderosos (salvo cuando lo que llama la atención es su debilidad). Lo difícil, más como se señaló al comienzo, para el jurista, es explicarse sobre la medida o la cantidad de este poder sindical, sobre todo si de lo que se trata –que es de lo que aquí se trata– es de describir y explicar la diferencia del poder de unos sindicatos –los locales– con relación a lo que es usual en todas partes o por lo menos con relación a otro escenario (aun uno sólo imaginado) que por cualquier motivo se esté considerando.
30. Galbraith propuso en su momento un sistema de análisis o de desmembramiento analítico que puede ser útil para enfrentar esta dificultad¹⁵. Para este autor hay tres formas en que el poder se realiza, se presenta o se instrumenta: una como o por la amenaza de un mal o de un “castigo” a la falta de obediencia (poder coercitivo), o sea, por “imposición”, si no directamente por la fuerza. Esto, tomándome la libertad de glosar lo de Gal-

¹⁴ Galbraith, quien escribía en Estados Unidos y hace más de treinta años, decía textualmente que “una cuestión de decencia básica impide admitir abiertamente que el poder es deseado por sí mismo” (ob. cit., p. 28). Aunque eso ya no se aplica a la realidad local.

¹⁵ KENETH GALBRAITH, ob. cit. Dispuse de este libro y en realidad de la idea de utilizarlo con el propósito que lo hago, por una dedicada atención de Carlos Aldao Zapiola a quien, por necesidad y no sólo por fórmula, debo excluir de cualquier responsabilidad sobre la forma o el contenido con que utilizo la obra de Galbraith.

braith, puede dividirse en el supuesto de la amenaza o imposición legal, cuando se requiere obediencia a un deber normativo (por ejemplo: poder de policía) o la, digamos así, imposición de hecho (no necesariamente ilegítima), cuando la exigencia no depende sino de la conveniencia del poderoso.

31. Una segunda vía o forma del poder sería la retributiva (“compensatoria”, dice Galbraith) que es la que compromete o da algún beneficio a cambio de la conducta requerida, de lo cual es ejemplo fácilmente disponible el del trabajo remunerado en general, pero que incluye también a los reconocimientos profesionales o académicos, o hasta a un simple “premio a la producción” como forma de remuneración. Galbraith dice, para ejemplificar, que la repulsa pública o personal es una forma de poder coercitivo, mientras que la alabanza es una forma de poder compensatorio.
32. La tercera forma de poder es por persuasión, que logra modificar la conducta del tercero sin su sumisión, por vía de cambiar su o sus creencias: “...la persuasión, la educación o el compromiso social con lo que parece correcto o justo hacen que el individuo se someta a la voluntad del otro”. Lo diferencial, en esta forma de instrumentarse el poder, es que “no se advierte el hecho de la sumisión”.
33. Y si con este equipo de análisis tratamos de revisar el caso argentino, la cuestión da, muy sintetizada, así: en el ámbito de lo social –circunscripto a los servicios sociales– fuera de otros servicios sociales menores o accesorios, los sindicatos argentinos tienen, desde 1969/70, a su cargo la atención de la salud de los trabajadores a través de un subsistema de la seguridad social, el de obras sociales. El establecimiento legal de este subsistema es muchas veces –casi se diría que en general– más total que parcialmente explicado como una concesión política de un gobierno –aquél, “de fuerza”– para intentar captar a los sindicatos, sin advertir que aun si eso fuese cierto, o en la medida que lo sea, el fenómeno de base era la imposibilidad de cumplir –o el incumplimiento de hecho– de la función del Estado en materia sanitaria, que hacía necesario

suplementar sino suplantarlo el sistema público por uno sindical, aparentemente más funcional para esta tarea. Pero dejando de lado la cuestión de las causas de su origen, el sistema de obras sociales da lugar, hace ya muchos años, a que los sindicatos manejen algo así como el 3% o 4% del PBI nacional para atender con esto la salud de los trabajadores, y también da lugar a una fuerte vinculación necesaria de los trabajadores con el sindicato, a través del sistema de salud. Todo lo cual, según parece, da a los sindicatos dosis importantes de poder compensatorio en general (sobre todo por los recursos de que así dispone, o también por la posible distribución preferente de los servicios a su cargo, posibilidad, esta última que habilita un poder compensatorio “reconocible” sobre los trabajadores), y también un poder de o por persuasión, en este caso indirecta, por la natural impresión que semejante estructura debe necesariamente producir sobre los trabajadores y aun sobre el público en general. También puede pensarse en que este aspecto de “lo social” tenga efectos como poder “coercitivo” sobre los trabajadores (por la misma vía de imposición por magnitud), pero en este caso un poder, me parece, más bien indirecto y bastante menos estricto.

34. En el ámbito económico lo principal de los sindicatos y lo que más tiene que ver con su razón de ser es la participación en la definición de las remuneraciones del personal en relación de dependencia. En este aspecto sólo puede ser característico el hecho de que a este mecanismo entre nosotros sólo se lo suele hacer funcionar realmente en tiempos de inflación y que en estos tiempos funciona con una fuerza incontrastable.
35. Luego, también dentro de lo que es universal, los sindicatos cuentan con los ingresos propios de las cuotas a cargo de sus afiliados, más importante en función de la relativamente alta tasa de afiliación sindical que registra el país (aprox. 25% al presente), pero menos debido a un alto grado local de informalidad laboral (aprox. 40% al presente). A lo cual se suman con una modalidad que no es igualmente universal, las cuotas, pagos o aportes a cargo del personal no afiliado, “cuotas de

solidaridad”¹⁶, que según se la practica entre nosotros da lugar a una situación muy próxima a que la cuota sindical no la paguen sólo los afiliados, sino todos los trabajadores comprendidos en los convenios colectivos (salvo, naturalmente, los no registrados).

36. Aparte de esto, en el ámbito económico, los sindicatos cuentan con su mencionado protagonismo en la administración del sistema de salud, la administración directa o indirecta de empresas de servicios públicos (unas u otras según el período de que se trate) y una serie que no se suele exhibir sistemáticamente de beneficios o ingresos, a partir de diversas actividades o participaciones, con propósitos que varían.

Todo esto, en una economía más bien chica como la nacional, que raramente tuvo períodos de dinamismo sostenido, completa una participación en la economía total que superaría –y es posible que con amplitud– lo que se da en otras economías comparables. Y el caso es que esta competencia económica da a los sindicatos locales un importante poder compensatorio (cuando no por persuasión mezclado con el compensatorio), y un poder coercitivo sobre los trabajadores individuales también considerable (puede ser abrumador para un trabajador el hecho de quedar fuera de un esquema sindical así).

37. Finalmente, queda el ámbito político, que es donde más se identifica al poder como tal, pero también donde más cuesta explicarse sobre los signos de poder de los agentes o agrupaciones sociales que no sean los que constitucionalmente participen del poder estatal formal.

En efecto, la participación en el poder político puede ser formal

¹⁶ Es difícil explicar literalmente, en síntesis, cuál puede parecer un punto de equilibrio teóricamente aceptable para los aportes de los no afiliados a los sindicatos. Dicho muy en general, tanto es cierto que una cuenta, hipotética, de lo que serían los ingresos sindicales por cuotas de afiliación propiamente dichas muestra que esto sería escaso para atender su funcionamiento, como que, por otro lado, la “cuota de solidaridad” no tiene una justificación de su alcance que vaya mucho más allá que lo que significa el nombre de “cánon de negociación” con que se la llama, por ejemplo, en España (una sola cuota, en esa única ocasión de celebración del convenio).

(en los órganos de poder del gobierno) o, más que informal, de hecho, por el poder persuasivo (ideológico en su caso), disuasorio, o aun directamente coercitivo que realmente tenga un grupo o sector social.

38. En lo formal, el dato más fácil de verificar es el de una importante y creo que inusual participación de los dirigentes sindicales (y de los sindicatos por su intermedio) en posiciones legislativas¹⁷, dato que es como dije, verificable, si bien variable según los períodos y más allá de que no llegó a prosperar, hasta ahora, de alguna propuesta de sistematizar o institucionalizar esta participación con proporciones predeterminadas. También se da una participación formal o cuando menos una influencia decisiva sobre áreas del Poder Ejecutivo, particularmente las especializadas en temas laborales o sociales¹⁸. Y también una influencia reconocible –aunque nunca cuantificada– en la selección de los jueces en materia laboral.

Esta participación formal le significa, cuando no demuestra, una importante cantidad de poder coercitivo (del sostenido legalmente) a favor de los sindicatos locales, que va junto con un poder coercitivo de hecho sobre la estructura política, y en particular bastante poder, tanto coercitivo como compensatorio, sobre las clases políticas formalmente gobernantes.

39. Luego viene la parte de los hechos puros o cuestiones “sólo de hecho”. En ésta, sobre la participación de los sindicatos en las relaciones políticas y sociales, parece que, por lo menos en los últimos 20 o 30 años, se da alguna ambigüedad, si no algo

¹⁷ Sólo por apoyar lo que de tan evidente no estoy seguro de que requiera demostración o apoyo, cito al ya cit. *Resistencia e integración* de Daniel James (ps. 24 y 40).

¹⁸ LYNN, Jonathan y JAY, Anthony, *Si Ministro II*, Ultramar Editores, Barcelona, 1986, p. 225, dicen del gobierno británico que “cada departamento actuaba en función del poderoso interés especial con el que mantenía permanente relación. El departamento de trabajo defendía a los trabajadores, el de industria a los empresarios...” Y si se pasa por alto el tono irónico de esta obra, la afirmación parece ser cierta universalmente. Pero lo que estoy tratando de señalar en el texto es que en Argentina el fenómeno se acentúa hasta el punto en que la influencia y presencia sindicales son tan decisivas como para desequilibrar la función de gobierno.

contradictorio: por una parte se acepta, generalmente, que los dirigentes sindicales están mal ubicados en la escala del prestigio de distintas clases de dirigentes que se forma en los “medios de opinión”¹⁹. Pero, por otra, como el poder sindical se da lo mismo, pese a este dato negativo, en cuanto o en la medida en que las cosas sean realmente así, parece ser un poder que así es más lo que se confirma que lo que se pierde, porque existe pese al desprestigio de quienes lo ejercen, o, vistas así las cosas, tan fuertemente afianzado como para subsistir pese a tal contradicción. Por otro lado, creo que es notorio en nuestra historia reciente cómo el poder de los sectores sindicales ha podido variar con fuertes retraimientos durante períodos bastante extensos, alternados con igualmente extensos períodos de restablecimiento, aptitud para crecer y decrecer sin desaparecer, que, me parece, es una característica de los factores de poder bien establecidos y permanentes.

40. Parte por lo menos de esta capacidad política de hecho puede deberse a la aptitud de los sindicatos para movilizar masivamente las voluntades de los trabajadores en procesos de opinión o, sobre todo, electorales, cuando no de movilizar físicamente a los mismos trabajadores²⁰. En cuanto a la posibilidad que tienen los sindicatos para las movilizaciones masivas físicas, ésta es poco discutible, fuera de que esta herramienta de poder, cuestionada por la práctica política de los años 90 y actualmente

¹⁹ En el diario La Nación del 1-4-2008, p. 10, con firma de Ipsos (Mora y Araujo), se publicó una compulsión de opinión sobre la contribución social de varias actividades. Los sindicalistas quedaban en la última posición con un 65% de opinión negativa contra un 30% de positiva, debajo, en ese orden, de los científicos, industriales, rurales, comerciantes, periodistas, políticos, jueces, banqueros y financistas, obispos y sacerdotes, y militares. No he visto otra compulsión posterior semejante y, por mi lado, me planteo si la muestra de opinión no está tomada fundamentalmente en sectores de clase media, cuya opinión tiende a no ser igual, sobre este tema, que la de otros grupos. Pero en todo caso me parece que es una muestra significativa.

²⁰ Silvia Sigal y Juan Carlos Torre (en *Reflexiones en torno a los movimientos laborales en América Latina*, compilado en *Fuerza de trabajo y movimientos laborales en América Latina*, dir. por Rubén Katzman y José Luis Reyna, México DF, 1969, p. 145) dicen que en América Latina muchas veces fue la plaza y no el lugar de trabajo el verdadero lugar de formación de la fuerza política de la clase trabajadora.

resucitada con fuerza, parezca tender a perder importancia o, por lo menos, a perder posibilidades de un uso frecuente que no genere más contrariedad que atracción.

41. Sobre la capacidad de los sindicatos para las movilizaciones de opinión, no parece haber una posibilidad cierta de comprobación, pero creo que puede aceptarse que para los trabajadores en general pesa la posición de su sindicato y, en principio, darían una preferencia a ésta salvo contrariedad manifiesta. O sea, dicho de modo más simple y sintético, que los sindicatos cuentan con un capital político de hecho, que si no es absoluto es mayor que el de otras agrupaciones sociales y quizás semejante al de partidos políticos con fuerte arraigo a lo largo de tiempos extensos.
42. En resumen, lo que resulta es que así explicado –espero que con aceptable descripción de la realidad– el poder de los sindicatos, en nuestro medio, es decisivo, más allá de lo que parece serlo en cualquier otro lugar que se tenga presente, o con el que se compare. Es un poder que se hace valer sobre los trabajadores representados, sobre los gobiernos y, naturalmente, sobre los empleadores, frente a los cuales, en una estructura capitalista-liberal, digamos así, ortodoxa, los sindicatos debieran ejercer un contrapoder, de control, contra otro poder predominante –el de los propietarios– y no un poder prevaleciente sobre el otro, que es, esto último, lo más parecido a como se puede poner en dos palabras el caso nacional.
43. Sin embargo, en este punto es preciso agregar otro dato u otro elemento de juicio, porque no es toda nuestra peculiaridad la de un sobrecrecimiento del poder sindical, que –si se lo considera sólo por sí mismo, o sin su contexto– no alcanzaría –o no me parece que alcanzaría– a tener una explicación suficiente respecto de cómo es que se sobrepuso a otros factores de poder competidores, sea el de las clases políticas, sea el de los grupos que ejercieron gobiernos de fuerza, o sea, sobre todo, el de los propietarios capitalistas que son su competencia o su límite natural. En todo caso esta prevalencia del poder sindical –cualquiera sea el grado que se le asigne– luce por contraste con el

hecho de que el estado “normal” de las cosas en una sociedad organizada sobre bases capitalistas, es, como se acaba de señalar, que el interés dominante –con límites pero dominante– sea el de los propietarios, y también por contraste con las estipulaciones constitucionales que ahora –desde la reforma de 1994 y por más que con cierto atraso frente a la realidad– dicen que el acceso al poder formal es de o a través de los partidos políticos (si se quiere así: de las clases políticas).

44. En cuanto a la debilidad (para ejercer y mantenerse en el poder), en sí misma, de los grupos que entre nosotros se han propuesto o han logrado ejercer el gobierno (y el poder), visto esto en general, creo que se trata de un hecho comprobable a simple vista, pero que en todo caso excede la temática de éstas líneas.
45. Pero la cuestión más relacionada al tema de este estudio, es que, como particularidad local complementaria si no concausal del poder sindical, lo que se ha dado entre nosotros de manera bien diferenciada es una importante debilidad del derecho de propiedad y, por consiguiente, de la fuerza y del mismo interés de sus titulares nominales. Y esto necesariamente tiene reflejo sobre la actividad y sobre el poder de los sindicatos porque, como lo explicó Kahn Freund, “las leyes tratan igualmente de limitar el poder de los sindicatos. Hasta qué punto pueden conseguirlo, depende de la actitud de los empresarios”²¹.
46. La explicación de esta debilidad del derecho de propiedad en nuestro medio ha sido, con relación sobre todo al sector industrial, a mi juicio más que eficazmente sintetizada por Cortés Conde cuando relata el sistema económico acentuado (en ese grado prácticamente inaugurado) en 1946/55: “El gobierno no limitó su apoyo a esos sectores brindándoles únicamente mercados cautivos y crédito sino operando sobre los precios que podía controlar: tipos de cambio, créditos y tarifas, de modo que fuera mayor el poder adquisitivo del salario nominal [...] Era un tipo de capitalismo diferente. La propiedad nominal de un factor continuaba perteneciendo a su titular, pero la ganancia

²¹ Autor y ob. cit, p. 55.

dependía en una medida muy importante, no ya de su productividad, sino de un hecho administrativo. Al incidir sobre la rentabilidad se afectaba el valor patrimonial y, aunque así no se lo hubiera advertido, también los derechos de propiedad. Es probable que en muchas de las economías mixtas haya ocurrido algo de esto, pero nunca llegó a extenderse y profundizar tanto como en este caso”²².

47. La hipótesis es que tal vaciamiento del derecho de propiedad, que así deja de tener casi todas las características que lo conforman (salvo la nominalidad o los registros que son a lo que puede alcanzar en un caso así la protección de las leyes) condiciona o determina necesariamente la conducta de los propietarios (reitero: sobre todo los industriales) y el comportamiento social global, que en las sociedades organizadas con el sistema capitalista depende también –como se acaba de señalar que decía Kahn Freund sobre la actividad sindical–, en gran medida, de esta actitud de los propietarios.

En lo que interesa a este ensayo, un desempeño débil del interés de los propietarios (que es el resultado necesario de este vaciamiento del derecho de propiedad), libera al interés sindical de su barrera natural y, todavía más que esto, corre inevitablemente al gobierno –cualquiera que sea– del punto medio desde el cual, en una situación “normal”, debiera ejercer el arbitraje entre fuer-

²² CORTÉS CONDE, Roberto, *La economía política de la Argentina en el siglo XX*, Edhasa, Buenos Aires, 2005, p. 204. Esta forma de administrar las relaciones económicas pasó a ser desde entonces una posición desde la cual ver las cosas, con mucho arraigo y difusión en el medio nacional. Un ejemplo de esto –entre muchos que serían posibles– lo dio o lo da todavía un manifiesto del grupo sindical (entonces predominante) de las 62 organizaciones, en el que se promovía, básicamente, el control de costos y de precios, la limitación de las ganancias, la nacionalización de los depósitos bancarios, del transporte y de las industrias básicas, controles cambiarios estrictos, fuerte intervención estatal en el comercio exterior, cancelación de contratos petroleros con empresas extranjeras, control de la remisión de ganancias al exterior y reforma agraria (ver *Resistencia e integración* cit., p. 253). Y debe tenerse presente que esta organización sindical mantenía una quizás todavía tradicional oposición con los activistas, sindicalistas o posiciones “de izquierda”, que a su vez encuadraban a las 62 organizaciones en “la derecha” política.

zas sociales en tensión, porque la resultante entre una fuerza que tira de menos, y otra que lo hace normalmente o de más, necesariamente queda fuera del medio.

48. En suma, es posible explicarse las cosas como que el poder sindical, entre nosotros, no es tanto que sea de por sí desmesurado, como que opera en un vacío de otros poderes que lo limiten, lo cual no cambia el resultado presente, pero quizás sí la forma en que la cuestión se puede analizar y considerar.

IV. Los efectos de la concentración estructural y del poder sindical sobre la libertad de negociación

49. El primer efecto, o el más evidente, de esta concentración de la estructura sindical es el ya señalado varias veces de la consecuente concentración de la estructura negocial. En los hechos, no parece que con tal estructura sindical fuese posible, por lo menos en el presente o en el futuro sobre el que se puede alcanzar a hacer alguna previsión, que se negocie colectivamente sino como se negocia, o sea, prácticamente sin contenidos que no sean el ajuste de salarios por inflación, con aumentos salariales iguales o muy parecidos, para distintas actividades y también iguales al interior de actividades que se extienden por todo el país y que comprenden a empresas en situaciones o posiciones muy variadas.
50. Pero dejando de lado este efecto, digamos así, inmediato, en cuanto el panorama local de hechos coincida con la relación que se acaba de hacer en los puntos anteriores, así se entiende lo planteado desde el comienzo en el sentido de que con semejante poder de las organizaciones sindicales establecidas, la posibilidad de que algunas nuevas compitan con ellas, y en especial la libertad sindical de negociar colectivamente por fuera de esas grandes organizaciones, queda muy limitada. Con lo cual, dicho esto también desde el inicio, lo que queda decisivamente coartado es la libertad sindical propiamente dicha y no sólo un aspecto parcial de su ejercicio, que se pudiese limitar sin mayor costo porque fuera suficiente con que el resto de los

“capítulos” de esta libertad se estén cumpliendo. Si se coarta la libertad de negociar colectivamente, inevitablemente se limita de una manera categórica la libertad sindical.

51. Lo que se plantea es que en un panorama como el descripto, un sindicato eventualmente competidor, para llegar a negociar colectivamente tiene tales dificultades de hecho (derivadas de la reconcentración de la estructura y del poder de los sindicatos presentes), y de derecho (éstas básicamente derivadas del sistema de personería gremial), que no hay una forma sincera de aceptar que esta situación es compatible con esa posibilidad libre de concertar convenios colectivos que la CN reconoce “a los gremios”, y no sólo a algunos sindicatos en especial. En nuestro medio se da la curiosa –u original– situación de que la libertad de negociar de eventuales sindicatos competidores o aun la de los trabajadores para elegir con libertad el sindicato por medio del cual quieren negociar, no está coartada o limitada por el Estado o por los empresarios –que es lo que se analiza en todas partes– sino por la actividad y hasta por la presencia de otros sindicatos, certificados como mayoritarios.
52. En los últimos 4 o 5 años, es cierto, la jurisprudencia encaró la revisión de algunos aspectos del sistema de personería gremial, que coartan el desempeño normal de otros sindicatos que no sean el certificado oficialmente. Sobre todo, como se ha difundido con un alcance y una velocidad llamativos, la CSJN tomó la cuestión en tres casos, “ATE”, “Rossi” y “ATE 2”²³, en los que desautorizó: primero, las cláusulas de la ley 23.551 que se aplicaban inhibiendo la participación de una asociación sindical en las elecciones de delegados para una empresa ubicada en el ámbito de la personería gremial de otra (primer caso “ATE”); luego las que dejaban sin protección sindical especial a dirigentes de un sindicato sin personería (caso “Rossi”), y finalmente las

²³ CSJN, 11-11-2008, “Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, T. y S. S. 2008-956; 31-8-2009, “Rossi, Pablo c/Estado Nacional. Ministerio de Trabajo s/Amparo y Sumarísimo”, T. y S. S. 2009-1100, y 18-6-2013, “ATE c/Municipalidad de Salta s/Recurso de Inconstitucionalidad”.

que impiden a una asociación sin personería llevar adelante una actividad colectiva (en el caso una demanda judicial colectiva en defensa de los derechos de los trabajadores descalificando el art. 31-a de la LAS).

53. Esta tendencia revisora se dio también en la jurisprudencia de grado, empezando muy poco antes del primer fallo “ATE” de la CSJN. En ésta también se desarrolló una repentina corriente de decisiones favorables a una mayor apertura del panorama sindical, menos resonante, pero quizás más eficaz o más práctica que la de la CSJN²⁴.

En estos fallos de la CNAT se decidió que un sindicato de primer grado con personería gremial, que se desfedera de otro de segundo grado que era el firmante del convenio colectivo, “se lleva” la aptitud para negociar colectivamente en la zona menor, aptitud que pierde la federación; o que es inconstitucional el artículo 29, LAS, en cuanto inhibe la existencia de un sindicato menor, de empresa o aun menor, cuando preexiste uno mayor, cuando preexiste uno mayor de actividad que abarca al lugar en donde está la empresa; o que los trabajadores

²⁴ La CNAT resolvió: 1) que un sindicato de primer grado con personería gremial que se desfedera de otro de segundo grado, que era el firmante del convenio colectivo de la actividad, “se lleva” la aptitud para negociar colectivamente en la zona menor, aptitud que pierde la federación (CNAT, sala II, sentencia 94.681 del 26-12-2006, “MT c/Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Carne y Afines de la República Argentina”; sala VI, 17-9-2008, “MT c/Sindicato de Personal de Industrias Químicas y Petroquímicas”); 2) que es inconstitucional el art. 29, LAS, en cuanto inhibe la existencia de un sindicato menor, de empresa o aun menor, cuando preexiste uno mayor de actividad que abarca al lugar en donde está la empresa (CNAT, sala IV, 14-5-2010, “MT c/Asociación Personal Universidad Católica”; íd., 30-6-2011, “MT c/Asociación Sindical del Sanatorio Dr. José Méndez”; sala II, 29-9-2011, “MT c/Unión Aviadores de Líneas Aéreas”); 3) que los trabajadores tienen derecho de dar a los sindicatos la forma que les parezca mejor (por ejemplo, de partes de una empresa o de un oficio dentro de una empresa) y no sólo una de las previstas en el art. 10, LAS (los cits. de “Asociación del Personal del Sanatorio José Méndez” y de “Unión de Aviadores de Líneas Aéreas”, y CNAT, sala V, 31-8-2011, “MT c/Nueva Organización de Trabajadores Estatales”); 4) que el Ministerio de Trabajo no puede demorar los trámites de inscripción sindical sin dar, o sin tener motivo para ello (CNAT, sala IX, 14-9-2010, “Asociación Gremial de Trabajadores de Subterráneo y Premetro c/MTEySS”).

tienen derecho de dar a los sindicatos la forma que les parezca mejor (por ejemplo, de partes de una empresa o de un oficio dentro de una empresa) y no sólo una de las previstas en el artículo 10, LAS; o que el Ministerio de Trabajo no puede demorar los trámites de inscripción sindical sin dar (o sin tener) motivo para ello.

54. Todos estos fallos, y el mismo hecho de que se los haya dado y difundido después de tantos años de estar el tema de la libertad sindical ausente de los hechos y de la jurisprudencia nacionales, darían cuenta en efecto de una tendencia que de algún modo se separa de la “clásica” adaptación sin contradicciones a la reconcentración de todo nuestro Derecho Colectivo del Trabajo. Y es cierto que en la medida en que se siguiese en esa línea, lo que parece es que se podría llegar a una mayor libertad en lo esencial, que es el derecho a negociar colectivamente, en el momento en que los hechos “proveyesen” o provean a los tribunales la materia para resolver ese aspecto fundamental de la cuestión.
55. Sin embargo hay señales de que no es así; de que la tendencia jurisprudencial a una mayor libertad sindical viene con elementos que, si no cambian en el momento en que haya que decidir sobre eso, están poniéndole límites capaces de inutilizarla. Es así porque en sus fallos –sobre todo en los dos fallos “ATE”– la CSJN viene repitiendo una cita de opiniones de los organismos que en la OIT se ocupan de la aplicación más que nada del Convenio 87, según la cual no es legítimo admitir a favor de la entidad sindical más representativa otras diferencias o “privilegios” que no sean –entre pocos otros, los demás irrelevantes– el de la exclusividad para negociar colectivamente. Lo cual, puesto a contrario, sin mucho esfuerzo lleva a que esa ventaja o esa exclusividad sí puede admitirse “para encontrar un justo equilibrio entre la imposición de la unidad sindical y la fragmentación de las organizaciones”²⁵. O sea que es jurídicamente

²⁵ Voto único de la CSJN en el caso “ATE” del 11-11-2008, considerando 8º, 3º párrafo citando al Comité de Libertad Sindical. Y considerando 4º en el caso “ATE” del 18-6-2013, citando a la Comisión de Expertos.

posible excluir de la negociación colectiva a toda organización que no sea la más representativa, no importa cuál sea el tamaño de las demás o sus características, o las de la situación de que se trate.

56. Esta cita de la doctrina de los órganos internacionales de aplicación la viene haciendo la CSJN sin que esté puesto a decisión el tema de si la aptitud excluyente para negociar es legítima (constitucionalmente y para los tratados internacionales, en la concreta situación nacional) o no lo es, con lo cual es preciso asumir que o se trata de una cita no bien reflexionada (cosa difícil de pensar sobre un fallo de la CSJN) o, de lo contrario, es un preanuncio de que cuando se llegue a tener que resolver sobre el elemento central de la libertad sindical, es posible que se convalide el sistema nacional tal como es, sin perjuicio de las contradicciones formuladas por los citados fallos de la CSJN, que si es así quedarán más en lo declarativo o en lo tendencial que en lo operativo.
57. En todo caso esas citas de “jurisprudencia” internacional necesitarían, antes de convertirse en un elemento de decisión, integrarse con una base de análisis más compleja, porque de hecho son una formulación que se da presuponiendo una pluralidad sindical que acá no existe y que la realidad y las normas presentes bloquean, y porque como “jurisprudencia”, esto es parte de un contexto de más alcance, en el que, para admitir que una organización se considere mayoritaria, se requiere asegurar la participación real de las personas a través de un recuento frecuente y, por supuesto, de un recuento hecho en condiciones tales que no quiten a cada individuo la real libertad de elegir el sindicato que prefiera²⁶.
58. Con lo cual, pese a esta jurisprudencia “aperturista”, por el momento se vuelve al comienzo, o sea, a que en las condiciones presentes de la estructura sindical, no puede afirmarse que en nuestro medio haya suficiente libertad para negociar colectiva-

²⁶ Sobre opiniones de los órganos de la OIT que contextualizaron esta que cita la CSJN, ver mi ponencia al *XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad* organizado por la AADT en Buenos Aires, mayo de 2012.

mente²⁷, y que esto depende de toda una situación de hecho establecida a lo largo de muchos años, que contiene fuertísimos elementos que le permiten resistir al cambio hacia una mayor libertad, entre ellos, éste que ahora aporta nuestra CSJN con el reiterado señalamiento de que el monopolio de la negociación colectiva a favor de la entidad con personería gremial es aceptable, dicho esto en un medio en el que entre el formato de las leyes y el poder que de hecho tienen los sindicatos presentes, la estructura sindical hace prácticamente imposible la competencia intersindical, tanto por razones de hecho como hasta por razones, digamos así, procesales.

59. Puede ser que la tendencia señalada cambie y se confirme la apertura jurisprudencial hacia una libertad sindical realmente creciente. También puede ser que no o aun que se incorporen elementos de juicio o hechos que en este momento no se alcancen (o no alcanzó) a ver o prever. Pero en la medida que por la vía a que apunta, entre nosotros, la cita aislada de la doctrina de organismos de la OIT, se confirme el cerramiento del sistema, creo que se estará frente a una oportunidad perdida y con riesgo de que el sistema refuerce su rígida capacidad de autodefensa: el sistema de personería gremial, como toda monopolización de poderes en cualquier actividad o área que sea, es posible que se haya justificado como medio para sostener la defensa de unos derechos laborales que necesitaban en su momento de un refuerzo de emergencia, en la medida en que ésa haya sido o se haya percibido la situación en el origen del sistema. Pero hoy, setenta años después, no es posible ver las cosas de esa manera y esta acumulación de poderes jurídicos y sociales es, más que nada, desequilibrante y limitativa de la libertad sindical entendida, sobre todo, como libertad de negociar colectivamente.

²⁷ Por no sobrecargar el texto, que trata de poner de manifiesto sobre todo una situación de hecho, no se hace mención allí de las normas específicas vigentes. Pero en esta llamada recuerdo, más de lo que señalo, que esta situación está apuntalada por la reforma de la ley 25.877 en los arts. 18 y 19 de la ley 14.250, que explícitamente se propuso reforzar la reconcentración de las estructuras sindical y negocial en nuestro medio.

LA DEMOCRACIA SINDICAL EN LA ARGENTINA

por JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE

La igualdad es creciente e inevitable.

La libertad es un bien de suprema importancia, quizás un bien inclusive más grande que la igualdad; pero el amor a la igualdad es más grande que el amor a la libertad.

Una condición necesaria para la libertad es la existencia de fuertes barreras al ejercicio del poder, ya que la concentración de poder implica, por naturaleza, la muerte de la libertad.

ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, 1984

SUMARIO: 1. Planteo del tema. 2. Democracia. 3. Libertad sindical. 4. El rol del Estado y la política. 5. Democracia sindical. 6. Corolario.

1. Planteo del tema

¿En qué sentido son democráticas las organizaciones sindicales argentinas, y en qué grado lo son? En este aspecto, ¿cómo deberían ser? Si hubiera diferencia, ¿qué medidas podrían tomarse para adaptar la realidad al objetivo propuesto?

Se nos pregunta el sentido de la orientación democrática que poseerían las organizaciones sindicales, es decir, el lugar en que se encuentran respecto de la relación espacio-tiempo y por ende si esa ubicación es la correcta. A su vez el vocablo contiene el modo particular

de entender algo o el juicio que se hace de las mismas. También podría entenderse como cada una de las dos orientaciones opuestas de una misma dirección.

Entendemos que se alude a la intensidad, es decir, el grado de fuerza con que se manifiesta la aspiración constitucional de que se establezcan organizaciones libres y democráticas, su magnitud, si cualifican con ese sentido o si su expresión sociológica responde a sus caracteres.

2. Democracia

Liminarmente podemos acercarnos al concepto “democracia”, estableciendo que se trata de una doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno. Al predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado. Una forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por los ciudadanos.

Una doctrina política según la cual la soberanía reside en el pueblo, que ejerce el poder directamente o por medio de representantes. Una forma de sociedad que practica la igualdad de derechos individuales, con independencia de etnias, sexos, credos religiosos, etcétera, basada en el reconocimiento de los derechos individuales, se ejerce a través de los representantes políticos de los ciudadanos surgidos de elecciones libres y periódicas.

Su lugar de desarrollo es la “libertad” que otorga la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos y que en los sistemas democráticos se constituye en un derecho de valor superior que asegura la libre determinación de las personas.

Un ejemplo de una característica fundamental de toda democracia: la tensión entre la libertad y la igualdad en sus dos aspectos individual y colectiva. La libertad apunta a poder actuar con la mayor autonomía posible. Esto implica, entre otras cosas, minimizar las restricciones por parte del Estado. La igualdad se refiere a los criterios según los cuales se comparten y distribuyen los bienes materiales o los medios o garantías para acceder a mayores márgenes de igualdad. En general, un mayor énfasis en la igualdad implica ampliar el papel del Estado,

sin embargo en el caso que nos ocupa su intervención puede resultar nociva. Si bien la relación entre libertad e igualdad no siempre es de suma cero, la experiencia nos muestra que los derechos suelen coexistir en forma conflictiva y, a veces, contradictoria. Es decir: su evolución no es armónica. El balance entre libertad e igualdad remite a la cuestión del poder y el papel de la política. Cada protagonista (individual o colectivo) debe decidir dónde reside el poder para tomar decisiones que afecten el balance entre libertad e igualdad, cómo se distribuye ese poder y cuáles son los límites que se le quiere imponer. Es importante entender que la tensión entre libertad e igualdad produce conflictos. Esto es inevitable, porque así es la democracia¹.

Al cumplir ochenta años John Dewey escribió un texto sobre la democracia creativa²; allí afirmaba que la democracia es aquella forma de vida en común que permite la inteligencia cooperativa y la creatividad de sus miembros, incluidas las diferencias, porque los ciudadanos tienen derecho a crear sus propias vidas. Dewey se opuso a la distinción entre gobernantes y gobernados, pues todos los ciudadanos son soberanos dejando en claro lo que no es gobernar en democracia: “Gobierno no significa que una clase o parte de la sociedad se imponga sobre la otra. El gobierno no está hecho de aquellos que tienen un despacho o que se sientan en una legislatura. Consiste en cada miembro de la sociedad política”, reafirmando que la democracia es la mayor innovación social de los dos últimos siglos, pero hay que crearla y recrearla continuamente. Para ello los ciudadanos deberían ser razonablemente legales en el cumplimiento de sus obligaciones políticas.

“La democracia es un modo de vida orientada por una fe práctica en las posibilidades de la naturaleza humana. La creencia en el hombre común es uno de los puntos familiares del credo democrático [...] sin importar cuál sea su raza, color, sexo, nacimiento u origen familiar, ni su riqueza material o cultural, plasmada en actitudes que los seres humanos revelan en sus mutuas relaciones en todos los acontecimientos de la vida cotidiana, compartiendo una creencia generosa en las po-

¹ ARMONY, Ariel, *Entre la libertad y la igualdad*, en diario *La Nación*, del 14-7-2008.

² *Democracia creativa: La tarea ante nosotros*, en *Creative Democracy: The Task Before Us*; conferencia escrita por J. Dewey y leída en New York, del 20-10-1939.

tencialidades de los demás como seres humanos, creando las condiciones que posibiliten ese desarrollo pleno de las capacidades, de cooperación amistosa, mas allá de los intereses, fines o necesidades, en un marco en el que se convive aun con el conflicto...”³

Crear que todo ser humano, independientemente de la cantidad o del nivel de sus dotes personales, posee la iniciativa para dirigir su propia vida, libre de toda coacción e imposición por parte de los demás, reconociendo la capacidad del hombre común para responder con sentido común en el libre juego de hechos e ideas, para juzgar y actuar inteligentemente en las situaciones apropiadas y la fe en su papel de consulta, discurso, persuasión, discusión y formación de la opinión pública, que a la larga se autocorrije.

Consagrado a la filosofía, Dewey describe la fe democrática en términos formales de una posición filosófica; en tales términos, la democracia es la creencia en la capacidad de la naturaleza humana para generar objetivos y métodos que acrecientan y enriquecen el curso de la experiencia. “El demócrata cree que el proceso de la experiencia es más importante que cualquier otro resultado particular, de manera que los resultados concretos tienen verdadero valor si se emplean para enriquecer y ordenar el proceso en curso. Ya que el proceso de la experiencia puede ser un agente educativo, la fe en la democracia y la fe en la experiencia y la educación son una y la misma cosa. Cuando los fines y los valores se separan del proceso en curso, se convierten en hipóstasis, en fijaciones que paralizan los logros obtenidos, impidiendo que reviertan sobre ese curso, abriendo el camino y señalando la dirección de nuevas y mejores experiencias”⁴.

Con similar intención y sentido, en ATE⁵ se sostiene que la democracia “...fue reconocida como prenda de convivencia, de apertura franca y amplia hacia el pluralismo y la participación, tanto para la persona que libremente se incorpora a una organización, cuanto para las relaciones entre todas y cada una de éstas en el concierto de los

³ Ob. cit. en nota anterior.

⁴ *Ibidem*.

⁵ CSJN, “Asociación Trabajadores del Estado c/Estado Nacional. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social”, *Fallos*: 331:2499, del 11-11-2008.

sindicatos que, no menos libremente, los trabajadores deseen formar. La democracia gremial es un 'signo' expresamente consagrado en el artículo 14 bis ('Albornoz c/Nación Argentina', *Fallos*: 306:2060, 2064:1984; 'Sindicato de Empleados de Comercio Capital Federal', *Fallos*: 310:1707, 1987)". Para finalizar reafirmando que "...no se ha invocado, ni esta Corte lo advierte, la existencia de razón alguna que haga que la limitación impugnada resulte necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos. Antes bien, parece marchar en sentido opuesto a dichos intereses y, principalmente, a las necesidades de una sociedad del tipo indicado, la cual, si algo exige, es que el modelo que adoptó permee los vínculos asociativos, sobre todo aquellos que, como los sindicales, están llamados a coadyuvar, de manera notoria, en la promoción del "bienestar general".

3. Libertad sindical

Entendida la sociedad como un todo en el que se interrelacionan grupos con intereses propios y contrapuestos que conviven en un permanente equilibrio inestable, con conflictos diversos que se suceden y repiten de acuerdo a una correlación de fuerzas e intereses plurales, que alimentan la riqueza democrática en la que conviven e inviden. En ese contexto surge el sindicato con una facultad representativa y reivindicativa de una determinada categoría profesional de trabajadores que les otorga una pertenencia en la que cada individuo decide su afiliación o no, sin referenciarse a través de un acto estatal. Es un hecho sociológico propio de las sociedades modernas, a partir de intereses comunes propios del mundo del trabajo.

La plataforma de unificación sindical se articula fuertemente con la Declaración de Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT, así la cohesión sindical requiere de valores comunes y de un programa común. Este programa se articula en cuatro ejes:

- Defensa de los derechos sindicales.
- Igualdad de género.
- Lucha contra la discriminación.

– Defensa de la democracia como “valor en sí mismo”⁶.

Godio además formula que “el sindicato aparece como la piedra angular de la sociedad civilizada”, esbozando en la relación dialéctica del capital y el trabajo una especie de simbiosis entre la cooperación y el conflicto, que viene a balancear el mundo del trabajo, transformando una pluralidad de individuos en un sujeto colectivo con una entidad propia y particular⁷.

La Corte Suprema con una interpretación monista incorpora los tratados al Derecho interno, estableciendo: que mediante una resolución judicial se puede tornar autoejecutiva una norma que no tenga dicho carácter, si contiene disposiciones lo suficientemente concretas de los supuestos de hecho que hacen posible su aplicación inmediata; el Convenio 87 tiene rango constitucional por su vinculación con el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los demás convenios ratificados tienen jerarquía superior a las leyes⁸.

La numerosa y variada jurisprudencia se ha expedido particularmente en materias tales como las inherentes a la naturaleza y efectos de la incorporación de las normas internacionales del trabajo en la legislación interna, con rango constitucional o supralegal; el derecho a no afiliarse a un sindicato, la elección democrática de las autoridades sindicales, la retención de cuotas sindicales sin la expresa conformidad del trabajador individual, la extensión de la aplicación de las normas antidiscriminatorias, y la extensión de la tutela, entre otras que comienzan a cuestionar el modelo sindical argentino tal como lo conocemos, en pos de receptar observaciones de la OIT a las restricciones que impone la unidad promocionada a través de la

⁶ *Globalizar la solidaridad. Establecimiento de un movimiento sindical mundial para el futuro*, por Julio Godio en el 18º Congreso Mundial de CIOSL, Mizayaki, Japón, noviembre de 2004.

⁷ GODIO, J., *Los sindicatos en la Argentina y el mundo: una mirada desde sus orígenes y mutaciones hasta la globalización*, en revista *Aulas y andamios. Aportes para la educación, el trabajo y el desarrollo productivo*, Buenos Aires, marzo de 2010, N° 6, año 3, ps. 4/5.

⁸ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 445; ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I, p. 141.

concesión que establece el Estado con el otorgamiento de la personería gremial⁹.

Acudimos a la definición de Justo López de libertad sindical cuando nos indicaba que constituye un conjunto de poderes individuales y colectivos, que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración y gobierno y actividad externa (actividad sindical) de las asociaciones profesionales de trabajadores; que nuestra Constitución lo asume como un verdadero principio general del Derecho Colectivo del Trabajo, sintezándolo en la garantía de la organización libre y democrática¹⁰.

⁹ CSJN, “Asociación Trabajadores del Estado c/Estado Nacional. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social”, *Fallos*: 331:2499, del 11-11-2008 –que ha declarado inconstitucional los requisitos de estar afiliado a la entidad sindical con personería gremial y ser elegido por todos los trabajadores afiliados y no afiliados, en comicios convocados por el sindicato con personería gremial–, y “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional. Armada Argentina”, *Fallos*: 332:2715, que cuestionó la validez constitucional de la limitación a los representantes gremiales de los sindicatos con personería gremial los alcances de la protección prevista en el art. 52, ley 23.551, por violentar, “...de manera tan patente como injustificada, la esfera que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones más representativas...”; GARCÍA, Héctor O., *La representación sindical en el lugar de trabajo a partir del fallo “ATE”*, en *Revista de Derecho Laboral*, Número extraordinario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009; *La libertad sindical en las condiciones de su vigencia*, en D. T. 2008-B-1084/1089, y *Actualidad sobre la representación sindical en la Argentina (a partir del fallo dictado por la Corte Suprema en autos “ATE c/Ministerio de Trabajo”)*, y TOPET, Pablo, *Modelos de libertad sindical en el Río de la Plata*, en ponencias que acompañan en la Mesa Redonda sobre Modelos de libertad sindical en el Río de la Plata, en las XVI Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas conjuntamente por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y celebradas en Colonia del Sacramento, Uruguay, 24 y 25 de abril de 2009. Ambos a su vez expresan que el Convenio 87 sobre “libertad sindical y protección del derecho de sindicalización” y el Convenio 98, que refiere “al derecho de sindicalización y negociación colectiva”, desde el año 1994, tienen jerarquía constitucional, según el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna; SEGURA, Alejandro A., *Ampliación de la tutela sindical específica a los representantes de sindicatos minoritarios*, en D. T. del 2010 (febrero), p. 247; SCJBA, *in re* “Sandes, Hugo Raúl c/Subpga SA s/Despido”, sent. L.93122 del 5-10-2011.

¹⁰ LÓPEZ, Justo y otros, *Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 81.

A su vez, como vehículo de la llamada autarquía sindical comprende: la autonomía constitutiva, la autonomía estatutaria, la autonomía federativa y la autonomía de acción y tiende a crear las condiciones favorables para generar el clima que tiende a garantizar el artículo 14 bis de la CN cuando postula la garantía de organizaciones sindicales libres y democráticas; es decir, el derecho de las organizaciones de redactar libremente sus estatutos y reglamentos, con el derecho de elegir libremente sus representantes; quienes a su vez deben gozar del derecho de peticionar por los trabajadores, actuando con toda independencia, promoviendo eficazmente la defensa de los intereses de los trabajadores.

No habría autonomía colectiva completa si se admite que un sindicato depende de la autorización del Estado para existir. Es decir, que el único titular de la autonomía colectiva es el sujeto sindicato por lo que habría que hablar más que de autonomía colectiva, de autonomía sindical, con el efecto normativo y el efecto *erga omnes* que la caracteriza.

En tal contexto son las organizaciones de trabajadores las que deben determinar las condiciones de elección de sus dirigentes sindicales como la duración de los mandatos sindicales. El Estado, los empleadores y sus organizaciones deberían abstenerse de toda intromisión indebida en el ejercicio de este derecho.

La tutela de la “organización sindical libre y democrática” debe ser interpretada en un sentido amplio, y en sus dos aspectos, libertad individual dando opción al trabajador para que éste pueda ejercer el derecho de afiliarse o no, y colectiva, es decir al grupo a constituirse en la forma que consideren conveniente para sus fines, sin más restricciones que las estrictamente razonables.

En el modelo sindical argentino, con una mirada en la regulación, los trabajadores si bien son afiliados automáticamente al formar parte de la planta de determinada actividad, pueden solicitar su desafiliación cuando lo deseen sin poner en riesgo su empleo, sin perjuicio de generarse igualmente “tendencias oligárquicas” con cúpulas históricas que centralizan el poder y poco parecieran fomentar las relaciones con las bases, que conforman esa “identidad colectiva” generadora de la

acción en pos del objetivo final de los intereses comunes de todos los integrantes y que da sustento a la existencia de los dirigentes¹¹.

La ley establece los requisitos para integrar los órganos directivos de las asociaciones sindicales y para ser designado delegado de personal. También señala que, en sus estatutos, las asociaciones sindicales deben garantizar la efectiva democracia interna que permita la efectiva participación de los afiliados, la representación apropiada de las minorías y la elección de sus directivos mediante el voto directo y secreto de los afiliados.

Regula minuciosamente lo concerniente a la convocatoria, publicidad, organización y desarrollo de la elección, así como las facultades del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en los casos en que no se efectúe oportunamente la convocatoria o se produzca acefalía en la comisión directiva del sindicato. El mandato de los representantes sindicales es de cuatro años, pudiendo ser reelegidos. En el caso de los delegados del personal, la duración del mandato es de dos años. Entre las funciones de la dirección sindical destacan: representar a la asociación sindical; administrar el patrimonio social; confeccionar y elevar anualmente a la asamblea ordinaria las memorias, inventarios y balance general; convocar asambleas ordinarias o extraordinarias; convocar elecciones generales, y realizar todo otro acto inherente a sus funciones.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social como autoridad de aplicación participa y posee atribuciones para regular las relaciones existentes entre los actores del mercado laboral; comprensivas de la vida sindical al interior de las organizaciones y en sus relaciones con los empleadores y el Estado. Esta intervención contemplada en la ley posee dos rasgos elementales que determinan el modelo sindical argentino: el otorgamiento de la personería gremial a la organización sindical más representativa y la homologación de las convenciones colectivas de trabajo y acuerdos celebrados entre el sector sindical y el sector empresarial.

La intervención del Estado puede tomar diversas formas y tener

¹¹ Ver BERMÚDEZ, Jorge G., *Promoción y protección de la libertad sindical*, en <http://www.asociacion.org.ar/eventos/celebrados/listado/bermudez.pdf>.

distintos propósitos restringiendo y promocionando las negociaciones colectivas. Puede controlar e intervenir en la formación de los sindicatos, en las negociaciones colectivas y en la resolución de conflictos. Las características particulares que el Estado establezca para la organización sindical de un país es importante para analizar las consecuencias de una determinada estructura de negociación¹².

Otra característica del sindicalismo argentino es la centralidad sindical por rama de actividad, es la denominada supremacía de los sindicatos “verticales”. Si bien existe la posibilidad de conformar organizaciones horizontales, agrupando a trabajadores que se desempeñan en la misma categoría, profesión u oficio, aunque sean de distintas actividades, en la mayoría de los casos se opta por organizaciones verticales, que prescindiendo de la profesión, oficio o categoría de los trabajadores, los agrupa en razón de desempeñarse en un mismo sector. Este sindicato por actividad dotado de la personería gremial, es el único que puede representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores; intervenir en negociaciones colectivas y vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social; designar delegados protegidos contra el despido; declarar medidas de acción directa, percibir aportes de los empresarios y constituir patrimonios de afectación; administrar obras sociales; entre otros beneficios exclusivos. Las restantes organizaciones pueden actuar, pero sin tener ninguno de los derechos de representación y protección que la ley estipula¹³.

Para que un sindicato sea reconocido debe registrarse según determinadas normas legales, pero sólo uno dentro de cada actividad, profesión u oficio y en el ámbito geográfico que le corresponde puede tener personería gremial. Esta distinción es de gran importancia porque sólo el sindicato con personería gremial podrá ejercer la función sindical y contará con algunos derechos y privilegios exclusivos, generando

¹² CALCAGNO, J. C. y GONTERO, S., *Reforma sindical en Argentina*, ponencia presentada en el 5º Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, ASET, Buenos Aires, agosto de 2001.

¹³ RADICIOTTI, Luisina P., *¿Democracia sindical en Argentina? Un análisis sobre sus condiciones y posibilidades*, en *Revista trabajo y sociedad*, N° 18, Santiago del Estero, junio de 2012.

una clara distinción hacia aquellos sindicatos que únicamente se encuentren inscritos en el MTEySS. A las asociaciones simplemente inscritas se le otorgan facultades secundarias que no comprenden la negociación colectiva o la posibilidad de adoptar medidas de acción directa. Es decir que, si bien la posibilidad de formar asociaciones sindicales existe, no será de gran utilidad si finalmente uno solo de ellos va a poder actuar legalmente. “Esta distinción de estatus legal revela la capacidad estatal para incidir en la configuración de la representación gremial, interviniendo tanto en materia de encuadramientos sindicales como en el reconocimiento de la organización de trabajadores con representatividad para participar en negociaciones colectivas con representaciones de los empleadores”¹⁴.

Éste es el modelo de unidad promocionada a través de la personería gremial, en el cual un solo sindicato monopoliza la representación de los intereses colectivos por rama de actividad. Régimen que difiere de la pluralidad sindical que permite la Constitución y actuación de entidades diversas por actividad, profesión u oficio en representación de los trabajadores, sistema al que se le endilga el riesgo de la fragmentación con la consiguiente pérdida de fuerza y eficacia en la acción, pero que garantizaría un grado mayor de libertad sindical.

La libertad sindical se constituye en un derecho primario como principio necesario para la existencia y desarrollo de un sindicato democrático, su importancia plasmada en el Convenio 87 de la OIT ha sido ratificado por la Argentina en 1960. Sin embargo, su plena vigencia ha sido puesta en duda a partir del contenido y directiva emergente del artículo 2º: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. La premisa que proclama la OIT para el ejercicio de la libertad sindical es la existencia de un modelo

¹⁴ PALOMINO, H. y GURRERA, M., *Caracterización de las nuevas inscripciones y personerías gremiales en la Argentina (2003-2008)*, ponencia presentada en el VI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología del Trabajo, ALAST, México DF, abril de 2010.

democrático de relaciones laborales inserto en un sistema político abierto y pluralista¹⁵.

Cierta perspectiva considera que el reconocimiento de ciertos privilegios a favor de la asociación sindical más representativa en la Argentina no es incompatible con la libertad sindical, siendo éste el eje central de las recomendaciones realizadas por el Comité de Expertos de la OIT para el caso argentino y los “cuestionamientos” hacia la ley 23.551 y su decreto reglamentario. La discusión se plantea en tanto la compatibilidad del principio de “mayor representatividad” con el principio de libertad sindical; “...con la posibilidad de armonizar un sistema que promueva la concentración sindical y al mismo tiempo garantice la libertad sindical en todos sus aspectos”¹⁶.

Por su parte Valdovinos, luego de declararse un celoso sostenedor del modelo sindical argentino, por la preocupación que le genera la fragmentación o atomización que conspira contra una acción colectiva que debe ser ejercida con autenticidad y vigor, siendo la unidad una condición necesaria de la eficacia. No obstante ello considera que las observaciones planteadas por la OIT deben ser receptadas favorablemente por la legislación argentina, destacando que los que critican el sistema fundamentalmente han hecho sentir el reclamo más con relación a la garantía de la democracia sindical que a la posibilidad de una pluralidad que afecte la unicidad de la representación. Apuntando a la pureza de la confrontación intrasindical y a la necesidad de adaptación a un nuevo escenario que supone aptitud para receptor la diversidad sin resentir la unidad¹⁷. A su vez se ha expresado necesaria la adaptación de ciertas normas de la ley 23.551 tendientes a morigerar derechos especiales a los sindicatos con personería gremial y garantizar

¹⁵ TOMADA, C., *La libertad sindical en Argentina y el modelo normativo actual de la OIT*, en *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, t. 2001-A; DEVEALI, Mario L., *Unidad y pluralidad sindical en la teoría y en la realidad*, en D. T. 1960-65.

¹⁶ RECALDE, M., *El sistema sindical argentino y la libertad sindical*, en *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, D. T. del 2004 (agosto), p. 1030, D. T. 2004-B-1030.

¹⁷ VALDOVINOS, Oscar, *La libertad sindical, la negociación colectiva y los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, octubre de 2004.

en la mayor medida posible la objetividad y pureza de los procedimientos tendientes a determinar la mayor representatividad¹⁸.

En aras de una búsqueda de eficacia en la representación de los intereses colectivos la mirada de Meguira se focaliza en el replanteo de los modos de representación y los derechos otorgados a las entidades sindicales: “un sistema equitativo para la presentación de intereses individuales y colectivos de los trabajadores; una representación coherente y democrática que garantice la voluntad del colectivo para la negociación colectiva y que limite la intervención estatal al mero registro de las organizaciones sindicales sin ninguna restricción a la voluntad constitutiva”¹⁹.

Sobre el denominado “modelo” nacional en la doctrina una primera aproximación la responden tanto Rodríguez Mancini como Goldin, cuando enumeran los caracteres que lo llevan a afirmar al primero que la ley 23.551 resulta contraria a los principios y normas en materia de libertad sindical y el segundo califica al sistema sindical argentino como promocional y limitativo²⁰. A juicio de Goldin el régimen resulta “...altamente intervencionista de constitución y personería de los sindicatos, conspira contra un ejercicio efectivo y pleno del derecho de los trabajadores (prescripto en la Constitución y en el citado art. 4º, inc. a, de la ley 23.551) de constituir, libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales, del de desarrollar actividades sindicales (las más importantes de ellas sólo se pueden llevar a cabo si se pertenece al sindicato que posee la personería

¹⁸ Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, creado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social por Resolución 507/2005 e integrado por VALDOVINOS, Oscar (presidente); ÁLVAREZ, Eduardo Oscar; ALDAO ZAPIOLA, Carlos; ELFFMAN, Mario; ELIAS, Jorge; FONTANA, Beatriz; RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge; SAPPÍA, Jorge; SIMON, Julio César y TOPET, Pablo, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 134.

¹⁹ MEGUIRA, H., *La representación sindical en Argentina*, ponencia presentada en el Primer Congreso de Abogados de la CTA, Buenos Aires, octubre de 1997.

²⁰ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Cuestiones constitucionales en la nueva ley sindical*, en D. T. XLVIII-B-1213, y GOLDIN, Adrián O., *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, noviembre de 1993, ps. 12 y ss.

gremial), así como el de elegir libremente a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos (art. 4º, inc. e); los representantes del personal en la empresa han de ser siempre trabajadores afiliados al sindicato con personería gremial”²¹. A su vez con motivo del fallo “ATE c/Ministerio de Trabajo” ha entendido que en los sistemas donde impera la libertad sindical, “...la custodia de la unidad es una tarea cotidiana de los dirigentes que la ley no hace por ellos, y que sólo su compromiso leal e invariable para con sus bases puede realizar...”; por el contrario sostiene si nuestro sistema “...restableciera el goce irrestricto de la libertad sindical y pese a ello, los dirigentes sindicales continuaran actuando del modo en que lo hicieron antes, es probable entonces que muchos trabajadores quieran experimentar ‘otra cosa’, que profundicen las tendencias centrífugas y la atomización, sin que se pueda culpar de esto a la Corte ni a la libertad”²².

4. El rol del Estado y la política

Un estudio de estas características se vincula con el análisis de la dinámica interna de las organizaciones sindicales, entendiéndola como una dimensión fundamental que contribuye a comprender los objetivos y estrategias políticas que despliega el actor sindical a lo largo de las diferentes coyunturas históricas y los lazos que se generan entre los sindicatos y el Estado²³.

Con relación a la garantía de organización sindical libre y democrática De Seta menciona una conducta omisiva de parte de los propios sujetos beneficiarios de este derecho y que el sistema responde a un modelo preexistente a la incorporación del artículo 14 bis al texto constitucional y que se encontraba vigente desde el año 1945, gozando de una fuerte inserción en la cultura de los trabajadores respecto a los

²¹ GOLDIN, Adrián, *El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1997, ps. 44 y ss.

²² GOLDIN, Adrián, *La unidad sindical no está en cuestión*, en diario *La Nación*, noviembre de 2008.

²³ VENTRICI, P., *Organización sindical, práctica gremial y activismo de base en el subterráneo de Buenos Aires*, Tesis de Maestría en Ciencias Sociales del Trabajo, CEIL-PIETTE, UBA, Buenos Aires, 2009.

beneficios que les otorgaba y que respondía, por otro lado, a motivaciones políticas alentadas desde el mismo Estado²⁴.

La problemática sindical enmarcada en el proceso político destaca que la escasa participación de las bases en los comicios no refleja el estado de la democracia interna porque las elecciones no son los mecanismos utilizados para llevar a cabo la selección de los cuadros dirigentes; las normas legales existentes tienden a disminuir las oportunidades de la competencia política y, finalmente, que la intervención de las bases en la vida gremial y los cambios en la cúpula sindical son casi siempre una consecuencia de la interferencia del Estado en el funcionamiento de las organizaciones sindicales²⁵.

Este modelo aún vigente pese a los cuestionamientos sufridos por nuestro máximo tribunal de justicia, es netamente reglamentarista, caracterizado por explícitas y minuciosas regulaciones –casi asfixiantes–, tiene raíces históricas originadas en la promoción estatal de organizaciones sindicales enmarcadas en orientaciones de política económica de corte distribucionista, que no dudamos en considerar justificadas inicialmente, pero que actualmente conforme al desarrollo de la conciencia sindical, más parece un lastre, que un motivador de la participación de los trabajadores en sus organizaciones.

El Estado debería estructurar un marco normativo propendiente a la justicia social, garantizando la libertad, el clima propicio que dé nacimiento a organizaciones que ejerciten plenamente la autonomía colectiva y se autorregulen a partir del marco constitucional que le da sustento y que debería ser espejo de las instituciones y principios que sustenta.

5. Democracia sindical

Una primera aproximación al tema parecería sugerirnos que los

²⁴ DE SETA, María Fabiana, *El derecho a la organización sindical libre y democrática según la jurisprudencia de la CSJN*, en *Revista de Relaciones Laborales y Seguridad Social*, Año I, N° 3, p. 308; ver también FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Bases para una ley de organización sindical*, en D. T. 1985-A-735.

²⁵ RADICIOTTI, *¿Democracia sindical en Argentina? Un análisis sobre sus condiciones y posibilidades* cit.

problemas que sufre la democracia sindical no distan de aquellos que aquejan a la democracia política. Si esta atrevida afirmación fuera cierta también podríamos arriesgar que en una democracia política bien arraigada, las prácticas democráticas perfeccionadas deberían transmitirse hacia instancias intermedias y desde allí como a todos los ciudadanos individualmente considerados, configurando una pauta cultural que tienda a considerar valiosa y eficaz, expresiva de una realidad medianamente tangible, la apetencia de participación.

Pero esa posibilidad, desconocida como certeza, de expresarse llanamente en participación democrática y experimentar la inteligencia cooperativa y la creatividad para dirigir su propia vida, libre de toda coacción e imposición por parte de los demás, reconociendo con sentido común el libre juego de hechos e ideas, para juzgar y actuar excluyendo las formas violentas, ubicando las discrepancias en la libertad de expresión de ideas y discusión, con el convencimiento de que podemos aprender del otro²⁶.

Esta aspiración teórica del fenómeno colectivo (sindicato) debería instrumentarse a través de instituciones que por impulso de sus miembros imbuidos de tal cultura llegaran a negociaciones, compromisos y acuerdos con el convencimiento de la necesidad de resolver pacíficamente sus diferencias.

Nosotros tenemos un marco constitucional enriquecido en 1994 con tratados y acuerdos internacionales que a la par de aquél han reafirmado derechos y garantías preexistentes, forzando una reinterpretación jurisprudencial que ha puesto en crisis conceptos que con diferentes motivaciones e intereses gozaban de cierto crédito.

La norma constitucional desde la política ya nos enviaba un mensaje fijando para el cargo ejecutivo un plazo con fecha de vencimiento y la imposibilidad de reelección, formas que garantizaban la emisión del voto en las elecciones (universal, secreto y obligatorio), un procedimiento reglado en el Código Nacional Electoral, con recursos judiciales que daban cuenta de la necesaria transparencia e imparcialidad. Sin embargo la transmisión de tales prácticas hacia las sociedades intermedias no se produjo.

²⁶ Ver DEWEY, ob. cit.

Esta afirmación podría refutarse a partir de la garantía de autogobierno que le garantiza la libertad sindical, de darse sus estatutos con la extensión y modalidades que los trabajadores decidan; sin embargo, partiendo de la estructura fundamental de la CN los afiliados internamente también gozan de la garantía de igualdad, posibilitándoles potencialmente la posibilidad de ser elegidos en idénticas condiciones y medios que aquellos que poseen el “aparato”, es decir que se encuentran en la conducción.

Las comisiones directivas de las organizaciones sindicales deberían registrarse automáticamente tras la notificación por parte del sindicato, y sólo debería ser impugnable a petición de los afiliados del sindicato, garantizándoles, en su caso, un procedimiento judicial imparcial, objetivo y rápido. Igualmente deberían tener el derecho a organizar su administración, sus actividades y de formular su programa de acción.

Las violaciones más corrientes de la autoorganización son la prohibición de celebración de congresos sindicales; la utilización de servicios de expertos que no sean necesariamente los dirigentes electos, que los dirigentes sindicales perciban remuneración o cuando las autoridades desconocen el derecho de las organizaciones de trabajadores a resolver ellas mismas sus divergencias.

El derecho del trabajador a ser representado por el sindicato, como el de peticionar y la libertad de reglamentar el procedimiento de presentación de quejas al empleador, constituyen actividades legítimas de la acción sindical²⁷.

Julio C. Simón y Leonardo J. Ambesi en la obra colectiva tratan, en un capítulo titulado precisamente *Organización sindical democrática*, los distintos aspectos de la cuestión explicando las distintas normas de la ley 23.551 y su reglamentación que se vinculan con el asunto. Al analizar cómo es acogido en la norma legal el mandato constitu-

²⁷ CSJN, 7-10-2010; *Instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional*, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 39; SIMÓN, Julio (dir.) y AMBESI, Leonardo A. (coord.), *La organización del sujeto sindical*, en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 341; MACHADO, Daniel y OJEDA, Raúl, *Tutela sindical*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 38; ARESE, César, *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 80.

cional, coinciden en que se trata de la afirmación del principio de no discriminación, y el aseguramiento del derecho de afiliación, de participación, de integración de los órganos asociacionales, de la debida instancia previa a la intervención judicial (art. 59, LAS, segunda parte). Cita sobre el tema un fallo de la CNAT en el que se expresó que la referencia a una organización libre y democrática en la Constitución significa “que el gobierno de los sindicatos, debe ser el resultado de la voluntad mayoritaria de los afiliados, libre y periódicamente expresada de conformidad con sus estatutos y con la ley, así como que esta ley y estos estatutos han de ser aptos para garantizar la expresión y el ejercicio eficaz de aquella voluntad [...] ha de recordarse que los conflictos intrasindicales por la conducción de las asociaciones se hallan a menudo dotados de una dinámica tal que los hechos políticos consumados tornan ilusorio el cumplimiento de resoluciones posteriores que eventualmente dispongan retrotraer la situación a un estado primitivo”²⁸.

A partir de los pronunciamientos judiciales que receptan una realidad diversa, parecería haber llegado la hora de abandonar el modelo reglamentarista en pos de mayores márgenes de libertad sindical, conforme al axioma enunciado por Altamira Gigena: “A mayor libertad sindical, menor reglamentación; a menor libertad sindical, mayor reglamentación”²⁹, limitándose la actividad estatal a normas de promoción de la participación de los trabajadores en la vida interna de las organizaciones existentes o a crear nuevas, sin perjuicio de las formas que adopte la manifestación del fenómeno que determina los agrupamientos profesionales, tutelando en forma ampliada la autonomía colectiva que produzca la dinámica social.

²⁸ En *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* cit. Sentencia de la CNAT, sala III, 3-7-90, “Federación del Personal de Vialidad Nacional c/Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales (Ministerio de Trabajo de la Nación)”, *Carpetas*, D. T., 3483, citado por RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *La libertad sindical al interior de la organización sindical. Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, a 73, N° 4, abril de 2013.

²⁹ Ponencia *El modelo sindical argentino. Democracia en la organización sindical*, presentada en el XIV Congreso Internacional de Política Social, Laboral y Provisional, Salta, 29, 30 y 31 de marzo de 2012, realizado por FAES.

6. Corolario

La estructura sindical argentina y la normativa legal que la regula, nos muestra un sindicato con una organicidad tradicional sustentada en un duro verticalismo y centralismo y en la excesiva burocratización de todas sus instancias e intervenciones. La nueva configuración del mundo del trabajo y un escenario de extendida fragmentación, en el que vuelve a predominar el actor sindical, pero conservando su estructura tradicional rígida, pese a que las mutaciones del mercado laboral demandan una relectura de las demandas y reclamos de los trabajadores que los sindicatos se resisten a visualizar para adaptarse a las nuevas realidades en pos de un nuevo acercamiento con representatividad de las bases a las dirigencias ya desprestigiadas que mantienen prácticas expulsivas al resultar carentes de mecanismos participativos que les den legitimidad a dirigentes que han perdido su identidad y con intereses que aparecen diversos para el trabajador de a pie, al percibirse que el dirigente sindical trabajador se ha transformado en un gerente administrador de una entidad ajena al trabajador, en la que el interés del conjunto, de clase, se aleja, confunde por resultar contradictorio con del interés individual del dirigente³⁰.

La relación entre las organizaciones sindicales y la democracia nos presenta un vínculo complejo y problemático³¹; sin embargo, un sindicato que se precie de ser democrático debe depositar su soberanía

³⁰ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *El sindicato en el Derecho argentino*, Astrea, Buenos Aires, 1981, ps. 187 y ss.; FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos y otros, *Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1998, ps. 343 y ss.; RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, ps. 67 y ss.; SIMÓN y AMBESI, *La organización del sujeto sindical* cit., ps. 390 y ss.; RAMÍREZ, Luis Enrique, *Democracia sindical: el caso argentino*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2006-2, *Derecho Colectivo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 216; ERMIDA URIARTE, Oscar, *Epílogo, intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas: situación actual y perspectivas*, en *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, noviembre de 1993, ps. 387 y ss.

³¹ BENSUSÁN, G. (2000), *La democracia en los sindicatos: enfoques y problemas*, en DE LA GARZA TOLEDO, E. (coord.), *Tratado Latinoamericano de sociología del trabajo*, El Colegio de México, México, ps. 392-421.

en los afiliados, respetando su sentir e ideas y en su asamblea como autoridad máxima de la organización.

El delegado de personal es el vocero de los trabajadores y representante del sindicato ante los empresarios, su representación debe proceder de la libre voluntad de los trabajadores manifestada en elecciones, éste debe ser otro trabajador que conozca a sus compañeros y sus aspiraciones, defienda sus intereses, actúe democráticamente acatando la voluntad de las mayorías, tenga noción de la legislación laboral y la historia del sindicato, sea líder y organizador.

La existencia de sindicatos fuertes y unidos en la acción debería propender a reducir los márgenes de la desigualdad.

Los conflictos en la democracia, con libertad e igualdad en inestable equilibrio, tienden a resolverse pacíficamente.

Contra la democracia interna de los sindicatos conspiran las burocracias insertadas que impermeabilizan la participación, impidiendo la alternancia.

Como la alternancia, la representación de las minorías o la integración de las juntas electorales no es algo que pueda imponerse desde afuera, ya que es consustancial a la libertad sindical que cada sindicato se dé sus propios estatutos, cuando éstos no los contemplan se petrifican direcciones que tienden a mantenerse en el tiempo desincentivando la participación de nuevos actores en las conducciones³².

Así cuando aparecen delegados con aspiraciones innovadoras, al existir una mayoría hegemónica permanente se les suelen revocar los mandatos y devolverlos al llano.

Si bien entendemos que una alternancia extrema y total de los cuerpos directivos resultaría nociva para la organización y estrategias del sindicato, debe lamentarse que las formas estatutarias no sean espejo de aquellas emanadas de la Constitución Nacional, que contemplan formas de acceso a las direcciones que permiten visualizar como posible una mayor participación en los órganos de dirección y de control.

³² El Comité ha considerado que el sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales. Véanse Recopilación de 1996, párrafo 34; 302° Informe, caso 1773, párrafo 469, y 306° Informe, caso 1884, párrafo 684; ídem 378 (véase Recopilación de 1996, párrafo 339).

Estas limitaciones resultan demostrativas de una desigualdad interna en los hechos, ya que una vez en posesión de un cargo dirigente, seguramente se alejará y diferenciará ostensiblemente de la base, con los riesgos de adopción de corruptelas a las que estará expuesto en pos de permanecer y controlar a la organización y sus bienes.

Entonces la invocación democrática se transforma en una expresión vacía de contenido que la compromete como valor y la libertad por sí sola no la garantiza, al carecerse de garantías con relación a la igualdad interna, enmascarando procedimientos y reglas limitativas que tornan ilusoria la participación efectiva.

A su vez tales limitaciones tienden a desarrollar escenarios de frustración que desembocan en conductas fraudulentas para retener los cargos, cuando no el conflicto interno se transforma en violencia.

Es así que un mecanismo de igualación como deberían ser las elecciones, no cumple el objetivo al direccionarse a tangentes conservadoras de las burocracias existentes.

Es por ello que postulamos sindicatos fuertes con dirigencias que se vayan oxigenando gradualmente, dando muestras de que es posible llegar a tener cierto nivel de decisión en los sindicatos.

373. Una disposición que prevea que los estatutos sindicales deben cumplir los requisitos de la legislación nacional no constituye una violación del principio de que las organizaciones de trabajadores deben tener el derecho de redactar sus propias constituciones y estatutos en plena libertad, siempre que esos requisitos reglamentarios no infrinjan el principio de la libertad sindical y de que, además, la aprobación de los estatutos por la autoridad competente no se halle sometida a la facultad discrecional de dicha autoridad (véase Recopilación de 1996, párrafo 334; ídem 384 (véase Recopilación de 1996, párrafo 346).

398. La imposición por vía legislativa del voto directo, secreto y universal para elegir a los dirigentes sindicales no plantea problemas de conformidad con los principios de la libertad sindical (véase Recopilación de 1996, párrafo 360).

425. La prohibición de reelección de los dirigentes sindicales no es compatible con el Convenio 87. Esta prohibición puede tener además graves consecuencias para el normal desarrollo de un movimiento sindical donde éste cuente con un número insuficiente de personas capaces de desempeñar adecuadamente las funciones de dirección sindical (véase Recopilación de 1996, párrafo 388).

426. Una legislación que fija una duración máxima de los mandatos sindicales y que al mismo tiempo limita su renovación, menoscaba el derecho de las organizaciones de elegir libremente a sus representantes (véase Recopilación de 1996, párrafo 389).

Hoy razonablemente podemos afirmar que el diseño institucional actual de los sindicatos, que responde a un modelo histórico propio de su promoción y consolidación, produce altos grados de impotencia impropios para el desarrollo actual de la sociedad democrática.

Nadie debería pensar que un cambio de conducción sindical, es peligroso o le quita fuerza a la organización, esto debería ser algo natural, incluso sería una demostración de madurez frente a las organizaciones empresariales³³.

La constitución de un sindicato democrático, con una oposición institucionalizada y una activa participación de sus miembros, tiende a conformar una comunidad política de referencia para los trabajadores, que genera una importante solidaridad de clase y sentido identitario entre los miembros y sus líderes, conformando una organización más eficiente para medir fuerzas con la empresa y la producción.

Todo ello no significa denostar a las dirigencias gremiales, hay muchas que funcionan bien, con altos grados de participación democrática, pero también hay muchas que podrían funcionar mejor, en definitiva todo depende de la conciencia sindical de los trabajadores y de las demandas que éstos les formulen a sus conducciones.

La dificultad para gestar y sostener la democracia en el interior de las organizaciones sindicales, se puede conjeturar sobre ciertas limitaciones dadas por el desinterés y la incapacidad de los miembros sindicalizados para participar de la toma de decisiones. Si aceptáramos esta hipótesis se “justificaría” la concentración y autonomía del poder en las dirigencias. Ahora si entendemos a la democracia sindical como “una forma de organización donde la voluntad mayoritaria busca crear espacios que permitan discutir, aprender e intervenir en aquella parcela

³³ Ángel Ledesma, secretario general del Centro de Empleados del Azúcar del Ingenio Río Grande La Mendieta de Jujuy, organización sindical enrolada en la CTA, indicó: Libertad y democracia sindical: A mayor organización gremial, mejores condiciones laborales. Los trabajadores deben capacitarse y conocer todas las herramientas del mercado, todas esas variables deben manejarse con la mayor precisión posible. Esto debería ser una obligación para quienes representan a los trabajadores. Ya no alcanza con andar reclamando, el escenario ha cambiado mucho en los últimos años. Ver <http://www.argenpress.info/2011/01/libertad-y-democracia-sindical-mayor.html>, y también <http://www.agenciaacta.org/spip.php?article165>.

que en la sociedad capitalista es de total incumbencia del capital, como es el control y la gestión de la producción a la cual se integran como sindicalizados los trabajadores”³⁴.

Deberíamos mirar a mecanismos como la alternancia y la representación de las minorías como medios para el logro de una distribución más progresiva y equitativa, una mayor igualdad socioeconómica.

Abordar la dinámica interna de los sindicatos, las relaciones entre los trabajadores, los delegados, las comisiones internas, las estructuras jerárquicas de los sindicatos, las agrupaciones políticas y las listas electorales, no ocupa un lugar de interés en las agendas políticas de los actores sociales, como así tampoco en los estudios específicos del fenómeno, las tendencias a la democratización u oligarquización de las organizaciones gremiales, es decir la existencia de estructuras burocráticas con una vocación de permanencia indefinida.

La problemática de la representatividad y legitimidad del dirigente sindical produce un cuestionamiento de la identidad de clase, que pone en riesgo la solidaridad y la organización misma, perdiendo eficacia en la defensa y conquista de derechos frente al empleador.

En relación con la democracia sindical, si bien la legislación garantiza una serie de derechos y obligaciones que enmarcarían un funcionamiento democrático en el interior de los sindicatos: ¿se cumplen las formas garantizadas de la manda constitucional?, ¿se conocen esas garantías que configurarían una cultura y práctica democratizadora?, ¿qué rol juegan los delegados de base y las comisiones internas?, ¿qué espacios de poder les dejan ocupar?, ¿cómo se los selecciona, forma y capacita?, ¿se permite el acceso a nuevos líderes?, ¿qué porcentaje de afiliados votan en las elecciones y asisten a las asambleas?, ¿qué representación tienen las minorías?, ¿qué grado de alternancia se advierte en las dirigencias?, ¿qué posibilidades de acceso a cargos prominentes tiene el trabajador común?

Con preguntas similares a éstas advierto la existencia de un desafío, algunas teñidas de una toma de posición política, “...nos sugieren que,

³⁴ NOVELO, Victoria, *La difícil democracia de los petroleros: historia de un proyecto sindical*, Ediciones El Caballito, México DF, 1991, p. 59; ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1980, ps. 297/298.

por debajo de las suspicacias de la política cotidiana, se requiere algún equilibrio entre tres pilares –libertad, democracia y poder eficaz– que juntos sirven para sustentar la institución sindical en nuestro país, como en cualquier otro”³⁵.

Parecería que si el movimiento obrero da respuesta práctica a tales interrogantes, generaría nuevos ámbitos que lo recrearían y legitimarían su accionar, dando debates que reafirmarían un nuevo protagonismo en la democracia, afianzando una gestión sindical más eficaz.

A modo de síntesis podría concluirse que “...el trabajador, que es ciudadano o debe serlo en lo laboral frente a sus empleadores y al Estado, también es un ciudadano o debe serlo en su propia organización frente a los dirigentes y a otros afiliados”. Es decir que tanto en su aspecto externo como interno los conceptos democracia, libertad e igualdad sindical se complementan, retroalimentan y equilibran³⁶.

³⁵ GUIBOURG, Ricardo A., *Libertad sindical y filosofía*, en diario *La Nación*, del 1-12-2008.

³⁶ ARESE, César, *Discriminación intrasindical*, en *Representación sindical en la empresa*, Errepar, Buenos Aires, Nº 6, p. 173, ver asimismo del autor: *Dos décadas de ley 23.551 son suficientes*, en *Revista de Derecho Laboral, Actualidad*, Número Extraordinario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009; *Apuntes sobre democracia sindical hacia una década de vigencia de la ley 23.551*, en D. T. 1998-B-1435, y *Modelo sindical y democracia interna*, en D. T. de diciembre de 2003.

LIBERTAD SINDICAL

por JORGE J. SAPPÍA

SUMARIO: Capítulo I. *Conceptos*. a) Introducción. Capítulo II. *Noción de libertad sindical*. Capítulo III. *¿Qué grado de libertad tienen las organizaciones sindicales argentinas?* a) Libertad civil y política. b) Libertad de expresión. c) La libertad de constituir organizaciones sindicales. d) Libertad de constituir organizaciones sin autorización previa. e) La cuestión del sindicato más representativo. f) Libertad de definir las pautas organizativas. g) Libertad de acudir a la huelga. h) Libertad para negociar colectivamente. i) El derecho a constituir federaciones y confederaciones y de afiliarse a organizaciones internacionales. j) Protección contra la discriminación antisindical. k) Otras temáticas. Capítulo IV. *¿El sistema sindical argentino está adaptado al esquema de libertad sindical elaborado por la OIT? ¿Es necesaria esa adaptación? ¿Qué medidas podrían tomarse para adaptarlo?* a) ¿El sistema sindical argentino está adaptado al esquema de libertad sindical elaborado por la OIT? b) ¿Es necesaria esa adaptación? c) ¿Qué medidas podrían tomarse para adaptarlo? Capítulo V. *¿Cómo deben interpretarse las normas vigentes a la luz de los fallos de la Corte Suprema en las causas “ATE c/Ministerio de Trabajo” y “Rossi c/Estado Nacional”?* Capítulo VI. *Conclusiones*.

Capítulo I – Conceptos

a) Introducción

La propuesta de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, para acometer el presente análisis, implicaba elaborar respuestas a tres preguntas: a) ¿Qué grado de libertad tienen las organizaciones sindicales argentinas? ¿Cuál deberían tener? b) Si hubiera falta o exceso de libertad, ¿qué medidas podrían tomarse para adaptar la realidad al objetivo propuesto? c) ¿Cómo deben interpretarse

las normas vigentes a la luz de los fallos de la Corte Suprema en las causas “ATE c/Ministerio” y “Rossi c/Estado Nacional”?

Sin modificar el espíritu de tales interrogantes, he creído necesaria la reformulación de la segunda, para posibilitar un más amplio desarrollo de la temática propuesta, planteándola en tres preguntas, a saber: ¿El sistema sindical argentino está adaptado al esquema de libertad sindical elaborado por la OIT? ¿Es necesaria esa adaptación? ¿Qué medidas podrían tomarse para adaptarlo?

Entiendo que para comenzar es aconsejable hacer referencia al concepto de libertad sindical, pues a partir de lo que se diga a ese respecto se podrá elaborar una respuesta a cada uno de todos los interrogantes.

Capítulo II – Noción de libertad sindical

La noción de libertad sindical suele enunciarse con la reiteración del contenido de los artículos 2º y 3º del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo¹. A continuación los autores refieren al contenido del concepto distinguiendo que la norma internacional consagra dos haces de derechos tanto positivos cuanto negativos que son los de tipo individual y los de naturaleza colectiva. En ese sentido cito a nuestro recordado Oscar Ermida Uriarte², quien expone que “el concepto ha evolucionado notoriamente ya que mientras en sus orígenes se refería apenas al reconocimiento del derecho de los individuos a constituir sindicatos, actualmente posee un contenido complejo, incluyendo derechos positivos (de hacer) y negativos (de no hacer), indi-

¹ Convenio 87 de la OIT. Art. 2º: “Los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción, y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

Art. 3º: “1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

”2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

² ERMIDA URIARTE, Oscar, *Sindicatos en libertad sindical*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 29.

viduales y colectivos, etcétera”³. Por su parte, Julio Simón, actualizando a Justo López, sostiene una elaboración fundada en la idea de que la libertad sindical alude a los poderes, pensamiento de un importante sector de la doctrina para referirse a esta temática, y afirma que la libertad sindical es el “conjunto de poderes individuales y colectivos que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración y gobierno y actividad externa de las asociaciones profesionales de trabajadores”⁴. De esta conceptualización de López y Simón, se sigue que la libertad sindical consagra un plexo protectorio de los trabajadores, individualmente considerados, en punto a su voluntad de organizarse con fines de defensa de intereses profesionales. En cambio, Etala ensaya su definición diciendo que “la libertad sindical es el conjunto de derechos, potestades, privilegios e inmunidades otorgadas por las normas constitucionales, internacionales y legales a los trabajadores y las organizaciones voluntariamente constituidas por ellos, para garantizar el desarrollo de las acciones lícitas destinadas a la defensa de sus intereses y al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”⁵. Este autor, orientándose en la doctrina que atribuye a la libertad sindical contenido vinculado a los derechos, atiende tanto a los de índole individual de los trabajadores, como a los de carácter asociativo de las organizaciones que éstos pueden estructurar.

Es que como expone Ackerman: “prevalece una tendencia a omitir una definición para abordar directamente la descripción de las regulaciones vigentes o pretéritas...”⁶ y por eso la mayoría de los autores omiten definir qué es libertad sindical. El autor citado, en cambio, acomete la tarea y afirma que la libertad sindical es “El derecho subjetivo, individual y colectivo, de los trabajadores y de los empleadores, para asociarse y

³ ERMIDA URIARTE, ob. y p. cit.

⁴ SIMÓN, Julio, versión act. de *Libertad sindical* por LÓPEZ, Justo, en *Tratado de Derecho Colectivo de Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 169.

⁵ ETALA, Carlos Alberto, *Derecho Colectivo de Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 58.

⁶ ACKERMAN, Mario, *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Mario Ackerman, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. VII, p. 39.

desarrollar sin interferencias las actividades necesarias para la promoción y defensa de sus intereses colectivos profesionales”⁷.

La expresión precedente exhibe una riqueza tal que impulsa a formular algunas reflexiones en torno de la cuestión bajo examen, antes de proponer una posible noción propia. En primer lugar plantea que se está hablando de un derecho individual y colectivo, criterio que exige de algunas precisiones. Ocurre que hay dos momentos en el ejercicio de la libertad sindical que aluden a dos sujetos diferenciados en su motivación y en su accionar. El primer momento ocurre cuando el trabajador aspira, pretende o intenta impulsar la formación de un sindicato o adherirse a uno que ya está en funciones, ejercitando un derecho individual. El otro refiere a la asunción por el sindicato de su rol de defensa de los intereses profesionales de un determinado universo de trabajadores, con lo cual activa un fenómeno de naturaleza colectiva. A partir de esta distinción, afirmo que el principio de la libertad sindical implica el reconocimiento de un derecho inicialmente individual, pero cuya puesta en acto expresa necesariamente un hecho colectivo, puesto que carecería de sentido la formación de un sindicato o la adhesión a uno que ya está activo, si no se tuviera en vista la acción colectiva. Es decir que atendiendo a la finalidad tenida en cuenta al promoverse una organización sindical o afiliarse a ella, predomina un sentido finalista de carácter eminentemente colectivo, que dota al concepto del principio de un contenido que excede lo individual.

La noción antes transcripta de Ackerman alude a la libertad sindical como derecho de los trabajadores y empleadores, expresión que reproduce el tenor del Convenio 87, que se refiere a ambos términos de la relación laboral. Ocurre, como el mismo autor cita⁸, que buena parte de la doctrina descrea que deba calificarse a la organización empresarial como sindical. Esto es tanto así que en la consideración habitual, en el lenguaje cotidiano de las relaciones laborales, la voz sindicato alude, indefectiblemente, a la representación de los trabajadores, nunca a la de los empleadores. Incluso puede señalarse que son escasísimos los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de

⁷ ACKERMAN, ob. cit., p. 46.

⁸ ACKERMAN, ob. cit., p. 42.

la OIT, relativos al asociacionismo de los empleadores, como puede apreciarse revisando las recopilaciones de 1996 y 2006. Esto me lleva a proponer excluir la cita de aquéllos en relación con una conceptualización de la libertad sindical.

A partir de esa diferenciación relativa a los sujetos atribuidos de capacidad para invocar a su respecto la libertad sindical, aparece como irrefutable la señalización de que el principio tiene por objetivo la defensa y promoción de los intereses colectivos profesionales. He sostenido que “Históricamente los sindicatos nacieron de la voluntad de los trabajadores, sin que sea dable en mi opinión calificar ese movimiento como espontáneo. Las acciones humanas pueden recibir esa adjetivación cuando una persona individualmente o un grupo de ellas las emprende guiados por un objetivo que se considera importante y atractivo. Nunca cuando obedece a un estado de necesidad que presiona sobre los actores de modo de guiar sus actos. En esa hipótesis no hay espontaneidad, sino apremio [...] la ausencia total de reconocimiento a los obreros de su condición de persona con derecho a condiciones dignas, promueve su vocación de asociarse para mejor defender sus intereses”⁹. Esta idea, a su vez, refiere a que en la naturaleza intrínseca del vínculo laboral late el conflicto, producto de la tensión que genera la relación de cambio donde el empleador es el propietario del capital y receptor del producto del esfuerzo del trabajador, quien sólo posee su fuerza de trabajo. Entonces allí donde se cambia trabajo por remuneración, sólo hay, desde ambos lados, intereses que defender y promover. Por eso es posible sostener que en esa tensión a la que aludo, y en relación con la libertad sindical, cabe más hablar de poderes que de derechos, poderes que requiere un sector, el de los trabajadores, para confrontar intereses con los de los empleadores que cuentan con el poder que otorga el capital, a través de un sistema de representación de aquellos que sea apto para equiparar capacidades negociales. Obviamente en este análisis está presente la idea de que en el seno de la relación laboral subyace la presencia del conflicto, el que se da cuando se enfrentan las lógicas de cada parte. “La lógica del jefe de

⁹ SAPPIA, Jorge, *El modelo sindical en la situación actual*, en *Conferencia en el XIX Congreso Ibero Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Buenos Aires, del 1-11-2013.

la empresa es la búsqueda de un resultado financiero que le permita la supervivencia y el desarrollo de la empresa frente a la concurrencia que se ejerce sobre el mercado” y “la lógica del asalariado, consiste en la búsqueda de una mayor seguridad en el empleo, en mejorar las condiciones del trabajo y, de más en más, un interés por las tareas efectuadas y/o los servicios que brinda”¹⁰. Esta frase de Moreno, revela que en el ámbito laboral existe una situación de desigualdad entre empleadores y trabajadores, por lo que éstos deben asumir una fuerza determinada, un poder apto para lograr la mejor negociación, asumiendo que negociar –como refiere el autor citado– conlleva la idea de renuncia o resignación de una posición o una aspiración en vía de obtener una solución¹¹. Para ello es que resulta necesario, desde la perspectiva del trabajador, ejercer una cuota de poder.

Considero que es a este objetivo al que se refiere el principio de libertad sindical, que se traduce en mi opinión en el hecho de reconocer a la representación de los trabajadores el poder útil para participar del mejor modo posible en la superación del conflicto propio de la relación laboral.

Entonces es posible aventurar una noción de libertad sindical, diciendo que es un derecho humano fundamental, como lo ha consagrado la Declaración de la OIT de 1998, que implica el reconocimiento institucionalizado del poder que corresponde conceder para la mejor defensa de sus intereses, a la representación de los trabajadores, en tanto sea estructurada sobre la base del derecho individual de sus integrantes para formar sindicatos, afiliarse a ellos, desafiliarse o no afiliarse.

De esta manera confiero el primer lugar en la conceptualización expuesta al fin u objetivo, que es la defensa de los intereses comunes que movilizan a los trabajadores en términos colectivos. Luego la exigencia de que la institución que ejerza el poder se arme respetando los derechos individuales de sus eventuales miembros.

¹⁰ MORENO, Omar, *La nueva negociación*, Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires, 1991, p. 27.

¹¹ MORENO, ob. cit., p. 24.

Capítulo III – ¿Qué grado de libertad tienen las organizaciones sindicales argentinas?

Así se ha formulado el primer interrogante planteado para responder en esta comunicación. La primera reacción frente a la pregunta sugiere otra indagación: Libertad, ¿para qué? En el plano de las libertades individuales la finalidad está presente en el preciso instante en que es mencionada, pues se menta a la libertad en sí misma, por oposición a no ser libre, a la libertad de pensamiento, a la libertad religiosa, a la libertad de prensa, para citar algunos modos de libertad. La libertad de las entidades, de las personas jurídicas, requiere de alguna precisión para saber a qué queremos aludir. Una sociedad anónima requiere libertad para comerciar, para exportar, para transportar, etcétera. Pero no necesita, por ejemplo, de la libertad religiosa. El sindicato como persona jurídica requiere que se le reconozcan ciertas libertades y eso es lo que trataré de examinar.

Una organización gremial necesita libertad para constituirse, para funcionar, para elegir a sus representantes, ejercer su administración, para definir sus actividades y formular su plan de acción, para ejercer el derecho de huelga, para adherir a federaciones o confederaciones nacionales o internacionales, para negociar, para no ser discriminada, para participar en organismos estatales. Más específicamente requiere gozar de libertad para ejercer dos derechos fundamentales del sindicalismo que son la negociación colectiva y la huelga. La precedente es una enumeración que sigue los lineamientos de la sistematización de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, según surge de las recopilaciones de decisiones y principios de los años 1996 y 2006, editados por la Oficina Internacional del Trabajo. A la luz de esa sistematización, y siguiendo su orden, intentaré hacer un diagnóstico del grado de libertad que gozan los sindicatos en Argentina.

a) Libertad civil y política

Comenzaré, como hacen las recopilaciones citadas, por la libertad civil y política. Ha sostenido el Comité que “Los derechos conferidos

a las organizaciones de trabajadores y de empleadores, se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles [...] El sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales [...] Un movimiento sindical realmente libre e independiente sólo puede desarrollarse dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales”¹².

Felizmente superadas las oscuras etapas de la dictadura, en nuestro país existe una situación de vigencia plena de los derechos humanos y la democracia goza de buena salud, más allá de los avatares propios de una sociedad en estado de ebullición y transición hacia mejores destinos. Quiero decir que las organizaciones sindicales pueden existir y actuar sin que existan impedimentos ni limitaciones desde la perspectiva de los derechos humanos fundamentales. Inclusive es necesario poner de relieve que no se constatan hechos de persecución y apremios contra sindicalistas por la mera circunstancia de ser tales, como lamentablemente ocurre en otros países de la región. Los casos de prisión ameritan la formación de causas judiciales llevadas adelante con observancia del debido proceso, como marca la Constitución Nacional.

Una mención especial merece la *Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles*¹³ para marcar las bases en las cuales debe fundarse cualquier consideración relativa a la libertad sindical. Ese pronunciamiento de la OIT “Reconoce que los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles [...] y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles”.

¹² *Comité de Libertad Sindical de la OIT*, Recopilación de 1996, párrs. 33, 34 y 35, OIT, Ginebra, 2006.

¹³ Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, año 1970, citado por ACKERMAN, en *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. VII, p. 60.

b) Libertad de expresión

Específicamente, puede sostenerse que los sindicatos argentinos gozan del “derecho a organizar reuniones sindicales que son elementos esenciales del derecho sindical”¹⁴, del “derecho a organizar manifestaciones públicas, un aspecto importante de los derechos sindicales”¹⁵ y del “derecho de expresar opiniones por medio de la prensa o en otra forma, que es uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales”¹⁶. El simple cotejo de lo que ocurre en nuestro territorio con las definiciones de la OIT sobre el tema es demostrativo del estado de situación apuntado.

c) Libertad de constituir organizaciones sindicales

Esta cuestión, cotejada con la realidad nacional, impone mirarla desde la óptica de la no discriminación. A partir de allí, puede decirse que Argentina no evidencia situaciones de colisión con el principio general consagrado por el Comité de Libertad Sindical: “El artículo 2º del Convenio 87 consagra el principio de la no discriminación en materia sindical y la expresión ‘sin ninguna distinción’ que contiene este artículo significa que se reconoce la libertad sindical sin discriminación de ninguna clase debida a la ocupación, al sexo, al color, a la raza, a las creencias, a la nacionalidad, a las opiniones políticas, etcétera, no sólo a los trabajadores del sector privado sino también a los funcionarios y a los agentes de los servicios públicos en general”¹⁷. No obstante la afirmación que luce al comienzo de este segmento, debo señalar que existe un elemento discriminatorio de nuestra legislación sindical, en el artículo 18, último párrafo, de la ley 23.551, en punto a exigir que el 75% de los directivos de un sindicato y quienes ocupen los dos cargos de mayor jerarquía en el órgano directivo, deben ser ciudadanos argentinos. Se trata en este punto de situaciones que no han sido legisladas de conformidad con el principio de libertad sindical, según la OIT.

¹⁴ Ob. cit. en la nota 12, Recopilación de 2006, párr. 131.

¹⁵ Ídem, párr. 134.

¹⁶ Ídem, párr. 155.

¹⁷ Ídem, párr. 209.

No tiene ese carácter, en cambio, la negativa reiterada de la autoridad de aplicación a reconocer el derecho de sindicalizarse a los miembros de las fuerzas armadas y la policía, pues como lo ha sostenido el Comité de Libertad Sindical, esos ciudadanos “podrían ser excluidos de la aplicación del Convenio 87 y deberían ser definidos de manera restrictiva”¹⁸. Empero sostengo que esta idea merece ser revisada, como he revisado mi anterior opinión al respecto. Es que los sucesos de la primera quincena de diciembre de 2013, empezando por Córdoba y siguiendo por el resto de las provincias argentinas con motivo de las huelgas policiales, han obligado a un reexamen de la cuestión.

Los episodios de violencia, saqueos, destrucción y humillación de vecinos, a lo largo de muchas ciudades de nuestro vapuleado país, me han impulsado a revisar la opinión que durante muchos años expuse como propia con relación a la sindicalización de los cuerpos armados. En efecto siempre enseñé en la Universidad que era peligroso admitir la agremiación de quien utiliza como herramienta de trabajo un arma, pues en momentos de conflicto podría ocurrir que se pretendiera utilizar ese elemento laboral para obtener –por la fuerza– el reconocimiento de las pretensiones sindicales.

De hecho en la Argentina no existe legislación alguna que determine si los miembros de cuerpos armados, integrados por personal estatal, sea nacional o provincial, pueden constituir un sindicato. Ni por la negativa ni por la afirmativa. La única referencia legal está dada por los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, 87 y 98, dedicados respectivamente a definir el derecho de los trabajadores a sindicalizarse y a determinar el concepto de negociación colectiva y su promoción e impulso. En esos dos convenios la OIT deja a criterio de la legislación nacional de los países miembros –como es Argentina– extender esos derechos a las fuerzas armadas y la policía. Esto quiere decir que nuestro país está en condiciones de decidir libremente qué hacer con la temática en examen.

Sobre esta base creo que no es posible admitir que una huelga policial, vanamente disfrazada como acuartelamiento, deje a la población civil librada a su suerte en materia de seguridad, como ha pasado

¹⁸ Ídem, párr. 223.

en estos días. De lo que se trata es de evitar ese vacío absoluto de protección de la gente. Éste es un elemento objetivo a analizar. El otro es que los empleados policiales hacen huelga. Entonces es preciso compatibilizar ambos, admitiendo un dato de la realidad que es la huelga policial y una exigencia social que es la preservación de la seguridad.

Sostengo que esto se logra regulando el ejercicio de la huelga policial, desde la perspectiva de que la seguridad es uno de los tres calificantes que, a juicio del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, justifican la mención de esenciales de algunos servicios públicos. Ello ocurre cuando se dan situaciones que afectan la vida, la salud o la seguridad de toda o parte de la población. El último de los tres es el que ha estado en juego en nuestras ciudades.

Entonces digo que si se reconoce el derecho a sindicalizarse a los policías, se les debe reconocer el derecho a la huelga. Pero a la vez se debe calificar al servicio policial como esencial y en consecuencia –en consonancia con el artículo 24 de la ley 25.877 y también con los pronunciamientos de la OIT– exigir que una medida de fuerza de los empleados de la fuerza de seguridad acredite la prestación de un servicio mínimo, como es dable exigir a los servicios esenciales. En mi opinión nunca en un porcentaje inferior al cincuenta por ciento de la prestación normal. Esto evitaría que se repitan situaciones como las vividas en la primera semana diciembre.

Agrego, como dice Rodolfo Capón Filas en el voto minoritario del fallo dictado en “Ministerio de Trabajo c/Sindicato Único del Personal de Seguridad s/Ley de Asoc. Sindicales”¹⁹, que la sindicalización policial permite elaborar un diálogo de naturaleza institucional entre el poder gubernamental y la representación gremial, apto para lograr soluciones negociadas.

Creo que es un tema que admite un debate y requiere una solución útil para la ciudadanía. A esos efectos vale citar el voto de la doctora Graciela González, en un pronunciamiento del 18 de diciembre de 2013, en el cual, revocando una Resolución del Ministerio de Trabajo

¹⁹ CNAT, sala VI, 15-2-2006.

de 2007, ordenó la inscripción gremial de la Unión de Policías y Penitenciarios de Argentina, Córdoba, 7 de agosto²⁰. Esta sentencia abre una perspectiva nueva y valiosa, de cara a una nueva lectura de la sindicalización policial.

Es necesario aludir a otras expresiones de la organización internacional, relativas a la legislación argentina en materia de libertad sindical. El Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de 1997, da cuenta de que los órganos de control de la OIT han encontrado en la normativa nacional Argentina prescripciones evaluadas como cuestionables desde la perspectiva de la libertad sindical. Sigo aquí la descripción que efectuó el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales²¹. Allí se marcaron las siguientes situaciones censuradas por la CEACR, en la ley 23.551:

- a) El artículo 28, en cuanto exige que para desplazar de la personería gremial a un sindicato, el peticionante debe acreditar una cantidad de afiliados cotizantes “considerablemente superior” y su reglamento, el artículo 21 del decreto 467/88, que cuantifica ese criterio en un diez por ciento.
- b) El artículo 29, en cuanto impide conceder personería gremial a un sindicato de empresa cuando en la zona de actuación, en la actividad o en la categoría existiere un sindicato de primer grado o una unión.
- c) El artículo 30, que impone restricciones severas y excesivas para otorgar personería gremial a un sindicato de profesión, oficio o categoría.
- d) El artículo 31, que establece los derechos exclusivos de las asociaciones sindicales con personería gremial.
- e) El artículo 38, sobre otorgamiento del derecho al descuento de la cuota sindical por nómina con exclusividad al sindicato con personería gremial.

²⁰ CNAT, sala II, 18-12-2013, “Ministerio de Trabajo c/Unión de Policías Penitenciarios, Argentina, Córdoba, 7 de agosto s/Ley de Asoc. Sindicales”.

²¹ Grupo de juristas del Derecho del Trabajo, creado en 1985 por el Ministerio de Trabajo de la Nación, cuyas recomendaciones se publican en *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 115.

- f) El artículo 39 sobre exención impositiva sólo para los sindicatos con personería gremial.
- g) Los artículos 48 y 52 sobre protección de la estabilidad de los dirigentes y delegados sindicales.

Como se advierte, el espectro de críticas al sistema argentino desde la Organización Internacional del Trabajo no es menor, y pone con su sola enunciación en un cono de sombra la observancia de los Convenios 87 y 98 por nuestro país. El tema exige de algunas consideraciones para precisar los alcances de las censuras y visualizar las posibles enmiendas si es que debe haberlas.

Es obvio, en mi opinión que el sistema del artículo 28 de la LAS, no resiste el menor análisis, porque la expresión “considerablemente” es tan ambigua como absurda. Su reglamento tampoco alcanza para suplir el defecto, pues fijar la diferencia en un diez por ciento es por lo menos una exageración infundada. Sin embargo, lo grave no está en la enunciación normativa, sino en la práctica. Adviértase que la ley marca el cotejo sobre los seis meses anteriores a la petición de desplazar la personería gremial y ocurre en la práctica que esa comparación se demora y recién se realiza varios años después de iniciado el expediente, con lo cual carece de actualidad y lo que se extrae de ese trámite generalmente no se vincula para nada con la realidad de las organizaciones sindicales en pugna. En la vida real me ha tocado resolver una solicitud de cotejo que acreditaba 18 años de papeleos en sede de la autoridad de aplicación, tiempo durante el cual la mayor parte de los peticionantes habían extinguido sus contratos laborales por despidos, renuncias, jubilación o decesos y naturalmente no habían quedado trabajadores en posibilidad de asumir la personería gremial si hubiera sido otorgada.

Las críticas a los artículos 29, 30, 38 y 39 evidencian limitaciones a la posibilidad de ejercer el derecho de los trabajadores, consagrado por el artículo 2º del Convenio 87, a constituir los sindicatos que consideren convenientes, pues como ha dicho reiteradamente el Comité de Libertad Sindical se trata de la concesión de privilegios, a las organizaciones con personería gremial, que de algún modo actúan como inductores u orientadores de la decisión de los trabajadores de afiliarse o no afiliarse a un determinado sindicato. Es que “Si bien puede ser

ventajoso para los trabajadores y los empleadores evitar la multiplicación del número de organizaciones defensoras de sus intereses, toda situación de monopolio impuesta por vía legal se halla en contradicción con el principio de la libertad de elección de las organizaciones de empleadores y trabajadores”²². Tengo para mí que la proliferación sindical, condición previa a la proclamación de la atomización sindical y la pérdida de eficacia en la acción gremial, no es una cuestión neutra y no puede estar ausente de la definición política de una nación acerca del rol que pretende asignar a la representación de los trabajadores. Por ello creo necesario reproducir el criterio del Grupo de Expertos cuando sostiene “...recomendamos implementar la mayor parte de las observaciones formuladas por la Comisión de Expertos, sin perjuicio de acotar algunas de ellas con prudencia y sentido común, con miras a no introducir en el sistema de relaciones laborales nuevos factores que compliquen aun en mayor medida su funcionamiento”²³.

He dejado aparte la consideración del artículo 31 de la ley 23.551, relativo a los derechos exclusivos de los sindicatos con personería gremial. Los incisos b, a, f, no aparecen, en mi criterio, como colisionando con la interpretación, que en las condiciones de su vigencia, cabe hacer de los Convenios 87 y 98 de la OIT. En efecto el Comité de Libertad Sindical ha reiterado –y en esta comunicación lo he expuesto– que las prerrogativas conferidas a los sindicatos más representativos deben estar referidas a la celebración de convenios colectivos, a la participación en organismos de consulta y la representación de los trabajadores en instituciones internacionales. El primero de esos reconocimientos, referido a la negociación colectiva, está expuesto en el inciso c. Los incisos b, y d, aluden a la participación y consulta y el f, al diferimiento de una atribución derivada de la condición de signatario de un convenio colectivo. Quiero señalar que no aparecen situaciones de tensión entre el texto legal y las opiniones de la OIT.

Sin embargo esta situación no se da en relación con el inciso a, del artículo 31 de la ley 23.551, que adjudica al sindicato con personería gremial el derecho de defender y representar ante el Estado y los

²² Ob. cit. en la nota 12, Recopilación de 2006, párr. 320.

²³ *Grupo de Expertos* cit. en nota 21, p. 117.

empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores. La cuestión se plantea en orden a los intereses colectivos, ya que los individuales pueden ser atendidos tanto por las organizaciones más representativas o las minoritarias, sólo a pedido del trabajador. Y se plantea porque la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en el Informe de 1997, calificó la exclusión de los sindicatos minoritarios de la capacidad de representar intereses colectivos como privilegio contrario al principio de libertad sindical y porque más recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “ATE II”²⁴ resolvió en igual sentido.

Sostengo que la determinación aludida en punto a los intereses colectivos implica en relación con el marco normativo una cuestión, una expresión al menos incompleta, pues no es completa la lectura de la ley 23.551. Ello así, ya que como lo expone Rial²⁵, la ley en su artículo 23 admite que los sindicatos minoritarios puedan representar intereses colectivos en caso de ausencia de organizaciones dotadas de personería gremial. Y está bien que así sea, so pena de quebrar el concepto que el sindicato más representativo debe tener el derecho exclusivo a la negociación colectiva. Esta referencia se funda en que no existe defensa de ningún interés colectivo que no implique una negociación colectiva. Me pregunto: ¿en qué consistiría la defensa de un interés colectivo que no fuera la pretensión de una mejora salarial, la corrección de disposiciones de seguridad en el trabajo, la ampliación del período de vacaciones, la reducción de la jornada o la modificación de las categorías profesionales? Para no citar sino algunas vicisitudes del vínculo laboral. Pero aún más, si esos intereses colectivos son defendidos exitosamente, ¿en qué termina esa defensa si no es en la celebración de un acuerdo colectivo que ponga en estado de cumplimiento el reclamo obtenido? Continuo interrogándome y digo si eso no implica la posibilidad de que existan diferentes defensas exitosas, de diferentes sindicatos –el mayoritario y los minoritarios– con distintos modos de estructurar los derechos de los trabajadores en un mismo

²⁴ CSJN, 19-6-2013, “ATE c/Municipalidad de Salta”.

²⁵ RIAL, Noemí, *Libertad sindical*, cit. por NÚÑEZ, Carlos Mariano, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Ackerman, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. VII, p. 610.

ámbito o actividad? Y por último las diferencias entre trabajadores de un mismo sector, establecidas a través de esos procedimientos multívocos, ¿es un bien laboral a proteger, o resulta necesario preservar iguales ciertos mínimos que aseguren adecuada satisfacción a los derechos de los trabajadores? Mucho me parece que las respuestas a estas preguntas proclaman la inconveniencia de la aplicación en abstracto y sin vinculación con el mundo real, de consignas que teóricamente aparecen positivas, pero que distan de serlo.

Empero todo ese análisis está referenciado por el costado de los trabajadores, pero si se atiende al de los empleadores se advertirá lo difícil que resultará al empresario discernir diferentes tratamientos para diferentes pretensiones sindicales.

En punto a la exclusión de los dirigentes sindicales de las organizaciones simplemente inscriptas, el tema será tratado en el punto referido a la discriminación antisindical.

d) Libertad de constituir organizaciones sin autorización previa

A continuación traigo la temática del derecho de los trabajadores de constituir organizaciones sin autorización previa y cito el criterio del Comité de Libertad Sindical, a través de 27 pronunciamientos, a cuyo texto se adapta sin problemas el caso argentino, según veré más adelante: “El principio de la libertad sindical podría llegar a ser muchas veces letra muerta si para crear una organización los trabajadores y los empleadores tuviesen que obtener un permiso cualquiera, ya revista la forma de una licencia para fundar la organización sindical propiamente dicha, de una sanción discrecional de sus estatutos o de su reglamento administrativo o de alguna autorización previa indispensable para proceder a su creación. No obstante, si bien los fundadores de un sindicato tienen que observar los requisitos de publicidad u otros análogos que pueden regir de acuerdo con determinada legislación, tales requisitos no deben equivaler prácticamente a una autorización previa ni constituir un obstáculo para la creación de una organización hasta el punto de constituir en los hechos una prohibición pura y simple. Aún cuando el registro sea fa-

cultativo, si de él depende que las organizaciones puedan gozar de los derechos básicos para poder fomentar y defender los intereses de sus miembros, el mero hecho de que en tales casos la autoridad encargada de la inscripción goce del derecho discrecional de denegarla conduce a una situación que apenas diferirá de aquellas en que se exija una autorización previa”²⁶.

Los artículos 21 y 22 de la ley 23.551 relativos a la inscripción de los sindicatos recién formados, requieren exigencias formales, tal como lo hace el decreto reglamentario respecto del primero de esos artículos. Sin embargo, la autoridad de aplicación resuelve discrecionalmente los pedidos de inscripción, o lo que es más grave no los resuelve nunca, además de opinar sobre los estatutos proponiendo correcciones, enmiendas o supresiones. Es decir exactamente lo que el Comité de Libertad Sindical condena, pues en la realidad esos actos de la administración, se han convertido a lo largo de los años y de los diferentes gobiernos en verdaderas autorizaciones previas. En ese sentido cabría incorporar el caso de la Central de Trabajadores Argentinos, CTA, cuyo pedido de personería gremial viene siendo objeto de una demora demasiado larga para su resolución, aun cuando desde el punto de vista del sistema del sindicato más representativo habría razones para su denegatoria.

Relacionado directamente con la cuestión de la autorización previa, debe citarse el derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a los mismos, de conformidad con la sistematización de la OIT que sigo. Es que las organizaciones sindicales argentinas no encuentran obstáculos en la legislación vigente para constituirse, pero sí los hallan en la práctica, de un modo que ha generado la situación que he equiparado a la autorización previa. En esto radica la cuestión limitativa en Argentina. El Comité sobre ese particular ha sostenido que “El derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones convenientes implica la posibilidad efectiva de crear, en un clima de plena seguridad, organizaciones independientes tanto de las ya existentes como de todo partido político”. Y también que “La existencia

²⁶ Ob. cit. en la nota 12, Recopilación de 2006, párr. 272.

de una organización sindical en un sector determinado no debería constituir un obstáculo para la constitución de otra organización si los trabajadores así lo desean”²⁷.

e) La cuestión del sindicato más representativo

Dentro de la categoría del derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, el Comité ha recopilado sus pronunciamientos sobre el sistema del sindicato más representativo, aquel al que se le conceden y reconocen algunos privilegios por encima de las prerrogativas conferidas al común de las organizaciones, por el hecho de exhibir el mayor número de afiliados. Sistema que obviamente es el que luce nuestro país, a través del diferimiento de la personería gremial. Esto ha sido condenado por los sostenedores de la pluralidad a rajatabla y aun denostado duramente a través de la calificación de unicato sindical. La respuesta que estoy tratando de elaborar para responder al interrogante planteado al inicio impone una reflexión respecto de esta condición sindical típicamente argentina. En ese sentido debo señalar que como lo ha reiterado la Corte Suprema en los precedentes “ATE I” y “Rossi”²⁸, el Comité de Libertad Sindical “...estimó que el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable. Sin embargo, es necesario que una distinción de este género no tenga como consecuencia conceder a las organizaciones más representativas –carácter que se deriva de un número más elevado de afiliados– privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales. En consecuencia tal distinción no debería tener por consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su

²⁷ Ídem, párrs. 311 y 313.

²⁸ CSJN, 14-11-2008, autos “ATE c/Ministerio de Trabajo”, y 9-12-2009, autos “Rossi, Adriana c/Estado Nacional”.

gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio 87²⁹.

Por consiguiente cabe interpretar que el sistema de representación sindical de nuestro país, materializado en la existencia de dos niveles de organización sindical, los más representativos dotados de la personería gremial y los minoritarios a los que se atribuye sólo el carácter de simplemente inscriptos, no vulnera el principio de libertad sindical en términos generales. En particular, existen condicionamientos legislativos que colisionan con el criterio del Comité según surge de la expresión transcripta líneas arriba. En los mentados fallos de la Corte Suprema, el máximo tribunal nacional arremetió contra el modelo sindical argentino, derribando dos de los privilegios de las organizaciones con personería gremial, que la OIT no acepta, como son el derecho exclusivo a designar delegados y a que sus directivos gocen de la protección de su estabilidad, durante el ejercicio de sus mandatos y un año más. En mi opinión estos temas han quedado cerrados tras el decisorio de la Corte, más allá que la indiferencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo ha impedido que el impacto del pronunciamiento federal sobre el sistema de elección de delegados haya sido saldado y por el contrario permanezca en un mar de confusiones.

f) Libertad de definir las pautas organizativas

En la sistematización que sirve como guía para este análisis sigue la libertad de ejercer los que denomino derechos organizacionales, es decir que hacen a la vida de la organización sindical propiamente dicha. Se trata de los derechos de redactar sus estatutos y reglamentos, de elegir libremente sus representantes, de organizar su administración y de organizar libremente sus actividades y de formular su programa de acción. A continuación examinaré la situación en relación con este aspecto.

f.1. La ley 23.551, en su artículo 8º plantea cuatro requisitos formales que definen la intención de la norma de impulsar la efectiva democracia interna en los sindicatos, exigiendo que los estatutos con-

²⁹ Ob. cit. en la nota 12, Recopilación de 2006, párr. 346.

tengan disposiciones que hagan realidad ese propósito. Ellos son una fluida comunicación entre los órganos de dirección y los afiliados, que las delegaciones obren con mandato de sus representados, la elección directa de los dirigentes y la representación de las minorías en los cuerpos deliberativos. A su vez el artículo 16, dirigido específicamente a los estatutos sindicales, trae una serie de disposiciones procedimentales tendientes a asegurar los principios democráticos y de participación.

El Comité de Libertad Sindical tiene dicho que “Para que las organizaciones tengan derecho a elaborar sus propios estatutos y reglamentos con libertad absoluta, la legislación nacional debería limitarse tan sólo a sentar condiciones formales que deberán respetar los estatutos, los cuales junto con los reglamentos correspondientes no necesitarán la aprobación previa de las autoridades públicas para entrar en vigor”³⁰.

La realidad denota que esta libertad no está en uso en nuestro país, pues, como ya dije, para que un sindicato obtenga su inscripción o su personería gremial, debe someter sus estatutos al control y aprobación del Ministerio de Trabajo. No sólo eso, la simple modificación del Estatuto requiere el visto bueno ministerial para poder entrar en vigor. De modo que en este punto se registra una asignatura pendiente. Incluso debo recordar que al comienzo de la etapa democrática, tras la superación de la dictadura, hubo un intento legislativo que no logró aprobación, de incluir por ley un dispositivo que obligaba a los sindicatos a integrar sus cuerpos ejecutivos con una representación de la minoría. Esto después fue incluido, como señalé más arriba, como inciso d, del artículo 8° de la ley 23.551, pero limitado a los cuerpos deliberativos, no a los ejecutivos. Creo, de todas maneras, que aquel proyecto del Poder Ejecutivo de 1984, si se hubiera materializado en ley, habría obtenido la censura del Comité de Libertad Sindical, por su injerencia en los estatutos sindicales.

f.2. En punto al derecho de las organizaciones de elegir libremente sus representantes no existe registro de que las autoridades estatales hayan vulnerado este requisito, pero en cambio en la normativa se advierten algunas situaciones que están en pugna con el criterio del

³⁰ Ídem, párr. 371.

Comité. En principio éste ha sostenido que “La libertad sindical implica el derecho de los trabajadores y de los empleadores a elegir libremente a sus representantes”³¹, pero hay otros pronunciamientos que precisan el alcance de este derecho. Así se ha sostenido que no existe violación de los principios de libertad sindical cuando la legislación contiene ciertas reglas que tienen por finalidad promover los principios democráticos en el seno de las organizaciones. Esto último es lo que pretende el artículo 16 de la ley 23.551, de modo que este aspecto de nuestra legislación está en línea con el pensamiento de la OIT. Empero existen otras normaciones que no exponen la misma condición. Me refiero al artículo 17 del mismo cuerpo que fija un mínimo de cinco miembros para el cuerpo directivo y un límite de cuatro años para su mandato. Ello porque el Comité ha dicho que “Debería dejarse a los sindicatos la determinación de la duración de los mandatos sindicales”³² y también que “La determinación del número de dirigentes de una organización debería ser de la competencia de las propias organizaciones sindicales”³³. Sin embargo, estas cuestiones no han sido motivo de observaciones por parte del CLS.

En relación con este derecho a elegir los representantes sindicales, el Comité ha fijado algún criterio con el que el sistema nacional no encuentra correspondencia, no obstante que no ha sido motivo de quejas ante la organización internacional, como tampoco lo fueron los dos casos citados en el párrafo precedente. Me refiero a las condiciones de elegibilidad, respecto de lo cual el Comité ha sostenido que “Los requisitos relativos a la pertenencia a la profesión o a la empresa para poder ser dirigente sindical son contrarios al derecho de los trabajadores a elegir libremente a sus representantes”³⁴. Asimismo ha decidido que “Una disposición que exige como requisito para ser dirigente sindical una antigüedad como miembro del sindicato no inferior a seis meses supone una limitación importante al derecho de las organizaciones de trabajadores de elegir libremente a sus representantes”³⁵. La Ley de

³¹ Ídem, párr. 388.

³² Ídem, párr. 398.

³³ Ídem, párr. 402.

³⁴ Ídem, párr. 407.

³⁵ Ídem, párr. 414.

Asociaciones Sindicales exige que para ser directivo sindical deben acreditarse dos años de antigüedad en la afiliación al sindicato y en la pertenencia a la actividad. De cualquier manera considero prudente señalar que en mi criterio los pronunciamientos que he citado en último término relativos a la antigüedad, el número de dirigentes y la duración de sus mandatos, no sólo no han sido objeto de cuestionamientos en nuestro medio, por más que acrediten decisiones del Comité, sino que en mi opinión no aparecen como vinculados a nuestra cultura sindical, puesto que puedo afirmar sin temor a equivocaciones que salvo rarísimas excepciones, no se ha pretendido nominar un dirigente totalmente desvinculado de la actividad a la que se relaciona la organización sindical de que se tratare.

En relación con la cuestión de la libre elección de autoridades sindicales, señalo que un hecho que se ha reiterado en nuestro país es la impugnación de las elecciones por ante el Ministerio de Trabajo y la consiguiente intervención de este organismo anulando o suspendiendo el acto comicial. Sobre ese particular, el Comité de Libertad Sindical indica que “Las medidas que puedan ser tomadas por vía administrativa en caso de impugnación de los resultados electorales corren riesgo de parecer arbitrarias. Por eso, y también para garantizar un procedimiento imparcial y objetivo, los casos de esa índole deberían ser examinados por las autoridades judiciales”³⁶. En nuestro medio ha ocurrido exactamente al revés, pues siempre la autoridad de aplicación ha tomado medidas y son los afectados los que han ido a la justicia, mediante recursos de apelación.

f.3. El Comité de Libertad Sindical con relación al derecho sindical de organizar su administración, ha sostenido que las disposiciones que pudieran dictarse en relación con la administración de las organizaciones, deben ser de tal modo que las autoridades no estén en condiciones de ejercer facultades arbitrarias a ese respecto. También que las disposiciones que restringen la libertad de los sindicatos de administrar y utilizar sus fondos son incompatibles con la libertad sindical³⁷.

En relación con el control de los fondos sindicales, recuerdo que

³⁶ Ídem, párr. 440.

³⁷ Ídem, párrs. 468 y 469.

en el año 2001 se dictó un decreto que imponía ese procedimiento en manos del Ministerio de Trabajo, pero su vigencia fue acotada, puesto que ese mismo año quedó derogado. Respecto de esa cuestión la opinión de la OIT es que “Toda disposición por la que se confiara a las autoridades el derecho de restringir la libertad de un sindicato para administrar e invertir sus fondos como lo desee, dentro de los objetivos sindicales normalmente lícitos, sería incompatible con los principios de la libertad sindical”³⁸. Esto supone que el sistema nacional no recibiría reproches desde la óptica del órgano de control con relación al manejo de los dineros sindicales.

f.4. En punto a la libertad de los sindicatos para organizar sus actividades y programa de acción, no existe en el régimen argentino ningún tipo de restricción, por lo que puede afirmarse que está en línea con el criterio del Comité en el sentido de que la libertad sindical “...implica el derecho de entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales”³⁹. Este criterio de la OIT le ha llevado a aceptar que el sindicato pueda establecer relaciones con partidos políticos con vistas a favorecer sus objetivos económicos y sociales, bien que sin incurrir en abusos, excediendo sus funciones propias, para promover esencialmente intereses políticos⁴⁰.

g) Libertad de acudir a la huelga

Un tema no menor es sin duda alguna el de la huelga, tan importante que no existe una sola convención o recomendación de la OIT que exhiba un pronunciamiento al respecto. Sí existen numerosos pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, declarando que se trata de un derecho inalienable de los sindicatos, pero nunca se pudo tratar en el plenario de la Conferencia Internacional la aprobación de una convención sobre este tema.

Se puede afirmar, sin temor a exageraciones, que el ejercicio de la huelga en Argentina no encuentra ningún tipo de restricción legislativa, ya que no hay una norma que disponga limitaciones o condi-

³⁸ Ídem, párr. 485.

³⁹ Ídem, párr. 495.

⁴⁰ Ídem, párrs. 498 y 502.

cionamientos de ninguna índole. En ese sentido la libertad sindical resulta plena, no sólo para los sindicatos con personería gremial sino para los simplemente inscriptos o minoritarios. Incluso en los últimos años, han aparecido opiniones que promueven el reconocimiento del derecho a ejercer medidas de acción directa a las coaliciones o gremios, entendidos estos últimos como el agrupamiento de trabajadores de una misma actividad⁴¹. Incluso tomando en consideración los criterios del Comité de Libertad Sindical se puede sostener que el derecho de huelga, interpretado como toda medida de acción directa tendiente a producir la aceptación de un reclamo laboral, opera sin dificultades en nuestro territorio.

Es más, se ha advertido desde el órgano de control de la OIT que no se justifican las restricciones relativas a la huelga de brazos caídos, trabajo a reglamento, trabajo a ritmo lento, ocupación del establecimiento, entre otras, salvo que la medida se exteriorice en términos violentos. Es que el Comité justifica cualquier modo de expresión de la acción directa, menos cuando pierde su carácter pacífico, e incluso las huelgas generales con fines vinculados a la política económica del Estado, en la medida que se oriente a la defensa de objetivos profesionales de los trabajadores⁴².

Sin embargo existe una cuestión que ha merecido una opinión contraria del Comité y es la declaración de ilegalidad de una huelga dispuesta en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica⁴³, situación que se ha vivido varias veces en Argentina ante la determinación de llevar adelante paros generales. Esa declaración de ilegalidad siempre fue vertida por el gobierno, mientras que el Comité recomienda que sea una decisión de un órgano independiente.

h) Libertad para negociar colectivamente

La negociación colectiva es connatural a la existencia del sindicato, puesto que ésta es la forma en la que la organización asume la defensa

⁴¹ *Grupo de Expertos* cit. en nota 21, p. 307.

⁴² Ob. cit. en la nota 12, Recopilación de 2006, párrs. 541 y 545.

⁴³ Ídem, párr. 542.

de los intereses comunes del colectivo que representa. Su objetivo más acabado es la celebración del convenio colectivo de trabajo, pero obviamente no siempre se persigue o se logra alcanzar ese pacto, sino que pueden negociarse situaciones puntuales que no llegan a asumir, al concluir la discusión, la caracterización de convención. La negociación colectiva es una manera de ser sindicalizado, es un estilo de acción. Dicho esto surge naturalmente que la libertad de negociar colectivamente es esencialmente uno de los pilares básicos del principio de libertad sindical. La OIT ha proporcionado al mundo el Convenio 98 de 1949 sobre promoción de la negociación colectiva, herramienta normativa que nos proporciona las bases de análisis. Su artículo 4º textualmente expresa: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores por una parte y las organizaciones de trabajadores por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”. Es importante relevar que el artículo 4º habla de negociación voluntaria, no impone ni niveles de negociación, ni contenidos, ni plazos, elementos que serán útiles para la confrontación con la situación actual en nuestro país. Sobre el particular es dable poner de manifiesto que tanto lo atinente a la articulación de convenios, con el impedimento a articular hacia arriba, como la exigencia de que un convenio de ámbito menor sea más favorable al trabajador, para escindirse de otro de ámbito mayor, exponen las limitaciones que rigen en punto al precepto sobre negociación voluntaria.

El Convenio 154 de la OIT, de 1981, completa el panorama normativo internacional sobre este tema, al precisar los conceptos fundantes en materia de negociación colectiva. Así preconiza que ésta sea posibilitada a todas las categorías de trabajadores, comprendiendo las condiciones de trabajo y empleo, la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores y las relaciones del sector empleador con las representaciones sindicales de trabajadores y propende a que los órganos y procedimientos de solución de conflictos sirvan a la promoción de la negociación colectiva.

Es de interés apuntar que el Comité ha sentado cuatro criterios

básicos que basamentan la opinión de la OIT sobre la negociación colectiva: 1) que el derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical⁴⁴. 2) Que la negociación directa entre trabajadores y el empleador es violatoria del principio de libertad sindical, salvo que no exista organización sindical⁴⁵. 3) Que el derecho a negociar no admite exclusiones: trabajadores públicos, agrarios, etcétera⁴⁶. 4) Que las partes deben proceder colectivamente presididas por el criterio de buena fe⁴⁷.

En la práctica nacional no habría dudas de que las organizaciones sindicales gozan de la posibilidad de negociar colectivamente en condiciones de libertad y de hacerlo voluntariamente. No hay ninguna norma, ni rigorismos administrativos, que supongan algún tipo de restricción a la libre determinación de las organizaciones a entablar negociaciones con la parte empleadora, ni que pueda visualizarla como límites a la decisión voluntaria. No obstante, en la reglamentación del sistema de convenios colectivos aparecen algunos condicionamientos que colisionan con los criterios sustentados por la OIT. Me refiero al Capítulo IV de la ley 14.250, reformada por la ley 25.877, artículos 18 y 19. El primero de ellos que admite sistemas de articulación entre convenios de diferentes ámbitos pone en manos del que aparece como mayor la potestad de determinar las materias abordables en la negociación del que se considera menor. De tal modo, existiendo un convenio colectivo de actividad, por ejemplo, el sindicato de empresa a la que se aplica aquél no está en potestad de decidir por sí las materias de su negociación, salvo que se trate de cuestiones atinentes a esa empresa solamente o que no hayan sido tratadas en el nivel mayor.

En punto a la negociación directa de los trabajadores y su empleador, existiendo un sindicato, no registro antecedentes en la vida real ni tampoco hay disposiciones de ninguna índole que permitan ese acontecimiento. Sólo podría apuntar que en la década de los noventa hubo en Argentina serios intentos de movilizar ese procedi-

⁴⁴ Ídem, párr. 880.

⁴⁵ Ídem, párrs. 944, 945, 946.

⁴⁶ Ídem, párr. 885.

⁴⁷ Ídem, párr. 934.

miento sobre la base de la negociación entre la empresa y el cuerpo de delegados, pero no prosperaron.

Una cuestión más compleja es la que atañe al tercer elemento elaborado por el Comité de Libertad Sindical, con relación al Convenio 154, relativo a que la negociación colectiva no admite exclusiones. Nuestro país exhibió durante mucho tiempo y a partir del decreto 6582/54, reglamentario de la ley 14.250, de dudosa constitucionalidad, como lo apuntara Ackerman⁴⁸, la prohibición total a la negociación colectiva del sector público. Ello fue así hasta el dictado de la ley 24.185 que abrió las puertas a la celebración de convenios colectivos para los empleados de la administración pública nacional, a lo que siguieron la mayoría de las provincias argentinas con relación a sus agentes.

Sin embargo no sucedió lo mismo con los trabajadores agrarios, que aun contando con un nuevo y actualizado Estatuto Particular, ley 26.727, todavía siguen sin incorporarse al ámbito de aplicación de la ley 14.250. No puede desconocerse que la definición salarial relativa a los obreros rurales es producto de la negociación que se realiza al interior de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario, donde tienen representación las centrales de los empleadores del campo por una parte y de la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y de la Estiba, UATRE, por la otra. Allí, de algún modo opera una cuasi comisión negociadora colectiva, pero para estar a tono con las directivas del Comité de Libertad Sindical, le haría falta poder discutir condiciones de trabajo.

Un numeroso sector laboral, cuyo universo se calcula en un millón de empleados, es el del trabajo doméstico, que sigue ajeno a la negociación colectiva. No obstante es preciso reconocer las severas dificultades que plantea la constitución de una comisión negociadora, a partir de la integración de la representación patronal.

En cuanto a la postulación de que las negociaciones se lleven a cabo con una actitud de buena fe, eso es lo que preconiza nuestra ley 23.546 en todo su texto y especialmente en su artículo 4°. Ha dicho el Comité de Libertad Sindical: “Es importante que tanto los emplea-

⁴⁸ ACKERMAN, Mario, *Negociación colectiva en la administración pública*, 1986-B-1104.

dores como los sindicatos participen en las negociaciones de buena fe y que hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo y la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas es necesaria para establecer y mantener una relación de confianza entre las partes”⁴⁹.

Cierro este capítulo afirmando que la libertad sindical, en punto a la negociación colectiva en la Argentina, con las limitaciones señaladas más arriba, está adecuadamente instrumentada en el Derecho y respetada en los hechos.

i) El derecho a constituir federaciones y confederaciones y de afiliarse a organizaciones internacionales

Este derecho está sintetizado por el Comité de Libertad Sindical en el siguiente párrafo: “El principio enunciado en el artículo 2º del Convenio 87, en virtud del cual los trabajadores deben tener derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a ellas, implica para las organizaciones mismas el derecho de constituir las federaciones y las confederaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a ellas”⁵⁰.

Sobre este particular, la aplicación del convenio de la OIT es completa y no se registran disposiciones legales ni actos del poder político, que hayan puesto en entredicho el derecho de que se trata.

j) Protección contra la discriminación antisindical

El Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado en términos más que categóricos sobre este tema: “La discriminación antisindical representa una de las más graves violaciones de la libertad sindical, ya que puede poner en peligro la propia existencia de los sindicatos”⁵¹, “Ninguna persona debe ser objeto de discriminación en el empleo a causa de su actividad o afiliación sindical legítimas, sean presentes o pasadas”⁵², “Nadie debe ser despedido u objeto de medidas perjudiciales

⁴⁹ Ob. cit. en la nota 12, Recopilación de 2006, párr. 935.

⁵⁰ Ídem, párr. 710.

⁵¹ Ídem, párr. 769.

⁵² Ídem, párr. 770.

en el empleo a causa de su afiliación sindical o de la realización de actividades sindicales legítimas, y es importante que en la práctica se prohíban y sancionen todos los actos de discriminación en relación con el empleo”⁵³, “Ninguna persona debería ser objeto de discriminación o de perjuicios en el empleo a causa de su actividad o de su afiliación sindical legítimas, y debe sancionarse a las personas responsables de la comisión de tales actos”⁵⁴.

Los enunciados transcriptos permiten advertir la trascendencia que el Comité de Libertad Sindical atribuye a la necesidad de proteger contra la discriminación antisindical, pero a la vez presenta una cuestión a resolver que es definir quién es el sujeto de la protección. De los cuatro párrafos citados, que son los que sintetizan la opinión de la OIT sobre el problema, el primero al advertir el peligro para la propia existencia del sindicato, pone el acento en la necesidad de cobijar a la organización frente a los intentos discriminatorios. Los tres restantes refieren lisa y llanamente a los trabajadores individualmente considerados. Puede afirmarse entonces que el ente internacional atiende tanto al sindicato como a los trabajadores que lo integran con su militancia o con la simple afiliación.

En el país, esta cuestión está legislada en modo específico en la ley 23.551, puntualmente artículos 47 y 48, pero además encuentra tratamiento genérico dentro de otros derechos que deben ser protegidos ante la discriminación en la ley 23.592, que habilita a quienes son objeto de ataques discriminatorios a acudir al juez para obtener el cese de tales hechos o la nulidad de los actos jurídicos considerados tales.

En los últimos años, la jurisprudencia ha profundizado el tratamiento de la discriminación antisindical, a mérito de la ley 23.592, estableciendo de algún modo un estatuto protector de naturaleza pretoriana, que puedo afirmar sin vacilaciones que constituye un standard decididamente instalado en el orden jurídico nacional. Obviamente debo citar el decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Álvarez”⁵⁵, que declaró la nulidad de los despidos y ordenó la reinstalación de los trabajadores despedidos. Es importante poner de

⁵³ Ídem, párr. 771.

⁵⁴ Ídem, párr. 772.

⁵⁵ CSJN, 7-12-2010, “Álvarez c/Cencosud”.

manifiesto que el alto tribunal observó que estaba acreditado que los trabajadores desvinculados estaban activando en la constitución de una nueva organización sindical y que existían serias presunciones de que ésa fue la causa del deshaucio. Podría decir que se trató de un “caso de manual” en la temática de la discriminación, que marcó un hito fundamental en nuestro país.

Sin perjuicio de lo expuesto, debo marcar que “El Comité indicó que una de las formas de asegurar la protección de los delegados sindicales es disponer que no podrán ser despedidos mientras estén en el ejercicio de sus funciones, ni durante un período determinado a partir del momento en que cesen en ellas, salvo, naturalmente, en caso de falta grave”⁵⁶. Este pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical sirve para acreditar que Argentina ha legislado de conformidad con la interpretación de la OIT en punto a la discriminación antisindical, pues que la ley 23.551, como las que le precedieron en la materia, prevé en su artículo 48 la protección de la estabilidad de los dirigentes y delegados sindicales mientras estén en ejercicio de sus mandatos y por un año más. Incluso el artículo 50 extiende la protección a quienes revistan como candidatos a las elecciones gremiales. Esa cobertura impide no sólo el despido, sino también las alteraciones importantes en la ejecución del contrato de trabajo y las sanciones disciplinarias. El empleador que pretenda traspasar esos límites respecto de un dirigente o delegado sindicales debe pedir judicialmente la exclusión de la tutela, en un proceso en el cual el juez deberá valorar que no hubo, precisamente, discriminación anti-sindical, para acoger el pedido.

El criterio restrictivo del artículo 48, limitado a reconocer protección sólo a los dirigentes y delegados del sindicato más representativo, el que cuenta con personería gremial, seriamente objetado por los órganos de control de la OIT, ha quedado atrás por efectos del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Rossi”⁵⁷. Allí el alto tribunal consideró inconstitucional privar a los representantes sindicales del sindicato simplemente inscripto

⁵⁶ Ob. cit. en la nota 12, Recopilación de 2006, párr. 804.

⁵⁷ CSJN, fallo cit. en nota 28.

de la protección de su estabilidad y de la intangibilidad de su estatuto laboral.

A la par de esta protección, el artículo 47 de la Ley de Asociaciones Sindicales, implica un amparo judicial, contra toda medida impeditiva u obstaculizadora de la actividad, norma que debe incorporarse al haz de disposiciones que protegen contra la discriminación antisindical en Argentina.

En el análisis precedente se puede leer la idea de que en nuestro país la libertad sindical, en punto a la acción contra la discriminación, está convenientemente protegida. Queda, empero, un resquicio en relación con la expresión del Comité de Libertad Sindical de la OIT, si leemos que “El respeto de los principios de la libertad sindical exige claramente que los trabajadores que se consideran perjudicados como consecuencia de sus actividades sindicales, deben disponer de medios de reparación que sean rápidos, económicos y totalmente imparciales”⁵⁸. Esto no ocurre en Argentina, pues los trabajadores que se consideran discriminados, deben acudir a los tribunales ordinarios del trabajo, atiborrados de causas y por ello atrapados en un atraso considerable que torna ilusoria la recomendación del órgano internacional. Una vez más será oportuno reiterar la proposición de contar con tribunales de justicia específicamente dedicados a las cuestiones del Derecho Colectivo del Trabajo, como lo son indudablemente las que se refieren a la libertad sindical. Es lo que surge del siguiente pronunciamiento del CLS: “Puede resultar a menudo difícil, si no imposible, que un trabajador aporte la prueba de que una medida de la que ha sido víctima constituye un caso de discriminación antisindical. En este sentido cobra toda su importancia el artículo 3° del Convenio 98, que dispone que deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación”⁵⁹.

El análisis de esta materia quedaría incompleto si no aludiera a la proliferación de sentencias de distintos tribunales en las que se acoge la pretensión del trabajador de su reincorporación luego del

⁵⁸ Ob. cit. en la nota 12, Recopilación de 2006, párr. 820.

⁵⁹ Ídem, párr. 819.

despido, mediante el argumento de que el acto extintivo es nulo, ley 23.592 mediante, por constituir una discriminación antisindical. Ante la invocación de que el trabajador despedido ha tenido actividad o militancia sindical, y sobre la base de presunciones, se acuerda la reinstalación. No haré cita de esos fallos, pero sí señalaré que la cuestión debería ser valorada con extrema precaución, porque no existe una norma que exprese cuándo estamos en presencia de un activista sindical o de un trabajador que accidental y casualmente ejecutó una actividad gremial. Un único reparto de panfletos del sindicato, ¿convierte a ese trabajador en un activista? Ese trabajador calificado de activista sindical y por ello reinstalado, adquiere por ese suceso estabilidad absoluta, y cualquier otro intento ulterior de despido deberá atravesar la calificación de discriminatorio. Debería advertirse que ese trabajador tendrá un estatuto protector más fuerte que el de un delegado, el que para llegar a ese cargo debió postularse, presentarse ante sus pares, competir electoralmente y ganar la elección. El tema merece cuidado.

k) Otras temáticas

Resta incorporar a este examen los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical sobre *Consulta con las organizaciones, Participación de las organizaciones en distintos organismos y procedimientos y Facilidades a favor de los representantes de los trabajadores*.

No es que sean cuestiones menores, pero sí reconozco que no encierran situaciones conflictivas en el marco nacional. Tanto a nivel general cuanto particular las organizaciones de trabajadores –y también las de empleadores– son motivo de consulta y participación en distintos órganos y actividades en nuestro país de modo permanente, de tal suerte que la libertad sindical en este punto no se halla comprometida.

De manera especial señalo que la ley 23.551 establece para los representantes de los trabajadores facilidades por cierto importantes, tales como las licencias gremiales para los dirigentes y las franquicias para los delegados. Sin contar con las disposiciones que en ese sentido contiene la generalidad de los convenios colectivos.

**Capítulo IV – ¿El sistema sindical argentino está adaptado al esquema de libertad sindical elaborado por la OIT?
¿Es necesaria esa adaptación? ¿Qué medidas podrían tomarse para adaptarlo?**

Como expuse al comienzo, la propuesta para acometer este estudio sobre la libertad sindical contenía tres preguntas, cuyas respuestas deberían expresar el contenido del trabajo. La primera fue contestada y la segunda reformulada para una mejor adecuación al tratamiento. El segundo interrogante se planteó de esta forma: “Si hubiera falta o exceso de libertad, ¿qué medidas podrían tomarse para adaptar la realidad al objetivo propuesto?” La reformulación es la que expresa el título de este capítulo, y lo que sigue son las respuestas.

a) ¿El sistema sindical argentino está adaptado al esquema de libertad sindical elaborado por la OIT?

Considero que buena parte de la respuesta ha sido volcada en el análisis que contienen las páginas precedentes, siempre teniendo como punto de referencia los criterios expresados por los órganos de control de la OIT. Sin embargo, considero que en este punto es necesario hacer una relación con lo que se ha dado en llamar el *Modelo sindical argentino*, a partir de la obra de Néstor Corte⁶⁰. Es que a partir del autor santafecino hay que aceptar que en la formación del sindicalismo nacional, tal como lo conocemos ahora, ha primado una concepción diferente de la que trae la Organización Internacional del Trabajo. La fórmula puesta en acto en nuestro país en la década del cuarenta del siglo pasado, abrevia en la idea de que debe existir un Estado fuerte, autosostenido y autoabastecido, apoyado en corporaciones igualmente potentes como lo son la militar, la eclesiástica, la empresarial y los trabajadores, estos últimos nucleados sindicalmente. Fue natural, entonces, que desde el Estado se promoviera el criterio de un solo sindicato por rama de actividad, capaz de negociar un solo convenio colectivo de trabajo para un único ámbito. Con ello se armó lo que

⁶⁰ CORTE, Néstor, *El modelo sindical argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1988.

se denominó el mapa sindical, donde cada organización gremial tenía su casilla asignada y desde allí reportaba al Poder Ejecutivo.

En frente, y como consecuencia de la experiencia europea durante la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas, vencedoras y occidentales decidieron desvincular al sindicalismo del Estado, para no repetir las situaciones generadas por el fascismo italiano y el franquismo español, por una parte, y por la otra, golpear al esquema sindical de la Cortina de Hierro. En todos los casos se trató de descalificar el sindicato promovido y controlado por el Estado. De allí los Convenios 87 y 98, sustancialmente aprobados en los años 1948 y 1949, respectivamente.

Como se ve, de esta rápida y somera explicación, el modelo sindical argentino estuvo *ab initio* destinado a chocar con el esquema pro pluralidad sindical de la OIT filo europea. Resulta imperativo declarar que ideológicamente resulta más grato este último modelo, a partir de que reconoce el derecho a decidir con absoluta libertad qué sindicato quieren los trabajadores, cómo lo quieren y cuándo lo quieren. Sin embargo creo que es necesario afrontar el debate sobre cuál es el mejor sistema, desde una óptica que defina qué se espera de la acción sindical. Para ello reproduzco un párrafo que ya expuse antes de ahora: “Entonces el diagnóstico sobre el modelo sindical en la realidad actual, conforme el título del tema que me ha sido asignado para esta exposición, puede ser expresado diciendo que el gremialismo de los trabajadores no muestra su mejor aspecto y mucho menos una performance que le habilite para resistir eficazmente los embates que vienen desde lo alto del poder económico. Ese poder que avanza con pretensiones de recortar la capacidad de los trabajadores de participar en el diseño y la construcción de una sociedad donde se propugne la institucionalización de la justicia social, donde exista un clima de trabajo decente y se promueva ciertamente la dignidad del hombre que trabaja”⁶¹. Aliento la visión de que el modelo sindical argentino responde más eficazmente a esos objetivos marcados, tal y como puede apreciarse al comprobar que exhibe una proliferación de convenios y acuerdos colectivos, que regulan las condiciones de trabajo de más de cinco millones de

⁶¹ SAPPÍA, *El modelo sindical en la realidad actual* cit.

trabajadores públicos y privados, sobre todo luego de superadas las dos primeras décadas posteriores a la dictadura, esto es en el presente siglo XXI. Agregó que existe en Argentina una afiliación sindical del 37%. Sostengo que éste es el resultado de aplicar el criterio del sindicato más representativo. Esa realidad contrasta con la mayoría de los países latinoamericanos donde reina el concepto de la pluralidad sindical a rajatabla, que evidencia una escasa adhesión de los trabajadores a los sindicatos y una absoluta carencia de fuerza para sostener algún tipo de lucha por los derechos laborales. La atomización gremial en la región conlleva el fraccionamiento de la negociación colectiva, con la consecuencia de que la regulación de las condiciones de trabajo de los dependientes aparece segmentada, diferenciada e ineficiente.

Sin perjuicio de la expresada preferencia por el esquema nacional, debo admitir que el mismo no funciona conforme los dictados de los órganos de control de la OIT, como se deja de lo expuesto en páginas anteriores. Entonces de lo que se trata es de señalar que es cierto que el modelo sindical argentino no se encuentra integralmente adaptado a los pronunciamientos del organismo internacional, pero el examen de esa situación debe hacerse teniendo presente que los sindicatos argentinos más representativos, con la estructura que detentan, mayoritariamente han respondido a las expectativas de sus representados. Es decir, cuidando de no reproducir en territorio nacional un fenómeno de atomización como en buena parte de los países hermanos en la región.

b) ¿Es necesaria esa adaptación?

Obviamente la respuesta es afirmativa, y aún más, esa adaptación es de algún modo imperativa, porque lo impone la Constitución Nacional. En efecto, el artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna, luego de la reforma de 1994, colocó distintos pactos internacionales en su mismo nivel, entre ellos el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC de 1966), cuyo artículo 8º obliga a los países miembros de las Naciones Unidas a observar las disposiciones del Convenio 87 de la OIT, referido a la libertad sindical. A ello deben sumarse los propios convenios, el ya citado 87 y el 98,

con relación a la materia que nos ocupa. La mención en el artículo 75, inciso 22, de la CN, de que las normas internacionales deben interpretarse en las condiciones de su vigencia, ha sido definida por la Corte Suprema, en materia laboral, conforme las decisiones de los órganos de control de la OIT, éstos son la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical⁶².

En consecuencia, y habida cuenta del carácter supralegal de las normas internacionales del trabajo, resulta inexorable la adaptación del texto legal argentino sobre estructura del sindicalismo a aquellas disposiciones, bien que atendiendo a la necesidad ya expuesta de responder a las características de la organización sindical nacional. Esta afirmación alude a la necesidad de preservar el sistema del sindicato más representativo, consolidando las prerrogativas que se le reconocen, esencialmente la que se refiere a ejercer en plenitud y en exclusividad la negociación colectiva.

c) ¿Qué medidas podrían tomarse para adaptarlo?

Relacionando la respuesta a la interrogación del título con el último párrafo precedente propongo que debería precisarse el concepto del inciso a, del artículo 31 de la ley 23.551, de modo que el derecho de representación de los intereses colectivos de los trabajadores al que alude el fallo “ATE II” de la Corte Suprema⁶³ no sea interpretado –y aplicado– interfiriendo en el atributo exclusivo del sindicato con personería gremial de entender en materia de negociación colectiva.

Además deberían modificarse los artículos cuestionados de la Ley de Asociaciones Sindicales: 28, 29, 30, 31, 38, 39, 41 y 48. Y también algunos no observados por la OIT como son los artículos 17 y 45. Veré cada uno en particular.

Artículo 17. Este dispositivo requiere eliminar la rémora que limita la participación de extranjeros en las conducciones de los sindicatos. Ese resabio chauvinista –y porqué no maccarthysta– debe desaparecer de la ley.

⁶² CSJN, sentencias citadas en nota 28.

⁶³ CSJN, sentencia citada en nota 24.

Artículo 28. Su reforma exige que para actuar el sistema de desplazamiento de la personería gremial se elimine el requisito de que el peticionante detente una afiliación considerablemente superior –mayor al diez por ciento– para lograr su objetivo y reemplazarlo por la simple indicación de que debe acreditar el mayor número de afiliados del sector o ámbito de que se trate.

Artículos 29 y 30. La necesaria modificación pasa por sustituir los impedimentos para formar un nuevo sindicato que lucen en ambos artículos, con relación a cualquiera de los supuestos: la empresa, la profesión, la categoría o el oficio. La idea sería que el peticionante reúna los requisitos para desplazar la personería gremial preexistente en cualquiera de esos ámbitos.

Artículo 31. Con relación al inciso a, sobre la capacidad de representación de los intereses colectivos, reconocida por la Corte Suprema a los sindicatos minoritarios, interponer una aclaración en el sentido que ese reconocimiento no contempla la negociación colectiva, reservada a las organizaciones más representativas.

Artículos 38 y 39. En ambas normas, suprimir la mención de la personería gremial, como requisito para gozar de los derechos al descuento de la cuota sindical por nómina y a la exención impositiva.

Artículo 41. En relación con esta norma suprimir la mención de la personería gremial, pero manteniendo el requisito de que el delegado debe estar afiliado al sindicato que convoque a la elección, sea el mayoritario o los minoritarios. Esto para evitar que en la designación de los representantes sindicales en la empresa se soslaye la participación de las organizaciones gremiales.

Artículo 48. También a este respecto suprimir la mención de la personería gremial para que la protección de los dirigentes y delegados sindicales se conforme a la del fallo “Rossi”.

Artículo 45. Corresponde ordenar el desaguisado que dejó la sentencia en el caso “ATE I”, que descalificó por inconstitucional la exclusividad del sindicato con personería gremial para designar delegados en las empresas (art. 41, inc. a), generando un vacío legal respecto de cómo se reparte el número de representantes cuando en un mismo ámbito coexisten dos o más sindicatos, uno el más representativo o

mayoritario y otro u otros minoritarios. Después del mentado decisorio de la Corte Suprema, no son pocos los casos en que detrás del sindicato con personería existen uno o dos simplemente inscriptos. ¿A cuántos delegados está obligado a reconocer el empleador? Es una pregunta que no tiene respuesta. El legislador deberá arbitrar una modificación del artículo que defina esta situación resolviendo cómo se distribuye el ejercicio del derecho de que se trata entre los pretendientes a elegir delegados. El mecanismo distribuidor pudiera ser el mismo que para el desplazamiento de la personería gremial, es decir partir del número de afiliados de cada organización y atribuir delegados en proporción a ese número. Puede haber otros, obviamente, mas siempre cuidando de no exceder la cantidad de delegados que hoy fija el artículo 45, pues no es conveniente ni necesario recargar de representantes a la empresa.

Capítulo V – ¿Cómo deben interpretarse las normas vigentes a la luz de los fallos de la Corte Suprema en las causas “ATE c/Ministerio de Trabajo” y “Rossi c/Estado Nacional”?

En mi opinión hay una idea interpretativa básica en relación con los dos pronunciamientos mencionados en el título –y que integran la propuesta para este estudio– a los que debe agregarse el decisorio recaído en el varias veces citado decisorio “ATE II” dictado con posterioridad a la formulación del programa del *Anuario*.

Creo que el máximo tribunal nacional, asumió una decisión política en relación con el modelo sindical argentino, ejerciendo de alguna forma su condición de poder del Estado, y con ello la responsabilidad política que implica. Las decisiones jurisdiccionales que adopta la Corte Suprema en punto a la institucionalidad del país no son neutras, menos cuando descalifica segmentos de leyes de tal importancia como la 23.551 que define la formación y el funcionamiento de los sindicatos. Pero el ejercicio de la potestad política que le asiste a la Corte Suprema, como poder del Estado, exige de una ponderación tan suprema como el nivel de su estatuto. Ello porque la sanción, modificación y derogación de una ley es materia propia del Poder Legislativo a través de

un sistema deliberativo que permite indagar y establecer el mejor texto legal. Incluso cuando la promoción normativa parte del Ejecutivo, a éste le está dado hacer consultas con los sectores interesados en la cuestión. El Poder Judicial no delibera ni consulta, porque no le corresponde. Sus decisiones son adoptadas por sí y ante sí. No es que crea que en los fallos que tengo a la vista para su comentario ha faltado ponderación, sino que estoy persuadido de que hubo intención. Si no hubiera sido de tal modo, en “Rossi” la Corte hubiera tomado en consideración de la doble condición de la actora, Secretaría General de dos sindicatos, aquella en la que actuaba contando con personería gremial y no en la que representaba a un sindicato minoritario. La intencionalidad de la Corte estuvo centrada en modificar el modelo sindical argentino, para acercar la organización sindical a los conceptos de pluralidad. Ya había ejercido metodología legislativa, cuando cambió el tope indemnizatorio del artículo 245, LCT, situándolo en el 67% de la mejor remuneración, en el precedente “Vizzoti”⁶⁴. El tope debió ser declarado constitucional o inconstitucional, pero nunca pudo ser en esa instancia materia de modificaciones.

Sin perjuicio de esas consideraciones generales sobre el rol de la Corte Suprema, debo centrarme en determinar cómo se interpretan los pronunciamientos en cuestión, apuntando que hay que agregar la mención del otro trascendente precedente de la Corte Suprema, como ha sido el caso “ATE c/Municipalidad de Salta”⁶⁵, conocido como “ATE II”, y por consiguiente englobar a los tres en el examen.

En mi opinión la interpretación de esos tres fallos puede hacerse desde tres perspectivas diferentes. La primera vinculada a la necesidad de observar los criterios fijados por el más alto tribunal, la segunda relativa a los alcances de estos decisorios y la tercera destinada a considerar los efectos políticos de las sentencias.

Antes de desarrollar las tres lecturas un breve recordatorio del contenido de los tres casos. En “ATE I”, la Corte Suprema resolvió que es inconstitucional el artículo 41, inciso c, de la ley 23.551, en cuanto

⁶⁴ CSJN, 14-9-2004, “Vizzoti c/AMSA SA”.

⁶⁵ CSJN, 22-6-2013, “Asociación Trabajadores del Estado c/Municipalidad de Salta”.

impone que para elegir delegados del personal en las empresas, la convocatoria debe hacerla el sindicato con personería gremial y los electos deben pertenecer a una organización de ese tipo.

En “Rossi” descalificó desde el punto de vista de la Constitución Nacional al artículo 48 de la Ley de Asociación Sindicales, en tanto limita la protección de la estabilidad de dirigentes y delegados sindicales a aquellos que representan al sindicato con personería gremial.

En “ATE II” también atacó un atributo que la ley confiere al sindicato con personería gremial, cual es el de representar en exclusividad los derechos colectivos de los trabajadores.

La síntesis es que en los tres la Corte emparejó las facultades y derechos de los sindicatos minoritarios a los conferidos al sindicato más representativo.

Obviamente, en punto a la observancia o acatamiento de las sentencias, y para referirme a la primera lectura enunciada, cabe señalar que tal comportamiento es obligatorio para las partes de cada causa, primero y para los tribunales inferiores, después. Pero más allá de esa consigna, es evidente que sería no sólo antieconómico y una pérdida de tiempo ignorar los pronunciamientos, sino que también involucraría una actitud absurda. Creo en consecuencia que lo prudente es que las autonomías sectoriales –sindicatos y empresas– se dispongan a conducirse con arreglo a los criterios vertidos en las sentencias bajo examen.

En cuanto a los alcances de los tres fallos, la cuestión se torna mucho más compleja. En “ATE I”, la Corte dijo que no es constitucional reservar sólo a los sindicatos con personería gremial lo atinente a la designación de delegados, apuntando a que también puedan ejercer esa posibilidad los simplemente inscriptos, pero no dijo –ni debió decirlo por supuesto– cómo se instrumenta esa determinación. Es que “...subsisten en plenitud las dudas y controversias que suscitara la aplicación de este fallo, particularmente en lo que se refiere a cuestiones tales como la subsistencia o no de una –como lo es hasta el momento– representación sindical y gremial unificada, de qué modo deberá convocarse a los comicios para elegir estos representantes, con qué estatutos, bajo qué organigrama electoral, si podrá o no postularse aquel trabajador que no es afiliado a ninguna entidad sindical, etcétera. Más

aún, en este cuadro bien podría decirse que, en verdad, la única coincidencia que puede advertirse en la doctrina es que va a resultar insoslayable una reforma legislativa⁶⁶.

La cita de Scotti, resulta más que elocuente y completa acerca de los hilos sueltos que dejó el fallo en cuestión y su invocación a pronta modificación de la ley revela una urgencia insoslayable, claro que si anoto que “Vizzoti” está a punto de cumplir diez años sin una adecuación legislativa del artículo 245, LCT, la realidad no se muestra muy esperanzadora. Coincido con el autor citado, salvo en la última referencia, en cuanto alude a la posibilidad de un trabajador no afiliado de candidatearse para delegado. En esto es necesario precisar los alcances de la sentencia que nos ocupa, en el sentido de que lo que la Corte puso en entredicho es si la atribución del derecho a elegir delegados en la empresa es patrimonio exclusivo del sindicato más representativo –que detenta la personería gremial– o alcanza también a los que no revisten en esas condiciones.

La Corte “...explica que el otorgamiento de ventajas a un sindicato respecto de otros puede tener repercusión negativa en la decisión individual de cada trabajador. Pero es necesario poner de relieve que la individualidad que examina la Corte está en relación con la elección del sindicato al que el trabajador está intentando adherir. Esto es, se trata de una definición individual pero con proyección colectiva, como es integrarse a una organización preexistente. Podría interpretarse que alcanza también, aun cuando no está dicho, a la voluntad de formar un nuevo sindicato. En ambas situaciones la voluntad se proyecta en modo colectivo [...] expresa que la limitación según la cual los delegados y miembros de la Comisión interna deben ser elegidos por el sindicato con personería gremial constituye una limitación que mortifica la libertad sindical de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, pues los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia en el ámbito de otra simplemente inscripta. Una inteligencia descontextualizada

⁶⁶ SCOTTI, Héctor Jorge, *La protección a la actividad gremial*, en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, dir. por Julio C. Simón, La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 649.

podría llevar a creer que lo que la Corte dijo es que debería reconocerse el derecho individual de un trabajador a postularse como delegado. No es así, pues la Corte en el párrafo en discusión referencia la invocada inducción a adherir al sindicato con personería gremial, con la existencia –en el mismo ámbito señala– de otro sindicato simplemente inscripto. Esto no puede entenderse sino en el sentido de que el trabajador tiene todo el derecho a postularse como candidato a delegado, pero siempre en el círculo de un sindicato preexistente a su voluntad, sea éste el dueño de la personería gremial o sea un sindicato simplemente inscripto”⁶⁷.

Recordando que “La negociación directa entre trabajadores y el empleador es violatoria del principio de LS, salvo que no exista organización sindical”⁶⁸, si se admitiera que un trabajador individualmente, fuera de ningún sindicato, pudiera postularse como delegado, daría lugar a que ese trabajador negocie con su empleador en nombre de los demás trabajadores de la empresa a los que representa. Qué otra cosa que negociar con la patronal hace un delegado, cuya función según la ley 23.551 es representar a los trabajadores ante el empleador (art. 40, inc. a, primera parte). Ello estaría en contra de lo sostenido por el Comité de Libertad Sindical.

En orden a “Rossi”, y a sus alcances, señalo que ha puesto una cobertura que antes no existía para quienes ejercen representación de sindicatos minoritarios, adjudicándoles la posibilidad de contar con la protección de la estabilidad. En el caso “ATE II” aparecen más dificultades. La sentencia induce a pensar que cualquier sindicato simplemente inscripto puede, a partir de su dictado, atribuirse la potestad de representar intereses colectivos de los trabajadores, formulando reclamos ante los poderes públicos o los empleadores, sin requerir como condición previa el pedido de los interesados. Esto no deja de provocar inquietud y zozobra en el mundo de las relaciones de trabajo, que verá resquebrajado el equilibrio estructurado a través del relacionamiento de las representaciones del sindicato con personería gremial y las em-

⁶⁷ SAPPÍA, Jorge J., *El fallo de la Corte en “ATE c/MTSS frente al art. 41, LAS”*, en revista *Foro de Córdoba*, N° 127, noviembre de 2008, p. 143.

⁶⁸ Ob. cit. en nota 12, Recopilación de 2006, párr. 785.

presas o una entidad que las agrupe. Vale preguntarse: ¿qué valor debe adjudicarse a la pretensión deducida por el sindicato minoritario frente a otra interpuesta por el mayoritario? ¿Es prudente fraccionar –desde el empleador– las respuestas a las organizaciones peticionantes? ¿Puede el simplemente inscripto invocar que actúa en nombre de todo un universo laboral determinado, en el que preexiste una entidad con personería gremial? Estas situaciones no encuentran respuestas en el contenido de la decisión del alto tribunal y deberán ser motivo de una decisión legislativa, cuyo marco y contenido he propuesto en el punto c, del Capítulo II, precedente.

Corresponde aludir ahora a los efectos políticos de la sentencia bajo examen, teniendo en claro que las tres han sido objeto de críticas y aplausos, según la óptica con que cada uno de los autores opinantes avizora el modelo sindical nacional. Esencialmente estoy persuadido de que la Corte avanzó decididamente en aras de modificar ese modelo, en sintonía con la concepción más afín a los criterios de pluralidad sindical. Esto se advierte en el recorte de atributos que la legislación había diferido a las organizaciones con personería gremial y que ahora, por efecto de las decisiones jurisprudenciales que analizo, serán compartidas por los gremios simplemente inscriptos. Tales la designación de delegados en la empresa, tanto como la protección de la estabilidad de los representantes de estas entidades, más la posibilidad de defender intereses colectivos. Queda en claro entonces que las organizaciones con personería gremial han visto limitadas sus potestades exclusivas y las simplemente inscriptas han acrecentado su radio de acción para ponerse casi a la par de aquéllas. Se ha tratado de un cambio sustantivo en la estructura del sindicalismo argentino.

Capítulo VI – Conclusiones

A modo de conclusiones intentaré precisar algunas ideas relativas a la situación del principio de libertad sindical en nuestro país. Tengo la convicción de que tanto las decisiones de la Corte como las expresiones de un vasto sector de la doctrina tienen internalizada la idea de que el sindicalismo nacional padece de ausencia de democracia y

que ello se corrige abriendo cauce para la actuación de sindicatos plurales. Naturalmente admito que existen expresiones y conductas antidemocráticas, y que ello impone tomar algunas medidas correctivas, puesto que cabe al Estado controlar que los trabajadores constituyan sus sindicatos de modo de respetar la democracia interna, para que todos puedan elegir y ser elegidos, para que puedan tomar participación en las decisiones y para que puedan afiliarse, desafiliarse o no afiliarse, según sus deseos. Pero esto es una parte, porque si sólo se atina a considerar este extremo que se vincula a la organización interna del sindicato, se pierde de vista el objeto fundamental, que mira hacia la acción exterior, que está dada por el ejercicio de representación de un colectivo, cuyo elemento constitutivo principal es la existencia de intereses comunes, en un ámbito tensionado por la pugna de pretensiones divergentes entre los trabajadores y los titulares de los medios de producción, que exige el desarrollo de mecanismos de defensa de los primeros.

No está en mi ánimo considerar las distintas posturas asumidas al calor de los fallos de la Corte, que no hacen sino reiterar conceptos anteriores sobre el modo organizativo que exhibe el sindicalismo argentino como consecuencia del sistema legal imperante. Básicamente los sostenedores del modelo actual se apoyan en la necesidad de impedir la atomización del movimiento obrero y sus detractores en la promoción del sistema de pluralidad sindical, aludiendo a una imprescindible estructuración democrática. Entre ambos extremos éstos aceptan el esquema del sindicato más representativo acotado, y aquéllos niegan todo tipo de reconocimiento de los sindicatos minoritarios.

Concluyo reiterando conceptos ya expuestos, pero que reputo aptos para cerrar esta comunicación. “Corresponde al Parlamento argentino dar una respuesta vigorosa al avance judicial sobre el modelo sindical, preservando el sistema actual, pero modernizándolo y haciendo posible que un sindicato minoritario pueda alcanzar la condición de más representativo, a partir de un mecanismo más ágil y más transparente de desplazamiento de la personería gremial, de modo de aventar las imputaciones y las críticas. Bastaría para perfeccionar el sistema que se promoviera una reforma legislativa, que incorporara alguna de las

observaciones de la Organización Internacional del Trabajo, para otorgar un mayor ámbito de acción a los sindicatos minoritarios, que efectivamente deben tener cabida en el orden jurídico laboral, con derechos explícitamente conferidos por la ley, pero preservando la potestad de negociar colectivamente sólo para los sindicatos más representativos”⁶⁹.

⁶⁹ SAPPPIA, en *El modelo sindical en la realidad actual* cit., octubre de 2014.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	7
<i>Presentación</i> , por JULIO SIMON	9

LA HUELGA Y SU DEFINICIÓN

por MARIANO CANDAL

a) El “hecho” de la huelga	15
b) Contexto socio-político generador del fenómeno de la huelga	17
c) Definición, ideología, lenguaje, pragmática	24
1) Definición jurídica de la huelga	27
2) La definición de la huelga en la OIT	33
d) A modo de conclusión	34

PROYECCIÓN DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL

por JUAN MANUEL DOMÍNGUEZ

1. A modo de introducción	37
2. La trascendencia de los fallos de la Corte Suprema	42
3. Los pronunciamientos en cuestión	59
4. El después de los fallos	77
5. Bibliografía	82

**ACCIÓN “DIRECTA” Y CONCILIACIÓN: APOSTILLAS
Y CONJETURAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE
SOLUCIÓN APLICABLE A LA HUELGA Y EL LOCK-OUT**

por HÉCTOR OMAR GARCÍA

I. De la lucha contra el Estado a la integración del conflicto en la regulación estatal.	85
1. Primero fue la huelga	85
2. La organización consecuente	88
3. La definitiva integración en el orden jurídico	89
II. La necesaria compatibilización entre autonomía colectiva e intervención heterónoma.	93
III. La negociación colectiva como método de solución de conflictos colectivos	98
IV. La conciliación y el arbitraje.	100
1. Una garantía a la autonomía colectiva asegurada por la Constitución y la ley vigente	100
2. La Comisión de Garantías ante las legislaciones provinciales.	106
V. La necesidad de adecuar y actualizar el régimen de conciliación “vigente”	107
1. La decreciente efectividad de la ley 14.786	107
2. Las responsabilidades derivadas de la inobservancia del procedimiento aplicable	109
VI. Sobre una reforma posible	117

**FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.
LOS CONVENIOS COLECTIVOS**

por GABRIELA CELESTE PALMIERI

I. Introducción	119
II. Breve reseña histórica sobre su origen y evolución	121
A) A nivel mundial	121
B) En Argentina	123
III. Su coexistencia con las distintas fuentes del Derecho del Trabajo.	126
IV. Ubicación jerárquica del convenio colectivo en el panorama de las fuentes que rigen la materia y los distintos tipos de relaciones que entabla con aquéllas.	130

V. Algunas cuestiones que plantea como fuente normativa	143
VI. Jerarquía legal vs. jerarquía real de los convenios colectivos	148
VII. A modo de conclusión	156

**LA LIBERTAD SINDICAL DE
NEGOCIAR COLECTIVAMENTE**

por LUIS RAMÍREZ BOSCO

I. Planteo	161
II. La concentración de la estructura	164
1. El sistema de personería gremial como elemento de concentración	166
III. Sobre el poder sindical	175
IV. Los efectos de la concentración estructural y del poder sindical sobre la libertad de negociación	185

LA DEMOCRACIA SINDICAL EN LA ARGENTINA

por JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE

1. Planteo del tema	191
2. Democracia	192
3. Libertad sindical	195
4. El rol del Estado y la política	204
5. Democracia sindical	205
6. Corolario	209

LIBERTAD SINDICAL

por JORGE J. SAPPÍA

<i>Capítulo I – Conceptos</i>	215
a) Introducción	215
<i>Capítulo II – Noción de libertad sindical</i>	216
<i>Capítulo III – ¿Qué grado de libertad tienen las organizaciones sindicales argentinas?</i>	221
a) Libertad civil y política	221

b) Libertad de expresión	223
c) Libertad de constituir organizaciones sindicales.	223
d) Libertad de constituir organizaciones sin autorización previa	230
e) La cuestión del sindicato más representativo	232
f) Libertad de definir las pautas organizativas	233
g) Libertad de acudir a la huelga	237
h) Libertad para negociar colectivamente	238
i) El derecho a constituir federaciones y confederaciones y de afiliarse a organizaciones internacionales	242
j) Protección contra la discriminación antisindical.	242
k) Otras temáticas	246
<i>Capítulo IV – ¿El sistema sindical argentino está adaptado al esquema de libertad sindical elaborado por la OIT? ¿Es necesaria esa adaptación? ¿Qué medidas podrían tomarse para adaptarlo?</i>	
a) ¿El sistema sindical argentino está adaptado al esquema de libertad sindical elaborado por la OIT?	247
b) ¿Es necesaria esa adaptación?	249
c) ¿Qué medidas podrían tomarse para adaptarlo?	250
<i>Capítulo V – ¿Cómo deben interpretarse las normas vigentes a la luz de los fallos de la Corte Suprema en las causas “ATE c/Ministerio de Trabajo” y “Rossi c/Estado Nacional”?</i>	
<i>Capítulo VI – Conclusiones</i>	<i>257</i>

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN RUBINZAL - CULZONI EDITORES
Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL 14 DE NOVIEMBRE DE 2014 EN LOS TALLERES
GRÁFICOS DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE